
L'ACQUIESCEMENT

EN DROIT INTERNATIONAL

VOLUME 1

Aymeric Hêche

Préface de Giovanni Distefano, Robert Kolb et Petros C. Mavroidis



L'ACQUIESCEMENT

EN DROIT INTERNATIONAL

VOLUME 1

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

Publié par

Lefebvre Sarrut Belgium SA, 2023
Éditions Bruylant
Rue Haute, 139/6 - 1000 Bruxelles
www.larcier-intersentia.com

Texte © Aymeric Hêche 2023

Image de couverture : Fragment of a Queen's Face, Égypte, Nouvel Empire, vers 1390-1336 av. J.-C.,
The Metropolitan Museum of Art, New York
Relecture : Éditions Bruylant
Mise en page : Nord Compo à Villeneuve-d'Ascq

ISBN (version reliée) : 9782802773030
ISBN (version digitale) : 9782802774518
ISBN (ePub) : 9782802774419

DOI : 10.5281/zenodo.10209619

Cet ouvrage est couvert par une licence CC BY-NC-ND. 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

COLLECTION DE DROIT INTERNATIONAL

L'ACQUIESCEMENT

EN DROIT INTERNATIONAL

VOLUME 1

Aymeric Hêche

Préface de Giovanni Distefano, Robert Kolb et Petros C. Mavroidis



BRUYLANT

Pour toute information sur nos fonds et nos nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez nos sites web via www.larcier-intersectia.com.

© Lefebvre Sarrut Belgium SA, 2023

Éditions Bruylant

Rue Haute, 139/6 - 1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage de le stocker dans une banque de données à des fins commerciales ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit à des fins commerciales.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal

Bibliothèque nationale de France, Paris : décembre 2023

Bibliothèque royale de Belgique, Bruxelles : 2023/0023/104

ISBN 978-2-8027-7303-0

À ma Famille

*San Lorenzo, io lo so perché tanto
di stelle per l'aria tranquilla
arde e cade, perché sì gran pianto
nel concavo cielo sfavilla.*

« Abandonne à l'oubli tout ce que tu as fait
Œuvrer et oublier, voilà ce qu'il faut faire ».

CANTIQUES DES OISEAUX,
distique 365

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	11
PRÉFACE	13
LISTE DES ABRÉVIATIONS	17
INTRODUCTION	23

Volume 1

PREMIÈRE PARTIE **La place de l'acquiescement**

CHAPITRE I. – INTRODUCTION À L'ACQUIESCEMENT	27
CHAPITRE II. – AUX ORIGINES DE L'ACQUIESCEMENT.	71
CHAPITRE III. – LA PLACE DE L'ACQUIESCEMENT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	163
CHAPITRE IV. – LA NATURE DE L'ACQUIESCEMENT.	249

Volume 2

DEUXIÈME PARTIE **Le fonctionnement de l'acquiescement**

CHAPITRE V. – LES ÉLÉMENTS DE L'ACQUIESCEMENT.....	473
CHAPITRE VI. – LES EFFETS DE L'ACQUIESCEMENT.....	1133
CHAPITRE VII. – L'OPÉRATION DE RECONSTRUCTION JUDICIAIRE	1253
CONCLUSION	1335
ANNEXE – PARCOURS DE LECTURE	1345

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE.....	1355
TABLE DES MATIÈRES	1397

REMERCIEMENTS

Toute ma gratitude va à mon *Doktorvater*, le Professeur Giovanni Distefano, pour ses connaissances, sa disponibilité, sa bienveillance et sa confiance. Je sais la chance et l'opportunité d'avoir rédigé cette recherche sous sa direction.

J'adresse un grand Merci au Professeur Petros C. Mavroidis pour nos échanges, nos collaborations, sa générosité et sa convivialité.

Mes vifs remerciements vont au Professeur Robert Kolb pour ses encouragements et les opportunités d'approfondissement qui me permettent de garder la réflexion vive.

Mes remerciements vont à Julien Dubois et Laurent Gonzalez ; leurs efforts et conseils ont énormément facilité la rédaction.

Pour votre précieuse amitié, ma totale reconnaissance va à la petite équipe des études de droit : Anaïc, Benoît, Dario, Julien, Nicolas, Oriane.

Elles et ils sont nombreux celles et ceux qui par leur présence, leurs paroles, et les instants partagés ont rendu cette période enrichissante et inoubliable. Je me souviens de vous, complices, amies, amis, collègues et connaissances, que vous apparteniez au cercle des internationalistes, du Peyrou, du deuxième étage, des amateurs de thé, de café, de chocolat, de plage ou encore de littérature. *Afficionados* du 21, du Galop, ou de Frid'a, j'espère que vous vous reconnaîtrez. À la bibliothèque, ou dans les bureaux, à la cafétéria, dans les couloirs, au secrétariat comme autour de l'imprimante, j'ai eu le plaisir de vous rencontrer.

Je remercie du fond du cœur ma Famille, mes grands-parents, mon frère et mes parents : votre soutien a été inestimable, il a rendu cette thèse possible.

PRÉFACE

Exhaustivité, encyclopédisme, profondeur, rigueur, réflexion, investigation systématique et analytique, finesse, jugement sain et raisonnable, doigté : les attributs dont on se sert en règle générale pour décrire un travail scientifique d'excellente qualité sont ici largement insuffisants, pauvres, chétifs, pour qualifier la thèse de M. Aymeric Hêche. Nous sommes confrontés à la thèse d'un internationaliste cultivé ayant longuement et profondément médité sur les fondamentaux du droit international public. Il nous livre un ouvrage des plus profonds sur une notion clé du droit international public. Un ouvrage étonnant par sa facture. On ne dirait pas l'œuvre d'un thésard, mais le produit d'un professeur avancé en âge, qui aurait travaillé pendant des décennies sur l'acquiescement pour en livrer un distillat encyclopédique – tension terminologique qui reflète bien l'espace-temps singulier de ce gigantesque travail.

Ce travail si pondéreux, au sens propre comme au sens figuré, constitue une contribution exceptionnelle à l'étude du droit international public à travers le prisme d'une notion dont les internationalistes, toutes catégories confondues (juges, arbitres, enseignants, praticiens, jurisconsultes, etc.), se servent – et se sont servis – très abondamment. Toutefois, le large et inestimable recours à cette notion n'a pas été accompagné, à ce jour, par une investigation aussi puissante et profonde que celle que nous livre M. Hêche. Ce dernier nous offre une splendide cosmogonie de l'acquiescement, un concept parfois à tel point élusif que l'on pourrait lui appliquer le principe d'indétermination de Heisenberg. Il se livre dans son ouvrage à des analyses fort percutantes, tout en s'appuyant sur une connaissance éprouvée de la doctrine (en quatre langues différentes) ainsi que de la jurisprudence internationale et interne. Par son ampleur et par le souffle épique qui l'anime, cette admirable thèse de doctorat constitue une espèce de manuel de droit international sous l'angle de la monade « acquiescement » et d'autres institutions apparentées, tour à tour soigneusement rapprochées et distinguées avec maestria. En tant que principe général, l'acquiescement irradie à travers tout le corps du droit international. Écrire une thèse sur ce principe équivaut dès lors immanquablement à livrer une vision du droit international dans son ensemble.

À travers un travail de bénédictin, M. Hêche a relevé ce défi d'épopée et navigue avec délectation dans les branches fondamentales du droit international public. En s'attelant avec force rigueur à un recensement minutieux, mais vivant et hautement intelligent, il parvient à brosser une phénoménologie de l'acquiescement en droit international public. Recherche empirique certes, mais supportée par un arsenal constructif infaillible, M. Hêche révèle sans surprise une notion protéiforme, « polyphonique » de l'acquiescement : ce dernier est partout, il innerve et irrigue des vastes domaines du droit international public, il sert de lymphe à l'ordre international, tantôt en lubrifiant ses rouages, tantôt en le fortifiant par le colmatage savant de ses brèches. M. Hêche réussit ainsi à faire parler le « silence circonstanciel » des États et des autres sujets de droit international public. Il a su faire chanter le silence, l'abstention, le néant – qui juridiquement n'en est pas un.

Le silence « étourdissant » de celui qui « *loqui debuisset ac potuisset* » signifie en effet « consentement » ou « assentiment », comme l'affirma la Cour internationale de Justice dans la célèbre affaire du *Temple de Préah Vihéar*. Ce silence qui dit sans parler, en éteignant, en créant et en modifiant des situations juridiques, des droits et des obligations, représente « la transcription normative » de l'acquiescement. Ce dernier jaillit et s'enfouit – parfois clandestinement, tel un intrus – dans la coutume, le *modus vivendi*, la prescription, l'accord tacite, la pratique modificative des traités, la reconnaissance, la promesse, les actes unilatéraux, l'équité, la bonne foi, les attentes légitimes, etc. En jouant à cache-cache avec l'*estoppel*, la forclusion, et d'autres encore, pour s'y camoufler et désorienter l'observateur, l'acquiescement est un peu comme la basse continue dans la musique baroque : omniprésent, parfois omnipuissant. Il possède de surcroît le don de l'ubiquité, car nous le retrouvons dans toutes les branches du droit international public : droit des traités, des actes juridiques internationaux, de la responsabilité internationale, des espaces, de la mer, de la subjectivité juridique internationale, du contentieux judiciaire, du règlement pacifique des différends internationaux, droit des organisations internationales, droits de l'homme, etc.

À l'instar de la coutume, il se fait jour une véritable « reconstruction » de l'acquiescement par le juge ou l'arbitre international : comme le dit l'auteur, l'acquiescement est une reconstruction judiciaire soulevée presque par le hasard des arguments, les parties et le juge se rend[ant] compte que cet outil peut servir à résoudre

un aspect du différend. Ceci résonne comme un écho lointain à la maxime de droit médiéval selon laquelle le juge est « le droit vivant ». M. Hêche va encore plus loin dans l'affinage de cette conception de l'acquiescement en recourant à l'image de « briques » ou « building blocks », « ces unités constituant autant d'ancrages de l'acquiescement ».

Difficile de ne pas adhérer, après une somme impressionnante de « matériau » métabolisé, à la conclusion selon laquelle l'acquiescement est un « principe général du – ou de – droit ». Qualification de la nature de l'acquiescement à laquelle M. Aymeric Hêche aboutit par un mouvement analytique qui ressemble à la philosophie scolastique, consistant à dépouiller l'acquiescement de ses oripeaux et autres « accidents ». Oui, l'acquiescement n'est et ne peut être qu'un principe de général de droit au sens de l'article 38, § 1, lit. c) du Statut de la Cour internationale de Justice. Ceci semble être corroboré par la Cour internationale de Justice, malgré sa légendaire réserve – nominaliste – à l'égard de cet alinéa de son Statut. Ses balbutiements dans l'affinage dogmatique de l'acquiescement, pourraient être qualifiés, en empruntant une belle image du professeur Georges Abi-Saab dans un domaine voisin, de « stumbling into wisdom ». La Cour – et les tribunaux internationaux – ont fini par y trébucher, savamment, ce que M. Hêche n'a pas manqué de relever.

Cette thèse restera une contribution à la fois monumentale et incontournable à l'étude de cette notion fondamentale du droit international public et résistera dès lors indéfiniment à l'inexorable passage du temps. Par son ampleur et son caractère fuyant, l'acquiescement apparaît comme un dragon d'accès quasiment impossible et d'apprivoisement illusoire. M. Hêche a mirifiquement terrassé ce dragon, à l'instar de Saint Georges, et il l'a fait avec un panache qu'il est difficile de capturer en paroles.

Giovanni Distefano
Professeur à l'Université de Neuchâtel
et à la Geneva Academy

Robert Kolb
Professeur à l'Université de Genève
et à la Geneva Academy

Petros C. Mavroidis
Professeur à l'Université de Neuchâtel
et à la Columbia Law School

LISTE DES ABRÉVIATIONS

§(§)	paragraphe(s)
<i>ACDI</i>	<i>Annuaire de la Commission du droit international</i>
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AFDUDC</i>	<i>Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña</i>
AFP	Agence France Presse
AG	Assemblée générale des Nations Unies
<i>a.i.</i>	<i>ad interim</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
AOF	Afrique occidentale française
art.	article(s)
<i>AsianJIL</i>	<i>Asian Journal of International Law</i>
ATF	Arrêt du tribunal fédéral
<i>Austr. YBIL</i>	<i>Australian Yearbook of International Law</i>
BIT	Bilateral investment treaty
<i>BYBIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
CANI	Conflit armé non international
CBLT	Commission du bassin du lac Tchad
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (état au 1 ^{er} juillet 2012, RS 210)
CCF	Code civil français (version consolidée, https://www.legifrance.gouv.fr)
CDI	Commission du droit international
CIC	<i>Corpus iuris civilis</i>
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEI	Circonstances excluant l'illicéité (art. 20-26 TCDI)
CG II	Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer
CG IV	Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre

CI	Communauté internationale
CIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Consid.	Considérant(s)
Cour eur. D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
CNU	Charte des Nations Unies
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (état au 1 ^{er} juillet 2020, RS 311)
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPI	Cour pénale internationale
CS	Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (état au 9 avril 2020, RS 101)
CUP	Cambridge University Press
CVDT	Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités
CVOI	Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (non encore en vigueur)
CVRD	Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques
CVSE	Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités
D	Digeste (<i>Corpus Iuris Civilis</i>)
DG	Directrice générale / Directeur général
dir.	directrice / directeur(s)
ECC	Entreprise criminelle commune
ECOSOC	Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies
éd.	édition / editrice / éditeur
éds	éditeurs / editrices
et s.	et suivant(e)(s)
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>

EMBL	European Molecular Biology Laboratory
ESIL	European Society of International Law
ESO	Organisation européenne pour des recherches astronomiques dans l'hémisphère austral
Estud. Socio-Juríd	Estudios Socio-Jurídicos
EVRI	Épuisement des voies de recours internes
FET	Fair and equitable treatment
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade 1947 (accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
<i>IBRU</i>	<i>International Boundaries Research Unit</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>ICLR</i>	<i>International Community Law Review</i>
<i>ICSID</i>	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
IDI	Institut de droit international
IHEID	Institut de hautes études internationales et du développement (Genève)
ILA	International Law Association
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
<i>JICRA</i>	<i>Jurisprudence et informations de la commission suisse de recours en matière d'asile</i>
JNA	Jugoslovenska narodna armija (armée populaire yougoslave)
km	kilomètre(s)
Lapradelle-Politis I	Recueil des arbitrages internationaux, vol. I, 1798-1865, Paris, A. Pedone, 1905.
Lapradelle-Politis II	Recueil des arbitrages internationaux, vol. II, 1865-1872, Paris, A. Pedone, 1928.
LE	Legitimate expectations
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LJIL</i>	<i>Leiden Journal of International Law</i>
<i>NILR</i>	<i>Netherlands international law review</i>
not.	notamment
OAS	Organisation des États américains
OEB	Office européen des brevets
OI	Organisation internationale

OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
ONUDI	Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique nord
OUA	Organisation de l'Union africaine
OUP	Oxford University Press
p(p).	page(s)
PA I	Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux
PAA	Pan American Airlines
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Conclu à New York le 16 décembre 1966
PC	Plateau continental
PGD	Principe général du droit international (ou « de droit » selon les cas)
PIC	Prior informed consent
PNUE	Programme pour l'environnement de l'ONU (UNEP)
PUF	Presses universitaires de France
<i>QIL</i>	<i>Questions of International Law</i>
<i>RBDI</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RDI</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RIEJ</i>	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
Rés.	Résolution
Rév.	Révision ou révisé par
<i>RQDI</i>	<i>Revue québécoise de droit international</i>
<i>RS</i>	<i>Recueil systématique suisse</i>
<i>RSDIE</i>	<i>Revue suisse de droit international et de droit européen</i>
SCIJ	Statut de la Cour internationale de Justice

SCPI	Statut de Rome de la Cour pénale internationale
SCPJI	Statut de la Cour permanente de justice internationale
SdN	Société des Nations
SFDI	Société française pour le droit international
SG	Secrétaire général des Nations Unies (ou « Secrétariat »)
SIDI	Società Italiana di Diritto Internazionale
SOLAS	Convention pour la sauvegarde de la vie humaine (adoptée en 1974)
spéc.	spécialement
TAF	Tribunal administratif fédéral
TAOIT	Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail
TCDI	Texte d'articles de 2001 de la CDI sur la responsabilité internationale pour faits illicites
TF	Tribunal fédéral
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
trad.	traduction / traductrice / traducteur
UA	Union africaine
UE	Union européenne
UNCC	United Nations Compensation Commission
UNCLOS	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)
UNDP	United Nations Development Programme (Programme des Nations unies pour le développement)
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNHCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
UPU	Union postale universelle
VRS	Armée de la République Srpska
<i>ZaöRV</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>
ZEE	Zone économique exclusive

INTRODUCTION

L'objet de cette étude est l'acquiescement en tant qu'institution de droit international public. Le but est de retracer son parcours, d'en affiner les contours, de définir ses éléments de fonctionnement. Deux axes, correspondant aux deux volumes, ont été privilégiés : il s'agit tout d'abord de présenter la place de l'acquiescement dans l'ordre juridique international. Le fonctionnement de l'institution est ensuite disséqué.

Rares sont les thèses à être lues en intégralité. Voici quelques conseils pour tirer profit d'une lecture superficielle. La vocation de cette thèse est de s'offrir à la consultation ; à cet égard la table des matières constitue le centre névralgique de l'ouvrage, véritable point de départ pour le lecteur professionnel. L'effort de représentation « cartographique » de l'acquiescement a influencé cette étude ainsi que les titres choisis, une navigation sereine sur les eaux de l'acquiescement devrait ainsi être favorisée. Les synthèses offrent un aperçu suffisant des principales difficultés et solutions proposées. En outre, le lecteur trouvera en annexe un « parcours de lecture » plus étoffé qui énumère les sections pertinentes pour saisir les principales conclusions.

Malgré une approche volontairement ample de l'acquiescement, la réalisation de cette étude a nécessité de procéder à des choix qui constituent autant de renoncements. L'acquiescement est cerné par d'autres concepts, institutions, et principes. Le consentement – qu'il soit général ou qu'il appartienne au droit des traités – étend son ombre sur l'acquiescement. Les actes juridiques unilatéraux et leur canevas théorique pèsent sur l'étude. Les principes généraux, et notamment l'*estoppel*, influencent la construction du sujet d'étude. En amont, en aval, et à côté de l'acquiescement, les tentations d'approfondissement étaient nombreuses, les bifurcations toujours possibles. En amont, une étude serrée des différences entre faits et actes juridiques était envisageable ; à côté, une comparaison suivie de la pratique subséquente aurait été éclairante ; en aval, un recensement détaillé des manifestations de l'acquiescement dans

l'ordre juridique international aurait pu être entrepris. Bien que ce dernier axe n'ait pas été porté à terme de manière systématique, le texte énumère de multiples manifestations de l'acquiescement.

Le résultat de ces choix est cet ouvrage, gage de la vitalité de l'acquiescement dans l'ordre juridique international. Vitalité ne signifie pas nécessairement utilisation victorieuse de l'institution, mais invocation et présence de celle-ci à travers de nombreux pans du droit international. La première partie constitue une réflexion théorique sur l'acquiescement, elle a pour vocation de le situer, l'approcher, le comparer, le délimiter : la perspective est « extérieure » à l'acquiescement. Dans ce premier mouvement, une recherche des éléments de définition de l'acquiescement est entreprise (chapitre 1), un historique de l'institution est ébauché (chapitre 2), les institutions concurrentes sont énumérées (chapitre 3). Une longue interrogation relative à la nature de l'institution (chapitre 4) clôt le premier volume. Le second volume adopte une perspective « interne » à l'acquiescement : son fonctionnement, son articulation, et la manière dont il métabolise les influences externes sont explicités. Ses éléments et effets sont énoncés dans les chapitres 5 et 6. Les considérations judiciaires qui président à la destinée et à la concrétisation de l'acquiescement sont ébauchées dans le chapitre 7.

Le résultat final – et en particulier le second volume – est un ouvrage qui se présente comme un « guide » de l'acquiescement, un répertoire d'arguments et de raisonnements aptes à freiner ou à favoriser sa réalisation. Les développements et précisions qui émaillent le texte offrent au lectorat des grilles analytiques qui, le cas échéant, permettent d'aboutir à des solutions différentes, d'aiguiller la réflexion en fonction de ses propres aspirations juridiques. Les renvois internes et répétitions participent à la vocation de « guide » de l'ouvrage : chaque élément de l'acquiescement influence d'autres aspects de l'institution. L'analyse d'une condition serait artificielle si elle était opérée sans évoquer les liens intimes qui l'unissent aux diverses étapes de l'acquiescement : le microcosme de chaque condition rejaillit sur le macrocosme de l'institution.

Volume 1

PREMIÈRE PARTIE

La place de l'acquiescement

CHAPITRE I INTRODUCTION À L'ACQUIESCEMENT

« Dès que l'on conçoit l'élaboration de la méthode comme recherche de procédés adaptés aux problèmes à résoudre, on s'interdit d'affirmer *a priori* l'unicité de la méthode, préalable à son sujet et indépendante de celui-ci. On comprendra, au contraire, le caractère situé de tout savoir, lié à des situations et à des problèmes particuliers, à des cultures, à des domaines de recherche et à des esprits, dont la spécificité importe, savoir qui s'explique en partie par son histoire, car il s'est constitué en corrigeant ou en palliant les erreurs du passé. Le résultat de cette évolution est une connaissance humaine, imparfaite, mais perfectible, où l'effort de chaque esprit créateur vient s'insérer dans une tradition, qu'il apprend et accepte, avant de la rectifier sur l'un ou l'autre point où elle s'avère défailante ».

Ch. PERELMAN, « Évidence et preuve »,
in RHÉTORIQUES, p. 190.

I. *Considérations liminaires*

Comment aborder l'acquiescement ? Et quelle méthode concevoir pour l'aborder ? Ce chapitre donne des repères pour la suite de la lecture et la compréhension générale. Nous procéderons par resserrements successifs afin de cerner au mieux la matière. Avant de constituer une étude de l'acquiescement, cet ouvrage est issu d'une thèse de doctorat. Cette caractéristique peut justifier la longueur parfois excessive du raisonnement. Elle explique aussi

l'attention avec laquelle des détails théoriques passent au premier plan, et pourquoi des hypothèses sont explorées sans toujours être cruciales pour le raisonnement.

Ensuite, il s'agit d'une étude de « l'acquiescement ». Une porte d'entrée privilégiée pour l'étude de l'acquiescement est fournie par l'article 45 CVDT¹, relatif à la perte du droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité, un motif d'y mettre fin, de s'en retirer, ou encore d'en suspendre l'application.

Qu'est-ce que l'acquiescement dans le cadre restreint de l'article 45, lit. b CVDT ? Il s'agit d'un mécanisme, d'un processus qui, s'il se réalise, empêche l'État touché par *certaines* causes de nullité, d'extinction ou de suspension de s'en prévaloir. L'État est déchu de son droit en raison de son comportement. La portée de l'acquiescement ainsi consacré se limite au droit des traités conventionnel et coutumier². Cet ouvrage aurait pu se limiter à fournir un commentaire détaillé de cet article de la CVDT. Il aurait également pu étudier certains types d'acquiescements – la jurisprudence est assez riche pour écrire une thèse entièrement consacrée à l'acquiescement dans le cadre de conflits territoriaux. Plutôt que de s'attacher à l'une ou l'autre « forme » d'acquiescement présente dans l'ordre juridique international, le choix s'est porté sur une étude générale de cette institution, sans égard pour son domaine d'application. Ce choix ne doit pas faire oublier que les cas d'acquiescements (tentés ou validés) découlant des conflits territoriaux ont une grande empreinte sur l'institution. Ce choix n'est pas non plus sans péril : qui trop embrasse mal étreint. Et à force de vouloir débusquer l'acquiescement et ses concrétisations

¹ « PERTE DU DROIT D'INVOQUER UNE CAUSE DE NULLITÉ D'UN TRAITÉ OU UN MOTIF D'Y METTRE FIN, DE S'EN RETIRER OU D'EN SUSPENDRE L'APPLICATION »

Un État ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application en vertu des articles 46 à 50 ou des articles 60 et 62 si, après avoir eu connaissance des faits, cet État :

a) A explicitement accepté de considérer que, selon le cas, le traité est valide, reste en vigueur ou continue d'être applicable ; ou

b) Doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application ».

² La CIJ a reconnu le statut coutumier de l'article 45 CVDT : « La Cour observe que, selon le droit international coutumier, tel qu'il est reflété dans l'article 45 de la convention de Vienne, un État ne peut invoquer une cause de nullité d'un traité fondée, notamment, sur des dispositions de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités si, après avoir eu connaissance des faits, il doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé à la validité du traité en question » (*Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Exceptions préliminaires, 2 février 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 24, § 49).

dans l'ensemble de l'ordre juridique, nous courons le risque de pourchasser une ombre. Ce choix possède au moins deux vertus : en recherchant de manière très large les formes de l'acquiescement, nous nous donnons la possibilité de reconstituer une unité dans son fonctionnement et de formuler ses conditions et éléments les plus importants. En deuxième lieu, ce choix permet d'illustrer l'omniprésence – qui peut rester discrète et opérer en coulisse – de l'institution, sa vigueur et son utilisation généralisée dans l'ordre juridique international.

Cet ouvrage étant issu d'une *thèse* sur *l'acquiescement*, il serait de rigueur d'énumérer les partis pris adoptés. Étant donné l'ampleur de la matière et l'incertitude inhérente à ce travail de recherche, nous n'avons pas formulé d'hypothèses ni de résultats auxquels nous devons arriver ou qui étaient pris pour cible³. Les « thèses à démontrer » qui seront soutenues ne sont ni fracassantes, ni outrageuses, elles ne résultent pas de choix *a priori* arrêtés avant l'étude de détail de cette institution. Ces thèses se sont imposées d'elles-mêmes, non par magie, mais par décantation progressive, par un processus de sédimentation. Avant de donner plus de précisions sur les quelques thèses que nous avons retenues, il convient de préciser « l'esprit » dans lequel le travail de recherche s'est accompli. Il s'agit en priorité d'une étude synthétique et analytique de l'acquiescement, des « problèmes » provoqués par son application. Parfois la perspective adoptée consistait à reconstruire un archétype⁴ de l'acquiescement, dans d'autres passages une présentation ou reconstitution de l'acquiescement « en situation », dans son milieu naturel, était favorisée. Le raisonnement et la méthode adoptés n'ont rien de révolutionnaire : à la collecte de sources (jurisprudence, doctrine, travaux de la CDI, conventions) succèdent la lecture, la

³ O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 92-93 : « La réalisation [d'une étude est] un processus dynamique qui peut être découpé en différentes étapes à des fins didactiques, mais qui se caractérise dans les faits par une interaction constante entre conceptualisation du sujet et traitement de ce même sujet ».

⁴ Ou d'un « idéal-type » de l'acquiescement en tant que principe général du droit, principe qui est ensuite concrétisé dans des normes coutumières et conventionnelles. Sur la notion d'« idéal-type », cf. M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science, Premier Essai*, Paris, Plon, 1965, p. 141 (« On obtient un idéal-type en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes isolés, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre, par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue choisis unilatéralement pour former un tableau de pensée homogène »).

compréhension, la comparaison, la re-présentation ⁵, la synthèse, l'analyse, et – parfois – la critique ⁶. C'est lors de ces deux dernières phases – analyse et critique – que l'on s'est véritablement attaché à des « thèses ». Il serait ici judicieux de remplacer le terme de « thèses » par l'appellation plus heureuse de « choix ».

Ces « choix » ont été motivés par le constat de possibilités alternatives, de voies préférentielles pour atteindre un même résultat, d'incohérences réelles ou perçues qui pourraient être éliminées. Ces choix consistent en un travail sur l'ordre juridique, un équilibrage ou arbitrage entre différentes institutions (l'acquiescement vis-à-vis de l'*estoppel* ; vis-à-vis des actes juridiques unilatéraux tacites). Ces choix sont guidés par un postulat de cohérence de l'ordre juridique international, qui fonctionnerait comme un système clos et parfait. Il suffit de consulter deux auteurs ayant écrit sur le même sujet pour constater que l'ordre juridique international *est* frappé d'incohérence, que le flou domine pour peu que l'on s'intéresse à des solutions de détail. Néanmoins, ce postulat de cohérence n'est pas utilisé pour décrire la réalité fuyante du système, mais comme un but que l'interprète juridique doit s'efforcer d'atteindre. Il s'agit d'une force interprétative. Cette interprétation dépasse le seul cadre des traités : l'ensemble du système international est concerné ⁷.

Quels sont ces choix ? Il s'agit principalement de concevoir le fonctionnement de l'acquiescement sur le modèle d'un fait juridique. La volonté est donc expulsée des conditions de fonctionnement (acte juridique). La nature de l'acquiescement est celle d'un principe général de droit, principe qui est ensuite concrétisé

⁵ C'est-à-dire restituer l'acquiescement comme s'il se déroulait sous nos yeux. Une approche chronologique du déroulement de l'acquiescement est favorisée.

⁶ Dans la doctrine, cette phase critique est parfois suivie de propositions. Dans le cas présent, l'objet était d'étudier l'acquiescement, et non d'en établir les défaillances (celles-ci se manifestent naturellement par ses conditions de fonctionnement ; une défaillance suppose également l'adoption d'un point de vue favorable ou défavorable à l'acquiescement). La codification d'un principe général d'acquiescement nous paraîtrait contre-productive au vu de la souplesse inhérente de l'institution. De plus, la codification est déjà en route sur des concrétisations particulières du principe (acquiescement et pratique subséquente ; acquiescement et processus coutumier ; sans compter les évidents articles 45 CVDT et 45 TCDI).

⁷ D'un postulat de cohérence réelle et réalisée du droit international (et de tout *ordre* juridique, qu'il soit international ou national), on passe à une utilisation interprétative de la cohérence, en tant que point de mire du système. Cette injonction interprétative fonctionne de manière analogue à une fiction : le droit est cohérent et fonctionne en système clos, il faut donc que la cohérence soit partout mise en œuvre (voy. Ch. GIANNAKOPOULOS, *Manifestations of Coherence and Investor-State Arbitration*, Cambridge, CUP, 2023, pp. 36-63 ; M. PROST, *Unitas Multiplex*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 180).

à travers une myriade de normes coutumières et conventionnelles. L'acquiescement est conçu comme une structure articulée, un processus dont les éléments sont ensuite influencés par le domaine juridique qui se l'approprie. Ainsi, l'acquiescement au service du droit des traités (art. 45 CVDT) est différent sur certains points de l'acquiescement au service de la responsabilité internationale (art. 45 TCDI) ou de l'acquiescement que s'accapare la recherche marine (art. 252 UNCLOS). L'idée fondamentale est que chaque domaine juridique peut employer l'acquiescement et l'orienter en fonction des buts à atteindre. L'acquiescement est présenté comme une reconstruction judiciaire, ce qui signifie qu'il nécessite d'être constaté par un tribunal pour exister et être appliqué.

Les conséquences des choix se répercutent sur des aspects qui sont moins directement liés à l'acquiescement et relèvent de l'écosystème où il s'intègre. Les institutions voisines ainsi que leurs rapports à l'acquiescement sont définis. Les consentements tacites et implicites sont passés au crible. L'acquiescement en tant que partie d'autres institutions est présenté (coutume, pratique subséquente). Une étude sommaire des actes juridiques unilatéraux (tacites) se dégage. La connaissance (présumée), les comportements (actions et omissions) et la protestation sont étudiés.

Comment allons-nous procéder concrètement pour mener à bien cette synthèse et analyse de l'acquiescement ? Le premier volume est consacré à « l'entourage » de l'acquiescement, c'est-à-dire sa place dans l'ordre juridique international, ses relations avec les sources du droit, son « histoire ». Le second en constitue le cœur : il s'agit d'étudier les conditions et éléments de l'acquiescement, ses effets ou conséquences juridiques et, pour finir, sa reconstitution par les tribunaux. Ces volumes et chapitres sont organisés selon des resserrements successifs : le premier a pour but de cerner ou d'encadrer l'acquiescement, une fois son champ délimité, le second perfore l'acquiescement, il fait éclater ses conditions, expose son fonctionnement. Plus précisément, le chapitre 1^{er} établit le premier contact avec l'acquiescement en se focalisant sur le vocable. Une définition de travail est dessinée et les points saillants de l'institution énumérés. Ce premier contact est nécessaire pour ensuite établir une esquisse « historique » de l'acquiescement dans le chapitre 2. Cette esquisse permet de tracer les préoccupations principales véhiculées et réglées par l'acquiescement. Le chapitre 3 s'attache à situer l'acquiescement par rapport à d'autres institutions.

Le chapitre 4 examine la nature juridique de l'acquiescement. Cette étape permet de serrer d'encore plus près l'acquiescement en le colloquant dans une source (par conséquent, les considérations propres à cette source seront applicables à l'acquiescement, elles fourniront une grille de lecture pour les parties ultérieures). Ces quatre premiers chapitres multiplient les perspectives externes et les comparaisons sans pour autant empiéter sur le cœur du sujet. Dans la seconde partie, les éléments de l'acquiescement sont définis, énumérés, et analysés dans le chapitre 5. Le chapitre 6 s'attache aux effets juridiques provoqués par la validation d'un acquiescement. Pour terminer, le chapitre 7 aborde l'acquiescement sous la perspective la plus réduite qui soit, celle du tribunal chargé d'en « constater » la réalisation des conditions.

La méthodologie utilisée n'a rien de révolutionnaire. Nous abordons les thèmes selon une perspective qui s'appuie sur la technique juridique⁸ et la théorie analytique du droit⁹, seules ou en conjonction¹⁰. Comme indiqué précédemment, un objectif est de fournir une synthèse de l'acquiescement, la méthode privilégiée est donc, dans un premier temps, la technique juridique. Cette synthèse n'est qu'une étape puisqu'il s'agit ensuite d'analyser l'acquiescement et de souligner ses mécanismes de fonctionnement de manière critique¹¹ : la théorie analytique du droit est alors privilégiée.

Les sources utilisées sont toutes aussi empreintes de classicisme. Elles consistent, pour les sources primaires, en jurisprudences (arbitrales, de la CIJ, de la CPJI, du TIDM, etc.) et en conventions (CVDT, UNCLOS, etc.). Pour les sources secondaires, il s'agit évidemment de la doctrine, manuels, thèses et articles. Les travaux de la CDI sur des sujets comme la coutume, la pratique subséquente, et les actes unilatéraux ont été partiellement pris en compte. Les sources doctrinales auraient pu être démultipliées en raison de l'ampleur du sujet et de l'approche large retenue¹². Les sources favorisées

⁸ O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, op. cit., pp. 23-26.

⁹ *Ibid.*, pp. 26-27.

¹⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹¹ Nous entendons ici le terme « critique » dans son acceptation commune de porter un jugement sur l'acquiescement, d'examen détaillé visant à en faire ressortir les contradictions internes et les limites, les points obscurs. Nous apportons cette précision par contraste avec l'« approche critique » définie par Corten comme « la prise en compte de phénomènes politiques et sociaux pour appréhender la règle de droit » (*ibid.*, p. 59).

¹² Ce sujet est très riche en ramifications dans l'ordre juridique international, il se situe au confluent de nombreuses notions, puise ses racines à plusieurs sources, met en œuvre

sont celles qui prennent pour objet principal l'acquiescement ou une institution parente (*estoppel*, pratique subséquente). Ici et là des sources spécifiques à un domaine juridique (droit international pénal, humanitaire, droits humains, droit de la responsabilité) émaillent le raisonnement car elles permettent d'éclairer la mécanique d'une concrétisation spécifique de l'acquiescement. En plus de la bibliographie présente dans cet ouvrage, les lecteurs peuvent consulter avec profit les ouvrages de Kolb¹³ et Marie¹⁴ notamment, ainsi que les ressources de l'Institut Max Planck for Comparative Public Law and International Law d'Heidelberg¹⁵. Les bibliographies relatives à l'*estoppel* et aux actes unilatéraux sont également des ressources de départ utiles pour cerner la matière¹⁶. À titre prospectif, le lecteur pourra se référer aux travaux de Danae Azaria et de son équipe relatifs au silence¹⁷. Ce projet de recherche soutenu

des principes généraux, etc. Pour ne citer que certaines des préoccupations et des « sujets » qu'il faudrait étudier avec grand soin pour être en mesure de présenter un compte-rendu de l'acquiescement tendant à l'exhaustivité : la notion d'effectivité, celle d'opposabilité, celle de protestation, la pratique subséquente et modificative, divers principes, dont *ex iniuria ius non oritur*, etc. Depuis les années 2000, on note un certain regain d'intérêt sur ces questions de droit international général, regain qui fait en partie écho aux travaux et sujets choisis par la CDI. Voy. not. les thèses suivantes (dans le désordre) : F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 718 p. ; L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, Thèse, Paris, Mare & Martin, 2016, 627 p. ; I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 418 p. ; A. LAGERWALL, *Le principe « ex iniuria ius non oritur » en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 608 p. D'autres thèses ont été recensées, mais non utilisées : D.-S. ROBIN, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2019, 706 p.

¹³ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], Genève, Graduate Institute Publications, 2000, p. 662 (bonne foi et doctrine d'acquiescement normatif).

¹⁴ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Paris, Pedone, 2018, pp. 659-682 (bibliographie sélective).

¹⁵ Accessible en ligne à l'adresse : www.mpil.de (consulté le 1^{er} juillet 2021). Onglets successifs « Library », puis « Research tools », et pour finir « International Law ».

¹⁶ Voy. par ex., dans la série des « Oxford Bibliographies », les articles dédiés à l'*estoppel* (E. VOYIAKIS, <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0058.xml>) et aux actes unilatéraux (F. JIMÉNEZ GARCÍA, <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0116.xml>, consultés le 1^{er} juillet 2021).

¹⁷ Le point de vue adopté est plus large que le nôtre, la recherche est ambitieuse : « By examining the practice of States across all geographic groups of the United Nations (UN), and the jurisprudence of at least 8 international courts and expert treaties bodies, and by conducting research in the 6 official languages of the UN, the project will reveal: whether silence can bind States, and if so, under which circumstances; the role of State inaction for State responsibility; and the effect of State inaction in the field of international dispute settlement, including non-appearance before international courts and tribunals. The central aim of the project is to understand the legal effects of the “silences” of States, the reasoning and theory behind the law, and the reasons for which States remain silent by considering the

par une bourse du Conseil européen de la recherche a débuté en 2020 et doit s'achever en 2025. À moyen ou long terme, les travaux de la Commission du droit international, de l'Institut de droit international et de l'International Law Association sont également susceptibles d'améliorer l'intelligence de l'acquiescement¹⁸. Doctrine et jurisprudence ont été prises en compte jusqu'au lundi 28 juin 2021 (sauf pour l'arrêt de la CIJ *Somalie c. Kenya* du 12 octobre 2021).

La réalisation de cette étude est en particulier redevable à trois thèses :

- P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, Paris, Université Panthéon-Assas, 1992, 344 p. (non publiée) ;
- A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Paris, Université Panthéon-Assas, 2013, 711 p. (version publiée : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Paris, Pedone, 2018, 719 p.) ;
- I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 418 p.

Les ouvrages de A. Marie et de P. Martin-Bidou ont constitué des jalons importants dans la réflexion, certains raisonnements ont fortement imprégné nos propres développements¹⁹. Quelles que soient l'importance et la différence dans nos choix et les options retenues dans le présent ouvrage²⁰, la présente étude de l'acquiescement est grandement tributaire de ces deux travaux.

features of modern international law [...] ». Voy. <https://www.ucl.ac.uk/laws/news/2019/sep/dr-danae-azaria-receives-prestigious-starting-grant-european-research-council> et <https://www.statesilence.org/> (consulté le 19 avril 2023).

¹⁸ La CDI s'intéresse aux principes généraux de droit international et ce principalement sous l'angle de leur identification (les rapports spéciaux de 2019, 2021, et 2022 sont disponibles : https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml, consulté le 20 juin 2023). Elle a par le passé inscrit l'acquiescement sur la liste des sujets d'étude à long terme (AG, *Rapport du groupe de planification de la Commission du droit international*, Doc. A/CN.4/L.704, 2 août 2006, p. 6, § 8).

¹⁹ Chez Martin-Bidou, c'est notamment la structure, la manière de concevoir l'acquiescement et ses différents éléments qui nous ont influencés. L'influence exacte de la thèse de A. Marie est plus difficile à cerner en raison de sa richesse. Deux éléments se distinguent toutefois : la conception de l'acquiescement comme l'éclaircissement d'une « incertitude sur le rapport de droit » (idée de la « zone grise ») et le fait que dans le cadre des délimitations maritimes, l'acquiescement a pour objet le choix d'une méthode de délimitation (plutôt que la délimitation elle-même). La rédaction du présent ouvrage a débuté en avril 2014, peu après le dépôt de la thèse de A. Marie à la bibliothèque de l'Université Panthéon-Assas.

²⁰ Ces deux auteurs adoptent une approche qui construit l'acquiescement au moins en partie comme un consentement ou comme une manifestation de volonté (acte juridique unilatéral chez Martin-Bidou ; acte « mixte » chez Marie).

Nous pouvons dresser le plan du présent chapitre et ses enjeux. Il s'agit d'aborder l'acquiescement par la perception la plus immédiate qu'il nous offre : le langage. L'usage du terme « acquiescement » sera brièvement illustré (section II). Ce contact initial offre un aperçu de l'acquiescement en droit international public. En poursuivant cette enquête linguistique, l'acquiescement sera défini une première fois en regard des ouvrages de doctrine qui s'emparent de la notion. L'enjeu est d'énumérer les principaux éléments de l'institution, et ce dans deux buts : 1) obtenir une première hypothèse ou définition de travail ; 2) établir les caractéristiques générales qui permettent d'identifier les institutions historiques se rapprochant de l'acquiescement.

II. *Usage et occurrence du terme*

A. *Un usage récent*

Le langage est le médium privilégié de connaissance et de compréhension du droit. Cet accès n'est pas sans difficulté car les termes juridiques utilisent le langage naturel, mais sans connexion nécessaire avec la signification usuelle. Pour se rendre compte de cet *écart*, il suffit de renvoyer à la notion de « passagers » dans certaines conventions internationales :

« Un passager s'entend de toute personne autre que : [...]

b) les enfants de moins d'un an »²¹.

Cet exemple a le mérite de souligner que c'est à partir du droit que les notions juridiquement pertinentes sont construites : un « navire » ou un « passager » n'existent pour le droit que s'ils correspondent à la définition juridique²². À ce premier écueil, il faut ajouter qu'un même terme peut recevoir des significations différentes en fonction des conventions ou des domaines juridiques pertinents²³. Ces remarques éveillent notre méfiance vis-à-vis des termes du langage naturel qui sont également présents en droit²⁴.

²¹ J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, vol. 175, 1982-II, p. 284. Il s'agit de la règle 2, § 6, de l'annexe I de la Convention internationale sur le jaugeage des navires du 23 juin 1969.

²² *Ibid.*, p. 284 : « Le fait juridique n'est donc pas n'importe quel navire, mais celui qui est conçu par telle ou telle convention, pour tel ou tel usage. Le fait juridique ce n'est pas la réalité "navire", mais un point de vue sur cette réalité ».

²³ *Ibid.* Le terme « navire » varie selon les conventions, sa valeur n'est pas la même en droit de la mer, en droit international humanitaire (*cf.* not. art. 14, 22, 30 de la CG II), en droit international du commerce, etc.

²⁴ Certains termes sont peu susceptibles d'être confondus avec leur pendant naturel. Par exemple, la « stipulation pour autrui » (art. 112 CO). À l'inverse, des termes comme « principe », « réserve », « accord », « membre », prêtent à confusion.

L'acquiescement est un terme présent aussi bien dans le langage naturel que juridique. Il en résulte une première difficulté, qui consiste à faire le partage entre définition juridique et naturelle. Si les définitions offertes par des dictionnaires sont utiles, elles ne font qu'offrir un point de comparaison antérieur à toute démarche juridique. Il est néanmoins souhaitable d'opérer ce détour par le langage courant afin de bénéficier d'un premier contact avec le terme : dans le cas de l'acquiescement, les juristes commencent par concevoir un terme *grâce* à son équivalent naturel (l'interprète charrie vraisemblablement avec lui, consciemment ou inconsciemment, ses connaissances « naturelles »). D'autre part, les considérations précédentes indiquent que le terme « acquiescement » pourrait recouvrir des réalités différentes au sein de l'ordre juridique (différence entre les conventions ou entre domaines juridiques). D'où ce court détour par la langue française²⁵ en forme d'exorcisme. Seule la partie *naturelle* de la définition sera présentée²⁶. Le *Trésor de la Langue Française informatisé* donne la définition suivante :

« Action d'acquiescer. A. – En gén. [En réponse à une demande, avec un geste ou un signe du visage, le silence avec absence de signe pouvant équivaloir à un consentement] »²⁷.

Acquiescer est défini ainsi :

« Donner un plein assentiment à quelque chose ou à quelqu'un. Acquiescer à qqn, à qqc., aux demandes, aux désirs de qqn. A. [Avec un compl. indiquant le signe ou geste d'approbation] Répondre oui avec discrétion à une demande »²⁸.

Dans sa 4^e édition (1762), le *Dictionnaire de l'Académie française* donne les deux définitions suivantes :

« ACQUIESCEMENT. s.m. Action par laquelle on se soumet à quelque chose, on se conforme aux sentimens [sic], aux volontés d'autrui ».

« ACQUIESCER. v.n. Déferer, céder, se soumettre »²⁹.

²⁵ Il va de soi que l'interprète dont la langue principale est l'italien, l'allemand, l'anglais, etc., abordera différemment « l'acquiescement » selon que ce terme existe ou non dans sa langue de référence et la fréquence avec laquelle il est usité, si des expressions courantes ou des dictons y sont associés, etc.

²⁶ Par opposition à la partie juridique du terme, aussi présente dans les définitions, et qui correspond à « l'acquiescement à une décision » comme il résulte de l'affaire *Roi d'Espagne*. Le Nicaragua renonce à contester la sentence, il y « acquiesce » par son silence et son attitude : *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec.* 1960, pp. 210-214.

²⁷ Cf. <http://atilf.atilf.fr/tlfi.htm> (consulté le 5 juillet 2021).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Cf. <https://academie.atilf.fr/4/> (4^e éd., 1762 ; consulté le 5 juillet 2021).

Ce jeu de renvoi entre le nom et le verbe est aussi présent respectivement dans le *Larousse*, le *Robert*, et le *Littré* :

« Action d'acquiescer à quelque chose ; consentement, accord : Faire un geste d'acquiescement ».

« Consentir sans réserve à une demande, donner son assentiment à quelque chose. Accepter, dire oui, tomber d'accord, approuver : Il acquiesça d'un signe de tête »³⁰.

Le dictionnaire *Le Robert* n'est pas plus précis :

« Action d'acquiescer. → acceptation, approbation, consentement »³¹.

« Donner son entier consentement (à). → accepter, consentir. Acquiescer à une demande. – sans complément Marquer son approbation (par la parole, un geste). → approuver. Acquiescer d'un signe de tête »³².

Quant au *Littré* :

« Action d'acquiescer ».

« (lat. *acquiescere*, se reposer) Se soumettre à, donner son assentiment [...] Manifester son accord »³³.

Arrêtons-nous un instant sur le cumul de ces définitions, sur l'image globale tout autant que les « préjugés » qu'elles peuvent faire naître dans l'esprit d'un interprète. Ces préconceptions constituent la toile de fond de tout premier contact avec l'acquiescement *juridique*. Il en résulte que l'acquiescement est dirigé vis-à-vis d'un sujet (qui, quelqu'un) ou d'une situation (quoi, quelque chose). Comment acquiesce-t-on ? Les formules sont larges, elles vont du silence à la parole en passant par le geste : l'acquiescement manifeste un accord, un consentement, une acceptation. Une dynamique de questions-réponses se dessine : l'acquiescement est *sollicité*, il intervient en réaction et correspond à une soumission à la volonté d'autrui. Ces tendances tissent un premier concept d'acquiescement qui, pour purement linguistique qu'il soit, s'avère précieux pour une étude juridique.

Transférés sur le plan juridique, les points d'ancrage de l'acquiescement sont nombreux : l'interprète peut s'interroger sur l'objet de l'acquiescement. Est-il dirigé vers un État (un « qui ») ou une situation juridique (un « quoi ») ? Comment l'acquiescement se produit-il ? Par des déclarations, des actes unilatéraux, un traité, l'expression d'une volonté, ou également par des comportements,

³⁰ Cf. <https://www.larousse.fr/> (consulté le 5 juillet 2021).

³¹ Cf. <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/acquiescement> (consulté le 5 juillet 2021).

³² Cf. <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/acquiescer> (consulté le 5 juillet 2021).

³³ *Le nouveau petit Littré*, Paris, Garnier, 2009, p. 28 (pour les deux définitions).

un silence, ou le simple passage du temps ? Quelle est la valeur ou l'effet de l'acquiescement ? S'agit-il d'une reconnaissance, d'une renonciation, d'un consentement, de l'acceptation d'une « offre » ? Les définitions linguistiques soulignent que l'approbation au cœur de l'acquiescement résulte d'une situation externe au sujet, qui, sans lui être imposée, n'est pas librement décidée (se soumettre à, céder, approuver une décision qui avait déjà été prise sans consultation). L'acquiescement se distingue par l'absence de contestation ou de résistance (inertie).

En gardant à l'esprit ces définitions, nous allons maintenant évoquer l'usage du terme « acquiescement » ou de ses équivalents (« acquiescence » ; « acquiescenza » ; « acquiescencia », etc.), principalement dans la jurisprudence internationale. Ce bref inventaire jurisprudentiel aura pour but d'illustrer les traits saillants de l'acquiescement dans sa définition légale, et permettra de déterminer en quoi le droit s'écarte du langage courant dans ce cas de figure.

En 1846, l'acquiescement est défini comme :

« [L]’acte par lequel une partie consent à l’exécution d’un titre jusque-là contestable : il entraîne la renonciation à tous les moyens par lesquels cette exécution pouvait être entravée. Il est exprès ou tacite, selon qu’il ait été formellement exprimé, ou que l’on peut l’induire d’un fait qui constate le consentement de la personne à laquelle on l’oppose » ³⁴.

En 1861, le Sénat de la Ville libre de Hambourg déclare :

« [P]ar leur acquiescement, sans protêt, à un litige ultérieur, après le jugement du Tribunal de commerce de première instance du 1^{er} décembre 1838, Murdoch, Shortridge & Cie. ont renoncé à leur droit d’invoquer le traité » ³⁵.

Ces deux définitions orientent le terme vers un « acquiescement d’instance », c’est-à-dire la non-contestation d’une décision. Une exception notable et ancienne est fournie par Vattel :

« Mais il peut arriver que le non-usage revête la nature d’un consentement, ou d’un pacte tacite, & devienne ainsi un titre en faveur d’une Nation, contre une autre. Qu’une Nation en possession de la navigation &

³⁴ F. DE CORNOT, *Dictionnaire ou Manuel – Lexique du diplomate et du consul*, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1846, p. 7.

³⁵ *Différend opposant la Grande-Bretagne et le Portugal dans l’affaire Yuille, Shortridge & Cie*, Sentence du Sénat de la Ville libre de Hambourg, 21 octobre 1861, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXIX, p. 67. Le terme « sans protêt » est remplacé par « sans protestation » dans G. DE LAPRADELLE et N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, 1856-1872, Paris, Pedone, 1923, p. 107.

de la pêche en certains parages, y prétende un droit exclusif, & défende à d'autres d'y prendre part ; si celles-ci obéissent à cette défense, avec des marques suffisantes d'acquiescement, elles renoncent tacitement à leur droit en faveur de celle-là, & lui en établissent un, qu'elle peut légitimement soutenir contre elles dans la suite, surtout lorsqu'il est confirmé par un long usage »³⁶.

Cependant, le terme est utilisé dans une optique « naturelle » chez Vattel ; le contenu juridique ne se distingue pas d'un consentement tacite³⁷.

Avant le milieu du XIX^e siècle, notre recension n'a pas exhumé d'autres vestiges du terme « acquiescement » sur la scène internationale. À l'exception de Vattel – dont l'usage du terme n'est pas juridiquement connoté – les deux courtes citations nous amènent immédiatement à constater que l'acquiescement dont il s'agit ici est de type procédural. L'acquiescement est lié à une décision de justice et renvoie à l'attitude de la partie perdante, il est identifié à l'adhésion à la décision et entraîne l'impossibilité de contester la décision. L'équivalence de la renonciation et de l'acquiescement est très présente dans ces deux passages, l'acquiescement est le nom de la renonciation dans le cadre procédural. L'acquiescement dans ce cadre est la transposition internationale d'une règle de droit interne³⁸, sa nature serait celle d'un principe général de droit selon la classification de l'article 38 SCIJ.

Faisons un saut temporel, dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 mai 2014, le gouvernement chypriote plaide :

« Quant au point de savoir si le temps écoulé depuis l'adoption de l'arrêt au principal n'empêche pas la Cour d'examiner les demandes de satisfaction équitable, le gouvernement chypriote considère que les principes de droit international applicables en la matière sont au nombre de six : prescription extinctive, renonciation et consentement, forclusion, force de chose jugée, obligation de maintenir le *statu quo* et bonne foi »³⁹.

L'argument pourrait être résumé ainsi : l'acquiescement procédural de la partie adverse signifie renonciation à présenter une demande de satisfaction équitable.

³⁶ E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, op. cit., p. 246.

³⁷ Cf. *infra*, Ch. 2.II.D.1 au sujet de Vattel.

³⁸ Cf. *infra*, Ch. 4.I.C relatif aux principes généraux de droit et à la notion d'acquiescement en droit procédural français.

³⁹ *Affaire Chypre c. Turquie*, Cour eur. D.H., Gde ch., req. n° 25781/94, 12 mai 2014, p. 5, § 15.

Il serait cependant erroné de ne voir dans l'acquiescement – malgré la constance des décisions de 1861 et 2014 – qu'une transposition de la règle procédurale au plan international. Le droit interne anglo-saxon connaît aussi la notion d'acquiescence ou d'*estoppel*. Les racines de l'acquiescement international plongent à la fois dans les sources anglo-saxonnes et continentales ⁴⁰.

Entre la vision de 1861 et celle de 2014, l'acquiescement est entré de plain-pied dans l'ordre juridique international, son usage s'est développé et a dépassé le seul cadre procédural. Il est présent dans de nombreuses branches du droit, que ce soit le droit des conflits territoriaux, le droit des traités ou de la responsabilité internationale. L'extension hors du cadre procédural s'est faite au prix de la confrontation – et parfois confusion – avec d'autres concepts, le passage de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme n'en mentionne que quelques-uns.

Les origines internationales de l'emploi du terme « acquiescement » dans le sens où on le conçoit actuellement remontent au XIX^e siècle. Du point de vue strictement lexical, l'histoire de l'acquiescement débute par sa réception dans l'ordre juridique international depuis les ordres juridiques internes ⁴¹. Dans une décision de 1888, l'acquiescement est utilisé afin de jauger de la validité d'un traité ⁴². Citations à l'appui, les arbitres indiquent qu'une ratification irrégulière peut être guérie grâce à l'acquiescement :

« That irregularities and defects in the formalities of ratification may be supplied and made good by subsequent acquiescence in and approval of the treaty, is laid down by Heffter (Droit International, § 87 fin.):

“Mais il est constant qu'elle (i.e., ratification) peut être supplée par des actes équivalents, et notamment par l'exécution tacite des stipulations arrêtées.”

And this opinion is cited by Pradier-Fodéré in his translation of Grotius (Vol. II., p. 270, note 1). See also Hall's International Law, page 276 » ⁴³.

⁴⁰ N. S. MARQUES ANTUNES, « Acquiescence », in R. WOLFRUM (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, OUP, 2012, p. 53, § 3.

⁴¹ Cf. *infra*, Ch. 4.I.C relatif aux principes généraux de droit et à la notion d'acquiescement en droit procédural français et à l'*estoppel* anglo-saxon.

⁴² *Awards regarding the border between Costa Rica and Nicaragua*, arrêts, 22 mars 1888 ; 30 septembre 1897 ; 20 décembre 1897 ; 22 mars 1898, 26 juillet 1899, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, pp. 203 et s.

⁴³ *Ibid.*, p. 207.

Plus loin dans la même sentence, l'acquiescement est assimilé à un consentement :

« Assuming that subsequent legislative approval was needed, Costa Rica might, if it had desired to do so, have declared the negotiations at an end on the expiration of the forty days [delay]. But it was not bound to do so. It had a perfect right to waive this limitation of time. Either party to a Treaty may extend the time of the other, either by express agreement or by acts indicating acquiescence » ⁴⁴.

L'acquiescement est largement utilisé et dépasse le cadre strictement procédural, il possède une grande vertu facilitatrice : les arbitres peuvent tenir compte des comportements pour débusquer un consentement.

Dans la jurisprudence postérieure à la création de l'ONU, les références directes à l'acquiescement se multiplient. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (1962), la Cour affirme qu'

« [il] est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction de la part des autorités siamoises, au cas où celles-ci auraient voulu contester la carte ou auraient eu de graves questions à soulever à son égard. Or, elles n'ont réagi ni à l'époque ni pendant de nombreuses années et l'on doit, de ce fait, conclure à leur acquiescement. *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* » ⁴⁵.

L'acquiescement est assimilé à un consentement tacite, à un silence qui manifeste une approbation.

Nous n'allons pas énumérer toutes les occurrences du terme dans la jurisprudence. Cependant, pour avoir une image un peu plus complète des différentes valences, nous évoquerons quelques affaires. En 1984 dans *Golfe du Maine*, la CIJ tente une définition embryonnaire de l'acquiescement et dresse une courte comparaison avec l'*estoppel* (une institution voisine) :

« La Chambre constate en tout cas que les notions d'acquiescement et d'*estoppel*, quel que soit le statut que leur réserve le droit international, découlent toutes deux des principes fondamentaux de la bonne foi et de l'équité. Elles procèdent cependant de raisonnements juridiques différents, l'acquiescement équivalant à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement ; l'*estoppel* étant par contre lié à l'idée de forclusion » ⁴⁶.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 207-208.

⁴⁵ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 23, italiques dans l'original.

⁴⁶ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130, italiques dans l'original.

L'acquiescement adopte un nouveau point de fuite et délaisse cette fois-ci le consentement pour s'assimiler à une reconnaissance *tacite*. Dans le domaine du contentieux territorial, l'acquiescement est largement évoqué par la Cour, notamment dans un arrêt de 1992 :

« La Chambre considère que cette protestation du Honduras, qui a été élevée après une longue série d'actes de souveraineté d'El Salvador à Meanguera, a été formulée trop tard pour dissiper la présomption d'acquiescement de la part du Honduras. Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation »⁴⁷.

L'assimilation de l'acquiescement à une reconnaissance, un consentement ou à une admission se renforce. La valeur de l'extrait réside aussi dans l'antagonisme entre la protestation et l'acquiescement.

La Cour apporte plus de précisions sur les étapes et conditions de l'acquiescement territorial en 2008 dans *Pedra Branca* :

« Dans certaines circonstances, la souveraineté sur un territoire peut passer à un autre État en l'absence de réaction de celui qui la détenait face au comportement de cet autre État agissant à titre de souverain [...] De telles manifestations peuvent appeler une réponse, en l'absence de laquelle elles deviennent opposables à l'État en question. L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement. [...] Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse »⁴⁸.

L'acquiescement est présenté comme un processus qui peut, moyennant certaines circonstances, aboutir à un transfert de souveraineté. Le comportement, l'inertie, l'opposabilité, la nécessité de réagir sont autant de points d'accroche qui dessinent les contours juridiques de l'acquiescement.

Pour terminer ce bref tour d'horizon, l'arrêt de 2021 entre le Kenya et la Somalie laisse présager une consolidation puisque la CIJ y propose un alliage de ses arrêts précédents :

« La Cour rappelle que "l'acquiescement équiva[ut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement" [...]. Si les circonstances sont telles que le comportement de l'autre État appelle une réponse dans un

⁴⁷ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 577, § 364.

⁴⁸ *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, pp. 50-51, § 121.

délai raisonnable, l'absence de réaction peut valoir acquiescement [...]. Afin de déterminer si le comportement d'un État appelle une réponse d'un autre État, il convient de rechercher si l'État a persisté dans ce comportement de manière constante [...]. Dans l'appréciation de l'absence de réaction, le temps peut être un facteur important [...] »⁴⁹.

À travers cet échantillon de décisions, il est possible d'esquisser certains traits juridiques de l'acquiescement. La caractéristique qui frappe le plus est le flou qui entoure l'institution : elle n'est pas réellement décrite en elle-même et pour elle-même, mais par référence à des principes supérieurs (la bonne foi), à des institutions voisines (*l'estoppel*, la reconnaissance tacite), et encore par ses effets ou conséquences (consentement, admission). L'acquiescement apparaît comme une conjonction, comme l'articulation de comportements, de réactions, du passage du temps, et de protestations. Son effet final débouche sur la modification d'un droit.

L'image juridique qui se dessine est fuyante et incertaine ; l'acquiescement semble à cheval de plusieurs autres catégories juridiques (actes unilatéraux ; traités), il s'assimile au consentement sans s'y confondre (il fait figure de « consentement par équivalence »). Une dynamique de question et de réponse émerge, dynamique qui est parsemée de notions juridiques indéterminées (les circonstances, un délai raisonnable, des actes, une réaction, un comportement).

Revenons à une comparaison avec le langage courant : les orientations linguistiques principales sont aussi présentes en droit international dans le cas présent. Langage naturel et juridique se confondent au moins en partie, ce qui rend plus ardue la tâche de délimiter juridiquement l'acquiescement. Les notions de consentement sont présentes dans les deux ensembles, tout comme la dynamique d'action-réponse et la possibilité d'acquiescer par le silence, des actes, des gestes, ou la parole. Face à ce mimétisme entre acquiescement « naturel » et acquiescement « juridique », nous constatons qu'il n'est pas impossible que le terme usuel et sa définition aient fortement influencé l'institution juridique.

Dans une perspective « cartographique » du droit international, les courts extraits jurisprudentiels précédents indiquent que l'acquiescement est relié au consentement, à la protestation, aux actes

⁴⁹ *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, pp. 227-228, § 51 (références omises). Cet auto-référencement de la CIJ procède toutefois d'un choix : voy. R. KOLB et A. HÈCHE, « The Principle of Acquiescence in International Law », in C. FOCARELLI (éd.), *Human Society and International Law: Reflections on the Present and Future of International Law*, Milan, Wolter Kluwers, 2023, p. 65.

unilatéraux (reconnaissance notamment), à l'opposabilité d'une situation, et à l'*estoppel*. Au niveau « géologique » des influences profondes, la bonne foi semble composer un substrat important de l'institution. L'acquiescement intervient entre deux *États* dans cette première approximation. En plus de servir de consentement par équivalence, l'acquiescement présente une utilité de « forclusion » : un État ne peut pas contester un comportement ou la modification juridique d'une situation.

Le titre de la présente section mentionne que le terme d'acquiescement est d'un usage récent. La jurisprudence citée ici confirme que ce n'est que dès le milieu du XIX^e siècle que l'usage du terme se répand dans l'ordre juridique international. Tout d'abord dans une valeur proche de celle de l'acquiescement procédural, puis de manière bourgeonnante, et finalement avec une plus grande magnitude, dans une valeur de « consentement tacite », et ce dans l'ensemble de l'ordre juridique international. Ce que les États peuvent accomplir grâce à un consentement exprès, ils le peuvent aussi par un acquiescement semble indiquer la sentence de 1888 entre le Costa et le Nicaragua⁵⁰. Près d'un siècle plus tard, la Chambre de la CIJ exprime une vision similaire et plus précise :

« [L]’acquiescement équiva[u]t à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l’autre partie peut interpréter comme un consentement »⁵¹.

Les considérations sous-jacentes sont semblables entre les deux décisions. L'acquiescement s'est bien établi dans le droit international public tel qu'il s'est développé après la création de l'ONU. Les autres arrêts de la CIJ que nous avons évoqués confirment que l'acquiescement, loin d'être un incident de parcours ou une simple « doctrine », est une institution à part entière de l'ordre juridique international. Il a réussi à conquérir son autonomie, il peut être invoqué pour lui-même, et les plaideurs ne manquent pas d'y faire référence.

Cette très brève généalogie est toutefois à nuancer. Si le *terme* est d'usage récent, qu'en est-il des notions au cœur de l'institution ? Dans une perspective de droit comparé, une institution de

⁵⁰ *Awards regarding the border between Costa Rica and Nicaragua*, arrêts, 22 mars 1888 ; 30 septembre 1897 ; 20 décembre 1897 ; 22 mars 1898, 26 juillet 1899, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, pp. 207-208.

⁵¹ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130.

droit suisse doit être comparée avec sa consœur anglo-saxonne non seulement dans ses termes, mais aussi en esprit, dans la fonction qu'elle remplit dans l'ordre juridique de départ. C'est seulement au prix de cette comparaison de l'apparence (le terme) et du fond (l'âme) qu'il est possible de retracer le parcours d'une institution. Ces considérations techniques seront développées *infra* (Ch. 1.III.A). Tentons pour l'instant de les appliquer à l'histoire de l'acquiescement afin de voir s'il est possible de remonter avant le milieu du XIX^e siècle.

Il est utile de préciser la méthodologie que nous allons suivre pour tracer cette « histoire » de l'acquiescement en droit international (Chapitre 2). C'est tout d'abord à l'emploi actuel de l'acquiescement que nous nous sommes intéressés (dès la création de l'ONU). Cet emploi est reconnaissable à deux manifestations : 1) l'emploi du terme « acquiescement », que la *substance* de l'acquiescement soit présente ou non, 2) la présence d'une situation qui implique la substance de l'acquiescement, qu'il y ait *emploi du terme* ou non. Cette bipartition reprend la distinction entre apparence et réalité, sans cependant pouvoir échapper à la présupposition réciproque entre le fond – qui n'existe pas sans forme – et la forme qui manifeste un fond. Dans les termes de Corten, nous nous attacherons à la fois à une perspective *essentialiste* (la substance) et *nominaliste* (le terme)⁵².

Concrètement, l'usage du terme peut être tracé depuis le milieu du XIX^e siècle, on peut ainsi trouver des occurrences en continu jusqu'à la décennie de rédaction du présent texte. Abstraitement, il est possible de remonter jusqu'aux expressions les plus antiques du droit. Cela ne peut pas se faire sans définir – au moins provisoirement – la substance (éléments et effets) de l'acquiescement. Pour ce faire on partira de la définition de l'acquiescement telle qu'elle transparaît de la doctrine de l'ère des Nations Unies. Grâce à cette définition provisoire la démarche historique et comparative pourra s'étendre au-delà de l'occurrence du terme pour remonter jusqu'au droit antique. Cette recherche historique permettra de voir si des institutions employant des éléments comparables ou ayant des effets comparables à ceux de l'acquiescement actuel existaient durant plusieurs grandes « ères » du droit international. L'intérêt de cette recherche réside aussi dans l'identification des institutions

⁵² O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, op. cit., p. 115.

parentes historiques qui subsistent aujourd'hui dans l'ordre juridique international aux côtés de l'acquiescement ; à titre d'exemple, le consentement tacite est déjà attesté en droit romain et il s'est pérennisé. À l'inverse de la prescription, qui bien qu'existante en droit romain, est généralement rejetée en droit international public.

B. *Un usage équivoque et parfois incohérent*

Avant de nous lancer dans l'enquête historique (chapitre 2) et dans la définition juridique de l'acquiescement, nous allons prolonger les considérations relatives au terme « d'acquiescement » et aux perspectives nominalistes et essentialistes. Selon Corten⁵³, la perspective « nominaliste » revient à s'intéresser à l'acquiescement uniquement à travers les jurisprudences qui utilisent ce mot. À l'inverse, la perspective « essentialiste » au centre de la présente section s'attache à « l'âme » de l'acquiescement. Elle s'intéresse aux éléments et circonstances d'application de l'acquiescement, sans se limiter à une vérification du terme.

Cette grille de lecture fait apparaître plusieurs situations :

1. le terme d'acquiescement et son « âme » sont simultanément présents ; les perspectives nominalistes et essentialistes se cumulent (Ch. 1.II.A) ;
2. le terme d'acquiescement est présent, mais l'âme est absente. La perspective nominaliste est réalisée, mais inaboutie car l'usage du terme est fautif (acquiescement « improprement dit » ; absence d'acquiescement) ;
3. le terme d'acquiescement est absent, mais l'âme est présente. L'acquiescement est présent selon une perspective essentialiste (la présente section 1.II.B).

L'usage est équivoque car il peut désigner des situations d'acquiescements improprement dites (2), il est incohérent car il n'est pas systématiquement appliqué, bien que l'âme soit présente (3). La perspective essentialiste (3) est enrichissante pour dresser un inventaire historique de l'acquiescement, mais plus difficile à appliquer puisqu'elle nécessite une recherche large (qui ne se cantonne pas au terme d'acquiescement, mais englobe l'*estoppel*, la reconnaissance tacite, l'accord tacite) et une compréhension de l'évanescence de l'âme de l'acquiescement.

⁵³ *Ibid.*, p. 115.

Comment définir une perspective essentialiste alors que nous ne savons pas encore quelle est l'âme de l'acquiescement ? Le plus simple est de se servir dans le fond nominaliste jurisprudentiel le plus actuel (postérieur à la création des Nations Unies) pour ensuite dénicher les occurrences d'acquiescement qui n'utilisent pas le terme adéquat. Une situation d'acquiescement essentialiste devra ressembler à une situation nominaliste, le terme d'acquiescement en moins. Cette impasse ne peut être vaincue qu'à force de lecture et d'un va-et-vient constant entre théorie et pratique ⁵⁴.

Un argument d'autorité fourni par l'arrêt de la Chambre de la CIJ dans l'affaire *Golfe du Maine* nous permet d'entrer dans la perspective essentialiste. Le Canada avait invoqué l'acquiescement et s'était servi de la jurisprudence de la CIJ pour cimenter l'existence de l'institution et en prouver les conditions ⁵⁵. Il avait ainsi évoqué les affaires *Grisbadarna*, *Pêcheries norvégiennes*, *Roi d'Espagne*, *Temple de Préah Vihear* et *Plateau continental de la mer du Nord* comme autant de situations où l'acquiescement s'est appliqué ou était pertinent ⁵⁶. Ce qui est frappant dans notre perspective essentialiste, c'est le nombre extrêmement faible d'occurrences du terme « acquiescement » dans ces affaires : entre elles cinq, il n'apparaît qu'à quatre reprises, et pas nécessairement dans la *ratio decidendi* ⁵⁷. Cette rareté n'empêche pas la Chambre d'examiner chaque affaire. La Chambre s'engage donc dans une approche essentialiste de l'acquiescement qui corrobore notre raisonnement : les affaires examinées mettent en œuvre l'acquiescement de manière « cachée » ou « en sourdine ». Deux extraits de *Golfe du Maine*, relatifs respectivement à *Grisbadarna* et à *Roi d'Espagne* illustrent clairement que l'acquiescement peut opérer en coulisse :

« Dans l'affaire des *Grisbadarna* sur la délimitation de zones de pêche entre la Norvège et la Suède la conduite des deux États a effectivement joué un grand rôle. [...] Même si l'on voulait minimiser ces différences,

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 92-93.

⁵⁵ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 308-309, § 143.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 309-310, §§ 144-148.

⁵⁷ Dans *Temple de Préah Vihear*, le terme apparaît dans les conclusions et dans le raisonnement (*Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 12 et 23). Dans *Roi d'Espagne*, le terme apparaît dans les conclusions et dans la déclaration du juge Urrutia Hologuín (*Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec.* 1960, p. 198 et p. 218).

une comparaison entre le comportement de la Suède et de la Norvège et celui des Parties en la présente espèce ne permet pas de conclure, même d'après la jurisprudence des *Grisbadarna*, que la conduite des États-Unis ait été suffisamment claire, cohérente et persistante pour constituer un acquiescement »⁵⁸.

Et, plus loin :

« L'arrêt dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* n'est pas non plus un précédent valable. L'acquiescement y a joué un rôle, mais pour le lui reconnaître la Cour s'est fondée sur des déclarations expresses du Nicaragua et sur un comportement qui s'était prolongé fort longtemps, ce qui n'est pas le cas en la présente affaire »⁵⁹.

Il faut savoir que le terme acquiescement n'apparaît nulle part dans *Grisbadarna*⁶⁰ et seulement à deux reprises dans *Roi d'Espagne*, mais il s'agit de la répétition des arguments portant sur les conclusions, et de la déclaration d'un juge⁶¹. L'essentialisme de l'acquiescement existe, la Chambre l'a consacré. Ces deux extraits définissent l'acquiescement comme une *conduite* qui débouche et justifie une modification de la situation juridique entre les parties (délimitation maritime ; droit de contester une sentence). De plus, la Chambre indique que l'acquiescement s'étend à des déclarations expresses et prend en compte le passage du temps. Les autres affaires évoquées (principalement le *Temple de Préah Vihear* et les *Pêcheries norvégiennes*) permettent d'enrichir le concept préliminaire d'acquiescement dans cette perspective essentielle : l'État qui acquiesce connaît ou devait connaître la situation qui devient opposable, il avait les moyens de réagir, de protester, mais a gardé le silence ou ne s'est pas assez manifesté. Au fur et à mesure des affaires, l'image de l'acquiescement révèle ses couleurs – sans forcément gagner en netteté.

Les éléments pertinents de l'acquiescement sont, globalement, les suivants : une attitude, un comportement, suivi de réaction, de protestation, d'une connaissance, le silence, l'inertie, le temps, la constance. Le tout doit pouvoir être assimilé à un consentement tacite ou par équivalence (reconnaissance, renonciation) qui empêche l'État de

⁵⁸ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 309, § 146, italiques dans l'original.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 310, § 147, italiques dans l'original.

⁶⁰ *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 147-166.

⁶¹ *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec.* 1960, p. 198 et p. 218.

changer sa position. Les droits des parties sont modifiés par l'opération de l'acquiescement. La perspective essentialiste consiste à rechercher les affaires qui ne mentionnent pas l'acquiescement mais font usage de l'institution de manière assourdie, en privilégiant celles où le maximum des critères et éléments énoncés sont présent, puis en suivant un ordre décroissant, pour terminer par celles qui n'utilisent qu'un élément commun à l'acquiescement et à une autre institution. Ainsi, on se préoccupera en priorité des cas catalogués sous le numéro (3) au début de cette section. Par exemple les affaires énumérées dans *Golfe du Maine*. De temps à autre, nous examinerons des affaires où un seul critère apparaît pour le comparer à l'importance de ce critère dans l'acquiescement (par ex. la construction de la connaissance dans *Détroit de Corfou*, ou les tenants et aboutissants de la protestation ou de l'objection dans *Immunités et procédures pénales*). D'une perspective essentialiste initiale qui poursuit le but de récolter les éléments de l'acquiescement, il nous arrivera donc de transiter vers une analyse pure et simple de quelques-uns de ses critères (voy. par ex. : Ch. 5.IV.D et Ch. 5.VII.D). En optant pour une combinaison de perspective nominaliste (parce qu'indispensable) et essentialiste, nous nous inscrivons dans une construction très large de l'acquiescement. On évite ainsi une déférence totale pour le terme et on favorise la recherche d'éléments de comparaisons, de structures, de plus petits dénominateurs communs aptes à résumer l'institution.

Golfe du Maine confirme qu'adopter une perspective essentialiste pour l'acquiescement est une quasi nécessité. Dans les lignes qui suivent, il s'agira de démontrer que cette perspective essentialiste existe au-delà de *Golfe du Maine* et qu'elle permet d'englober de nombreux cas d'acquiescements, ce qui en retour témoigne de sa présence dans de nombreux domaines du droit international, et nous autorise à remonter beaucoup plus loin dans le temps que la perspective nominaliste.

Une affaire de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 mai 2014 mentionne :

« Quant au point de savoir si le temps écoulé depuis l'adoption de l'arrêt au principal n'empêche pas la Cour d'examiner les demandes de satisfaction équitable, le gouvernement chypriote considère que les principes de droit international applicables en la matière sont au nombre de six : prescription extinctive, renonciation et consentement, forclusion, force de chose jugée, obligation de maintenir le *statu quo* et bonne foi »⁶².

⁶² *Affaire Chypre c. Turquie*, Cour eur. D.H., Gde ch., req. n° 25781/94, 12 mai 2014, p. 5, § 15.

Il ne manque que l'acquiescement pour compléter le portrait de famille. L'acquiescement est ici synonyme de prescription extinctive, de victoire de l'effectivité sur la légalité (*quieta non movere*), écho lointain de l'affaire *Grisbadarna* :

« Dans le droit des gens, c'est un principe bien établi, qu'il faut s'abstenir autant que possible de modifier l'état des choses existant de fait et depuis longtemps [...] » ⁶³.

L'argumentation énumère pêle-mêle les éléments de l'acquiescement (temps, bonne foi, maintien du *statu quo*) et son effet (renonciation, consentement). Un enseignement à tirer de cet exemple d'essentialisme consiste à étudier la prescription extinctive en droit international (*cf. infra*, Ch. 3.II.C), ainsi qu'à rechercher les affaires qui la mentionnent pour les confronter et distinguer de l'acquiescement.

Dans cet esprit, l'arrêt *Phosphates à Nauru* est pertinent : l'Australie soutenait que Nauru avait renoncé au droit de demander des réparations en raison des dommages survenus pendant la période coloniale ⁶⁴. La Cour part à la recherche des « circonstances » dans lesquelles l'écoulement du temps peut rendre une requête irrecevable : quels comportements sont aptes à rentrer dans ce cadre, que doivent faire les États pour conserver ce droit d'ester ⁶⁵ ? En bref : est-ce que Nauru a acquiescé à l'abandon de sa demande et/ou est-ce que l'Australie était en droit de considérer ce différend comme soldé ? Dans *Norstar*, le Tribunal international du droit de la mer (ci-après : « TIDM ») passe l'acquiescement, l'*estoppel* et la prescription extinctive en revue ⁶⁶. L'amalgame « essentialiste » des conditions de fonctionnement de ces trois institutions est donc valable et défendable.

Dans la sentence *Services aériens* de 1963, l'acquiescement est remarquablement présent dans les notes de bas de page ⁶⁷. Dans le corps de l'arrêt et le raisonnement du tribunal, c'est la conduite des

⁶³ *Grisbadarna* (Norvège, Suède), Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 161.

⁶⁴ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australie), Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec.* 1992, pp. 253-254, § 32.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Affaire du navire « Norstar »* (Panama c. Italie), TIDM, arrêt sur les exceptions préliminaires du 4 novembre 2016, pp. 66 et s., spéc. pp. 71-74, § 300-§ 314 (p. 72, § 303 pour une citation de *Phosphates à Nauru*).

⁶⁷ *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, Sentence du 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 63 (notes nos 2 et 3), p. 64 (note n° 1).

parties, en tant que source de droits et d'obligations, qui a les honneurs⁶⁸. L'acquiescement est ici la forme qui englobe la conduite des parties, qui leur accorde une valorisation, il s'agit d'un *processus* qui débouche sur la modification d'un traité. Cette valence de l'acquiescement se traduit comme une pratique subséquente (ou modificatrice)⁶⁹ : dès 1969, c'est la CVDT et son article 31, § 3, lit. b qui codifie ce type d'acquiescement. Cette bifurcation nous entraînera donc à émettre des comparaisons entre l'acquiescement et les conditions de l'interprétation par voie de pratique subséquente. Ce domaine de l'interprétation est d'une grande richesse doctrinale⁷⁰ et jurisprudentielle, un regain d'intérêt pour ces questions a été suscité par les travaux de la CDI⁷¹. En suivant ce filon essentialiste de l'acquiescement comme un *processus* incorporé dans d'autres institutions, la coutume apparaît comme d'une grande pertinence : par leurs conduites, leurs silences, leurs comportements qui s'inscrivent dans le temps, les États modifient la situation juridique entre eux. Ces brefs développements laissent présager l'ampleur d'une étude de l'acquiescement qui adopte une perspective essentialiste, non seulement à travers les *affaires* étudiées, mais aussi quand il s'agit d'étudier des *institutions* qui n'emploient l'acquiescement qu'à titre officieux.

Cet exercice « essentialiste » peut nous emmener bien plus loin dans le temps que la perspective nominaliste. Dans l'affaire *Louis Brand* de 1863, la notion de prescription extinctive et les considérations annexes sont mentionnées (le temps, les actions et réactions de part et d'autre, la formation d'une présomption d'abandon ou de perte d'un droit)⁷². En suivant ce fil essentialiste qui assimile prescription et acquiescement, il est notamment possible de remonter en 1839⁷³. Au fur et à mesure de l'évolution du droit international

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 62-64.

⁶⁹ L'acquiescement-pratique subséquente modificatrice n'a pas officiellement franchi l'étape des négociations et n'est pas inclus dans la CVDT. Voy. G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 41-71.

⁷⁰ Voy. not. : I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 418 p.

⁷¹ CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, *ACDI*, vol. II, 2^e partie, 2018 (les travaux ont véritablement débuté en 2009 avec la création d'un groupe de travail présidé par G. Nolte. Voy. https://legal.un.org/ilc/summaries/1_11.shtml, consulté le 6 juillet 2021).

⁷² *Louis Brand (États-Unis c. Pérou)*, 27 novembre 1863, Lapradelle-Politis II, pp. 269-270.

⁷³ *Sentence austrégale dans l'affaire entre les maisons princières de Lippe-Detmold, et Schaumbourg-Lippe (2^e Sentence)*, 25 janvier 1839, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, p. 70 (les prescriptions acquisitive et extinctive sont mentionnées).

et par une sophistication des notions, l'utilité de la prescription extinctive s'est transférée sur l'acquiescement, qui a des visées plus larges ⁷⁴.

Dans cette perspective essentialiste, l'acquiescement est omniprésent dans l'ordre juridique international et dans ses nombreux domaines. Qu'il s'agisse des *legitimate expectations* en droit des investissements, du *forum prorogatum* en droit procédural, des circonstances pertinentes en droit des délimitations maritimes, de la levée implicite des immunités, de la succession d'États aux traités par voie tacite (art. 24 CVSE), de l'acceptation des réserves (art. 20, § 5 CVDT). C'est cette perspective – en tant que complément nécessaire à l'approche nominaliste – qui sera développée dans cet ouvrage et qui a été suivie afin de récolter les différents « types » d'acquiescements ⁷⁵.

Adopter une perspective essentialiste de l'acquiescement est possible. Fort de ce constat, les prochaines sections III.A. et B. consisteront à additionner aux approches nominalistes et essentialistes les définitions doctrinales. En multipliant les perspectives, nous espérons aboutir à une « définition de travail ». C'est-à-dire à collationner les principaux éléments de l'acquiescement pour formuler un concept qui rende compte des principales considérations, éléments, articulations, qui traversent l'acquiescement. Les évocations jurisprudentielles précédentes (II.A et B) seront complétées par un bref panorama de la doctrine.

⁷⁴ Voy. not. : G. SPERDUTI, « Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale », *RDI*, vol. 44, 1961, p. 7.

⁷⁵ Les « occurrences » de l'acquiescement sont dénichées soit en s'intéressant à un aspect précis de l'institution (quels concepts juridiques ont également recours au « tacite » ?), soit en identifiant les concepts qui partagent, dans l'ordre décroissant, des points communs avec l'acquiescement. Il faut ajouter que certaines institutions peuvent tout simplement *utiliser* ou *incorporer* l'acquiescement dans leur fonctionnement (la coutume), sans pour autant le nommer.

III. *Le problème de la définition et de la reformulation aux fins de comparaison*

A. *Position du problème et enjeux*

L'étude d'un sujet est traversée par une tension constante entre sa conceptualisation et son traitement⁷⁶. Cet avertissement souligne les limites d'une définition, qui ne sera donc que provisoire. L'objet limité de cette section est d'établir un cadre de réflexion pour la définition (III.A). Dans la section suivante, nous chercherons à compléter le fond nominaliste et essentialiste par des définitions doctrinales (III.B).

Le problème de la définition soldé, demeure celui de la comparaison. La définition proposée aura pour but de nous épauler dans la tâche « historique » du chapitre 2 qui consiste à dénicher les plus anciennes attestations de l'acquiescement. Ce travail de recherche procède d'un constat : tout comme la méthode du droit comparé s'ancre dans une comparaison entre l'institution juridique de départ et des ordres juridiques de destination, nous souhaitons établir les linéaments de l'acquiescement dans l'ordre juridique international (ordre de départ) pour le confronter à des ordres juridiques historiques (ordres de destination). La définition élaborée constitue une étape nécessaire pour la comparaison de l'acquiescement.

Toute comparaison en droit est périlleuse. La comparaison s'axe autour des *ordres juridiques comparés* et de l'*objet* de la comparaison.

Pour les ordres juridiques comparés, la préoccupation principale est de percevoir les particularités de leur fonctionnement afin de comparer efficacement : le problème est bien connu de la science du droit comparé. Le point délicat est de formuler la question afin qu'elle ait garde un sens, comme s'il s'agissait de traduire une institution d'un ordre à l'autre⁷⁷. Formuler une seule question pour l'acquiescement est complexe : non seulement l'institution est floue, elle peut remplir des buts contradictoires, et les questions de substitution sont larges⁷⁸. La méthodolo-

⁷⁶ O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, op. cit., pp. 92-93.

⁷⁷ R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2016, pp. 307-320.

⁷⁸ Voici quelques questions de substitution pour l'acquiescement : comment l'ordre juridique valorise-t-il les comportements des sujets ? Le consentement peut-il être

gie du droit comparé et de l'histoire du droit ne sera donc pas scrupuleusement suivie. En droit romain par exemple, on ne se limitera pas seulement à la prescription et aux droits réels, le droit civil du mariage est aussi pertinent car il comporte des traces de consentement tacite. Cette comparaison se double d'une difficulté toute naturelle en droit international : l'acquiescement se noue (a priori) entre États. Une comparaison avec un droit « interne » comme le droit romain est bancale car les sujets ne sont pas semblables, ce qui impacte la manière dont l'institution se déploie. Plus fondamentalement encore, les ordres « internes » connaissent généralement des tribunaux obligatoires : un citoyen romain dispose d'*actions* pour protéger ses droits. L'ordre juridique international est décentralisé et l'acquiescement n'est pas automatiquement « justiciable ».

L'objet de notre comparaison consiste à s'appesantir sur les éléments de l'acquiescement (les composantes et leur articulation) et sur ses effets. La « question » que nous pouvons formuler, extrêmement large, consiste à se demander *dans quelles institutions de l'ordre juridique à comparer trouve-t-on le plus grand nombre de ces éléments, éléments qui doivent déboucher sur des effets similaires* ? En débutant par les éléments et les effets, nous espérons disposer des plus petits dénominateurs d'une norme juridique. Par « éléments » nous désignons les faits et les conditions nécessaires pour que la norme trouve application. Par « effets » on désigne les conséquences juridiques qui résultent des faits. Nous nous appuyons sur le concept de « fait juridique » (sans trancher pour le moment si l'acquiescement est un fait juridique ou un acte juridique)⁷⁹.

exprimé tacitement ? Comment les États peuvent-ils être liés en raison de leur comportement ? À quelles conditions une prétention adverse est-elle opposable à un sujet/État ? Alternativement, il serait possible de poser des questions très précises : est-ce que l'ordre juridique connaît la prescription ? Est-ce que la propriété peut être transférée par des comportements ? Un contrat peut-il être conclu par des actes ? Est-il possible de renoncer à une créance en raison de son attitude ? L'écueil d'une telle approche est qu'elle est trop spécifique : il faudrait tant multiplier les questions posées que la somme de travail est suffocante.

⁷⁹ Si l'acquiescement est un fait juridique, il est indépendant de la volonté de l'État auquel on l'oppose. Si l'acquiescement est un acte juridique, il dépend de la volonté de l'État. On peut voir en germe la différence entre l'acquiescement comme une constatation extérieure à l'État et l'acquiescement comme un consentement tacite. Pour P. Martin-Bidou qui adopte une position volontariste, la volonté de l'État est une fiction (*L'acquiescement en droit international public*, Thèse, Paris, 1992, pp. 260 et 292 not.).

Pour les éléments de l'acquiescement, nous pouvons citer la connaissance, l'écoulement du temps, le silence, etc. Quant aux effets, il peut s'agir de la perte d'un droit, la forclusion, la modification d'un droit, la création d'un accord, etc. La prise en compte des éléments pour la production d'effets est un tout (les éléments sont *conditionnés* par l'effet final), aussi on privilégiera la comparaison aux normes qui ont des éléments semblables couplés à des effets semblables à ceux de l'acquiescement.

*B. Définition par les éléments
et les effets de l'acquiescement*

1. *Les définitions doctrinales*

La doctrine postérieure à la création des Nations Unies offre un raccourci bienvenu pour ce travail de définition puisqu'elle plonge elle-même ses racines dans la jurisprudence, les conventions, les travaux d'organes ou d'associations savantes et qu'elle constitue un « moyen auxiliaire » de détermination des règles de droit (art. 38, § 1, lit. d SCIJ). Dans la doctrine, c'est avant tout l'énumération des éléments ainsi que les effets de l'acquiescement qui nous retiendront.

Silence « qualifié », inaction, absence de protestation, passivité face à une prétention adverse, notoriété de la prétention adverse, connaissance de la prétention, actes concluants et écoulement du temps peuvent être cités pêle-mêle comme éléments nécessaires à la mise en œuvre de l'acquiescement⁸⁰. Pour H. Das, les éléments de l'acquiescement s'ordonnent comme suit :

« [S]i un État, qui a connaissance des prétentions d'une partie adverse, s'abstient de réagir pendant un certain laps de temps, en dépit de son intérêt et malgré les occasions qui se prêtent à une réaction, on peut raisonnablement présumer qu'il entend s'engager »⁸¹.

« Connaissance, temps, occasions et intérêt »⁸² sont au centre de l'acquiescement. P. Martin-Bidou ajoute que l'acquiescement doit émaner de l'État⁸³ (sous l'angle de l'attribution d'un comportement).

⁸⁰ J. P. MÜLLER et T. COTTIER, « Acquiescence », in R. BERNHARDT (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 7, 1984, pp. 5-6 ; N. S. MARQUES ANTUNES, « Acquiescence », in R. WOLFRUM (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, OUP, 2012, p. 54, § 21.

⁸¹ H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *RBDI*, 1997/2, p. 619.

⁸² *Ibid.*, p. 624.

⁸³ P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, p. 59.

Cette définition fragmentaire de l'acquiescement fait apparaître trois aspects ou « pôles » distincts de l'acquiescement : (1) des éléments-conditions (le comportement d'un « sujet », État ou Organisation internationale⁸⁴ ; la connaissance, le temps, etc.) ; (2) l'articulation de ces éléments (les rapports chronologiques ou de systèmes à l'intérieur de l'acquiescement) ; (3) et pour terminer l'effet de l'acquiescement, ses conséquences. Ce sont ces trois pôles que l'on va explorer.

McGibbon a consacré plusieurs articles à l'acquiescement, à l'*estoppel*, à la coutume ainsi qu'à la protestation. En 1954, il nous livre une définition « canonique » de l'acquiescement :

« In the present article it [acquiescence] is used, to describe the inaction of a State which is faced with a situation constituting a threat to or infringement of its rights: it is not intended to connote the forms in which a State may signify its consent or approval in a positive fashion. Acquiescence thus takes the form of silence or absence of protest in circumstances which generally call for a positive reaction signifying an objection »⁸⁵.

L'acquiescement se noue entre États dans une situation qui est initialement illicite (« threat or infringement of rights »), il est similaire à un consentement ou à une reconnaissance tacite :

« The function of acquiescence may be equated with that of consent [...]. The primary purpose of acquiescence is evidential; but its value lies mainly in the fact that it serves as a form of recognition of legality and condonation of illegality and provides a criterion which is both objective and practical »⁸⁶.

Au niveau *macro*-juridique, l'acquiescement est un consentement par équivalence, il arrive au même résultat qu'une acceptation pure et simple⁸⁷. Au niveau *micro*-juridique, l'acquiescement est une forme objective, qui opère sur la base de faits, de présomptions, de la connaissance : le silence ou l'inaction *face à certaines circonstances* conduisent à l'acquiescement. La preuve d'une intention claire de ne pas accepter la situation ou de ne pas

⁸⁴ L'article 45 CVDT est adapté dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* de 1986 (cf. art. 45, § 2 CVOI). L'article 45 CVOI laisse entrevoir une application générale de l'acquiescement aux organisations internationales.

⁸⁵ I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *BYBIL*, 1954, vol. XXXI, p. 143.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 147.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 182.

renoncer à un droit empêche l'acquiescement⁸⁸. La particularité de l'acquiescement est de se manifester dans des situations incertaines sur le plan juridique ou factuel⁸⁹. McGibbon souligne déjà que « [t]he range of application of the doctrine of acquiescence is thus considerable »⁹⁰.

Sur cette lancée, McGibbon publie en 1957 un article relatif à l'opération de l'acquiescement à l'intérieur de la coutume⁹¹. Il s'entremêle au processus coutumier, jusqu'à s'y confondre parfois :

« Perhaps the most important distinction to be drawn for purposes of analysis is one between customary rules expressed as rights and customary rules expressed as obligations. As well as for those two types of customary rules, different considerations are appropriate for general, regional and exceptional customs respectively. The closer the approximation of a customary right or obligation to an historic or prescriptive right or obligation, the more relevant the doctrine of acquiescence becomes »⁹².

L'acquiescement affleure dans certaines coutumes, il reste à l'arrière-plan dans les coutumes les plus universelles et « législatives ». La condition de « l'acceptation générale comme étant du droit » de l'article 38, § 1, lit. b SCIJ est avantageusement substituée à la vérification d'un acquiescement de la part des États silencieux, ce qui offre une souplesse bienvenue dans le processus coutumier⁹³.

Les définitions peuvent aussi être *négatives*. La principale rivalité provient de l'*estoppel*. Dans une littérature abondante, nous nous contenterons pour le moment de mentionner l'article de Bowett⁹⁴. Très sommairement – et sur ce point il ressemble à l'acquiescement – l'*estoppel* s'affirme comme une règle obligeant les États à faire preuve de cohérence dans leurs comportements⁹⁵.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 183 : « The presumption of consent which may be derived from acquiescence may, of course, be rebutted by a clear indication of a contrary intention ».

⁸⁹ *Ibid.*, p. 182 : « Acquiescence is of special relevance to situations involving the application of rules of which the content or authority is open to doubt either because the rules are controversial or because they are still in process of development ».

⁹⁰ *Ibid.*, p. 183.

⁹¹ I. MCGIBBON, « Customary International Law and Acquiescence », *BYBIL*, vol. 33, 1957, pp. 115-145.

⁹² *Ibid.*, p. 144.

⁹³ *Ibid.*, p. 145.

⁹⁴ D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *BYBIL*, vol. 33, 1957, pp. 176-202.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 202.

La différence majeure réside dans la condition supplémentaire d'un « dommage » subi par l'État qui invoque l'estoppel⁹⁶. L'estoppel est de plus *fictif* : un État peut devoir supporter ses conséquences malgré son intention d'éviter l'estoppel⁹⁷.

À côté des définitions générales de l'acquiescement, la littérature fournit des définitions « sectorielles ». L'acquiescement y est happé par les considérations propres à un domaine juridique, son fonctionnement est orienté en fonction des principes généraux du domaine pertinent. Le contentieux territorial est d'une grande influence sur l'acquiescement. Jennings indique que l'acquiescement possède une valeur probatoire :

« All forms of acknowledgment of a legal or factual position may be of great probative or evidentiary value even when not themselves an element in the substantive law of title. Recognition and also acquiescence is likely, therefore, for that reason alone, to have a prominent place in territorial questions »⁹⁸.

Dans quelles circonstances exactes cette vertu probatoire de l'acquiescement s'exerce-t-elle ? Est-ce que toutes les situations d'acquisitions territoriales sont concernées ? Jennings répond par la négative :

« Recognition and questions of acquiescence are strictly irrelevant to title by occupation. When we turn to consider any form of prescription, however, we find quite another situation. In prescription proceeding from an adverse possession at least, an acquiescence on the part of the State prescribed against is of the essence of the process. And as far as recognition goes, if that State were to recognize the claimant's title then *cadit quaestio* »⁹⁹.

Peu importe que l'on partage ou non l'avis de Jennings sur l'utilité de l'acquiescement dans l'occupation¹⁰⁰. La valeur de cette citation est ailleurs : l'auteur s'empare de l'acquiescement et en

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 193-194.

⁹⁷ H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, pp. 625-626.

⁹⁸ R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, New York, Oceana Publications, 1963, p. 38.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰⁰ La décision de la Cour dans l'affaire *Nicaragua c. Colombie* de 2012 est susceptible d'être lue comme l'application de l'acquiescement à l'occupation (le différend opposait des effectivités sur un territoire *nullius*). Cf. : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 650, § 59 et p. 651, §§ 64-65 (caractère de *terra nullius* en raison de l'échec de l'*uti possidetis iuris*) ; p. 653, § 74 (la Colombie utilise les critères de l'occupation) ; p. 655, § 80 (la Cour oppose les effectivités, elle s'écarte de la vérification ou confirmation d'un titre antérieur de la Colombie annoncé en p. 653, § 72).

définit le champ d'application dans un cadre précis, de même que son mode de fonctionnement. L'acquiescement peut faire basculer un titre d'un État à un autre.

Avec Barale le fonctionnement de l'acquiescement en général est de nouveau au centre des préoccupations :

« L'acquiescement n'est effectivement réalisé que dans la mesure où ses manifestations s'inscrivent dans un cadre de circonstances extérieures favorables. En d'autres termes, les signes d'acquiescement tirent leur valeur de leur insertion dans une conjoncture plus large et relativement complexe. La réalisation du phénomène d'acquiescement paraît dépendre essentiellement de deux séries de facteurs : en premier lieu, d'une manière absolument générale, l'acquiescement ne peut porter que sur une situation connue de l'État qui acquiesce ; en second lieu, il est fréquent, quoique non général, que l'écoulement du temps soit nécessaire à l'existence de l'acquiescement »¹⁰¹.

Le terme de « conjoncture d'acquiescement » est forgé par l'auteur pour désigner cette constellation. Les signes d'acquiescement évoqués dans l'extrait sont de deux types : il s'agit soit de comportements actifs (déclarations, actes concrets), soit de comportements passifs de l'État qui acquiesce¹⁰². L'acquiescement est un processus chronologique qui « mûrit » dans le temps. La connaissance tient une place essentielle dans ce processus¹⁰³, tandis que le temps n'est qu'accessoire (il s'agit d'un support nécessaire aux actes, aux signes, et à la connaissance)¹⁰⁴. Un mérite de Barale est de mettre en évidence tant les conditions-éléments de l'acquiescement que son déroulement, son articulation interne, sa chronologie (la connaissance de l'État qui acquiesce ne peut survenir que suite à la prétention émise par l'État adverse ; la prétention conditionne la connaissance, les réactions nécessaires)¹⁰⁵.

Dans la doctrine francophone, l'article de Cahier est un point de repère important pour l'acquiescement¹⁰⁶. Sobrement intitulé « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations »,

¹⁰¹ J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *AFDI*, vol. 11, 1965, p. 400.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 394-400.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 401-404.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 404-406.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 418 ; p. 401 ; p. 397 (« On pourra parler de silence, de défaut de protestation, d'opposition tardive ou insuffisante ; dans tous les cas, il s'agit d'une attitude de passivité d'un État vis-à-vis des prétentions d'un autre État », nos italiques).

¹⁰⁶ Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, pp. 237-265.

l'auteur y passe en revue les éléments et conditions en s'appuyant sur la jurisprudence. L'ordre d'examen n'est pas anodin puisqu'il débute par s'interroger sur le cercle des organes de l'État dont le comportement peut « participer » à un acquiescement¹⁰⁷. Suit une analyse des comportements actifs et passifs de l'État, qu'ils soient sources de droits ou d'obligations, qui peuvent s'inscrire dans l'acquiescement¹⁰⁸. Au fil de ces pages, les autres éléments habituels sont égrenés¹⁰⁹.

Quant aux effets de l'acquiescement, Cahier adopte des conclusions proches de celles de Barale (qu'il cite) : l'acquiescement est *majoritairement* source de droits et d'obligations et il est accessoirement utilisé dans une optique probatoire ou confirmatoire¹¹⁰. Cahier accomplit un pas dans la direction d'une généralisation des effets de l'acquiescement :

« Cet examen rapide de quelques cas de jurisprudence internationale montre bien que le comportement des États a pour effet de créer, de compléter ou de modifier les rapports de droit entre deux ou plusieurs États »¹¹¹.

Autre choix notable, Cahier détache complètement l'acquiescement de toute expression de volonté¹¹² :

« Si donc la jurisprudence internationale considère le comportement des États pour en déduire des droits et des obligations, ce n'est pas sur la base de la volonté des États, *mais c'est parce que la sécurité des relations internationales l'exige* »¹¹³.

Les valeurs de l'ordre juridique (certitude, sécurité, bonne foi objective) sont préférées à la toute-puissance de la souveraineté de l'État, au respect de sa volonté et à la recherche obsessionnelle de ses intentions. Cette démarche inscrit l'acquiescement dans une tendance non formaliste et objectiviste. L'acquiescement est ici un lieu de combat entre des visions formalistes (l'acquiescement dénote un consentement) et non formalistes (l'État est engagé en raison de son comportement, sans égard pour sa volonté). Remarquons

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 242-244.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 244-260.

¹⁰⁹ Assimilation à la reconnaissance ou à la renonciation, nécessité de la connaissance, critère de l'absence de protestation, rôle du silence, formulation d'une prétention.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 260-261 (note n° 72 pour la référence à Barale).

¹¹¹ *Ibid.*, p. 262.

¹¹² La volonté n'est autre qu'une fiction préservée pour ménager la susceptibilité des États : *ibid.*, p. 265.

¹¹³ *Ibid.*, p. 264.

que les auteurs formalistes ou volontaristes ne renient pas l'existence de l'acquiescement, ils y recherchent un réel consentement de l'État ¹¹⁴.

Outre McGibbon et Jennings, la doctrine anglo-saxonne s'intéresse aussi à l'acquiescement. Tams évoque par exemple l'institution et ses conséquences dans le cadre de la responsabilité :

« Waiver, acquiescence, and extinctive prescription are legal concepts entailing the same effect – they lead to the loss of a right or claim. In the context of States responsibility, they entail the loss of the right to invoke responsibility, ie they extinguish any existing claim for cessation, reparation, or guarantees and assurances of non-repetition » ¹¹⁵.

L'effet de l'acquiescement est mis sur le même plan que la renonciation et la prescription extinctive : il affecte la substance même du droit de demander réparation ¹¹⁶. En 2010, et bien que l'acquiescement soit bien établi dans la jurisprudence et la doctrine, Tams remarque :

« In order to establish acquiescence, it has to be shown that the claimant State has failed to assert its claim and that it thereby has implicitly accepted its extinction. Whether, or under which conditions, this is so of course largely depends on the circumstances of the given case, and few clear-cut rules apply » ¹¹⁷.

Malgré son âge vénérable et ses fréquentes applications, l'institution est encore nimbée de mystère ! L'application de l'acquiescement est générale et possible dans l'ensemble de l'ordre juridique international ¹¹⁸.

Tams met ensuite en évidence les éléments de l'acquiescement et leur chronologie ou articulation dans le cadre de la responsabilité internationale (art. 45 TCDI) : au commencement, l'État lésé doit avoir omis (par le silence, l'inaction, voire des comportements) de faire valoir sa demande en justice ¹¹⁹. En deuxième lieu, cette carence doit s'étendre dans le temps, sans qu'il n'existe de durée

¹¹⁴ Sur ce « combat », voy. J. BENTZ, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *RGDIP*, vol. 67, 1963, pp. 44-91.

¹¹⁵ C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », in J. CRAWFORD, A. PELLET et S. OLLESON (éds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, p. 1035.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 1036 : « Once the conditions for any of them are met, the claimant State's right to demand cessation, reparation, or guarantees and assurances of non-repetition ceases to exist ».

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 1043.

¹¹⁸ *Ibid.* : « [T]he concept of acquiescence is not limited to the implementation of State responsibility, but can apply to all types of legal relations ».

¹¹⁹ *Ibid.*

minimum¹²⁰. Finalement, cette carence débouche sur l'acquiescement seulement dans des circonstances précises dans lesquelles une action (protestation) était nécessaire¹²¹. L'auteur ajoute que la partition stricte entre l'acquiescement et la renonciation tacite (*implied waiver*) est difficile à tenir : les deux institutions se confondent largement et sont en compétition¹²². La chaîne des éléments de l'acquiescement n'a rien de remarquable : qu'il s'agisse des définitions générales ou spécifiques (ici, dans le cadre de la responsabilité internationale), le développement d'un acquiescement suit globalement le même cheminement.

Chez Henry, l'acquiescement est examiné dans le cadre de la modification des normes coutumières relatives au recours à la force (*ius contra bellum*)¹²³ :

« The inaction of a state faced with alleged violations of international law by another state can have, mainly, two distinct sets of legal implications: first, it can affect subjective rights and obligations of the acquiescing state – and this is where the term “acquiescence” comes to mind [...] – or, alternatively, it can play an indirect role in the customary norm-creating process [...] »¹²⁴.

L'acquiescement est général dans le premier cas, il s'incorpore au processus coutumier dans le second. Dans cet article publié en 2017, l'auteur définit les éléments pertinents de l'acquiescement général. Nous nous faisons largement l'écho de cette définition car elle met en évidence la chronologie et l'articulation des conditions :

« Three factors are usually required to conclude that a passive state has acquiesced to a claim or to a situation resulting from action(s) attributable to another subject of international law. First, the inaction should last for a certain duration. Secondly, the allegedly acquiescing subject should have knowledge of the claim or of the facts, implying a possibility to react. Thus, the claims or facts that are potentially the object of acquiescence must have been brought to the attention of the state's representatives, by one way or another – excluding the hypothesis of acquiescence to secret conduct. As was affirmed by

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 1043-1044.

¹²¹ *Ibid.*, p. 1044 : « In order to entail legal effects, a State must have failed to assert claims in circumstances that would have required action ».

¹²² *Ibid.*, p. 1044 ; pp. 1048-1049.

¹²³ E. HENRY, « Alleged Acquiescence of the International Community to Revisionist Claims of International Customary Law », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 18(2), 2017, pp. 260-297 (nous avons marginalement contribué à la relecture de l'article).

¹²⁴ *Ibid.*, p. 263.

Giovanni Distefano, "a state can acquiesce only to what it knows". [...] The third condition is that silence can be interpreted as acquiescence only so far as a reaction could be expected (*si loqui debuisset ac potuisset*) » ¹²⁵.

L'acquiescement affecte des droits et obligations subjectifs des États. Il se déroule selon un schéma éprouvé : à la prétention de l'État bénéficiaire de l'acquiescement répond le silence de l'État lésé. Ce silence n'est pris en compte qu'en raison de la connaissance de la prétention. L'acquiescement survient si et seulement si l'ensemble de la constellation doit déboucher sur une modification de la situation juridique entre les parties. Le silence ne crée pas d'acquiescement si aucune réaction ne pouvait être exigée. Ainsi, les États n'ont pas besoin de s'opposer à une violation du *ius cogens* pour sauvegarder leurs droits ¹²⁶.

Un arrêt sur image de la condition de la connaissance permet d'entrevoir l'interaction constante entre les conditions de l'acquiescement :

« [I]t should be underlined that since acquiescence can be based on constructive knowledge – thus allowing for the following construction: "state A should have known and did not react, therefore it acquiesced" – it cannot be entirely subsumed in the category of tacit agreements. For this reason, acquiescence has sometimes been qualified as a legal fact (*fait juridique*) rather than a legal act (*acte juridique*) – to point to the fact that the will of the state is not a necessary condition of acquiescence » ¹²⁷.

La définition de la connaissance présumée donne lieu à une tentative de rendre cohérent l'ensemble de l'institution. Les étapes intellectuelles s'enchaînent rapidement et il en résulte que la nature de l'acquiescement est celle d'un fait juridique. Puisque l'acquiescement est un processus (comme la coutume), il n'existe pas de date absolue d'entrée en vigueur ou d'expression de la volonté. Comme Henry se préoccupe de la coutume (objectivisme), la mise à l'écart de la volonté n'a rien de surprenant ¹²⁸.

En guise de conclusion à ce bouquet de définitions, revenons à l'article de Das paru en 1997 cité en ouverture ¹²⁹. Cet auteur soulève deux points importants qui complètent le panorama. Tout

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 264-265, notes omises.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 297.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 265-266, italiques dans l'original.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 266-269.

¹²⁹ H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *RBDI*, 1997/2, pp. 607-634.

d'abord, dans un nombre conséquent de situations, la difficulté principale de l'acquiescement consiste à donner une valorisation au silence ¹³⁰, généralement entouré d'un halo d'incertitude :

« Le silence peut traduire aussi bien l'indifférence que le consentement » ¹³¹.

L'acquiescement est une des manières de faire parler le silence : en soi, le silence est « neutre », il n'a pas forcément une signification préétablie. Garder le silence peut aussi bien signifier un refus, un désintérêt, une acceptation ¹³² :

« Le silence n'impliquant pas nécessairement un consentement, sa vraie signification doit être établie dans chaque cas concret selon les circonstances et les conditions dans lesquelles il se situe. En d'autres termes, pour que le silence puisse être interprété comme un consentement, il faut qu'il soit qualifié (*qualifiziertes Stillschweigen*) ; c'est-à-dire que les circonstances doivent être telles que l'on puisse logiquement s'attendre à une protestation si l'État veut contester les prétentions d'un autre État » ¹³³.

Comme le silence est omniprésent dans les relations internationales, l'acquiescement offre une solution de rechange pour tenir compte de l'inaction et permettre des modifications des situations juridiques. Ces citations insistent sur les « circonstances », ce qui augure de la souplesse des conditions de l'acquiescement.

Dans un second temps, l'article de Das rend parfaitement compte des difficultés inhérentes à l'acquiescement, notamment du point de vue de l'influence des circonstances :

« En conclusion, les indices du consentement peuvent être résumés comme suit : lorsqu'un État, ayant connaissance des prétentions de la partie adverse, s'est abstenu de réagir pendant un certain laps de temps, en dépit de son intérêt pour la question et malgré les occasions qui se prêtaient à une réaction, on peut raisonnablement supposer que son silence vaut consentement. Ces éléments (connaissance, temps,

¹³⁰ Dans sa thèse soutenue en 2013 et publiée en 2018, A. Marie s'intéresse d'ailleurs au silence plutôt qu'à l'acquiescement : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Thèse [Manuscrit], Paris, Université Panthéon-Assas, 2013, 711 p.

¹³¹ H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 619.

¹³² Comparer avec les différentes valorisations et réactions faisant suite à une notification. Voy. A. MARIE, « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (Arrigo Cavagliero) », in *Grandes pages du droit international. Les sources*, Paris, Pedone, 2016, pp. 371-381.

¹³³ H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 619, italiques dans l'original.

occasions et intérêt) sont logiquement liés, voire interdépendants, et rares sont les cas où la Cour les a tous examinés. Contrairement aux conditions rigoureuses de l'*estoppel*, il s'agit donc d'indices, plus ou moins concluants, qui font l'objet d'une appréciation souveraine de la part des juges »¹³⁴.

Les éléments-conditions de l'acquiescement sont présentés comme des *indices*. Les conditions ne sont pas absolues, mais plutôt relatives, dans le sens que c'est avant tout une appréciation d'ensemble – y compris des circonstances du silence ou des comportements des États – qui préside au constat de l'acquiescement. Les conditions ne sont pas gravées dans le marbre, leurs interactions sont subtiles, elles s'entremêlent et se confondent parfois. Il n'est vraisemblablement pas possible d'aboutir à une image claire, nette et parfaite des conditions pertinentes et de leur enchaînement. L'hypertrophie d'une condition (connaissance) peut parfaitement avoir pour conséquence de passer une autre condition sous silence (le temps). Outre le flou qui nimbe ses conditions, la citation met en évidence un point de fuite supplémentaire de l'acquiescement : son « constat » par un tribunal. Pire qu'un simple constat, il s'agit d'un constat « souverain » du tribunal. Les cours n'examinent pas systématiquement les conditions de l'acquiescement avant de l'appliquer, et en plus elles disposent d'une mainmise sur son établissement. Le travail du tribunal est crucial pour établir l'existence d'un acquiescement, ce qui conforte une vision « tacite » ou « déduite » de l'institution. Puisque l'acquiescement procède d'une vision d'ensemble, d'un ordonnancement de ses divers éléments, il est somme toute logique que le tribunal se taille la part du lion dans son constat.

Globalement, les développements doctrinaux se confortent largement et font émerger les linéaments d'une institution unique. La doctrine s'accorde sur la plupart des éléments, de l'articulation interne, et des effets finaux de l'acquiescement¹³⁵. Depuis le « big bang » de l'article de McGibbon en 1954, l'acquiescement n'a pas connu de révolutions. Il a certes été incorporé à des fins spécifiques dans la CVDT en 1969 (art. 45) et dans le Texte d'articles sur la responsabilité internationale en 2001 (art. 45 également), mais la définition de la structure, des éléments et des effets génériques de l'acquiescement est d'une grande constance. Plutôt qu'un

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 624-625, italiques dans l'original.

¹³⁵ Qui, lui-même, faisait écho au « big bang » jurisprudentiel de l'affaire des *Pêcheries norvégiennes* (CIJ, 1951).

bouleversement dans son fonctionnement, c'est un constat de lent raffinement et de lente évolution qui peut être émis. Les conditions de l'acquiescement ont naturellement gagné en profondeur grâce à l'alluvionnement jurisprudentiel. De simple cours d'eau, l'acquiescement s'est transformé en fleuve au large delta et aux berges solides, son tracé initial n'a pas été modifié : le lit s'est tout simplement creusé ¹³⁶.

En tant que « fleuve », l'acquiescement est aussi exploité. Les institutions voisines sont en compétition avec lui. Comme l'*estoppel* et la protection des attentes légitimes, l'acquiescement dépend de la source unique de la bonne foi ¹³⁷. Sur le principe des vases communicants, le « débit » de l'acquiescement sera d'autant plus faible que les institutions concurrentes gagnent en importance. Une autre forme d'exploitation, plus subtile, est perceptible dans l'ordre juridique international : l'acquiescement est incorporé dans d'autres institutions où il y sert de condition. La pratique subséquente (art. 31, § 3, lit. b CVDI) le démontre, tout comme l'établissement de l'existence d'une coutume. Tant la compétition inter-institution que l'incorporation dans d'autres notions internationales rétroagissent sur l'acquiescement et contribuent à sa sophistication. Nous l'avons survolé grâce aux domaines sectoriels : en fonction de la perspective adoptée ou du domaine juridique pertinent, les conditions de l'acquiescement seront orientées de manière différente pour satisfaire les besoins de la démonstration juridique. En retour, les comparaisons *estoppel*-acquiescement ou l'étude de son rôle dans le processus coutumier érigent des cloisons de plus en plus fermes entre concepts. Le fonctionnement de l'acquiescement se solidifie dans le temps grâce à ces confrontations, de plus en plus nombreuses en raison du développement du droit international.

C'est alors aussi à un phénomène « d'érosion » auquel on assiste : l'acquiescement générique est grignoté de tous côtés par les concrétisations plus spécifiques et par des institutions voisines ou parentes ¹³⁸. Ce phénomène d'érosion est naturel pour ce que

¹³⁶ Certes des méandres existent çà et là, certains de ses segments sont propices aux marécages et eaux stagnantes, mais le fleuve surmonte toujours ces incidents de parcours.

¹³⁷ L'hydrogéologie est sacrifiée au profit de la comparaison : un *seul* cours d'eau peut naître d'une source. La bonne foi serait en réalité le fleuve aux multiples affluents. Mais la justesse hydrogéologique se heurte à la chronologie : la bonne foi est antérieure à ses concrétisations.

¹³⁸ Les codifications de l'acquiescement sont des consécrationes spécifiques du principe supérieur (art. 20, § 5 et 45 CVDI ; 252 UNCLOS ; 45 TCDI ; 24, § 1, lit. b CVSE). Les *legitimate*

l'on s'avance à identifier comme un *principe général du droit*. Tout comme la bonne foi auquel il doit son lignage, la pertinence et l'applicabilité de l'acquiescement-principe diminuent au fur et à mesure que ses concrétisations se multiplient, qu'il imprègne l'ordre juridique international.

Riche des sections précédentes relatives à la jurisprudence nominaliste (II.A) et essentialiste (II.B) ainsi que des définitions récoltées dans la présente partie, nous pouvons maintenant nous atteler à la formulation d'une définition de l'acquiescement. Il s'agit – plutôt que d'imiter les dictionnaires – d'identifier l'articulation générique de l'acquiescement, ses éléments et conditions, ainsi que de proposer un éventail de ses effets. Cette construction est volontairement large puisqu'elle servira de fondation à la recherche des ancêtres de l'acquiescement (chapitre 2). Cette définition hypothétique ou « de travail » nous guidera également dans le chapitre 3 (la place de l'acquiescement) et dans les chapitres 5 et 6 de la seconde partie (les éléments de l'acquiescement ; les effets de l'acquiescement).

2. *Synthèse : la définition de l'acquiescement (éléments, articulation interne, effets)*

En adoptant une approche chronologique des éléments, l'ordre suivant apparaît : l'État B formule une prétention qui porte atteinte aux intérêts de l'État A (la « prétention adverse »), prétention qui doit parvenir à la connaissance de l'État A (que ce soit par la notoriété, une notification ou que l'on considère que l'État A aurait dû avoir connaissance de cette prétention). L'État A réagit soit par une inaction (silence qualifié), soit par des actes concluants. En cas d'inaction, ce n'est qu'après un certain temps, temps qui va démontrer que l'État aurait eu l'occasion de réagir (protester), que l'on peut conclure à un acquiescement. Si l'acquiescement est validé, il produira des effets : la création, la modification, ou la suppression, d'un droit ou d'une obligation.

Sans préjuger des relations entre ces différentes conditions, on peut esquisser l'hypothèse que l'acquiescement varie selon si le silence seul est pris en compte (importance accrue d'établir la connaissance et rôle de l'écoulement du temps), ou les actes

expectations en droit des investissements sont un exemple d'institution parente – voire gémellaire – qui remplace l'acquiescement.

concluants (nécessité de l'attribution et perte d'importance de l'écoulement du temps, interprétation des actes comme signes d'acquiescement).

Attardons-nous maintenant sur chaque élément afin de le généraliser pour en faciliter la comparaison :

- La prétention adverse peut être formulée par les canaux officiels (notification) ou découler d'un comportement de l'État (empiètement d'un droit). Son caractère est d'atteindre aux intérêts (peut-être) ou aux droits (certainement) d'un autre État. La prétention adverse peut consister en la violation d'un droit (un empiètement sur la souveraineté, la violation originelle d'un traité se transforme en pratique subséquente) ou la soustraction d'un droit auquel l'État aurait pu prétendre (par ex. chercher à obtenir une extension du plateau continental que l'État adverse aurait aussi pu requérir). Généralisée, la prétention est une atteinte aux droits actuels ou potentiels ¹³⁹.
- La connaissance : en cas de notification, elle est acquise et réelle. Sans connaissance, le comportement de l'État est insusceptible de valorisation, la prétention ne peut lui être opposée car elle demeure inconnue. La connaissance peut aussi être présumée ou construite (« constructive knowledge »). Ce qui importe par la condition de la connaissance, c'est l'opposabilité de la prétention. La connaissance peut être fictive, présumée, raisonnablement exigible (l'État aurait dû être au courant), mais aussi réelle. La formulation de la prétention adverse donne à chaque fois une occasion de réagir. Dès que l'État connaît la prétention, une charge de réagir pèse sur ses épaules.
- La réaction de l'État peut, schématiquement, donner lieu à deux comportements : soit une inaction, soit un acte concluant. L'inaction est l'absence de réaction (désignée par les termes de « silence », « inaction », « passivité »). Par « acte concluant » on désigne un comportement qui accepte la prétention adverse. Le comportement (inaction ou actes) est généralement perçu comme un consentement tacite.

¹³⁹ La notion « d'adverse possession » est éclairante : en présence de deux titres équivalents, l'acquiescement d'un État à la prétention favorise le titre adverse.

- Le rôle du temps dans l'acquiescement : « De sa nature, le temps n'a aucune vertu productrice, et rien ne se fait par le temps, quoique tout se fasse dans le temps [...] » ¹⁴⁰. Le temps est la toile de fond de l'acquiescement, nous ne voyons pas pour l'instant quelle pourrait être sa portée propre. On peut envisager que l'écoulement du temps, considéré isolément, forme une présomption de plus en plus ferme. Les différents éléments viennent s'inscrire dans le ruban temporel de l'acquiescement ¹⁴¹. Une protestation, si émise *trop tard*, restera sans effet. Les occasions de réagir peuvent être rattachées à la condition du temps ou appréciées de manière autonome. Plus les occasions de réagir se multiplient dans le temps, plus il est probable que l'acquiescement sera retenu (on pourra par la suite dresser le parallèle avec l'élément matériel de la coutume). Des faits anodins, peuvent, grâce au temps, s'inscrire dans une histoire plus large et également acquérir une valeur déterminante et se précipiter comme les éléments de l'acquiescement (pour chaque cas particulier l'acquiescement se perfectionne dans le temps, il s'affermir au fur et à mesure que les faits s'accumulent – on entrevoit en filigrane un lien avec la consolidation historique de titres).
- La protestation est un élément négatif de l'acquiescement, qui l'éclaire en contre-jour. Suffisamment forte et vigoureuse, elle empêche l'acquiescement de se nouer, elle le tient en échec. La protestation fournit un critère d'évaluation au tribunal : si l'État avait la capacité de protester mais qu'il s'en est abstenu, l'acquiescement peut se concrétiser. Finalement, la protestation qui est émise tardivement alors que des comportements indiquant l'acquiescement ont déjà été émis, ne peut pas le faire échouer (*estoppel*). La protestation constitue en quelque sorte le revers de l'acquiescement. Une leçon pour la comparaison en découle : les institutions à recueillir et la jurisprudence à traiter ne se limitent pas

¹⁴⁰ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2012, Livre 2, Chapitre IV, § 1, p. 210.

¹⁴¹ C'est ainsi par rapport au moment où la connaissance parvient à l'État que l'on examinera si le temps écoulé peut fournir une indication sur l'inaction observée depuis la connaissance (ce n'est pas le temps depuis la connaissance qui nous intéresse, mais l'inaction pendant cette période).

aux circonstances dans lesquelles l'acquiescement est sorti vainqueur. Il est également nécessaire d'étudier les cas dans lesquels la protestation a tenu l'acquiescement en échec. Une protestation suffisamment prompte peut déboucher sur l'invocation de la responsabilité de l'État, et ce bien que dans les mêmes circonstances une protestation tardive aurait fourni l'espace nécessaire à l'acquiescement.

- Reste à s'interroger sur les effets de l'acquiescement. De manière générale, l'effet de l'acquiescement est décrit comme un consentement tacite. L'acquiesçant accepte la prétention initiale, elle lui est « opposable ». Plus précisément, les effets de l'acquiescement peuvent être distribués entre la création, la modification, et la suppression d'un droit subjectif ou d'une obligation subjective. Parfois, l'opération de l'acquiescement ressemble à l'invocation d'une « exception » : l'État est empêché d'adopter une conduite ou de plaider certains faits (*forclusion*, *estoppel*).

Ces éléments constituent autant d'axes de comparaison et des points d'entrée pour dénicher des institutions historiquement parentes de l'acquiescement. Ces axes seront donc utilisés dans la section suivante pour procéder au recensement « historique » de l'acquiescement. Comme nous pouvons déjà l'entrevoir, il s'agit d'une construction intellectuelle, *ex post facto*, qui n'est pas liée à un domaine en particulier ou à une réalité immédiate, spécifique (comme le sont les droits réels par ex.). Les faits « tangibles », les modifications du monde physique perceptibles par les sens qui forment les points d'appui de l'acquiescement ne sont pas légion (il s'agit principalement des comportements, voire des déclarations). L'acquiescement est une « constellation » de faits, d'éléments, de constructions intellectuelles et d'effets juridiques. C'est à la fois cette constellation que les éléments insécables de l'acquiescement qui doivent guider la comparaison.

CHAPITRE II AUX ORIGINES DE L'ACQUIESCEMENT

« Des idées uniformes, nées chez des peuples entiers inconnus les uns des autres, doivent avoir un fond commun de vérité ».

G. VICO, LA SCIENCE NOUVELLE,
p. 89, § 144.

I. Introduction

Une démarche historique stricte¹⁴² ne sera pas de mise ici. Une telle entreprise serait harassante tant les points de vue à adopter pour obtenir une image complète sont nombreux. Il s'agirait de se plonger à *la fois* dans l'histoire des droits nationaux¹⁴³ qui utilisent l'acquiescement (de manière essentialiste et nominaliste) et à *la fois* dans les multiples ères des « droits internationaux publics »¹⁴⁴ des civilisations mondiales, voire dans l'histoire des relations diplomatiques¹⁴⁵, et ce à nouveau sous l'aspect essentialiste et nominaliste.

¹⁴² Par opposition à la méthodologie d'histoire du droit : voy. not. J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2002, pp. 12-18.

¹⁴³ Puisque les droits nationaux, et en particulier continentaux, ont forgé les relations internationales. De tout temps, les réflexions juridiques internationales semblent avant tout le fait de juristes formés à la pratique d'un droit « national », droit national qui se voit bien souvent projeté géométriquement sur les relations internationales. Sur ce phénomène, voy. par ex. D. GAURIER, *Histoire du droit international*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, p. 73, à propos de la procédure de déclaration de guerre des Romains : « Le droit fétil ne saurait constituer un véritable droit autonome dans la mesure où l'*indictio belli* copierait les anciennes procédures des *legis actiones*, notamment celle du *sacramentum* [...]. Plus encore, le jet de la lance figurerait au plan du droit public la mainmise du créancier sur le débiteur, la *manus iniectio*. Le droit privé comme le droit public trouveraient ainsi leur source commune dans le *ius sacrum* » (italiques dans l'original).

¹⁴⁴ L'expression est à dessein au pluriel puisque chaque « centre » de civilisation s'est créé un droit international public propre (comparable à un droit des relations extérieures) avant l'unification de celui-ci. Sur la multiplicité des « droit internationaux antiques », cf. D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 56-87. Entre parenthèses, remarquons que le reflet actuel que nous possédons de l'histoire du droit ne doit pas faire oublier que : 1) des documents, inestimables et innombrables, se sont perdus ; 2) qu'il existe ou existait des traditions volontairement orales qui ne cèdent en rien en complexité et en richesse au droit écrit (les pratiques de mémorisation et de récitation – parfois motivée par une défiance vis-à-vis de l'écrit – comme il en existe par ex. pour le Coran à l'heure actuelle). Ces pratiques peuvent s'être perdues ou s'être vues supplantées par le droit écrit.

¹⁴⁵ Voy. par ex. : M. LIVERANI, *International Relations in then Ancient Near East. 1690-1100 BC*, New York, Palgrave, 2001, 242 p. L'examen des relations diplomatiques en

Par mesure de facilité, nos recherches seront dirigées là où la lumière est la plus crue, c'est-à-dire dans l'histoire du droit (international) telle qu'elle résulte de la tradition doctrinale d'influence européenne. L'objectif est de traquer les occurrences nominalistes (la lettre) et essentialistes (l'esprit) de l'acquiescement. Pour ce faire, nous nous concentrerons sur les divers éléments caractéristiques de l'institution. Nous ne nous livrerons pas à une analyse serrée de chaque occurrence historique de l'acquiescement¹⁴⁶ ; notre but est de démontrer que de telles occurrences existent. Nous souhaitons ainsi faire apparaître les préoccupations juridiques communes aux multiples formes historiques de l'acquiescement. Il n'est pas question de tracer, dans cette très défectueuse partie historique, une « généalogie » de l'acquiescement¹⁴⁷. Il s'agit plutôt de recenser des *attestations historiques* et des raisonnements juridiques qui sont comparables à l'acquiescement tel que nous l'étudions dans la seconde partie de ce travail (chapitres 5 et suivants).

Ces multiples et désenchantés *caveat* énoncés, nous pouvons émettre, quelques remarques sur la méthode, les lignes directrices, et les alternatives de cette histoire. Pour commencer, la section intitulée « Les époques juridiques » est divisée en cinq sous-sections :

- Droit antique : Au sens de droit de « la plus haute antiquité », y compris les sources ayant trait au droit des cités grecques, le droit mésopotamien, égyptien, chinois, indien, mais aussi religieux. Le droit antique sert de catégorie large qui se construit par opposition au droit romain et au droit médiéval. Ce sont aussi bien des formes juridiques privées que publiques qui peuvent être pertinentes pour la comparaison avec l'acquiescement ;
- Droit romain : Il s'agit principalement du legs du *Corpus iuris civilis*. Cette catégorie est traitée à part en raison de son accessibilité et de sa richesse. Le « phénomène droit »

plus de celui du droit est nécessaire car l'acquiescement se noue entre « souverains » (qu'il s'agisse de rois, de cités-États, de ville, de peuplades, etc.). Les relations diplomatiques n'ont pas toujours été gouvernées par le droit – une démarche d'histoire du *droit* ne serait donc même pas suffisante pour rendre compte des premières occurrences de l'acquiescement.

¹⁴⁶ Car cela supposerait une connaissance fine du milieu juridique dans lequel l'occurrence de l'acquiescement s'insère.

¹⁴⁷ Une courte généalogie de l'acquiescement est incluse dans Ch. 4.I.C consacré aux principes généraux de droit.

qui nous retient dans cette époque est un raisonnement de droit national, applicable entre particuliers ;

- Droit médiéval : Cette catégorie recueille les occurrences que l'on peut trouver simultanément ou après la chute de Rome, qu'il s'agisse d'expressions juridiques propres aux peuplades germaniques, aux spécialistes du droit canon, ou encore aux glossateurs. Les occurrences sont dirigées avant tout dans l'application du droit entre privés. La partition avec la prochaine « époque » n'est pas parfaite, des auteurs comme de Vitoria et Suarez appartiennent aux deux mondes ;
- Droit international à l'époque de sa fondation : Il s'agit de survoler la présence de l'acquiescement dans les travaux des pères fondateurs – au premier plan desquels figure Grotius. À ce stade, l'acquiescement et ses occurrences sont presque uniquement développés dans une dynamique internationale (entre « souverains ») ;
- Droit international émancipé : Il s'agit d'un découpage qui permet la prise en compte des ouvrages et auteurs postérieurs à l'œuvre de fondation, mais antérieurs ou contemporains à la fondation de la Société des Nations car c'est à partir de ce repère que l'acquiescement dont nous traitons dans les chapitres 3 et suivants se répand. Les auteurs examinés proposent des manuels systématiques. L'innovation prend la forme d'un effort d'ordonnement du droit international, dont le fer de lance est les multiples tentatives de codifications. Le droit international est enseigné de manière indépendante, en soi et pour soi. Fait extrêmement marquant à notre sens, cette période est solidaire d'un mouvement *réflexif* du droit international : les manuels commencent à inclure des chapitres sur l'histoire du droit international ¹⁴⁸, des associations internationales intégralement consacrées au droit international sont créées.

¹⁴⁸ C'est vraisemblablement dès la seconde moitié du XIX^e siècle que ce mouvement réflexif s'amorce et que les manuels incluent une histoire du droit international : D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 39-40. Voy. aussi les ouvrages historiques cités par Calvo : Ch. CALVO, *Le droit international théorique et pratique. Tome premier*, 4^e éd., Paris, Pedone, 1887, pp. 101-102 (le premier est l'*Histoire du progrès du droit des gens en Europe depuis la paix de Westphalie jusqu'au Congrès de Vienne* rédigé par Wheaton et datant de 1841). Un indice supplémentaire de l'émancipation/réflexivité du droit international est la création en 1873 de l'Institut de Droit International et de l'Association de droit international.

Ce découpage en cinq périodes s'inspire des choix autorisés de Gaurier¹⁴⁹. Il offre un canevas simple et pratique pour répartir les occurrences, mais n'a cependant pas pour vocation de démontrer la transmission de l'acquiescement à travers les âges¹⁵⁰.

Contrairement aux options que nous privilégions, quelles seraient les conditions d'une véritable généalogie de l'acquiescement ? Une telle traque exigerait de se limiter et de se concentrer sur la réception de l'acquiescement en droit international public en tant que principe général *de droit* (art. 38, § 1, lit. c SCLJ et SCPJI). Dans une période qui va du début du XIX^e siècle jusqu'à la fondation de la SdN, les références à l'acquiescement se multiplient dans la jurisprudence internationale. En passant en revue la doctrine contemporaine, les sentences, et surtout les plaidoiries (afin de déterminer sur quels manuels, articles, raisonnements elles s'appuient), il serait sans doute envisageable de délinéer finement les étapes qui conduisirent l'acquiescement sur la scène internationale. Cette histoire consisterait à traquer le flux qui débute dans les traditions nationales de *common law* (*estoppel*) et de droit continental (acquiescement, en particulier procédural) et qui débouche dans le concept d'acquiescement du droit international public. Le flux prendrait la direction décrite car les juristes actifs pendant l'émancipation du droit international (*cf. infra*, Ch. 2.II.E) étaient chronologiquement formés à un droit national *avant* de se « spécialiser » (si une telle expression est de rigueur) en droit *international*, d'ailleurs souvent public et privé¹⁵¹. Ainsi, des juristes de tradition continentale et anglo-saxonne furent à l'avant-garde de la transposition de l'acquiescement sur le plan international. Les concepts internes furent dans un premier temps *projetés*, à la manière d'une opération géométrique, dans les relations interétatiques, puis, dans un second temps, un lent travail d'adaptation ou d'appropriation prit le relais.

Une autre option consisterait à établir l'origine de la maxime « *qui tacet, consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset* », reflet de l'acquiescement¹⁵². Une expression proche est attestée dans l'œuvre de

¹⁴⁹ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, *op. cit.*, pp. 24-29. Voy. aussi l'organisation de la table des matières, chapitres I-IV de la première partie et les chapitres I et II de la deuxième partie : *ibid.*, pp. 1119-1122 et pp. 1126-1129.

¹⁵⁰ L'existence de l'acquiescement et l'utilisation de sa structure est bien plutôt *redécouverte* à travers les cinq époques et domaines juridiques que l'objet d'une « transmission ». L'acquiescement n'est pas un concept comme la propriété qui, une fois instituée, est léguée d'ordre juridique à ordre juridique et qui peut essaimer dans les civilisations (la conception européenne de la propriété s'est largement imposée au niveau mondial suite à la colonisation, elle a écrasé les formes juridiques précédentes qui régissaient les rapports entre l'individu et la terre).

¹⁵¹ Voy. par exemple le jeu entre le droit interne anglais et le droit international in L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, vol. I, *Peace*, *op. cit.*, p. 664 et note n° 1.

¹⁵² *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 23.

Wolff. Le droit canonique et le droit romain renferment des expressions isolées de la maxime. Au XX^e siècle, von Liszt semble être le premier à utiliser la maxime (voy. la note n° 398 dans le Ch. 2.II.D.2.a).

Les précautions qui émaillent cette introduction ont une explication plus prosaïque. L'histoire de l'acquiescement ne déchaîne tout simplement pas les passions. Dans les deux ouvrages de Martin-Bidou et de Marie, aucun chapitre n'est dévolu à la recherche des racines du concept. L'histoire de l'acquiescement se confond avec ses évocations jurisprudentielles et doctrinales. L'énumération chronologique des sentences et des ouvrages mentionnant son existence tient lieu de livre des origines. En ce sens, l'acquiescement n'a pas encore atteint un stade « réflexif » comme c'est le cas pour la *due diligence*¹⁵³.

Une solution à cette carence consisterait à « disséquer » ou « sectionner » l'acquiescement en institutions parentes et à chercher l'histoire de ces proches alliées. La charge historique se répartirait sur des ouvrages qui font déjà état du développement de telle ou telle institution qui se recoupe avec l'acquiescement¹⁵⁴. La prescription (acquisitive ou extinctive) serait une candidate type¹⁵⁵. Cette solution obvie est malheureusement elle aussi exorbitante car il faudrait multiplier les recherches historiques pour parvenir à dresser une image historique de l'acquiescement¹⁵⁶. Nous dirons toutefois quelques mots de l'histoire de la bonne foi étant donné sa filiation étroite avec l'acquiescement.

De manière très générale, l'existence historique de la bonne foi est attestée au moins dès la période romaine¹⁵⁷ :

« Quelques auteurs de l'Antiquité avaient déjà insisté sur l'importance de la bonne foi dans les relations entre communautés politiquement organisées ; tel est le cas, entre autres, de Cicéron et Tite Live »¹⁵⁸.

¹⁵³ S. BESSON, *La due diligence en droit international*, La Haye, Brill, 2021, pp. 33-71.

¹⁵⁴ Voy. par ex. : R. REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, pp. 195, 316-318, 487-495.

¹⁵⁵ Par ex. A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014, 256 p.

¹⁵⁶ Et, sur un autre plan, l'image obtenue, parce que fragmentaire, ne saurait remplacer parfaitement une étude historique de l'acquiescement.

¹⁵⁷ Il est possible de remonter plus haut. Le traité conclu entre l'Égypte (Ramsès II) et le Royaume Hittite (Hattusili III) suite à la bataille de Qadesh contient des passages – certes aux accents religieux – relatifs à son respect (D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 48-49). Pour un exemple de respect de la bonne foi et de la parole donnée dans la Bible : Josué, IX, 3-27 et X, 1-10 (cité par D. GAURIER, *ibid.*, p. 53).

¹⁵⁸ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, édition électronique, op. cit., p. 11, § 2.

Le principe *pacta sunt servanda* émane de la bonne foi ; il en apporte une concrétisation immédiate et amplement diffusée ¹⁵⁹. L'histoire de la bonne foi peut en partie se résorber dans l'étude de ce principe axiologique du droit ¹⁶⁰. Toutefois (et c'est déjà ici que l'on constate la difficulté d'étudier l'acquiescement à travers d'autres institutions) *pacta sunt servanda* ne concerne pas l'acquiescement, à moins d'étendre le *pactum* à un comportement silencieux. C'est l'option dont Kolb se fait l'écho : la bonne foi ne se limite pas à un *pactum* exprès, elle élargit le type de *pactum* pertinents, y compris les obligations non conventionnelles, elle renforce des titres imparfaits, elle est le fondement du respect des actes unilatéraux ¹⁶¹. Dans cette optique, la présence historique de la bonne foi est pertinente pour l'acquiescement car elle crée un terreau favorable à son émancipation. Kolb énonce en outre que la bonne foi :

« [...] peut présider à la création d'une obligation en vertu du principe de confiance. Quand un comportement suffisamment net fait naître chez un autre sujet de droit des attentes ou une confiance légitime en la volonté de conclure un accord, la bonne foi peut pallier l'absence d'une volonté réelle en rattachant un effet obligatoire à l'apparence créée » ¹⁶².

Le lien entre l'histoire de l'acquiescement et de la bonne foi se renforce, jusqu'à se confondre. Mais même en suivant cette piste de la conglomération de la bonne foi et de l'acquiescement, les problèmes d'une étude historique ne font que se profiler, car les applications et solutions de détails qui émanent de la bonne foi sont légion. Cette communion élargit les directions de recherche.

Une dernière remarque relative aux principes généraux de droit est encore nécessaire. Le droit est une création de l'humanité qui s'est obtenue et s'obtient au prix de raffinements successifs. Le temps, la durée, l'histoire sont des éléments prépondérants pour sa *création* (bien qu'on puisse en faire l'économie lors de son *application*) ¹⁶³. Historiquement, le droit se caractérise par un

¹⁵⁹ Voy. par ex. : R. REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, op. cit., pp. 47 et s.

¹⁶⁰ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, édition électronique, op. cit., p. 94, § 17.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 99, §§ 36 et 37.

¹⁶² *Ibid.*, p. 99, § 37.

¹⁶³ Peu importe la charge religieuse, morale, éthique de l'interdiction du vol : le juge appliquera la source formelle (art. 139 CP) sans se préoccuper d'histoire ni de source matérielle.

processus d'abstraction croissante – la bonne foi en constitue une excellente illustration : prévoyant d'abord des solutions sectorielles, son noyau dur se fait jour progressivement, jusqu'à être exprimé juridiquement ¹⁶⁴. La présence de l'acquiescement suit un schéma identique : les solutions fragmentaires se multiplient, jusqu'à constituer une « masse critique » qui permet au principe d'être identifié et exprimé. Ainsi :

« Parallèlement à la croissance tant spatiale que personnelle des sociétés, s'articulerait ainsi une croissante généralisation du phénomène juridique, fondée sur les besoins profonds dont le droit assure la protection au détriment des accidents d'un système historiquement contingent. *L'aspect rationnel du droit, les intérêts de justice, d'équité et de stabilité universellement ressentis sont ainsi dégagés. Ce processus de généralisation et d'abstraction de la substance normative correspond au dégagement progressif des principes, au niveau plus général desquels peut se réaliser la synthèse* » ¹⁶⁵.

Dans les faits (et quitte à faire violence à la citation), les principes sont découverts progressivement. Ils influencent la constitution de l'ordre juridique initial et les solutions fragmentaires, puis ils sont « reformulés » lorsque l'on remarque la confluence de ces mêmes principes qui se manifestent à *travers* l'ordre juridique. Ainsi de la bonne foi et de l'acquiescement : fragmentaires d'abord et réparti en une myriade de solutions perçues comme casuistes, le principe général est ensuite formulé de manière autonome, pour lui et en lui. La formulation du principe est « rétroactive », il était déjà présent et pesait sur les solutions de détails, mais latent, implicite. Pour le formuler sous forme d'image, c'est d'abord la ramure d'un principe, son feuillage luxuriant qui est manifesté dans un ordre juridique, ensuite les ramilles, les branches, et puis finalement le tronc de l'arbre-principe apparaissent et se laissent exprimer.

¹⁶⁴ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, édition électronique, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 5.

II. *Les époques juridiques*

A. *Droit antique*

L'histoire du droit est solidaire de l'histoire de l'écriture. Les plus anciennes attestations proviennent de l'Égypte, du royaume Hittite, et de la mésopotamie. Nous soulignons toutefois que l'écriture est susceptible de consigner des traditions orales largement antérieures à son apparition. Nous énumérerons des ensembles civilisationnels ou religieux avant d'accorder une attention plus soutenue à un arbitrage entre deux cités grecques.

Le traité de Qadesh (environ 1274 av. J.-C.), conclu entre le Royaume Hittite de Hattusili III et l'Égypte de Ramsès II est traditionnellement présenté comme le plus ancien traité de droit international public ¹⁶⁶. Une préoccupation de ce « traité avant la lettre » est de réglementer le sort des réfugiés ou des fuyards qui chercheraient asile chez le souverain étranger. En fonction de leur rang social, certains réfugiés doivent être rendus (ou « extradés ») ¹⁶⁷. L'acquiescement pouvait se construire en cas de tolérance vis-à-vis d'un fuyard qui *devrait* être extradé. L'État a connaissance de la présence du fuyard sur son territoire, mais il n'entreprend aucune démarche. Un tel comportement était assimilable à une violation du traité et de la paix qu'il devait instituer ¹⁶⁸ : « [F]ailure to assent to demand of extradition was often regarded as *casus belli* » ¹⁶⁹.

Les ambassades de l'époque mésopotamienne peuvent attester d'une forme embryonnaire d'acquiescement ou de reconnaissance tacite. L'expédition de cadeaux à un souverain étranger revêt une valeur spécifique :

« L'expédition de tels cadeaux semble avoir signifié automatiquement la constitution d'une ambassade en règle avec un ambassadeur de haut rang » ¹⁷⁰.

¹⁶⁶ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 48-49.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 48 (« Si un Égyptien, ou encore deux ou trois, s'enfuient d'Égypte et arrivent dans le pays du grand maître du Khatti, [...] dans ce cas, le grand maître du Khatti l'appréhendera et le remettra à Ramsès »).

¹⁶⁸ Dans l'idéal, il nous faudrait nous plonger dans l'historiographie antique pour dénombrer les traités prévoyant ce type de clause, recenser d'éventuelles violations, puis déterminer les suites « diplomatiques » qui en résultent. Cette recherche a été tentée, mais elle s'avère malheureusement exorbitante dans le cadre de ce travail.

¹⁶⁹ A. ALTMAN, *Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 81-82 et les notes. Voy. aussi M. LIVERANI, *International Relations in then Ancient Near East. 1690-1100 BC*, op. cit., pp. 66-71.

¹⁷⁰ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., p. 49.

Plutôt que de passer par la lourde « procédure formelle » d'accueil et d'envoi d'émissaires à la cour étrangère, l'envoi de cadeaux permet de signifier la reconnaissance du statut officiel de la puissance étrangère et la volonté d'entretenir un canal de communication ¹⁷¹.

En deçà des traités et ambassades, c'est « l'affaire d'Alahtum » qui nous fournit une possible attestation de l'acquiescement ¹⁷². L'affaire se déroule au XVIII^e siècle avant notre ère ¹⁷³. Elle oppose un propriétaire (Nur-Sin) à la reine mère Gašera ¹⁷⁴. Le silence de la seconde serait à la source de l'acquiescement :

« I cultivated the field of Gašera, (that is) of residents and substitutes, but Gašera never wr[ote] to the Chief Musician. I covered 60 (ikû) from among the 200 (ikû) field of Gašera in seed. She ne[ver] wrote [to the] Chief Musician. A[fter the] Chief M[usician] went away, G[aše]ra spoke with me because I covered her field in seed » ¹⁷⁵.

L'extrait souligne les occasions de réagir à disposition de Gašera, occasions qui auraient pour effet la perte de ses droits ¹⁷⁶. La solution juridique de cette affaire n'est cependant pas connue. D'autres fragments confirment que la structure de l'acquiescement était utilisée dès la plus haute antiquité ¹⁷⁷.

Grotius est une source précieuse pour trouver des références antiques sur les questions d'abandon, de prescription et d'usucapion – nous faisons ici écho aux développements les plus pertinents ¹⁷⁸. Dans la Bible et le monde grec, le long silence possède un effet prescriptif :

« [A]u roi des Ammonites qui revendiquait contre lui les terres [...], Jephthé oppose une possession de trois cents ans et lui demande pour quoi, lui et ses ancêtres, ils n'ont fait aucune poursuite pendant un si

¹⁷¹ A. ALTMAN, *Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law*, op. cit., p. 24.

¹⁷² J. LAUINGER, *Following the Man of Yamhad. Settlement and Territory at Old Babylonian Alalah*, Leyde/Boston, Brill, 2015, pp. 112-132.

¹⁷³ J.-M. DURAND, « Zimri-Lîm achète la ville d'Alahtum », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 2002, vol. 146(1), p. 12.

¹⁷⁴ J. LAUINGER, *Following the Man of Yamhad*, op. cit., pp. 122-123.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 122.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 122-123.

¹⁷⁷ H. A. HOFFNER JR., *Letters from the Hittite Kingdom*, Atlanta, Society of Biblical Literature, 2009, p. 291 : « The [...] ruler was aware of these actions and accepted them ». Voy. aussi M. LIVERANI, *International Relations in then Ancient Near East. 1690-1100 BC*, op. cit., p. 55 : « The establishment of a boundary (a mutually agreed one) is often the outcome of a long series of transgressions by both parties » et les occurrences en pp. 414 et 936 de : R. WESTBROOK (éd.), *A History of Ancient Near Eastern Law*, Leyde, Brill, 2003, 2 vol.

¹⁷⁸ Au surplus, cf. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2012, pp. 210-222.

long espace de temps. Les Lacédémoniens, dans Isocrate, posent comme une maxime des plus certaines, et avouées chez toutes les nations, que les possessions publiques, non moins que les possessions privées, peuvent s'affermir de telle sorte par un long trait de temps, qu'il ne soit plus possible de les retirer »¹⁷⁹.

L'acquiescement se mélange à la fois à la prescription acquiescitive de territoire et à la perte du droit d'action – une idée qui se dégage des extraits est l'interdiction de ressusciter de vieilles controverses¹⁸⁰.

Le livre des Nombres nous offre une riche attestation de l'acquiescement et de son fonctionnement¹⁸¹ :

« Lorsqu'une femme, dans sa jeunesse et à la maison de son père, fera un vœu à l'Éternel et se liera par un engagement, *et que son père aura connaissance du vœu qu'elle a fait et de l'engagement par lequel elle s'est liée, si son père garde le silence envers elle, tout vœu qu'elle aura fait sera valable, et tout engagement par lequel elle se sera liée sera valable; mais si son père la désapprouve le jour où il en a connaissance, tous ses vœux et tous les engagements par lesquels elle se sera liée n'auront aucune valeur*; et l'Éternel lui pardonnera, parce qu'elle a été désapprouvée de son père. Lorsqu'elle sera mariée, après avoir fait des vœux, ou s'être liée par une parole échappée de ses lèvres, *et que son mari en aura connaissance, s'il garde le silence envers elle le jour où il en a connaissance, ses vœux seront valables, et les engagements par lesquels elle se sera liée seront valables; mais si son mari la désapprouve le jour où il en a connaissance, il annulera le vœu qu'elle a fait et la parole échappée de ses lèvres, par laquelle elle s'est liée; et l'Éternel lui pardonnera.* [...] Lorsqu'une femme, dans la maison de son mari, fera des vœux ou se liera par un serment, et que son mari en aura connaissance, s'il garde le silence envers elle et ne la désapprouve pas, tous ses vœux seront valables, et tous les engagements par lesquels elle se sera liée seront valables; *mais si son mari les annule le jour où il en a connaissance, tout vœu et tout engagement sortis de ses lèvres n'auront aucune valeur, son mari les a annulés*; et l'Éternel lui pardonnera. Son mari peut ratifier et son mari peut annuler tout vœu, tout serment par lequel elle s'engage à mortifier sa personne. *S'il garde de jour en jour le silence envers elle, il ratifie ainsi tous les vœux ou tous les engagements par lesquels elle s'est liée; il les ratifie, parce qu'il a gardé le silence envers elle le jour où il en a eu connaissance.* Mais s'il les annule après le jour où il en a eu connaissance, il sera coupable du péché de sa femme »¹⁸².

¹⁷⁹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 211, § II.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 211-212, § II.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 213, § V.

¹⁸² Nombres, XXX, 4-16 (nos italiques).

L'acquiescement est ici cantonné dans un champ restreint, mais ses éléments caractéristiques sont présents. La connaissance du père ou de mari est nécessaire, le silence n'a d'effets qu'à cette précondition. Le silence vaut ratification. La protestation revêt la forme d'une « désapprobation » et l'acquiescement peut donc être empêché. Dans la seconde moitié de l'extrait, le laps de temps durant lequel la charge de réagir du mari ou du père peut être satisfaite est précisé : il faut désapprouver « le jour où il en a connaissance ». Dans le cas contraire, et « s'il garde de jour en jour le silence envers elle », la ratification-acquiescement prend place.

Étant donné que le livre des Nombres fait partie du Pentateuque, il est presque certain que les commentaires de la Torah¹⁸³ mentionnent et étudient cette forme d'acquiescement. Sans se plonger dans ce riche ensemble, une recherche superficielle démontre déjà que le terme d'acquiescement est utilisé dans un contexte de silence et de connaissance¹⁸⁴.

Le corpus islamique révélerait très certainement des attestations de l'acquiescement. En plus du Coran, les hadiths et la sunna peuvent contenir des traitements du silence¹⁸⁵, de la connaissance et de l'acceptation susceptibles de renforcer la présence transversale

¹⁸³ Talmuds de Babylone et de Jérusalem (et à l'intérieur de ceux-ci, Mishna et Guemara), respectivement compilés au VI^e siècle et du II^e au V^e siècles.

¹⁸⁴ Cf. https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/952878/jewish/Ishut-Chapter-Four.htm (consulté le 17 août 2021). Il s'agit du « Ishut », quatrième chapitre dans le « livre des femmes » de la Mishneh Torah. Une étude plus approfondie nécessiterait une compréhension au moins élémentaire de la structure hiérarchique du Talmud et de ses commentaires. Pour ce qui nous intéresse, l'extrait est libellé ainsi : « When a person [desires to] consecrate a woman, and with her consent gives the kiddushin to another woman, and tells the latter "And you as well," or uses another similar expression, they are both consecrated ». Le commentaire de l'extrait (note n° 2) précise : « The first woman is consecrated based on the principle stated in the following halachah, that a woman may tell a person to give the *kiddushin* to an agent acting on her behalf. The second woman is consecrated, because she accepted the *kiddushin* in silence, which is interpreted as acquiescence » (nos italiques).

¹⁸⁵ Schématiquement, le traitement du silence et de l'acquiescement s'insère dans le cadre de la coutume. Le nœud du débat semble concerner la valeur du silence et sa conversion en « acceptation » ou « autorisation ». Il peut s'agir du silence du Prophète (approbation tacite), des écritures, ou encore d'une partie des juristes. Voy. not. : C. G. WEERAMANTRY, *Islamic Jurisprudence. An international perspective*, Houndmills, The Macmillan Press Ltd, 1988, p. 48 ; J. E. LOWRY, *Early Islamic Legal Theory. The Risala of Muhammad ibn Idris al-Shafi'i*, Leyde/Boston, Brill, 2007, p. 323, note n° 14 ; A. SHABANA, *Custom in Islamic Law and Legal Theory. The Development of the Concepts of 'Urf and 'Adah in the Islamic Legal Tradition*, New York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 45 ; p. 82 et note n° 60 (explicitée en p. 201 : « [Al-Dabbusi] mentioned four types of *ijma'*: the consensus of the companions, the consensus of some and the silence of others, the consensus of the people of a given generation on a new issue, and the consensus on one of the issues on which the early generations (*salaf*) disagreed », italiques dans l'original).

de l'acquiescement. La *sharia* et le *fiqh* (jurisprudence islamique) devraient eux aussi être étudiés afin d'obtenir une vue d'ensemble de l'acquiescement.

En Inde, un « Code of Gentoo Laws » s'attarde sur les droits réels et fournit des solutions qui font écho à l'acquiescement. Toutefois, l'utilisation de ce « Code » est sujette à caution. Premièrement en raison de la langue : nous nous servons d'une traduction (ou compilation) en anglais datant de 1776¹⁸⁶. Secondement, et plus fondamentalement, en raison de la datation très incertaine du texte original sanskrit¹⁸⁷, deux exemples méritent une mention :

« Whatever Pool, or Well, a Person hath occupied, from the Commencement of building his House, another Person cannot afterwards prohibit him from using »¹⁸⁸.

L'usager régulier ne peut pas être exclu une fois qu'un individu a occupé (ou utilisé effectivement) un puits. En germe, cela signifie que l'opposition ou protestation, pour être valable, doit être émise dès les premières utilisations du puits ou de la source. Le contexte est probablement celui d'un puits existant, déjà utilisé par les voisins (« another Person »), et dont le nouvel arrivant fait usage.

Le second exemple exprime un lien plus direct avec l'acquiescement :

« If the Drain of a Man's House hath, for a long Series of Time, passed through the Buildings belonging to another Person, that Person shall not give any Impediment thereto; but if that Person caused any Impediment at the first Commencement of such Drain, then the other shall not have Power to carry his Drain that Way; if that Person, at the Commencement of the Drain, gave no Interruption, yet afterwards causes the other any Trouble, he shall be amenable to the *Sircar* of the Magistrate »¹⁸⁹.

L'usage toléré se transforme en droit. Une opposition est possible, mais elle doit être prompte puisque l'extrait mentionne le commencement de la situation (les premiers comportements qui créent ensuite l'acquiescement). Ce qui est aussi remarquable dans cette attestation, c'est la référence au long temps : la prescription acquisitive

¹⁸⁶ W. HASTINGS et N. RASSEY HALHED, *A Code of Gentoo Laws*, Londres, East India Company, 1776, 322 p. Disponible sur <https://archive.org/details/codeofgentoolaws00halh> (consulté le 17 août 2021).

¹⁸⁷ Nom original : vivādārṇavasetu. Selon le traducteur le texte original est d'une grande antiquité, mais aucune époque de compilation ou de rédaction n'est indiquée : *ibid.*, p. xli-xliv.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 184.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 185, italiques dans l'original.

du propriétaire auteur du trouble se confond avec la prescription extinctive de l'action du propriétaire troublé. Plus globalement, cette solution législative est garante de paix sociale (*quieta non movere*).

Dans l'ensemble indien, le « Code de Manu » (ou « Nârada ») et le « Brihaspati »¹⁹⁰ contiennent des attestations :

« 24. A house, pool, shop or the like having been used by a man since the time of its foundation, must not be taken from him, nor diminished or altered. 25. A window, a watercourse, a peg projecting from a wall (used to hang things upon), a shed (erected in a courtyard), a square of four buildings, and a channel for the exit of water (after a rainfall), must not be blocked up, when previously constructed »¹⁹¹.

Le « Brihaspati » – d'où sont tirés ces deux exemples – a été rédigé au plus tôt lors du I^{er} siècle de notre ère¹⁹². Le « Nârada » recèle des acquiescements dans le domaine des droits réels :

« 78. If a man is foolish enough to allow his goods to be enjoyed by strangers in his own eyesight, they shall belong to the possessor, even in the presence and during the lifetime of the rightful owner. 79. Whatever the owner looking on quietly suffers to be enjoyed by strangers for ten years, though he is present, that cannot be recovered by him »¹⁹³.

La note du § 79 précise encore qu'une protestation constante est nécessaire en cas d'incapacité à récupérer un bien. Cette proclamation constante permet de conserver la propriété, même après une période de perte de possession de 10 années¹⁹⁴. Ces développements sont précieux car ils démontrent, au-delà de l'application sectorielle de l'acquiescement, les obstacles qui peuvent le tenir en échec. Le passage du temps couplé à la possession (effectivité) d'une situation n'est pas automatiquement synonyme d'acquiescement.

Les directions de recherche pourraient être multipliées : l'ensemble chinois ne sera pas passé en revue, mais l'existence d'arbitrages entre Cités¹⁹⁵ laisse supposer que des conflits territoriaux ont pu mettre en jeu l'acquiescement sous forme de silence, de long temps, ou encore de possession paisible. De même, la reconnaissance tacite semble avoir existé¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Il s'agit de : J. JOLLY, *The Minor Law Books*, Oxford, Clarendon Press, 1889, 422 p. Disponible sur <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.175217> (consulté le 17 août 2021).

¹⁹¹ J. JOLLY, *The Minor Law Books*, op. cit., p. 354.

¹⁹² *Ibid.*, p. 275.

¹⁹³ *Ibid.*, pp. 60-61.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 60, note n° 79.

¹⁹⁵ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., p. 85.

¹⁹⁶ K. IRIYE, « The principles of international law in the light of the Confucian doctrine », *RCADI*, vol. 120, 1967-I, p. 14.

C'est avec un arbitrage grec que nous clôturerons ce survol avant de passer aux sources romaines. Les arbitrages entre Cités sont attestés depuis 600 av. J.-C.¹⁹⁷. Un arbitrage entre Samos et Priène¹⁹⁸ au sujet de la forteresse de Carion et de Dryoussa¹⁹⁹ nous est parvenu dans un état de conservation acceptable. La dispute entre les deux Cités prit place sur plusieurs siècles ; nous renvoyons aux travaux de Magnetto pour la chronologie détaillée²⁰⁰. L'arbitrage a probablement été rendu entre 197 et 191 av. J.-C.²⁰¹. Dans notre perspective fragmentaire et distordue, nous nous intéresserons uniquement au texte de l'arbitrage définitif (l'arbitrage faisant lui-même référence à des décisions précédentes)²⁰² et aux arguments présentés par les parties.

L'arbitrage consigne toutes les étapes du différend, son histoire, l'argumentation des parties, et se termine par le dispositif : Carion (ou Karion) et Dryoussa sont attribués à Priène (les traductions italiennes et anglaises sont disponibles)²⁰³. Nous reproduisons deux longs extraits de la sentence :

« [I Prienesi] inviarono un'ambasceria a Lisimaco a proposito del Batineton [sotto la ste]faneforia del dio, quella dopo Nikandros, che è il quindicesimo da Lykos, e nonostante (già) da allora essi possedessero il forte e avessero venduto 42 lotti della regione circostante il forte, i Sami non mostrarono irritazione, né inviarono loro un'ambasceria accusandoli per le misure prese; ma se anche c'erano stati nei loro confronti contenziosi di carattere privato, i Sami non avevano contestato una violazione del confine alla gente del Karion, ma al contrario nel decreto inviato a Lisimaco era stato scritto che i Prienesi possedevano il proprio territorio. Dopo che ebbe luogo il giudizio portato [davanti a] Lisimaco, trascorsi molti anni, mentre era re Antioco figlio di Antioco, trovandosi (i Prienesi) in circostanze difficili i Sami inviarono loro [ambasciatori a dire] che li accusavano di violazione del confine, ma sul Karion non [dissero] nulla [...] »²⁰⁴.

¹⁹⁷ M. DE TAUBE, « Les origines de l'arbitrage international : antiquité et Moyen Âge », *RCADI*, vol. 42, 1932-IV, p. 42.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 43.

¹⁹⁹ A. MAGNETTO, « La querelle entre Samos et Priène : propositions pour un débat », *Topoi*, vol. 16 (1), 2009, p. 9.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 7-17 et A. MAGNETTO, *L'arbitrato di Rodi fra Samo e Priene*, Pisa, Edizioni della Normale, 2008, 263 p.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 14 ; M. DE TAUBE, « Les origines de l'arbitrage international : antiquité et Moyen Âge », *op. cit.*, p. 43.

²⁰² *Ibid.*, p. 8.

²⁰³ A. MAGNETTO, *L'arbitrato di Rodi fra Samo e Priene*, *op. cit.*, pp. 34-45 (le texte grec est accompagné d'une traduction en italien). Pour une traduction en anglais : <http://www.attalus.org/docs/sig2/s599.html> (consulté et archivé sur WaybackMachine le 17 août 2021).

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 41, lignes n^{os} 120-128, nos italiques.

« *gli ambasciatori da parte dei Sami* [- - - - -
 - - - - - sfruttavano questo] territorio, e davanti
 ad Ant[i][gono - - - - -
 - - - - - nelle lettere] regie [ciò che è stato] trovato - [- - - - -
 - - - - - al] re [Lisima]co
 circa il giudizio [sul] [Batineton - - - - -
 - - - - -] facendone memoria, e nuovamente davanti al re Antioco
 [- - - - - circa] il fatto che violavano i
 confini del territorio, *ma [senza dire] [nulla] circa il forte* [- - - - -
 - - - - - ad An]tioco, preposto dal re Tolemeo
 [a - - - - -] *senza dire nulla [circa
 il for]te*, e per tutte le altre ragioni [che sono state illustrate - - - - -
 - - - - -] da quando abitano la città mostrando che sia il forte
 [sia la regione circostante il forte - - - - -] *tutti giusti
 gli argomenti avanzati e discussi dai Prienesi* [- - - - -
 - - - - - abbiamo giudicato che il forte] e la regione [circostante]
 il forte siano dei Prienesi »²⁰⁵.

Sur le plan purement factuel, la sentence illustre l'absence de possession de la part de Samos sur le fort de Carion et Dryoussa. Bien qu'il soit difficile de déterminer si l'acquiescement est utilisé à titre purement juridique ou simplement argumentatif, la logique est similaire au *Temple du Préah Vihéar*. Le souverain qui acquiesce avait la possibilité de protester ; il s'est écoulé un long temps sans réclamation ; des protestations ont été émises et étaient donc possibles, mais elles ne concernaient pas les territoires objets de la sentence finale²⁰⁶ (« senza dire nulla circa il forte »).

Cette sentence est importante car elle illustre un *raisonnement*, voire l'utilisation d'une présomption ou d'un argument par l'arbitre. Par opposition à l'application d'une disposition (code, loi, etc.) qui incorpore l'acquiescement et dont le juge se contente de faire application, ici l'acquiescement prend corps autour de la narration du différend. Magnetto souligne de nombreux éléments de l'acquiescement :

« Per consolidare ulteriormente il quadro degli eventi fin qui fornito, i Prienesi concentrarono la loro analisi sulla *reazione* di Samo alla presunta perdita del forte e della sua chora, o meglio sull'assenza di *reazione*. *Nessuna protesta ufficiale* per le misurazioni connesse alla vendita dei lotti a Dryoussa, nessuna accusa verso la gente del Karion in occasione di alcune frizioni di confine tra privati [...] Il ragionamento

²⁰⁵ *Ibid.*, pp. 43-45, lignes n^{os} 170-179, nos italiques.

²⁰⁶ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 25-32.

seguito ha due risvolti complementari : *ribadisce la continuità del possesso prienese* di Karion e Dryoussa fino al presente, ponendo contemporaneamente in luce *l'altrettanto continuo disinteresse di Samo per essi*. La strategia scelta è la più ovvia : rievocare le numerose tensioni di confine (o quantomeno le più significative e certo meglio documentate) verificatesi in tale arco di tempo, mostrando, per ciascuna di esse, *la mancanza di rivendicazioni da parte di Samo su ciò che ora esigeva come proprio* »²⁰⁷.

Réaction déficiente de Samos, inertie, silence, passage du temps, absence de protestation : ces éléments font face à l'occupation effective, aux comportements « à titre de souverain » de Priène sur les territoires disputés. De plus Samos avait l'occasion, par des ambassades et par la voix de ses citoyens, de contester l'état de fait, mais s'est abstenue (*loqui potuisset*). Priène joue adroitement sur deux tableaux : Samos n'a pas possédé les territoires et s'en est désintéressée alors que son adversaire a continuellement administré l'objet du litige. Cet arbitrage n'a pas à rougir d'une comparaison avec la jurisprudence du XXI^e siècle.

B. Droit romain

1. *En général*

Le droit romain désigne ici l'ensemble de la production normative depuis la loi des XII Tables au *Corpus iuris civilis* et ses suites. Cet « ensemble » n'est évidemment pas uniforme, il s'agit d'une reconstruction commode et artificielle. Le droit public des débuts de la République s'est modifié, élargi, a développé de nouvelles tendances jusqu'à la fin de l'époque impériale²⁰⁸. Pour ce qui nous retiendra, c'est avant tout les solutions du droit *privé* romain qui contiennent des expressions de l'acquiescement. Au premier plan de ce droit privé, c'est le *Corpus iuris civilis* (ci-après : « CIC ») qui nous fournira la majorité des attestations. Le droit romain englobe des activités « internationales » (droit de la guerre, ambassades, arbitrages entre cités). Au terme d'un examen superficiel, nous constatons toutefois que cet ensemble juridique « international » ne fournit pas d'attestation immédiate de l'acquiescement²⁰⁹.

²⁰⁷ A. MAGNETTO, *L'arbitrato di Rodi fra Samo e Priene*, op. cit., p. 176, nos italiques.

²⁰⁸ R. ROBAYE, *Le droit romain*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 24-27.

²⁰⁹ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 69-82.

Le droit romain – tel qu'il est compilé dans le CIC – n'est pas pensé comme un système clos et parfait si cher aux codifications européennes : les solutions sont inspirées de la casuistique. Les attestations de l'acquiescement, si nombreuses soient-elles en droit romain, ne prouvent donc pas l'existence d'un principe unitaire d'acquiescement qui n'aurait pas été formulé. Tout au plus elles prouvent la praticité, l'intérêt hautement juridique et facilitateur d'une telle institution et sa grande adaptabilité. Nous développerons principalement les « axes de recherche » du silence et du temps, sans prétention à l'exhaustivité ni analyse poussée. Quant aux effets de l'acquiescement, il s'agit généralement de la création d'un accord, d'une renonciation, voire de la perte d'un droit (parfois d'un droit d'action).

Dans un premier temps, nous passerons en revue les attestations génériques de l'acquiescement et du silence (B.1. – « En général ») avant de nous concentrer exclusivement sur l'élément du temps à travers des exemples tirés des droits réels (B.2. – « Le temps en droit romain »).

Le CIC, qui recueille notamment le *Digeste* justinien (abrégé « D » ci-après) et les *Institutes* est notre principale source d'information. Ces attestations émanent de contextes publics comme privés. Dans un premier temps, nous passerons en revue les attestations relevant de considérations « publiques » :

« Si quelqu'un a pêché seul pendant plusieurs années dans un bras d'une rivière publique, il empêche qu'un autre puisse jouir du même droit »²¹⁰.

Le sujet s'arroge un droit, le temps (plusieurs années) est pertinent, et, implicitement, la tolérance des autres sujets puisque la pratique de pêche se poursuit sans être mise en péril. La conséquence est l'obtention d'un droit d'exclusion et non d'un droit de propriété ; le « premier pêcheur » pourra faire respecter son monopole sur la boucle du fleuve.

Les *Institutes* mentionnent l'existence et le processus de formation du droit non écrit et du « droit des villes » :

« Le droit non écrit, est celui qui est approuvé par l'usage ; parce que les anciennes coutumes, approuvées par le consentement de ceux qui les suivent, imitent la loi »²¹¹.

²¹⁰ D.44.3.7 (« *Si quisquam in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure uti prohibet* ») : H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 6^e partie, op. cit., p. 571.

²¹¹ *Institutes*, 1.2.9 (« *Sine scripto jus venit, quod usus approbavit : nam diuturni mores consensu utentium comprobati, legem imitantur* ») : H. HULOT (trad.), *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, Aalen, Scientia Verlag, 1979, p. 15.

« Le droit naturel, qui est observé par toutes les nations également, étant établi par la providence, n'est point sujet au changement ; mais celui que chaque ville s'est fait change souvent, soit par le consentement tacite du peuple, soit par quelque loi nouvelle »²¹².

Ces extraits suggèrent une approbation tacite de la coutume par le peuple. En se comportant d'une certaine manière, l'usage se transforme en droit. Le consentement tacite ou acquiescement est le moteur de cette transformation. L'acquiescement s'identifierait alors avec une non-opposition ou une pratique positive. Le parallèle s'impose avec la coutume telle qu'elle est décrite dans l'article 38, § 1, lit. b SCIJ (« la coutume [...] comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »).

Dans le cadre « privé » du droit romain et à notre meilleure connaissance, le *Digeste* ne contient pas d'attestation de l'acquiescement en tant que tel. Au contraire, une courte maxime du juriste Paul prévoit :

« *Qui tacet, non utique fatetur : sed tamen verum est eum non negare* »²¹³.

« On ne peut soutenir que le silence soit toujours un aveu, ni prétendre non plus qu'il soit toujours un désaveu »²¹⁴. Cette maxime provient du livre des règles (*De diversis regulis juris antiqui* – Titre XVII). Interprétée à rebours, cette maxime nous enseigne que celui qui se tait consent *ou* nie, mais sans donner un principe d'application générale. Il n'existe pas de règle uniforme d'interprétation du silence.

Dans le livre des règles, une maxime instaure la convertibilité des consentements tacites et exprès : « Celui-là peut consentir tacitement, qui peut consentir expressément » (D.50.17.3 : « *Ejus est non nolle, qui potest velle* »)²¹⁵. Cette conversion est significative car

²¹² *Institutes*, 1.2.11 (« *Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent : ea vera quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata* ») : *ibid.*

²¹³ D.50.17.142, cité par : J. A. MARTÍNEZ VELA, « Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio », *Revista de Derecho UNED*, vol. 10, 2012, p. 406.

²¹⁴ Traduction tirée de : H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 7^e partie, Aalen, Réimpression Scientia Verlag, 1979, p. 666, consulté le 9 février 2015 : <http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Digeste%20%28Livres%20%29.pdf>.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 648. Dans d'autres traductions, la maxime est donnée ainsi : « celui qui peut consentir peut objecter » ou « celui qui peut consentir tacitement peut consentir expressément ».

elle indique qu'il n'est pas systématiquement exigé qu'un individu manifeste explicitement son consentement pour être lié. Abordée sous cet angle, une autre maxime du livre des règles fournit un renseignement précieux : « ce qui nous appartient ne peut être transféré à un autre sans notre consentement » (D.50.17.11 : « *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest* »)²¹⁶. Le consentement au transfert pourrait donc être *tacite*, à moins qu'une autre règle ne prévoie une procédure stricte (par ex. en fonction du type de biens : *res Mancipi* et *res nec Mancipi*)²¹⁷. Nous devons toutefois nous garder de projeter une logique de système sur le droit romain.

Le D.50.17.60 fait un usage patent de l'acquiescement dans sa valeur de consentement tacite :

« Celui-là est censé consentir à ce qu'un autre fait pour lui, lorsqu'étant présent à l'affaire il ne s'y oppose pas. Et celui qui, sans avoir donné de consentement, ratifie ce qu'un autre a fait en son nom, n'est pas moins engagé que s'il lui avait donné par procuration pouvoir de le faire »²¹⁸.

Les deux séquences de cet extrait s'ancrent dans la connaissance (la personne est présente ou elle a les moyens de s'informer ultérieurement) et la possibilité de protester (sur le moment ; en ne ratifiant pas). L'effet est l'engagement de la personne qui est restée silencieuse, comme si elle avait elle-même contracté. Un avis de droit de Bartole fait écho à ce passage²¹⁹.

Le livre des règles contient d'autres attestations de l'acquiescement : « On ne peut changer d'avis au préjudice d'autrui » (D.50.17.75 : « *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam* »)²²⁰ qui rappelle l'interdiction du *blowing hot and cold* dans l'opinion de Fitzmaurice dans l'affaire du Temple²²¹. *L'estoppel*, qui est très proche de l'acquiescement, se calque sur des considérations analogues. En matière pénale, des traces de

²¹⁶ *Ibid.*, p. 649.

²¹⁷ R. ROBAYE, *Le droit romain, op. cit.*, pp. 145-147.

²¹⁸ H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 7^e partie, *op. cit.*, p. 655 : « *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione* ».

²¹⁹ *Cf. infra*, Ch. 2.II.C.

²²⁰ H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 7^e partie, *op. cit.*, p. 657 ; A. X. FELLMETH et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, Oxford, OUP, 2009, p. 195.

²²¹ *Temple de Préah Vihear*, Opinion séparée du juge Fitzmaurice, CIJ, *Rec. 1962*, p. 63 ; *ibid.*, Opinion séparée du Vice-président Alfaro, CIJ, *Rec. 1962*, p. 41.

la protestation et de ses conséquences se révèlent : « quelqu'un n'est pas complice d'un crime s'il n'est pas en son pouvoir de l'en empêcher » (D.50.19.109 : « *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest* »)²²². Celui qui ne pouvait pas parler, qui ne peut pas protester, ne peut pas non plus être tenu coupable d'avoir acquiescé à un crime. À rebours, cette règle signifie que celui qui *peut* empêcher un crime (protestation) – mais qui s'en abstient (silence, inertie, consentement tacite) – est réputé y avoir acquiescé.

L'acquiescement, dans ses différentes expressions casuistiques, connaît des limites. La réunion du temps, de la connaissance, du silence ne suffit pas automatiquement à provoquer l'acquiescement. La règle D.50.17.210 en témoigne : « Une institution d'héritier qui était nulle dans son principe, ne peut devenir valable par la suite du temps » (« *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convallescere non potest* »)²²³.

Ces très brefs exemples confirment que les préoccupations de l'acquiescement sont attestées en droit romain, sans qu'il n'existe pourtant de principe unique.

La fin de cette section est consacrée à la question de la valeur du silence en droit romain : l'opinion doctrinale est divisée. Le problème de la valeur du silence se résout *soit* comme étant l'application d'un principe général (la valeur du silence obéit à des règles générales), *soit* en raison de l'absence de toute systématisation du silence (théorie dite du *ius singulare* – la valeur du silence est fonction des circonstances)²²⁴. La théorie du *ius sin-*

²²² H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 7^e partie, *op. cit.*, p. 661. Nous ferons plus loin la relation avec le droit pénal international, l'Entreprise criminelle commune (ECC ou JCE dans son abréviation anglophone) et les différents modes de responsabilité (*cf. infra*, Ch. 5.I.C.3).

²²³ *Ibid.*, p. 675.

²²⁴ Pour les auteurs soutenant les diverses opinions *cf.* M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milan, Giuffrè, 1982, pp. 38-39, p. 68 ; G. TOMAS, « Fuentes jurídicas del principio qui tacet, consentire videtur. Realidad jurídica versus difusión social », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, vol. 50, 2003, p. 393 ; J. A. MARTINEZ VELA, « Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio », *Revista de Derecho UNED*, vol. 10, 2012, pp. 406-407 ; H. JONES, « Le silence utilisé comme réponse en droit romain », *LaTomus*, vol. 48 (1), 1989, p. 18 ; P. PICHONNAZ, « Quelques remarques sur la *relocatio tacita* », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, vol. 49, 2002, p. 157 : le cas de la *relocatio tacita* ne serait pas l'application d'un principe général, mais une solution particulière. Pour de plus amples précisions sur le *ius singulare* : M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, *op. cit.*, p. 205.

gulare semble majoritaire, ce qui correspond à l'essence casuistique du droit romain. Notre guide en la matière sera l'ouvrage de M. S. Goretta ²²⁵.

À titre de délimitation, selon elle, les actes tacites (comportements) ne sont pas un vrai silence, car ce que l'on va interpréter n'est plus le silence qui accompagne l'acte, mais l'acte en ce qu'il manifeste une volonté, le silence en tant que non-dire perd toute pertinence dans cette configuration ²²⁶. Le vrai problème du silence est celui de la correspondance entre for intérieur et manifestation extérieure. À cet égard le silence pose deux problèmes : la correspondance est rompue entre le for intérieur et sa manifestation extérieure ; le silence comme manifestation extérieure ne peut être qu'ambivalent, revêtant la valeur d'un assentiment ou d'un dissentiment ²²⁷. M. S. Goretta propose l'adjonction d'un troisième terme afin de conserver une approche basée sur la manifestation de la volonté : si une personne se tait en connaissance de la demande qui lui a été faite, c'est pour *manifestar sa volontà de se tacere* ²²⁸ :

« L'errore [des théories relatives au silence] è quello solito di volere interpretare attraverso il silenzio o l'inerzia l'intenzione, e cioè l'interna motivazione volontaria (da cui far nascere la responsabilità), ma poiché ovviamente questo non è possibile, in quanto colui che tace vuole proprio nascondere tale interna volizione, si può ricorrere, e qui sta il pericolo, ad un principio finzionalistico » ²²⁹.

L'auteur du silence opte pour l'ambiguïté et renonce simultanément à tout pouvoir d'interprétation sur son silence. L'interprétation du silence revient au destinataire ²³⁰. Plutôt que de se focaliser sur le silence en tant que tel, M. S. Goretta érige la volonté de se taire en un fait positif. La correspondance for intérieur – manifestation extérieure est rompue en cas de silence, c'est le contexte global de demande-réponse qui va déterminer la valeur du silence ²³¹. De son propre aveu, elle ne se situe pas dans l'optique du *ius singulare* ni dans celui d'un principe général

²²⁵ M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, op. cit., 232 p.

²²⁶ *Ibid.*, p. 15.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 10-11.

²²⁸ *Ibid.*, p. 55. En ce sens, le silence est un fait positif : celui de choisir le silence. M. S. Goretta veut éliminer la confusion qui fait du silence un acte « négatif », ou que le silence soit vu comme *ne pas faire quelque chose*, alors que pour elle il s'agit, positivement, de se taire.

²²⁹ *Ibid.*, p. 54.

²³⁰ *Ibid.*, p. 22 (« Colui ch'è tace si assume [...] la responsabilità del "tacere" ma rifiuta la responsabilità del significato-interpretazione del proprio silenzio ») et p. 48.

²³¹ *Ibid.*, p. 164 et p. 205.

relatif au silence, elle emprunte une voie médiane en cherchant la *ratio* commune des interprétations du silence²³². *En conclusion, celui qui se tait ne veut ni donner son assentiment, ni refuser*²³³. Face à cela, le demandeur va pouvoir interpréter le silence selon le *prius* instauré par sa demande²³⁴. Le *tacens* est responsable de son silence (il doit s'en laisser opposer les conséquences juridiques). Le *tacens* peut bien sûr éviter cette « responsabilité » : il lui suffit de parler ou d'agir plutôt que de se taire. En définitive, et bien qu'elle choisisse de se distancer de la théorie du *ius singulare*, M. S. Goretti fait dépendre la valeur du silence du *prius* constitué par la demande à laquelle il répond²³⁵.

Au cours de son exposé, M. S. Goretti passe en revue différentes branches du droit romain où le silence apparaît. Une sélection de ces cas fait apparaître des éléments et des situations de l'acquiescement.

La *représentation* est illustrée dans le D.50.17.60 déjà évoqué *supra* : « Celui-là est censé consentir à ce qu'un autre fait pour lui, lorsqu'étant présent à l'affaire il ne s'y oppose pas »²³⁶. Par sa présence, la connaissance du représenté est acquise, opposable. On peut se demander s'il s'agit vraiment de la pertinence d'un silence ou d'un consentement tacite à l'affaire. Mais la portée *judiciaire* de la règle vise avant tout à empêcher le représenté de se prévaloir de son silence comme d'un dissentiment²³⁷. Ainsi, même si le représentant a outrepassé ses pouvoirs, la connaissance doublée de l'inaction empêche le représenté de s'en prévaloir. Le droit du représenté d'alléguer l'excès de pouvoir du représentant disparaît par son consentement tacite. Le recours au comportement « idéal », « reconstruit » du représentant est également évoqué²³⁸. Les attentes normales sociales servent de référence pour évaluer la ligne de conduite qui aurait dû être adoptée par un représenté qui aurait voulu s'opposer.

²³² *Ibid.*, p. 68.

²³³ *Ibid.*, p. 203.

²³⁴ *Ibid.*, p. 205.

²³⁵ *Ibid.*, p. 205.

²³⁶ « *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* », traduction tirée de : H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 7^e partie, *op. cit.*, p. 655.

²³⁷ La règle D.50.17.60 « répond » aux arguments que les parties ont fait valoir, elle clôt une histoire juridique réellement advenue.

²³⁸ M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, *op. cit.*, p. 99, cf. aussi p. 97 : « Colui che non protesta, potendo protestare, autorizza ad un giudizio di acquiescenza ».

La *patientia* est définie comme une tolérance, ou encore la situation dans laquelle un désagrément ou un dérangement est subi et supporté²³⁹ : « Si mon voisin souffre [*patiente*] que je fasse un nouvel œuvre qui doive lui rendre les eaux pluviales nuisibles, il n'a point contre moi l'action *aquae pluviae arcendae* » (D.39.3.19)²⁴⁰. La tolérance envers la nouvelle construction emporte renonciation tacite à l'action²⁴¹.

Le consentement du *paterfamilias* peut dénoter un acquiescement : « On exige aussi pour les fiançailles le consentement de ceux dont il est requis pour le mariage. Cependant Julien pense qu'un père est toujours censé consentir pour sa fille, lorsqu'il ne s'oppose pas expressément » (D.23.1.7.1)²⁴². Réciproquement : « Mais la fille qui ne résiste pas ouvertement à la volonté de son père, est censée consentir » (D.23.1.12)²⁴³. M. S. Goretti contextualise cette citation dans l'évolution du consentement de la *filiafamilias* au mariage. Dans un premier stade, et avant que le silence ait le même effet qu'un consentement exprès, même les protestations de la fille restaient sans effets²⁴⁴. Les trois réactions possibles de la fille, protestation, silence et acceptation, étaient placées sur le même pied – et n'étaient aucunement prises en compte juridiquement. Dans une seconde étape, le changement légal permet une protestation qui fonctionne comme un veto. Toutefois, seule une protestation « active » est prise en compte, le silence est colloqué à côté du consentement. Même un silence se voulant une protestation est dépourvu d'effet.

Concernant le fils, un schéma similaire transparaît :

« Lorsqu'un fils de famille est fait décurion du consentement de son père, le père est obligé comme garant et responsable de son fils pour toutes les charges qui sont attachées à sa décurie. Le père est censé avoir consenti à ce que son fils fût nommé décurion, lors qu'étant présent à sa nomination, il ne s'y est pas opposé. Ainsi, dans ce cas, le père sera garant et responsable de tout ce que son fils gère au nom de la république »²⁴⁵.

²³⁹ *Ibid.*, p. 125.

²⁴⁰ « *Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae* ». H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 6^e partie, *op. cit.*, p. 75.

²⁴¹ M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, *op. cit.*, p. 135.

²⁴² H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 3^e partie, *op. cit.*, p. 270.

²⁴³ *Ibid.*, p. 271.

²⁴⁴ M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, *op. cit.*, p. 181.

²⁴⁵ H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 7^e partie, *op. cit.*, p. 517, D.50.1.2.

Seule une opposition extériorisée vaut refus.

Ces attestations certes fragmentaires permettent d'énoncer les éléments transformant le silence en consentement tacite. Ainsi, suite à une demande, la présence physique, la connaissance, l'absence de réaction et le temps écoulé peuvent conduire à l'acquiescement.

2. *Le temps en droit romain*

Le temps, que ce soit au travers d'une hypothétique prescription (extinctive ou acquisitive) en droit international public ou par le biais de l'affermissement qu'il confère à la situation, joue un rôle dans l'acquiescement. Les principales institutions de droit romain sont l'*usucapion*, la *praescriptio longi temporis* et la *praescriptio longissimi temporis*.

a. *L'usucapion*

L'*usucapion* – aussi dénommée prescription acquisitive – permet l'acquisition d'un droit de propriété sur une chose même si le *tradens* n'était pas en droit d'en disposer²⁴⁶. Cette situation illégale initiale peut être guérie si les conditions de la bonne foi, du juste titre et de la possession ininterrompue pendant un an (choses mobilières) ou deux ans (biens-fonds) sont remplies²⁴⁷. La situation factuelle rejoint alors la situation juridique, le possesseur acquiert le droit de propriété sur la chose ; symétriquement le propriétaire perd la propriété sur la chose²⁴⁸.

Seuls le point de vue et la situation du possesseur sont pris en compte dans l'*usucapion* : la possession fondée sur une juste cause conjuguée au fait que la possession doit être continue dans le chef du possesseur interdit une prise en compte de l'ignorance et de l'absence de réaction du propriétaire²⁴⁹.

Le droit consacre la possession effective qui se transforme en propriété et, inversement, l'absence de possession détruit la propriété²⁵⁰. À la différence des *praescriptio longi* et *longissimi*

²⁴⁶ E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, Paris, De Boccard, 2006, p. 82.

²⁴⁷ A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, op. cit., pp. 38-39.

²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 39-40.

²⁴⁹ E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., pp. 83-84 et 86 : le délai est celui de la possession. Celle-ci, même interrompue un jour, repart à zéro. Ce n'est donc pas l'absence de possession du propriétaire qui est valorisée par l'*usucapion*, mais la possession de l'*usucapens*. Le propriétaire dépossédé peut évidemment protester pour éviter de perdre son bien, mais ce n'est pas cette absence de protestation qui est valorisée dans l'*usucapion*.

²⁵⁰ A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, op. cit., p. 39. Le principe d'effectivité peut être évoqué dans cette situation car le droit tend à ce que propriété et possession soient réunies dans une même personne.

temporis qui permettent seulement de soulever une exception, l'usucapion est une institution juridique qui crée un droit ²⁵¹. À ce titre l'*usucapion* s'inscrit dans une logique de vase communicant quant à la propriété. L'existence d'un temps précis facilite la transition entre la situation de fait et de droit. La possession ininterrompue (ou effectivité de la situation) tient lieu de comportement continu du sujet qui bénéficie de l'acquiescement. Parallèlement, le comportement du propriétaire dépossédé n'est qu'indirectement pertinent : il doit agir en dehors de l'*usucapion* pour sauvegarder ses droits (cependant l'action en *rei vindicatio* n'interrompt pas l'usucapion) ²⁵². L'acquiescement est « éparpillé » entre plusieurs institutions juridiques et sujets. L'existence d'une juste cause explique le bref laps de temps qui suffit à convertir le fait en droit. Les institutions suivantes se démarquent de l'*usucapion* par des temps plus longs et une possibilité de prescrire en l'absence de juste cause.

b. *La praescriptio longi temporis*

Les conditions sont similaires à celles de l'*usucapion*, le but de cette prescription était de protéger les pérégrins (étrangers) qui ne disposaient pas de l'*usucapion*, réservée aux seuls citoyens romains (*quirites*). Le délai est de dix ans entre habitants d'une même province et de vingt ans entre habitants des provinces différentes ²⁵³. Au terme du délai le possesseur peut rejeter la *rei vindicatio* du propriétaire ²⁵⁴. Il y a là une différence importante : la prescription ne convertissait pas le fait en droit mais était limitée à supprimer une action du propriétaire dépossédé (toutefois, et bien qu'originellement cantonnée au droit procédural, la *praescriptio longi temporis* est modifiée à l'époque de Justinien et permet finalement d'acquérir la propriété ²⁵⁵). Cette prescription était initialement « una mera presunzione e apparteneva quindi al sistema probatorio » ²⁵⁶. L'absence d'acquisition de la propriété s'explique

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 39-40, 44, 50.

²⁵² E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., pp. 83-86.

²⁵³ A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, op. cit., pp. 41-43.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 44.

²⁵⁵ E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., p. 107.

²⁵⁶ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, La proprietà*, vol. V (2^e partie), Milan, A. Giuffrè, 1966, pp. 286-287.

toujours par ce rôle procédural : étant un moyen de défense avant l'examen au fond des droits, l'invocation de la *praescriptio* ne peut que rejeter l'action, sans créer de droit ²⁵⁷.

La *praescriptio longi temporis* prend en compte l'inaction du propriétaire à travers le délai de dix ou vingt ans. L'inaction du propriétaire ne vaut pas renonciation au droit. Le silence du propriétaire est mis en correspondance, pendant le même temps, avec la possession sans propriété ²⁵⁸. Le temps joue un double rôle d'affermissement de la situation du côté du possesseur et de déchéance du côté du propriétaire ²⁵⁹. Ce temps de 10 ou 20 ans possède un autre rôle : la connaissance de la situation du bien par le propriétaire est ainsi assurée et favorisée (pour autant qu'il fasse preuve d'un minimum de diligence). Durant un délai aussi généreux, il aura tout loisir de réagir s'il souhaite protéger son bien. Malgré ces longs délais, l'absence ou l'ignorance excusable du propriétaire empêche le possesseur de soulever l'exception ²⁶⁰. Cette prescription occupe une place intermédiaire : elle ouvre aux pérégrins une « *usucapion* procédurale », la possession sera protégée sans pour autant conférer un droit de propriété.

c. La *praescriptio longissimi temporis*

Subsidiaire aux deux institutions précédentes, la *praescriptio longissimi temporis* se distingue par son délai de quarante ans et l'absence des conditions du juste titre et de la bonne foi ²⁶¹.

²⁵⁷ E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., p. 111.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 112. Et en particulier D.41.3.1, § 3 qui met en relief le versant de sécurité juridique et le temps de la prescription comme occasion de recouvrer la propriété : « La prescription a été introduite par une raison de bien public, particulièrement pour que la propriété des choses ne restât pas longtemps, ou même toujours dans l'incertitude, puisqu'on laisse d'ailleurs aux propriétaires un temps suffisant pour faire la recherche de leurs propriétés » : H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, 6^e partie, op. cit., pp. 319-320.

²⁵⁹ E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., p. 115 : « La possession de l'un et le silence de son adversaire sont deux exigences interdépendantes et cumulatives. La conception du temps est duale : consolidation et déchéance sont liées ».

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 115 : « La prescription ne joue pas contre le détenteur de l'action réelle si une excuse légitime son absence de contestation ». Voy. la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio* – « la prescription ne court pas contre celui qui est empêché d'agir », cf. : A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, op. cit., pp. 61 et s.

²⁶¹ A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, op. cit., p. 47.

La suppression de ces exigences s'explique par le poids accordé à l'inaction du propriétaire et est répercutée dans l'extension du délai nécessaire (logique de géométrie variable).

Comme la *praescriptio longi temporis*, la satisfaction des conditions permet au possesseur d'opposer une exception à l'action en *rei vindicatio* du propriétaire²⁶². Précisons que – vu l'absence de la condition du juste titre – c'est l'entrée en possession qui constitue le départ du délai²⁶³.

Aux conditions intellectuelles et juridiques de la bonne foi et du juste titre s'opposent les conditions corporelles et factuelles de la possession et du temps²⁶⁴. L'extension du temps de possession nécessaire s'accompagne de considérations externes à la position du possesseur : l'inaction du propriétaire joue comme une acceptation de la situation. Dans les conditions de l'*usucapion*, l'opération du temps et de la possession est rattachée exclusivement au possesseur (*cf. supra*, II.B.2.a), tandis que dans les deux institutions subsidiaires, un glissement s'opère : l'absence de possession du propriétaire est également prise en compte.

L'effet du côté des deux prescriptions est la protection de la situation acquise (par le mécanisme de l'exception opposée au propriétaire), tandis qu'on est face à un jeu à somme nulle pour l'*usucapion* où le droit de propriété est transféré. Considérées restrictivement sur le plan des rapports entre le propriétaire et le possesseur, les prescriptions et l'*usucapion* aboutissent à une situation presque identique : d'une part la chose est aux mains du possesseur (mais ce dernier ne pourra pas le revendiquer en cas de perte, n'étant pas propriétaire), et d'autre part le propriétaire ne dispose pas de moyens de récupérer la chose.

Quels sont les caractéristiques et l'agencement des éléments opératoires de ces institutions ? Le temps est déterminé, il n'a pas l'effet d'une présomption qui s'affermirait par l'écoulement du temps, il s'agit au contraire d'un temps destiné à mesurer la possession et son absence. À la fin de ce temps, c'est *uno actu*, en

²⁶² *Ibid.*, p. 50.

²⁶³ *Ibid.*, p. 49.

²⁶⁴ Le temps et la possession existent en dehors du droit, le droit les recrée à l'intérieur de son système ; en dehors du droit, il n'existe pas de distinction entre propriété et possession pour une chose sous le contrôle d'une personne.

une fois et en son entier, que naît dans le chef du possesseur une action ou un moyen de défense. C'est d'un *temps clos*, unitaire et qualitatif dont il s'agit.

La connaissance du propriétaire est une condition implicite des deux prescriptions. L'inaction non fautive du propriétaire est sanctionnée, inaction qui suppose une connaissance. Une *rei vindicatio* intentée avant la fin du délai interrompt le cours du temps. Quant à l'*usucapion*, ses conditions sont toutes relatives au possesseur. Même si le propriétaire intente une action (ce qui prouverait sa connaissance), la *rei vindicatio* n'interrompt pas le délai²⁶⁵. À l'inverse, dans les deux prescriptions, on peut voir la connaissance comme réputée acquise grâce au passage du temps²⁶⁶. En présence d'une excuse légitime, la prescription est suspendue²⁶⁷.

Notons toutefois que les lignes de partage des différentes institutions n'obéiront pas toujours à une stricte logique de propriété contre possession, si bien que « Le *iudex* examine les deux positions possessoires et se prononce en faveur de la plus solide : soit celle qui est fondée sur une juste cause, soit celle qui résulte de l'achèvement de la prescription »²⁶⁸. Plus le temps est long, meilleure sera la protection du possesseur, car la connaissance se sera elle aussi affermie, il pourra arguer de l'effectivité de sa situation et l'inaction du propriétaire sera d'autant plus patente.

d. La prescription générale des actions

Jusque-là confiné au droit réel, le temps étend son opération aux actions. La *longissimo temporis praescriptio* a servi de relais à l'opération du temps hors du cadre des droits réels²⁶⁹. Initialement réticente à reconnaître un effet d'abandon du droit d'action pour cause de silence du titulaire du droit, une loi de Théodose II (de 424 apr. J.-C.) consacre la prescription des actions en droit romain²⁷⁰. La réticence s'explique par le fait que le silence du propriétaire se doublait de l'absence de possession pour les prescriptions de long et très long temps. Dans les actions civiles le raisonnement lié à

²⁶⁵ E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., pp. 83-86.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 115.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 130.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 132 ; A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, op. cit., p. 54.

²⁷⁰ E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., pp. 132-134.

la perte de possession est absent, ce sont les considérations liées au silence du titulaire de l'action²⁷¹ et à la sécurité juridique de l'administration et de l'administré²⁷² qui justifient l'extension de la condition du temps hors du cadre des droits réels.

Pour que cette prescription permette de faire obstacle à l'action, un délai de trente ans devait s'écouler à partir du moment où l'action aurait pu être intentée pour la première fois²⁷³. Seule une action en justice est apte à l'interrompre²⁷⁴. En comparaison avec les droits réels, la question d'un éventuel transfert du droit substantiel n'est pas pertinente car les actions concernent avant tout des créances.

Le temps dont cette prescription fait usage est un temps « cru », sans association avec une autre modalité²⁷⁵. Le temps est délimité d'un côté par la possibilité d'intenter l'action, et de l'autre par sa propre fin ou par une éventuelle interruption due à la citation en justice²⁷⁶. Cette extension de la prescription à l'ensemble des actions est pertinente dans le développement du droit : le législateur romain choisit *une* condition, l'hypertrophie, et l'applique à un large ensemble (argument de la partie pour le tout). L'acquiescement fragmentaire présent dans les deux prescriptions et dans l'*usucapion* est oblitéré au profit de conditions faciles à manier (le temps étant seul pris en compte, la connaissance, la réaction, l'effectivité de la situation ne sont plus pertinentes). Dans une dynamique « évolutive » des ensembles juridiques, cela nous enseigne que les structures complexes ne sont pas nécessairement raffinées et sophistiquées à travers les époques ; des solutions plus directes peuvent leur être préférées.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 132 et p. 137 : « L'indépendance acquise par le *longum silentium*, [est mise en exergue] par rapport à la possession perpétuée pendant le même temps ».

²⁷² A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, op. cit., p. 56.

²⁷³ *Ibid.*, p. 55. Sans entrer dans les détails, certaines actions se prescrivaient par quarante, voire cinquante ans.

²⁷⁴ *Ibid.* ; E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., p. 134.

²⁷⁵ La possession, la connaissance, ou encore l'effectivité ne sont pas des modalités prises en considération par cette prescription.

²⁷⁶ « Le *longum tempus* n'est plus inséré dans le cadre de la prescription, mais inversement [...] c'est celle-ci qui se modèle sur le temps. Le rapport du droit au temps a progressé. On ne cherche plus, comme c'était le cas dans l'*usucapio* et dans la *longi temporis praescriptio*, à adapter et enfermer le temps dans des schémas juridiques. C'est au contraire le droit qui se calque sur la double influence [consolidation et destruction] du *tractus temporis* » : E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, op. cit., p. 137.

À titre tout à fait hypothétique, nous pourrions formuler l'hypothèse que les domaines où l'acquiescement peut s'appliquer de manière générale (c'est-à-dire comme application de son fonds commun de principe général – peu importe que le principe soit identifié et consciemment appliqué) se restreignent au fur et à mesure de l'évolution normative pour laisser place à des solutions ponctuelles, codifiée. Le domaine de l'application de l'acquiescement se cantonne alors aux domaines résiduels et aux domaines nouveaux qui n'ont pas encore été soumis à une systématisation interne²⁷⁷.

e. *Les servitudes*

Les servitudes sont des droits réels limités, tel qu'un droit de passage²⁷⁸. La création et la suppression des servitudes en droit romain peuvent s'opérer par un mode non formel.

Bien que l'*usucapio servitutis* soit interdite, il est possible de créer une servitude en raison d'un long usage (usage qui pouvait être attesté par la réalisation d'une construction sur le fonds servant)²⁷⁹. Autant l'usage que des constructions sur le fonds servant devaient être présents depuis des temps immémoriaux (*vetustas*)²⁸⁰. La réforme justinienne se focalisa sur l'opération acquisitive du temps : la prescription acquisitive (*praescriptio longi temporis*) fut étendue aux servitudes²⁸¹.

L'extinction des servitudes est également possible par un biais non formel : le *non usus* (l'absence d'usage)²⁸² ne requiert pas le consentement exprès du maître du fonds dominant. Une distinction

²⁷⁷ Voy. *supra*, Ch. 1.III.B.1, nos remarques sur l'érosion et la concurrence entourant l'acquiescement.

²⁷⁸ R. ROBAYE, *Le droit romain, op. cit.*, p. 169.

²⁷⁹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, Diritti reali*, vol. III, Milan, A. Giuffrè, 1972, p. 143 ; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 4^e éd., Milan, A. Giuffrè, 1965, p. 302. L'interdiction est prévue par la *lex Scribonia*. Avant cette loi, l'*usucapio* des servitudes était donc possible. La date de cette loi oscille entre -216 et -69 : A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 9^e éd., Napoli, Jovene, 1992, p. 724, § 65.1.8 et note.

²⁸⁰ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, p. 302 ; A. GUARINO, *Diritto privato romano, op. cit.*, p. 724, § 65.1.8.

²⁸¹ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, pp. 302-303 ; A. GUARINO, *op. cit.*, p. 724, § 65.1.8 ; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, Diritti reali, op. cit.*, pp. 143-144.

²⁸² J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 111 et p. 168. Le *non-usus* (absence d'usage) et l'*usucapio libertatis* sont parfois cités comme deux modes d'extinction des servitudes (A. GUARINO, *Diritto privato romano, op. cit.*, p. 725) ou bien l'*usucapio libertatis* est mentionnée comme le complément nécessaire à parfaire le *non usus* des servitudes urbaines (P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, Diritti*

est faite selon la qualité urbaine ou rurale de la servitude : cette distinction est à comprendre comme servitude d'exercice d'un droit au profit du fonds servant (droit de passage) par opposition avec une servitude grevant le fonds servant d'une obligation de ne pas faire (interdiction de construction)²⁸³. Les servitudes rurales s'éteignent en cas d'absence d'exercice de la servitude, les servitudes urbaines s'éteignent si le fonds servant est utilisé de manière incompatible avec la servitude²⁸⁴. Ces deux types de servitudes mettent en exergue le comportement différent du maître qui mène à l'extinction du droit : absence d'exercice si la servitude est rurale, tolérance d'actes contraires si la servitude est urbaine. Transposé à notre sujet, cela signifie que divers types de comportements (omissions *et* actes positifs) sont capables de déclencher un acquiescement. La connaissance du propriétaire du fonds dominant est nécessaire, l'accomplissement d'actes contraires déclenche une obligation de réaction.

f. L'Actio aquae pluviae arcendae

Le but de l'action est de protéger le propriétaire d'un fond des écoulements d'eau (notamment pluviale) dus à des constructions artificielles érigées sur le fond voisin²⁸⁵. Cette situation est intéressante car une des exceptions est opposable au propriétaire du fonds victime des écoulements en raison de son silence²⁸⁶. Un silence excusable ou observé par ignorance, par exemple parce que l'ouvrage est dissimulé, ne peut pas donner lieu à l'exception²⁸⁷. Ce qui est visé à travers l'excuse ou l'ignorance est la connaissance du propriétaire du fonds victime, connaissance dont la conjonction

reali, *op. cit.*, p. 153). Nous suivons l'opinion de B. Biondi et de J.-P. Dunand et P. Pichonnaz : le *non usus* est la cause, l'*usucapio libertatis* est l'effet. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 308 ; J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *op. cit.*, pp. 111 et 168. On peut aussi considérer que dans le cas des servitudes urbaines, seule l'*usucapio libertatis* (entendue comme l'exercice sur le fonds servant d'un comportement contraire à la servitude) était à même de prouver et de manifester le *non usus*.

²⁸³ Cf. D.41.3.7, § 29. B. Biondi donne ces deux exemples du droit de passage et de la *servitus altius non tollendi* : *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 307. À cet égard A. Guarino utilise les termes de servitudes négatives (urbaines) et positives (rurales) : *Diritto privato romano*, *op. cit.*, p. 726, § 65.2.4.

²⁸⁴ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 307 ; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, *op. cit.*, p. 726, § 65.2.4.

²⁸⁵ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, La proprietà*, vol. II (1^{re} partie), Milan, A. Giuffrè, 1966, p. 339.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 515.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 515.

avec le silence permet de soulever l'exception. Le trouble de la propriété, connu et toléré, est au cœur du raisonnement. Le trouble n'est pas ponctuel, il se prolonge, en donnant ainsi lieu à plusieurs moments où la connaissance est avérée... et donc où la tolérance face au trouble pourra être acquise.

Au terme de ce tour d'horizon romain, nous soulignons la variété et le nombre des attestations. Deux directions se dessinent plus particulièrement : répétition et adaptation. Les divers éléments de l'acquiescement (connaissance, silence, passage du temps) sont présents de manière transversale dans des situations très hétérogènes. Adaptation : ces divers éléments sont « disciplinés » par le but à atteindre ; le passage du temps sera dépendant des sujets concernés, de leur type de relations. Le silence ne se retourne pas nécessairement contre le sujet inactif. Sur le plan des conséquences de l'acquiescement, il s'agit soit de transformer une situation de fait en situation de droit, soit d'empêcher une action (déchéance du droit d'agir). Quant à son effet, l'acquiescement est souvent assimilé à un consentement tacite, et donc à un accord.

C. *L'ère médiévale*

Des attestations hétéroclites ont été relevées dans le droit religieux comme séculaire, qu'il soit d'inspiration romaine ou provienne d'une autre tradition. Les problématiques juridiques réglées par l'acquiescement dans ces divers corpus sont semblables à celles des sections précédentes. À ce stade de la recherche historique, les corpus dignes d'analyse sont légion (que l'on pense seulement à la production gigantesque des glossateurs et postglossateurs ainsi qu'aux nombreux « coutumiers » dont se dotaient les régions d'Europe)²⁸⁸. Nous procéderons en examinant en priorité les attestations les plus proches du cœur de l'acquiescement, et ce en dépit de l'ordre chronologique.

Les décrétales du Pape Boniface VIII (publiées en 1298) constituent un point d'ancrage crucial. Si une filiation de l'acquiescement en tant que principe général est envisageable, elle débute probablement dans les *Regulis Iuris* du CIC et est hissée sur un nouveau

²⁸⁸ J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, op. cit., pp. 124-149 (glossateurs et postglossateurs) ; pp. 115-123 et pp. 184-189 (coutumiers).

plan dans ces décrétales²⁸⁹. Ces décrétales s'inspirent d'ailleurs largement du Livre 50 du Digeste et de la maxime du juriste Paul (D.50.17.142 ; voy. *supra*, Ch. 2.II.B.1). Les décrétales s'insèrent dans le *Corpus iuris canonici*, elles en constituent le Liber Sextus (Sixième livre, ou « sexte »). Les Règles 43²⁹⁰ et 44 sont respectivement libellées ainsi²⁹¹ :

« Qui tacet, consentire videtur ».

« Is, qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur ».

Il s'agit de deux normes d'interprétations du silence, *a priori* contradictoires entres elles²⁹². La Règle 43 est similaire à notre maxime *qui tacet, consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset* : le silence vaut consentement. La Règle 44 attribue une valeur plus neutre au silence, elle peut se traduire de la manière suivante : « celui qui se tait pour ne pas avouer un acte honteux, n'est pas pour autant considéré comme le nier » ou encore « celui qui se tait n'avoue pas, mais il ne nie point ». Limitée à des considérations procédurales et pénales²⁹³ la Règle 44 évite une contradiction frontale avec la Règle 43 : le silence de l'inculpé n'est pas synonyme d'aveu ou de dénégation. La Règle 44 permet d'éviter que les tribunaux usent de déductions simplistes qui auraient valeur de preuve. En évitant de donner une connotation systématiquement accusatoire ou innocente au silence, l'administration des preuves et leur fardeau restent à charge principale des autorités pénales²⁹⁴.

²⁸⁹ G. TOMAS, « Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social », *op. cit.*, pp. 384-387.

²⁹⁰ Voy. aussi : R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, édition électronique, *op. cit.*, p. 23, §§ 14 et 25 et la note n° 42 qui fait référence à D.19.2.13, § 11 : « Lorsqu'après l'expiration de son bail, le locataire reste dans les lieux qu'il occupait, non-seulement il y a tacite reconduction, mais même les gages donnés pour la sûreté du bail qui est expiré continuent d'être obligés. [...] Quand on dit que le silence des deux parties forme une tacite reconduction, on doit l'entendre dans ce sens, que la location est censée renouvelée, seulement pour l'année qui suit l'expiration du bail, si les parties gardent le silence pendant cette année, et non pas pour les années suivantes, quand même le bail aurait été originairement de cinq ans. [...] » (traduction de H. HULOT et M. BERTHELOT, *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, *op. cit.*, pp. 48-49).

²⁹¹ Copiée de : G. TOMAS, « Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social », *op. cit.*, p. 385 (Référence de seconde main : *Liber Sextus Decretalium*, Liber V, Titre XII, in *Corpus Iuris Canonici*, 2^e éd., 2^e partie, [Decretalium Collectiones], Institut Friedberg, Leipzig, 1881, p. 1123).

²⁹² *Ibid.*, p. 385.

²⁹³ *Ibid.*, p. 386.

²⁹⁴ Pour un exemple d'application et d'argumentation ayant trait aux Règles 43 et 44 : Ph. GODDING, « Thomas More, de procès en procès », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. 13 (n°s 1-6), 2002, p. 78 et la note n° 11 :

La Règle 43, qui n'était pas – contrairement à la Règle 44 – contenue dans le CIC, connut une postérité heureuse²⁹⁵. Sa moindre vertu fut d'attirer l'attention des glossateurs sur la problématique du silence, peu importe que ces derniers adoptent ou rejettent la trop grande généralité consacrée par la Règle. Ce faisant, le travail juridique des glossateurs définit plus exactement (casuistique) les situations dans lesquelles le silence pouvait valoir consentement²⁹⁶. Le problème de la signification du silence et des limites de l'adage fragmentaire – *qui tacet consentire videtur* – sont donc déjà présents au Moyen Âge. Cette règle est importante car elle marque la première tentative de donner une valeur systématique au silence. Précédemment, le monde romain se contentait d'une affirmation de neutralité face à l'incertitude convoquée par le silence.

Dans l'ensemble religieux, une attestation nous est fournie par Saint Thomas d'Aquin. Dans la *Somme Théologique*, composée entre 1269 et 1272, loi divine et humaine sont distinguées et de multiples processus de création de la coutume sont formulés :

« La loi humaine est-elle abolie par la coutume, et celle-ci acquiert-elle force de loi ? [...] Conclusion : Toute loi émane de la raison et de la volonté du législateur ; la loi divine et la loi naturelle, de la volonté raisonnable de Dieu ; la loi humaine, de la volonté de l'homme réglée par la raison. *Mais de même que la raison et la volonté de l'homme se manifestent par la parole pour les choses à faire, ainsi se manifestent-elles par des actes, car chacun semble choisir comme un bien ce qu'il réalise par ses œuvres. [...] par le moyen des actes, très multipliés, qui créent une coutume, la loi peut être changée, voire expliquée ; et même des pratiques peuvent s'établir qui obtiennent force de loi du fait que, par des actes extérieurs multipliés, on exprime d'une façon très efficace et le mouvement intérieur de la volonté, et la conception de la raison ; car lorsqu'un acte se répète un grand nombre de fois, cela paraît bien émaner d'un jugement délibéré de la raison.* De ce fait, la coutume a force de loi, abolit la loi [humaine] et interprète la loi [humaine].

« La relation confirme aussi que Thomas invoqua qu'aucune loi ne peut condamner quelqu'un en se fondant sur son seul silence. Et qu'au surplus, selon l'adage "qui ne dit mot consent", son silence devait impliquer plutôt l'acceptation de la Suprémie du roi que son rejet ».

²⁹⁵ G. TOMAS, « Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social », *op. cit.*, pp. 394 et s. *Ibid.*, p. 397 : « [L]a regla 43 no es el resultado de una inducción de varios textos legales dispersos y de análogos fundamentos jurídicos, sino más bien una generalización excesiva en todos los sentidos ».

²⁹⁶ *Ibid.*, pp. 394-398.

Solutions : 1. [...] 2. [...] 3. Le peuple dans lequel une coutume s'introduit peut se trouver en deux états. S'il s'agit d'une société libre capable de faire elle-même sa loi, il faut compter davantage sur le consentement unanime du peuple pour faire observer une disposition rendue manifeste par la coutume, que sur l'autorité du chef qui n'a le pouvoir de faire des lois qu'au titre de représentant de la multitude. C'est pourquoi, bien que les individus ne puissent pas faire de loi, cependant le peuple tout entier peut légiférer. *S'il s'agit maintenant d'une société qui ne jouit pas du libre pouvoir de se faire à elle-même la loi, ni de repousser une loi posée par son chef, la coutume elle-même qui prévaut dans ce peuple obtient force de loi en tant qu'elle est tolérée par ceux à qui il appartient d'imposer la loi à la multitude. De ce fait même, ils semblent approuver la nouveauté introduite par la coutume* »²⁹⁷.

Cette attestation n'est pas sans rappeler les échafaudages romains relatifs à la constitution et à la perpétuation d'une coutume (*supra*, Ch. 2. II.B.1). Dans la conclusion, la création de la coutume est illustrée : un simple comportement, parce qu'il exprime le for intérieur des individus, peut se hausser au niveau légal. Cette création coutumière est cadencée par des éléments communs à l'acquiescement : la répétition du comportement est nécessaire, de manière que sa valeur légale intrinsèque ne laisse pas de place au doute. La pratique doit être l'expression volontaire d'un « jugement » personnel. Le comportement (le fait, l'effectivité) peut se convertir en droit (« la coutume a force de loi ») au terme de ce processus. La troisième solution évoquée dans le second paragraphe soulève la problématique de l'acceptation de la coutume par le souverain. La coutume est, dans un premier temps, créée par le peuple. Dans un second temps, elle doit encore être *acceptée* par le souverain. La forme de cette acceptation peut elle-même être tacite (simple « tolérance » vis-à-vis de la pratique populaire plutôt qu'acceptation expresse ; existence réciproque d'un droit de protester ou « veto » contre la coutume populaire). Le *consentement tacite* du souverain suffit pour avaliser la coutume populaire ; il est déduit en cas de tolérance prolongée²⁹⁸.

Dans sa branche séculaire, le Moyen Âge ne fut pas avare en attestations de l'acquiescement²⁹⁹. Le titre 79 (LXXIX) de la loi des Burgondes (*lex Burgundionum* ou « loi Gombette »), recueilli

²⁹⁷ Th. D'AQUIN, *Somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1984, Livre I, II^e partie, question n° 97 (« Le changement des lois humaines »), art. 3, nos italiques.

²⁹⁸ Dans le sens du consentement tacite : H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 213, § V.2 ; F. SUAREZ, *De legibus ac deo legislatore. Selections from three works of Francisco Suarez*, Oxford, Clarendon Press, 1944, vol. 2, p. 560.

²⁹⁹ Les lois barbares, le travail des glossateurs des postglossateurs et des doctes anglais constituent de larges *corpus* dont le simple survol serait exorbitant. Nous nous contenterons de relayer quelques attestations.

datant de l'an 501 ou 502³⁰⁰, est consacré à la prescription. Les articles 1^{er} et 3 relaient des solutions usuelles en matière de prescription acquisitive :

« [Art. 1^{er}] Lorsque un de nos sujets aura invité une personne de nation barbare à s'établir dans sa propriété, et lui aura volontairement assigné un domaine pour s'y établir, la propriété de ce domaine sera acquise au nouveau venu, sans qu'il puisse être astreint à aucune restitution, lorsqu'il l'aura possédé pendant quinze ans sans payer la redevance qu'on nomme *tierce* [...] »³⁰¹.

« [Art. 3] Mais si trente ans se sont écoulés, sans que l'auteur de l'envahissement ait restitué le fonds dont il s'est emparé, que le précédent propriétaire sache qu'il n'a aucune restitution à réclamer »³⁰².

L'article 1^{er} répond à une situation casuiste : le propriétaire originel invite « l'usurpateur » à s'installer sur le fonds. Une dynamique de bonne foi s'instaure entre les deux sujets : le propriétaire ne peut pas ignorer l'installation et il sait pertinemment que la *tierce* (une redevance annuelle) ne lui est pas payée. De l'autre côté, le possesseur sans droit a toutes les raisons de croire que sa situation n'a rien de précaire, il se comporte comme un propriétaire et sera finalement protégé. Les éléments de l'acquiescement sont présents, sans être expressément détaillés, le délai préétabli facilite l'application de l'institution. L'article 3 est d'application plus générale : le possesseur est un « envahisseur ». Dans cette situation, la prise de possession initiale est illicite, par conséquent le délai de réaction et de prescription est le double. Lus conjointement, ces deux articles illustrent la géométrie variable des conditions : le délai s'allonge de manière à permettre une préservation des droits et de la légalité.

Le cinquième et dernier article de ce titre étend l'application de la prescription à l'ensemble des « actions » :

« Et comme il convient de pourvoir par des dispositions législatives, à tout ce qui intéresse le repos de tous, nous faisons défense de recevoir aucune réclamation dont l'objet remonterait à trente années, parce qu'il est constant que ce laps de temps est suffisant pour que chacun puisse réclamer et recevoir ce qui lui est dû »³⁰³.

³⁰⁰ J.-F.-A. PEYRE (trad.), *Lois des Bourguignons*, Lyon, Librairie Auguste Brun, 1855, pp. 6-10.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 115-116, italiques dans l'original. La note n° 1 explique : « La *tierce* était une redevance annuelle, que devait payer au maître d'un fonds, celui qui s'établissait dans ce fonds pour en opérer le défrichement. [...] Tant que cette redevance était acquittée, le colon ne pouvait prescrire contre son titre [...] » (*ibid.*, p. 117).

³⁰² *Ibid.*, art. 3, p. 116.

³⁰³ *Ibid.*, art. 5, p. 116.

L'intérêt de cette prescription générale réside dans les *ratio legis* énoncées. L'appel au « repos de tous » et au « laps de temps suffisant » est imprégné de considérations générales : *quieta non movere* et la protection de la bonne foi, de la paix sociale, transparaissent ³⁰⁴.

La loi salique (*lex Salica*) – et plus précisément la loi des Francs dans sa compilation de 798 – évoque la prescription acquisitive à l'article IV de son titre 47 :

« Quiconque se sera établi dans une propriété qui ne lui appartient point, et y aura [sic] resté douze mois sans opposition légale, pourra sans crainte continuer d'y résider comme les autres habitants » ³⁰⁵.

Le bref délai se comprend par comparaison avec les trois premiers articles de ce titre qui détaillent la procédure et les conditions strictes dans lesquelles un « intrus » peut être empêché de s'établir dans une propriété ³⁰⁶. Au terme de l'article I^{er}, chaque habitant de la propriété dispose d'un droit de veto pour exclure l'envahisseur ³⁰⁷ ; au terme de l'article II, l'envahisseur peut être expulsé après une procédure durant au minimum 30 jours. À nouveau, la géométrie variable de l'acquiescement se fait sentir : le court délai de prescription s'explique par la dureté réciproque des conditions dans lesquelles un envahisseur risque l'expulsion.

Les glossateurs et postglossateurs (ou commentateurs) sont nombreux et leur œuvre immense ; une étude des extraits du *Digeste* mentionnés *supra* (cf. Ch. 2.II.B) serait exorbitante ³⁰⁸. En écho au droit romain ³⁰⁹, nous nous contenterons d'illustrer comment les éléments de l'acquiescement sont articulés par Bartole de Sassoferrato dans un avis de droit (environ 1350). La situation de départ s'inscrit dans un contexte

³⁰⁴ Le délai est suffisant pour qu'un lésé puisse agir. L'acquiescement est ici adopté dans une perspective d'extinction ou déchéance de l'action.

³⁰⁵ J.-F.-A. PEYRÉ (trad.), *Lois des Francs*, Paris, Firmin Didot, 1828, p. 167.

³⁰⁶ *Ibid.*, art. I-III, pp. 163-167.

³⁰⁷ *Ibid.*, art. I^{er}, p. 163 et s : « Si même il en reste un seul qui proteste contre l'envahissement, le nouvel arrivant ne pourra point, par le simple fait de l'occupation, obtenir la possession légale ».

³⁰⁸ Nous signalons l'existence d'un commentaire du juriste Bulgarus (enrichi d'un commentaire de Placentin) sur le *De diversis regulis iuris antiqui*. Ce commentaire porte notamment sur le D.50.17.142 (« *qui tacet, non utique fatetur [...]* »). Voy. : *Bulgari ad Digestorum titulum De diversis regulis iuris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, Bonnae (Bohn), Henry & Cohen, 1856, p. 140 (disponible sur Gallica, 164 p.).

³⁰⁹ D.50.17.60 cité *supra* : « Celui-là est censé consentir à ce qu'un autre fait pour lui, lorsqu'étant présent à l'affaire il ne s'y oppose pas. Et celui qui, sans avoir donné de consentement, ratifie ce qu'un autre a fait en son nom, n'est pas moins engagé que s'il lui avait donné par procuration pouvoir de le faire ».

de représentation et de délégation de pouvoir entre un charcutier et son commis d'une part, et le contrat de vente entre le commis et le propriétaire de l'animal. L'avis de droit commence par la solution de Bartole :

« § 1. Celui qui vend un porc au factor (commis) d'un charcutier peut agir contre ce dernier pour le prix de la vente »³¹⁰.

La problématique est celle de l'action entre le vendeur et le charcutier. Dans quelles conditions la représentation est-elle valable et permet une action directe du vendeur envers le charcutier ?

« § 3. Le patron est obligé par le contrat conclu par son *institor*, même si celui-ci a conclu un contrat en sa défaveur.

Quelqu'un a vendu un porc à l'*institor* d'un charcutier, aussi appelé *factor*, et n'a pas encore été payé : ce porc a été abattu dans l'office du patron en sa présence. Comme le vendeur n'a pas reçu le prix de vente se pose la question de savoir de quelle manière, comment et contre qui il faut intenter une action. Je dis qu'il faut intenter une action contre le patron par l'*actio institoria* : elle a en effet été introduite en faveur de ceux qui ont passé un contrat avec un *institor*, aussi appelé *factor*, afin qu'ils ne soient pas abusés : ainsi les D.14.3.1 »³¹¹.

La représentation engage le patron ; le contrat est valablement conclu. La bonne foi du vendeur est protégée ; l'apparence créée conjointement par le patron et son *factor/institor* profite au vendeur. L'avis de droit fournit différentes raisons pour lier le vendeur :

« [p]ar le seul fait que quelqu'un est chargé de tenir le magasin ou le poste, le patron semble vouloir que l'on puisse contracter avec celui-là et en répond. C'est le cas dans les Inst. 4,7,2, où il (répond) également, s'il ne l'exclut pas expressément [...] En outre, la présence du patron compte pour beaucoup, lequel est considéré ratifier le contrat conclu par l'*institor*, comme s'il l'avait conclu lui-même : D. 14, 1, (a. exerc., au lieu de instit.) 1, 5 et aurait pu l'empêcher s'il l'avait voulu. Il doit donc se l'imputer [...] En outre, le patron répond du fait que (l'*institor*) administrait publiquement pour lui le magasin et était publiquement tenu pour son préposé [...] »³¹².

Ces raisonnements révèlent des facettes supplémentaires de l'acquiescement : une logique de responsabilité, d'assainissement et de protection des apparences créées est présente³¹³. En engageant un « commis » travaillant sous sa houlette, le patron ne peut pas ignorer les attentes que cela suscite chez les clients. L'avis de

³¹⁰ K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 7^e éd., vol. 2, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1989, n° 10, § 1 (trad. Ch. VAN GESSEL).

³¹¹ *Ibid.*, § 3, italiques dans l'original.

³¹² *Ibid.*

³¹³ La protection de la bonne foi du vendeur est solidaire du raisonnement proposé.

droit prend soin de mentionner les échappatoires à disposition du patron pour éviter sa « responsabilité » : il peut exclure expressément toute délégation, il peut empêcher la conclusion du contrat. La dynamique illustrée dans cet avis de droit est à rapprocher de l'acquiescement attributif et de l'évaluation de la diligence du lésé ³¹⁴.

Hors d'Europe, la production juridique anglaise atteste de l'acquiescement. C'est le *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae* ³¹⁵ attribué à Henry de Bracton qui nous retiendra (environ 1300, la rédaction a vraisemblablement débuté en 1220). Bracton puise dans un fonds juridique hérité en ligne directe de Rome (*sans* la médiation des glossateurs). Sa particularité est de faire usage du terme latin de « patientia » dans son traité, traduite en anglais par « acquiescence » ³¹⁶. Nous avons déjà évoqué la « patientia » dans notre survol du droit romain (*supra*, Ch. 2.II.B.1 et D.39.3.19). Nous ne mentionnons ici que certaines attestations parmi celles répertoriées ³¹⁷, essentiellement dans le domaine des droits réels.

Une première attestation concerne la constitution d'une servitude :

« How possession of a right not subject to livery is acquired by long use. We have explained how one acquires possession of a corporeal thing through lapse of time and without livery, with use or without it. Now we must show how possession of an incorporeal thing, as the possession of a right, that is, of a servitude, is acquired by acquiescence which is ascribed to consent and long and peaceful use, without any act of creation or express agreement. [From such use and acquiescence a constitution and agreement is presumed.] [Acquiescence is taken for consent, and as consent may be tacit or express, so agreement may be tacit or express.] The possession of a right is acquired by use, as where an owner, being

³¹⁴ Ch. 6.III.C.2.c (acquiescement attributif) et Ch. 5.IV.D.1 (panorama de la connaissance présumée). La responsabilité du supérieur hiérarchique (*respondeat superior*) est aussi pertinente : en faisant preuve de diligence, le supérieur/patron peut éviter sa responsabilité à raison des actes commis par son subordonné (cette construction recourt à la connaissance, au comportement, à l'inertie et à la capacité à protester).

³¹⁵ H. DE BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae. On the laws and customs of England*, 4 vol., Cambridge, Belknap Press, 1968-1977. Nous nous servons du site « Bracton Online », <https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/CommonSearchPage.htm> (consulté le 19 août 2021).

³¹⁶ Comme il ne s'agit pas d'un usage direct du terme « acquiescement », mais simplement d'une traduction, notre recherche n'est pas *nominale*, mais *essentielle*. On peut aussi considérer qu'il s'agit d'une attestation nominale « indirecte ».

³¹⁷ Le terme « acquiescence » renvoie 47 occurrences dans les pages des volumes 2 et 3 (jusqu'à 5 occurrences par page). H. DE BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae. On the laws and customs of England, op. cit.*, vol. 2, pp. 101-102 ; 121 ; 124 ; 128 ; 155 ; 157-159 ; 162 ; 168-169 ; 177 ; 188 ; 288-289. Dans le vol. 3 : p. 23 ; 124 ; 133 ; 159 ; 163 ; 166 ; 168-170 ; 190 ; 303.

present and cognizant of the matter, by acquiescence permits a neighbour, who has no right to do so, to use some servitude in his unencumbered estate (as that of pasturing cattle, a right of passage, a right to drive beasts or of conducting water or the like) for a long time, peacefully and without interruption, so that the user cannot be ejected without writ and judgment. "He being present and cognizant of the matter," I say, for if he is absent, or present and without knowledge and would prohibit the use if he knew of it, such use will be ineffective, since it is clandestine. [...] If in the absence of the true lord one uses with the acquiescence and permission of a servant, or of another who has no right to grant it or to create a servitude, such use will not suffice nor will it be good with respect to acquiring possession »³¹⁸.

Le long usage, le consentement, le caractère paisible de la situation et l'absence d'une transaction expresse sont mentionnés. Les consentements tacite et exprès sont mis sur un pied d'égalité avec toutes les conséquences qu'il faut en tirer (« as consent may be tacit or express, so agreement may be tacit or express »). La connaissance (« knowledge ») et la présence du propriétaire (« being present and cognizant of the matter ») sont perçues comme des conditions du processus d'acquiescement. Le *caveat* final identifie le cercle des auteurs pouvant acquiescer : c'est seulement le comportement du « true lord », c'est-à-dire du sujet qui peut disposer de la chose qui est pertinent. Une attestation supplémentaire confirme l'application de l'acquiescement au domaine des servitudes : si le passage sur un territoire est soumis à des conditions ou à des droits de douane, le fait de ne pas les percevoir s'interprète comme un acquiescement à leur abandon (pour autant qu'il y ait connaissance, négligence, et passage du temps)³¹⁹.

L'assimilation de l'acquiescement au consentement est répétée à plusieurs reprises :

« That long-continued acquiescence is the equivalent of consent. For long-continued acquiescence amounts to consent and negligence or dissimulation nullifies an *injuria*. Hence the disseisor, when he has time on his side and a quasi-free tenement, cannot be ejected without writ and judgment. Thus if he is disseised without judgment and brings the assise, the exception that he had no free tenement will not bar him, because of the usurpation without judgment on the part of the true lord, and because of the elapsed time on the part of the disseisee »³²⁰.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 158. Notes omises, crochets dans la traduction.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 168.

³²⁰ H. DE BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae. On the laws and customs of England, op. cit.*, vol. 3, p. 133, italiques dans l'original.

Ici, l'acquiescement s'articule autour de considérations de bonne foi et du passage du temps. Le consentement exprès n'est pas le seul moyen d'octroyer un « free tenement »³²¹. L'acquiescement remplit une finalité protectrice dans l'extrait. Le bénéficiaire de l'acquiescement est en mesure d'échapper à une exception s'il saisit les tribunaux.

L'assimilation de l'acquiescement au consentement est à double sens. *Un droit peut aussi bien se constituer que se perdre grâce à l'acquiescement* :

« How common of pasture is lost after it has once been acquired. [...] Just as it is acquired without any formal constitution or consent, by acquiescence and use, though acquiescence borders on consent, so may it be lost by negligence and non-use, [...] as where one is so negligent that he cannot recover his seisin without writ and judgment »³²².

L'acquiescement « dérélictif » se caractérise par une négligence et un non-usage ; en droit international public nous pourrions faire référence à la déréliction de territoire par comportement³²³. Le point de vue privilégié est celui du titulaire du droit qui acquiesce à une perte. Le passage met en relief la nature de *processus* de l'acquiescement. L'acquiescement est véritablement perçu comme un *passage* entre deux situations juridiques chez Bracton, et ce sans égard quant à son résultat final :

« By acquiescence and sufferance one sometimes improves his position, sometimes worsens it »³²⁴.

L'acquiescement n'est pas automatiquement synonyme de gain d'un droit.

Bracton se distingue par une systématisation, même embryonnaire, de l'acquiescement :

« Just as one may have a servitude in his neighbour's land if it is constituted, so may he have it by long use without any constitution, through the knowledge and acquiescence of the lords, for long acquiescence is taken for consent, as in commons of pasture and the like »³²⁵.

³²¹ Une propriété qui est occupée ou « tenue » (« *held* ») par un usager, généralement en échange d'un service ou d'une redevance due au propriétaire. Nous pouvons rapprocher cet extrait de l'exemple de l'article I^{er} de la loi des Burgondes relatives à la *tierce* (cf. *supra* dans la présente section).

³²² *Ibid.*, p. 167, nos italiques.

³²³ M. F. LINDLEY, *The acquisition and government of backward territory in international law*, Londres, Longmans Green and Co Ltd, 1926, p. 48.

³²⁴ H. DE BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae. On the laws and customs of England*, op. cit., vol. 3, p. 169.

³²⁵ *Ibid.*, p. 189.

La systématisation concerne d'une part la conversion acquiescement-consentement. Ce qui peut s'obtenir via le consentement ou une « constitution » (une loi, un acte législatif) peut s'obtenir par l'acquiescement, qui opère sur le même plan et donne lieu aux mêmes effets. D'autre part, la systématisation résulte de la comparaison des domaines d'application de l'acquiescement : ce qui est valable pour les « commons of pasture » sera aussi valable pour les servitudes.

À l'exception de la référence à Saint Thomas d'Aquin, il n'a pas été question de droit « public », et encore moins de « droit international » dans notre survol du Moyen Âge. Cela ne signifie pas que cette ère ne contient pas d'attestations, mais qu'elles ne sont pas aisées à débusquer. Le droit international public connaît des balbutiements, cependant la fragmentation du droit (religieux, séculaire) et les conflits de civilisations n'en font pas une période propice à l'unité requise pour son développement³²⁶. Deux directions complémentaires mériteraient toutefois de plus amples recherches : la question des frontières³²⁷ et les arbitrages³²⁸. L'usage de clauses compromissaires dans les traités se multiplie³²⁹. Un rapide survol nous confirme que les arbitrages, et parfois des documents diplomatiques ou ecclésiastiques, sont susceptibles de contenir des attestations³³⁰.

D. *Le droit international de sa fondation à son envol*

Certains auteurs mentionnés ont été actifs à la fin du Moyen Âge, ils sont cependant colloqués dans la présente section car ils ont été *conscients* de la nature internationale de leur réflexion³³¹. Cela ne signifie pas que le droit international n'existait pas durant

³²⁶ D. GAURIER, *Histoire du droit international, op. cit.*, pp. 88-90.

³²⁷ *Ibid.*, pp. 110-111.

³²⁸ *Ibid.*, pp. 113-115. Voy. par ex. J. FOURGOU, *L'arbitrage dans le droit français aux XIII^e et XIV^e siècles*, Paris, A. Fontemoing, 1906, 215 p. (voy. spéc. les recueils mentionnés en pp. 39-43).

³²⁹ *Ibid.*, p. 114.

³³⁰ F. QUICKE, « Documents concernant la politique des ducs de Brabant et de Bourgogne dans le duché de Limbourg et les terres d'Outre-meuse pendant la seconde moitié du XIV^e siècle (1364-1396) », *Bulletin de la Commission royale d'histoire*, t. 93, 1929, Document n° XXVII, pp. 150-153. La veuve de Jehan des Mons n'avait pas exercé certaines prérogatives sur son territoire pendant longtemps (*ibid.*, p. 152). Dans ces circonstances, Jean de Villers demande à Philippe, duc de Bourgogne, de lui transmettre les droits sur ce territoire. La requête est acceptée en raison de l'inertie de la veuve.

³³¹ D. GAURIER, *Histoire du droit international, op. cit.*, p. 143.

l'Antiquité ou au Moyen Âge (*ubi societas, ibi ius* !), mais qu'il n'était tout simplement pas perçu en tant que tel et différencié du reste de la production normative³³². L'œuvre des fondateurs s'inscrit dans un effort de détachement de certaines matières de l'ensemble normatif (ainsi de la problématique « guerre juste ») et de propositions des normes devant régir les relations entre souverains³³³. La période de fondation est solidaire de l'œuvre de Francisco de Vitoria (1480-1546) et elle est traditionnellement close par l'ouvrage de Emer de Vattel (1714-1767 ; son *Droit des gens* date de 1758)³³⁴.

Les attestations de cette section auront donc pour cadre prédominant les relations internationales. Toutefois, et comme on pourra le voir à travers notamment l'exemple de la prescription, le droit international est parfois formulé grâce à une projection du droit interne sur les problématiques internationales. Par conséquent, certaines attestations, bien qu'internationales *par nature*, restent tributaires de leur origine interne.

La section est divisée en deux parties : dans un premier temps nous présenterons les attestations de l'acquiescement chez les fondateurs, depuis Vitoria jusqu'à Vattel. Puis, dans un second temps nous passerons en revue les attestations chez Grotius dans son *Droit de la guerre et de la paix* ainsi que dans son *Mare liberum*. Nous justifions cette entorse à la chronologie en raison du statut éminent de Grotius en tant que fondateur de la discipline³³⁵, de l'influence de son ouvrage, et par la richesse des attestations.

La présente section souffre d'un défaut méthodologique grave. Les attestations examinées, si riches soient-elles, sont principalement intellectuelles ; elles ne nous renseignent que de manière fragmentaire sur la manière dont le droit international public était effectivement mis en œuvre. Cette histoire *effective* du droit international public est bien entendu possible (il s'agirait de se plonger, entre autres, dans les traités et les différends entre nations). Nous souhaitons simplement souligner qu'il existe parfois une dissonance entre l'histoire des *penseurs* du droit international et son histoire pragmatique entre

³³² *Ibid.*, pp. 143-144.

³³³ *Ibid.*, p. 144.

³³⁴ *Ibid.*, pp. 146-175.

³³⁵ Sans entrer dans le débat de savoir si ce statut est historiquement mérité et justifié : *ibid.*, p. 161.

nations³³⁶. Ces deux « histoires » peuvent s'influencer mutuellement – par exemple lorsque les nations recourent aux conceptions intellectuelles pour corroborer leurs arguments politiques³³⁷.

1. *Les attestations dans les œuvres des fondateurs*

Francisco de Vitoria (1480-1546) est principalement connu pour le *De Indis* et le *De Iure Belli*, professés dès 1532³³⁸. Ces traités répondent à la question des relations (juridiques) entre les Indiens d'Amérique et colon espagnol. La question d'une guerre juste avec les Indiens est examinée :

« Senators and petty rulers and in general all who are admitted on summons or voluntarily to the public council or the prince's council ought, and are bound, to examine into the cause of an unjust war. This is clear; for whoever can save his neighbor from danger and harm is bound to do so, especially when the danger is that of death and greater ills, as is the case in war. But the persons referred to can avert the war, supposing it to be unjust, if they lend their wisdom and weight to an examination into its causes. Therefore they are bound so to do. *Again, if by their neglect an unjust war be entered on, they are consenting parties thereto, for that which a man could and ought to prevent is imputed to him, if he does not prevent it* »³³⁹.

L'attestation de l'acquiescement est subtile ; la négligence fautive peut constituer un acquiescement dans certaines circonstances (ici, il s'agit d'un consentement tacite au déclenchement d'une guerre injuste). L'opération de l'acquiescement découle de la position particulière de « garant » des hautes autorités étatiques, seules en mesure de déclarer – ou d'éviter – la guerre. Ces hautes autorités *connaissent* les conséquences de leur négligence. Il pèse sur leurs épaules un double devoir d'éviter les dangers, et de s'efforcer de sauver les individus d'un danger qui s'est déjà constitué. Cette attestation peut être mise en relation avec

³³⁶ Les œuvres des fondateurs sont très diverses. Le *Elementorum jurisprudentiae universalis* de Pufendorf est éminemment intellectuel, tandis que Vattel s'efforce de mentionner des exemples (parfois anciens). Le *De Indis* de Vitoria est comparable à un avis de droit qui a *fait* l'histoire. Lorsque le droit international prend son indépendance le contact avec la pratique se perd parfois au profit d'une approche systématique.

³³⁷ Les traités de droit des gens fonctionnent alors comme des réservoirs d'arguments. Sur l'utilisation de Vattel pour se défendre des velléités du Royaume-Uni, voy. : Z. YIN, « Heavenly Principles? The Translation of International Law in 19th-century China and the Constitution of Universality », *EJIL*, vol. 27 (4), 2017, p. 1011 ; J. PITTS, « Law of Nations, World of Empires: The Politics of Law's Conceptual Frames », in A. BRETT, M. DONALDSON et M. KOSKENNIEMI (éds), *History, Politics, Law*, Cambridge, CUP, 2021, p. 199.

³³⁸ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., p. 148.

³³⁹ F. DE VITORIA, *De Indis De Jure Belli* (1532), New York/Londres, Oceana Publications Inc./Wildy & Sons Ltd., 1964, *Relectiones Theologiae* XII, Partie 3, The Law of War on Indians, § 24, nos italiques.

le droit romain (D.50.19.109)³⁴⁰. La jurisprudence relative aux disparitions forcées a mis en évidence qu'un État qui est au fait de violations systématiques des droits humains mais qui renonce à agir est tenu pour responsable³⁴¹.

Francisco Suarez (1548-1617) est l'auteur d'un monumental *De Legibus et Deo Legislatore* (1612)³⁴². Dans lequel il expose les liens entre la coutume et son acceptation par le prince (c'est-à-dire par le souverain en général). Dans ce contexte de légalité d'une coutume (qui est par essence *populaire*) et de la réaction du prince, Suarez distingue deux possibilités (ou « inférences »)³⁴³. La première inférence est décrite comme une « prescriptive custom » : bien que le prince ne soit pas conscient de l'existence d'une coutume, celle-ci peut être valable si elle est validée par la prescription *et* si elle est raisonnable³⁴⁴. L'acquiescement s'assimile dans cette première inférence au passage du temps ; l'élément de prescription est hypertrophié par rapport aux autres conditions³⁴⁵. Il faut aussi noter qu'un but de paix sociale est sauvegardé par cette première inférence : la coutume populaire *restée inconnue du prince* s'applique entre ses sujets. Dire un mot du concept de « raison » et de « raisonnable » est aussi nécessaire : il ne s'agit pas de raison humaine, mais d'une adéquation de la coutume à la vérité divine³⁴⁶. Ce raisonnable s'instaure donc comme une limite à la coutume ; toutes les solutions ne seront pas admises :

« La coutume ne saurait donc prévaloir contre la *ratio*, puisqu'elle n'est obligatoire que si elle est conforme à cette dernière, pas plus qu'elle ne peut prévaloir sur la vérité révélée, la foi de l'Église »³⁴⁷.

Si la première inférence n'est pas applicable parce que la coutume n'est pas assez ancienne³⁴⁸, la seconde inférence peut alors être examinée. Le contenu de la seconde inférence prévoit une

³⁴⁰ « Quelqu'un n'est pas complice d'un crime s'il n'est pas en son pouvoir de l'en empêcher » (voy. *supra*, Ch. 2.II.B.1).

³⁴¹ M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, Cambridge, Intersentia, 2012, not. pp. 252-263 ; pp. 417-420.

³⁴² D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 149-151 ; F. SUAREZ, *De legibus ac deo legislatore. Selections from three works of Francisco Suarez*, Oxford, Clarendon Press, 1944, 2 vol.

³⁴³ F. SUAREZ, *De legibus ac deo legislatore. Selections from three works of Francisco Suarez*, op. cit., pp. 556 et s.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 556, § 7.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 559, § 10 (au sujet de la prescription d'une coutume immémoriale).

³⁴⁶ P. GUGGENHEIM, « Contribution à l'étude de l'histoire du droit des gens », *RCADI*, vol. 94, 1958-II, pp. 39-41.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 40, § 5, nos italiques. Voy. aussi *ibid.*, § 4.

³⁴⁸ Dans les deux inférences, la coutume doit être raisonnable.

« légalisation » par le prince via son consentement tacite³⁴⁹. Ce consentement tacite ne peut être donné que si le prince a connaissance de la coutume³⁵⁰. En tolérant la coutume, le prince donne le blanc-seing nécessaire à sa légalisation, pour autant que la valeur d'approbation de cette tolérance soit évidente :

« It is necessary only that it be morally evident that the toleration is not merely permissive but an active or approving one ; whether it is such will be easily seen from the circumstances and from usage, especially either when the approval is reasonable, or when, by a permission alone, the safety and well-being of the subjects is inadequately provided for [...] »³⁵¹.

L'opération de l'acquiescement se noue entre la coutume (en tant que prétention portée par le peuple) et le souverain dans cette seconde inférence. Au terme du processus, la coutume est légalisée et les sujets peuvent se prévaloir de droits (ou d'obligations). *A contrario*, le prince peut expressément protester contre une coutume et interrompre ce processus.

Chronologiquement, c'est ici que la vie et les œuvres de Grotius (1583-1645) prennent leur essor. Nous traitons de cet auteur dans une section distincte (*cf. infra*, Ch. 2.II.D.2). Rappelons ici son importance fondamentale et son influence, il est présenté comme le véritable commencement de la discipline dans une partie de la doctrine³⁵². Les trois auteurs mentionnés ci-dessous (Pufendorf ; Wolff ; Vattel) font parfois abondamment référence Grotius.

Samuel von Pufendorf (1632-1694) ne jouit pas d'une excellente réputation³⁵³. Deux ouvrages nous retiendront : l'*Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo* (1660) et son traité *Juris naturae et gentium* (1672 – *Le droit de la nature et des gens*). Ses idées furent largement diffusées grâce à sa longue activité de professeur³⁵⁴.

³⁴⁹ F. SUAREZ, *De legibus ac deo legislatore. Selections from three works of Francisco Suarez, op. cit.*, pp. 559-560.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 559, § 11.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 560.

³⁵² Université Panthéon Assas, *Les fondateurs du droit international*, Paris, Panthéon Assas, 2014, pp. 119-120.

³⁵³ *Ibid.*, pp. 245-246.

³⁵⁴ *Ibid.*, pp. 246-248. Son influence s'est fait sentir au moins jusqu'à Wolff, un siècle plus tard.

Dans l'*Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*³⁵⁵, Pufendorf expose le droit de manière géométrique, à force d'axiomes, de déductions et d'observations³⁵⁶. Son traitement de la prescription atteste de la pertinence de l'acquiescement. Comme point de départ, Pufendorf se place du côté de la légalité stricte :

« For mere time in itself can neither eliminate a fault nor produce a right, because, of course, by time a fault or a right which was inherent is merely continued »³⁵⁷.

L'usage a toutefois introduit l'usucapion et la prescription, tant et si bien que l'action en revendication deviendra inefficace³⁵⁸. Les deux raisons données pour cette préférence au fait sur le droit sont éloquentes :

« [1] No one is presumed knowingly to have desired to have ist own propriety remain so long in the hands of another, when he might easily have asserted his right to it [...], unless he himself regarded it as derelict, and approved of the other's possession of it – and neglect so careless as that seemed to deserve the loss of such propriety ; [2] and also in order that the limitless crop of litigation should be suppressed [...] »³⁵⁹.

Les éléments de l'acquiescement sont présents sous forme de présomption (« presumed ») dans un premier mouvement : le propriétaire qui sait sa chose aux mains d'autrui (connaissance) et laisse la situation se perpétuer doit être considéré comme ayant abandonné son droit et accepté – au moins tacitement – la possession adverse. En raison de son inertie ce propriétaire *mérite* une sanction : il avait les moyens d'agir (protestation), mais s'est abstenu. Dans un second mouvement, la citation met en évidence le résultat de paix sociale garanti par cet équilibre entre légalité stricte, effectivité, et bonne foi. Les étapes à franchir et à vérifier pour renverser la légalité sont pensées comme un *juste équilibre* entre des valeurs antagonistes du droit. La volonté d'abandon est présumée du silence longtemps gardé ; cette volonté peut aussi être exprimée clairement par le propriétaire, mais elle est le plus souvent déduite de son comportement³⁶⁰.

³⁵⁵ À notre connaissance dépourvu de traduction française en 2023. Nous nous servons de la traduction anglaise librement accessible : S. PUFENDORF, *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence* (trad. par W. ABBOTT OLDFATHER ; rev. par Th. BEHME), Indianapolis, Liberty Fund, 2009, 426 p. (accessible en ligne : <https://oll.libertyfund.org/title/behme-two-books-of-the-elements-of-universal-jurisprudence>, consulté le mercredi 8 septembre 2021).

³⁵⁶ *Ibid.*, pp. ix-x ; pp. 13-16 pour le plan de l'ouvrage sous forme de « lois mathématiques ».

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 75.

³⁵⁸ *Ibid.*, pp. 75-76.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 75.

³⁶⁰ Renonciation à agir en justice ; omission du bien dans un legs : *ibid.*, p. 76.

Le *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo* recèle d'autres attestations plus discrètes. Le premier axiome du deuxième livre concerne l'imputabilité³⁶¹. Fondamentalement, l'acquiescement doit pouvoir être imputé à un agent pour être constaté. Cela implique un lien entre le comportement d'acquiescement et l'entité. L'imputabilité n'est possible que si l'entité avait la liberté de diriger l'action, de l'infléchir, ou de l'éviter³⁶². Le silence, l'absence de protestation face à une situation dont les conséquences sont connues est perçu comme une participation :

« A man is reckoned to have been willing to have brought upon himself that from which he knowingly did not turn aside, when he might have done so conveniently »³⁶³.

Le cadre légal fournit aux entités les bases pour déterminer leur comportement et pour remplir leurs obligations. Si une entité doit parvenir à un résultat en vertu du droit, son inertie peut être valorisée comme un acquiescement à un fait illicite³⁶⁴. La réflexion générale rejoint la solution ponctuelle énoncée pour la prescription : le propriétaire pouvait fort commodément éviter la perte de son bien, sa connaissance conjuguée au silence laisse supposer l'abandon du droit et l'acceptation des conséquences.

Les *Éléments de jurisprudence universelle* ont servi de tremplin à l'ouvrage-fleuve sur *Le droit de la nature et des gens*³⁶⁵. Pufendorf s'interroge par exemple sur l'opportunité d'étendre l'opération de la prescription au droit des gens³⁶⁶. Il admet la nécessité de protéger, au nom de « la paix du genre humain »³⁶⁷, la possession de longue durée. La difficulté consiste à déterminer le nombre d'années qui doivent s'écouler pour convertir le fait en droit. La solution doit mettre en balance les intérêts du propriétaire (dépouillé) et du possesseur (trionphant)³⁶⁸. Une approche casuiste qui tient dûment

³⁶¹ *Ibid.*, p. 283 : « Any action whatsoever that may be directed according to a moral norm, which is within a man's power to do or not to do, may be imputed to him. And, on the contrary: That which neither in itself nor in its cause was within a man's power may not be imputed to him », italiques dans l'original.

³⁶² *Ibid.*, p. 287, § 6 (« The conditions in which an action can be imputed to an agent, is that the occurrence or non-occurrence of that action rested with the agent »).

³⁶³ *Ibid.*, p. 290, § 7.

³⁶⁴ *Ibid.*, pp. 286-290.

³⁶⁵ *Ibid.*, pp. xv et xvii.

³⁶⁶ S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens* (trad. J. BARBEYRAC), Nouvelle édition, Londres, Jean Nours, 1740, t. 2, p. 369, § VII.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 373, § IX.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 373, § IX.

compte de la négligence du propriétaire, du type de bien, ainsi que de la bonne ou mauvaise foi des acteurs, est favorisée. En somme, les principes énumérés dans le *Elementorum jurisprudentiae* sont repris, à l'exception d'un temps préétabli :

« Mais de sçavoir le terme précis qui les met à couvert de toute éviction, c'est ce qui ne paroît déterminé ni par le Droit Naturel, *ni par le consentement général des Peuples*. Ainsi la chose doit être remise au jugement équitable d'un Arbitre, qui règle le temps de la Prescription avec quelque étendue [...]. Il faut donc avoir égard ici en même tems & à l'avantage de l'ancien Maître, & à l'intérêt du Possesseur » ³⁶⁹.

C'est par réaction à cette indétermination du temps imparti que la prescription se ramifie en considération d'acquiescement, de bonne foi, de connaissance.

La tradition du droit naturel qui s'est ouverte avec Grotius sera perpétuée par Wolff (1679-1754) et Vattel. L'œuvre d'Emer de Vattel (1714-1767) est parfois présentée comme une heureuse vulgarisation de celle de son illustre prédécesseur Wolff ³⁷⁰. Nous nous contenterons d'examiner certaines solutions de Vattel. Son *Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* paraît pour la première fois en 1758 ³⁷¹. Notre intérêt se portera d'abord sur le traitement de la prescription :

« Mais il est d'autres principes, qui établissent l'usage & la force de la Prescription entre Nations. La tranquillité des Peuples, le salut des États, le bonheur du Genre-humain ne souffrent point que les Possessions, l'Empire & les autres Droits des Nations demeurent incertains, sujets à contestation, & toujours en état d'exciter des Guerres sanglantes. Il faut donc admettre entre les Peuples la Prescription fondée sur un long espace de tems, comme un moyen solide & incontestable. Si quelqu'un a gardé le silence par crainte, par une espèce de nécessité ; la perte de son droit est un malheur, qu'il doit souffrir patiemment, puisqu'il n'a pû l'éviter. Et pourquoi ne le supporterait il pas aussi bien que celui de se voir enlever Villes & Province, par un Conquérant injuste, & forcé de les lui céder par un Traité ? Ces raisons au reste n'établissent l'usage de la Prescription que dans le cas d'une très-longue possession, non-contestée & non-interrompüe, parce qu'il faut bien enfin que les affaires se terminent & prennent une assiette

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 373, § IX, nos italiques.

³⁷⁰ Université Panthéon Assas, *Les fondateurs du droit international, op. cit.*, p. 338 ; p. 403.

³⁷¹ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Carnegie Institution, Washington, vol. 1, Livres I et II, 1916, 541 p.

ferme & stable. Tout cela n'a point lieu quand il s'agit d'une possession de peu d'années, pendant lesquelles la prudence peut engager à garder le silence, sans que l'on puisse être accusé de laisser tomber les choses dans l'incertitude, & de renouveler des querelles sans fin » ³⁷².

Les éléments désormais classiques de l'acquiescement sont présents. Le raisonnement dessine un amalgame entre l'*usucapion* romaine (*nec vi, clam, precarium*) et les considérations propres à la prescription. Le tout est chapeauté par le but supérieur de préservation de la paix sociale. L'originalité provient de l'adaptation de l'institution au contexte international, adaptation qui se manifeste par la double évocation de la « crainte » (8^e ligne) et de la « prudence » (antépénultième ligne). Un nouvel élément inhérent à l'application de l'acquiescement au plan international apparaît : l'asymétrie de puissance entre les nations. Cette asymétrie suggère une comparaison (la *debellatio* ou victoire militaire qui culmine dans la suppression de la nation vaincue) : ce qui peut être pris par la force peut aussi l'être par le temps. La nation qui, par peur d'une réaction excessive de l'adverse possesseur, ne réagit pas à l'empiétement ne connaîtra pas le même sort en cas de court ou de long silence. La « crainte fondée » initiale se transforme insensiblement en présomption ; la seule échappatoire est un silence de courte durée. Rapportés à l'acquiescement, ces développements nous orientent sur la capacité à protester de l'État (*loqui potuisset*).

Dans la lignée du *Mare liberum* et des controverses entre Grotius et Selden ³⁷³, Vattel évoque une éventuelle occupation de la mer ³⁷⁴. Sa position de principe est limpide : une telle appropriation et un tel usage exclusif de la mer sont interdits et impossibles ³⁷⁵. Toutefois, la brèche est ouverte pour d'éventuelles exclusions conventionnelles, ainsi de l'Autriche qui a renoncé au profit de la Hollande à se lancer dans la course aux comptoirs orientaux ³⁷⁶. En dehors de ce cas particulier, la spécificité de la navigation en mer est soulignée. Il s'agit d'un de « ces droits de pure faculté (*jura mera facultatis*) qui sont imprescriptibles [...] ; ils ne peuvent se perdre par le non-usage » ³⁷⁷.

³⁷² *Ibid.*, p. 365, § 149.

³⁷³ Voy. *infra*, Ch. 2.II.D.2.

³⁷⁴ E. DE VATTEL, *Le droit des gens, op. cit.*, pp. 243-251 (y compris la question de la « mer territoriale » et des baies).

³⁷⁵ *Ibid.*, pp. 243-245.

³⁷⁶ *Ibid.*, pp. 245-246.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 246, italiques dans l'original. Un État ne peut pas perdre le droit de naviguer, de pêcher, ou d'exercer des prérogatives sur la mer *en raison d'un non-usage*.

Mais quid d'un non-usage qui dénote une intention particulière ? C'est ici que Vattel introduit une exception importante à l'absence d'occupation de la mer :

« Mais il peut arriver que le non-usage revête la nature d'un consentement, ou d'un pacte tacite, & devienne ainsi un titre en faveur d'une Nation, contre une autre. Qu'une Nation en possession de la navigation & de la pêche en certains parages, y prétende un droit exclusif, & défende à d'autres d'y prendre part ; si celles-ci obéissent à cette défense, avec des marques suffisantes d'acquiescement, elles renoncent tacitement à leur droit en faveur de celle-là, & lui en établissent un, qu'elle peut légitimement soutenir contre elles dans la suite, surtout lorsqu'il est confirmé par un long usage »³⁷⁸.

Dans cette histoire de l'acquiescement, nous passons insensiblement d'une moisson d'attestations à la prospection des domaines dans lesquels il se manifeste. L'extrait évoque irrésistiblement l'affaire des *Pêcheries norvégiennes*³⁷⁹. Restreinte à une portion de l'espace maritime (« en certains parages »), la prescription est possible selon Vattel. Le non-usage n'est plus perçu comme un hasard, mais comme l'émanation d'une volonté (consentement ; pacte tacite).

Comment se constitue le « titre » maritime ? Une nation émet une *prétention* (exclusivité de la pêche, etc.), les autres y obéissent par leur non-usage (comportement ; absence de protestation) prolongé (temps) qui culmine en un acquiescement. L'effet juridique total est un transfert de droit des nations obéissantes au profit du vainqueur du processus. L'extrait assimile l'acquiescement (qui est un processus) au consentement, au pacte tacite, et à la renonciation tacite (qui sont volontaires). C'est la plus ancienne occurrence nominaliste du terme d'acquiescement que nous ayons recensée, mais l'importance en est toute relative. Le terme semble être utilisé dans un sens « naturel », sans connotation juridique particulière. Ou, si connotation il y a, elle est à rapprocher de l'acquiescement d'instance connu en droit français³⁸⁰.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 246.

³⁷⁹ *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 116.

³⁸⁰ Les nations manifestent qu'elles ne s'opposeront pas à la prétention-décision de privatiser la mer. Le terme « acquiescer » est utilisé une seconde fois dans le *Droit des gens* : « Rien n'empêche naturellement que des étrangers ne puissent contracter mariage dans l'État. Mais s'il se trouve que ces mariages sont nuisibles ou dangereux à une Nation, elle est en droit, & même dans l'obligation de les défendre, ou d'en attacher la permission à certaines conditions. Et comme c'est à elle, ou à son Souverain de déterminer ce qu'il croit être du bien de l'État ; les autres Nations doivent acquiescer à ce qui est statué à cet égard dans un

L'extrait suivant nous donne des précisions sur la manière de déduire un consentement tacite :

« Le renouvellement tacite [des traités] ne se présume pas aisément ; car des engagements de cette importance méritent bien un consentement exprès. On ne peut donc fonder le renouvellement tacite que sur des actes de telle nature, qu'ils ne peuvent être faits qu'en vertu du Traité. Encore la chose n'est-elle pas sans difficulté ; car, suivant les circonstances, & selon la nature des actes dont il s'agit, ils peuvent ne fonder qu'une simple continuation, qu'une extension du Traité : Ce qui est bien différent du renouvellement, quant au terme surtout »³⁸¹.

Lorsque le traité arrive à échéance, son exécution le renouvelle. L'acquiescement se manifeste par la conformation des parties aux dispositions du traité³⁸². Si les parties exécutent des obligations coutumières qui se trouvent aussi incluse dans le traité, un doute subsiste sur le renouvellement (2^e phrase de l'extrait). Du reste, la valeur précise à attribuer à l'exécution d'actes accomplis en vertu du traité est difficile en elle-même³⁸³ : s'agit-il de continuation pour un an ou d'un véritable renouvellement ? L'extrait et sa solution³⁸⁴ évoquent le problème de la *relocatio tacita* du droit romain³⁸⁵ (D.19.2.13).

L'irruption du consentement tacite ne s'arrête pas au droit des traités, elle est attestée dans le droit de la guerre :

« On peut engager la foi tacitement, aussi bien qu'expressément : Il suffit qu'elle soit donnée, pour devenir obligatoire ; la manière n'y peut mettre aucune différence : La foi *tacite* est fondée sur un consentement tacite ; & le consentement tacite est celui qui se déduit, par une juste conséquence, des démarches de quelqu'un »³⁸⁶.

La conversion entre exprès et tacite est réservée au domaine spécifique de la guerre. Le « tacite » correspond à ce que nous définirions comme de l'« implicite »³⁸⁷, ainsi que le confirme la suite de l'extrait :

« Toutes les choses sans lesquelles ce dont on est convenu ne peut avoir lieu, sont accordées tacitement »³⁸⁸.

État souverain » (E. DE VATTEL, *Le droit des gens, op. cit.*, p. 339). L'acquiescement en jeu est une absence de procès.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 406.

³⁸² Le renouvellement tacite est le miroir de la ratification tacite, elle aussi évoquée par Vattel : *ibid.*, p. 416.

³⁸³ Vattel donne pour exemple de renouvellement tacite « clair » le paiement de sommes qui ne peuvent être versées qu'en vertu du traité : *ibid.*, p. 406.

³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 406-407.

³⁸⁵ P. PICHONNAZ, « Quelques remarques sur la *relocatio tacita* », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, vol. 49, 2002, pp. 147-163.

³⁸⁶ E. DE VATTEL, *Le droit des gens, op. cit.*, p. 443, italiques dans l'original.

³⁸⁷ Pour un autre exemple où le terme de « tacite » est employé pour dénoter une présupposition ou précondition : *ibid.*, p. 329 (le souverain qui laisse librement entrer des étrangers sur son territoire le fait sous condition « tacite » que ceux-ci se conforment aux lois de la nation).

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 443.

Ainsi de l'ambassade qui *suppose* la sauvegarde des envoyés³⁸⁹. Dans cet extrait l'acquiescement (tacite, implicite) est de même force que le consentement exprès dans le contexte des conflits armés. En adoptant un comportement ou en émettant une prétention, un sujet laisse supposer que toutes les conséquences qui en découlent habituellement (ou en raison des circonstances) y sont également incluses. Si le sujet destinataire se conforme à la prétention, les implications doivent être aussi assurées. La protection de la bonne foi et des apparences créées sont significatives dans cette manifestation de l'acquiescement.

Le règlement des différends et les options à disposition des Nations clôtureront ce tour d'horizon de Vattel :

« Il est permis à un chacun de se relâcher de son droit, d'abandonner un juste sujet de plainte, & d'oublier une injure »³⁹⁰.

Un abandon tacite du droit est-il possible ? Vattel n'en dit rien dans ce passage, il ne semble pas étendre la logique de la prescription. À nouveau l'attestation historique laisse place à une démarche de prospection pour les manifestations de l'acquiescement postérieur à la création de l'ONU : dans quelles conditions un État peut-il renoncer à son droit de demander réparation ; peut-il acquiescer à la perte de ce droit³⁹¹ ?

2. Les attestations dans l'œuvre de Grotius

L'œuvre d'Hugo Grotius (1583-1645) se distingue par son indémodable postérité. Si le *De jure belli ac pacis* (1625) se taille la part du lion dans la célébrité de Grotius, nous évoquerons aussi le *Mare liberum* (1609)³⁹². Dans cette évocation des fondateurs, son œuvre s'insère entre l'apport de Suarez et celle de Pufendorf. Suite à la publication du *De jure belli ac pacis*, l'immense majorité des traités de droit international font référence à Grotius³⁹³.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 443.

³⁹⁰ *Ibid.*, pp. 516-517.

³⁹¹ Cf. art. 45 TCDI.

³⁹² Pour les éditions utilisées : H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. PRADIER-FODÉRÉ, Paris, PUF, 2012, 888 p. ; H. GROTIUS, *La liberté des mers. Mare Liberum*, trad. par A. GUICHON DE GRANDPONT, Paris, Panthéon Assas, 2013, 153 p.

³⁹³ Les citations sont par exemple très présentes dans l'œuvre de Pufendorf, elles se clairement chez Vattel. Son nom figure toujours en bonne place dans les manuels de la décennie 2010-2020 (voy. par ex. : G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, Leyde, Brill/Nijhoff, 2019, p. 1).

a. De jure belli ac pacis

Au mépris de la chronologie, débutons par les attestations issues du *Droit de la guerre et de la paix*. Centrales pour l'acquiescement, les problématiques de la prescription, de l'usucapion et de l'abandon d'un territoire sont traitées au sein du Chapitre IV (Livre II). L'érudition vertigineuse de Grotius convoque le droit romain comme les glossateurs, Tite-Live et les codes Burgondes, la Bible, Saint-Thomas d'Aquin, et Cicéron³⁹⁴. Ce respect des sources ne sera pas automatiquement reflété dans notre traitement de Grotius ; nous nous contenterons souvent de donner la solution finale.

En principe, la prescription ne devrait pas être admise en droit international car elle dépend d'un temps préétabli³⁹⁵. Toutefois, la nécessité de préserver la paix sociale justifie une entorse³⁹⁶. Grotius s'appuie sur des parallèles, multiplie les exemples, et parvient à une solution synchrétique :

« [c]elui qui, en connaissance de cause, et étant présent, conserve le silence, paraît consentir [...]. À moins qu'il ne ressorte des circonstances qu'il a été empêché de parler par la crainte, ou par quelque autre accident. [...] Ainsi, celui qui sait qu'une chose lui appartenant est possédée par autrui, et qui n'élève aucune réclamation pendant un long espace de temps, celui-là – à moins qu'une autre raison ne surgisse manifestement – est censé n'avoir agi de la sorte que parce qu'il ne voulait plus compter cette chose au nombre de celles qui lui appartiennent. [...] On voit quelque chose de tout à fait semblable dans l'établissement d'une coutume [...], car, abstraction faite des lois civiles qui ne l'admettent qu'après un certain temps et d'une certaine manière, un peuple sujet peut l'introduire par le fait même que celui qui possède la souveraineté la tolère. [...] Pour que le silence serve à établir la présomption d'abandon, deux conditions sont requises : qu'il ait lieu en connaissance de cause, et que celui qui le garde ait une volonté libre [...] ; car l'abstention de celui qui ignore ce dont il s'agit est dénuée d'effet, et lorsqu'il apparaît quelque autre raison qui a empêché d'agir, toute conjecture de la volonté n'a plus lieu »³⁹⁷.

De ce raisonnement à la formulation de « *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* »³⁹⁸ il n'y a qu'un pas. Les données essentielles de l'acquiescement sont énumérées ; le

³⁹⁴ Pour qui veut se plonger dans les sources et l'histoire de l'acquiescement, l'œuvre de Grotius offre un raccourci inestimable.

³⁹⁵ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., pp. 210-211.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 211.

³⁹⁷ *Ibid.*, pp. 213-214, § V.1-3.

³⁹⁸ La généalogie de cette expression est incertaine. Le pas sera vraisemblablement franchi au début du XX^e siècle et exprimé initialement sous la forme de « *qui tacet consentire*

consentement exprès est convertible en tacite et s'assimile à l'acquiescement. Les développements énoncent aussi l'importance du temps pour construire la présomption d'abandon³⁹⁹. Ce dernier assoit la situation de fait et, simultanément, permet de s'assurer que la connaissance est réalisée (ou, à défaut, prouve la négligence du dépossédé)⁴⁰⁰.

L'application générale du consentement tacite est perçue par Grotius lorsqu'il s'intéresse à la ratification (Livre III, Chapitre XXII) :

« Le *consentement* se manifeste par la ratification non seulement expresse, mais encore tacite. C'est-à-dire lorsque la puissance souveraine a su ce qui s'est passé, et qu'elle a laissé faire des choses qui ne peuvent vraisemblablement être rapportées à une autre cause. Nous avons exposé ailleurs comment cela se fait [en référence à la prescription vue *supra* et à la *sponsion* présentée *infra*] »⁴⁰¹.

La connaissance figure toujours en bonne place dans le raisonnement. Un ajout discret est celui de la vraisemblance : pour que le consentement tacite existe, les comportements ne doivent pas pouvoir être construits d'une autre manière. La déduction qui mène des comportements à la ratification tacite doit s'imposer comme une évidence.

La *sponsion* est un traité conclu en l'absence de l'autorité nécessaire (les négociateurs n'avaient pas de mandat adéquat de la puissance souveraine)⁴⁰². Quid si le pouvoir souverain connaît le traité et

videtur, dum loqui potuit ac debuit ». On la trouve notamment chez Liszt en 1925 (F. VON LISZT, *Das Völkerrecht*, 12^e éd., Berlin, Julius Springer, 1925, p. 243) et chez Cavaglieri en 1929 (A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 26, 1929-I, p. 513). Il est possible que Liszt se soit inspiré de Wolff, qui, sans utiliser l'expression, utilise des mots et une articulation presque identiques à la forme finale. Pour l'original : Ch. WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractum. Pars Tertia. De Modo Derivatio Acquirendi Dominium*, Magdebourg, Libraria Rengeriana, 1743, pp. 731-732, §§ 1054-1055 (« *Qui tacet, quando loqui poterat & debebat, is consentire praesumitur [...] Quoniam is demum consentire praesumitur, qui tacet, quando loqui poterat & debebat* »). Dans la traduction condensée donnée par Formey : « Quand celui qui pourroit & devoit parler, se tait, il est présumé consentir. Ainsi celui qui sait pendant longtemps que son bien est possédé par un autre, & qui n'y forme aucune opposition, quoiqu'on n'aperçoive aucune raison qui l'oblige au silence, est présumé abandonner ce bien. En général le long silence est un abandon présumé, à moins qu'il n'y ait des raisons manifestes du contraire. Une pareille négligence de son droit forme même la présomption absolue, autrement dite *Juris & de jure* » (J. H. S. FORMEY, *Principes du droit de la nature et des gens. Extraits du grand ouvrage de Mr. de Wolff*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1758, p. 79, § XVIII).

³⁹⁹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 214, § VI.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp. 215-216, § VIII.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 822, § III, italiques dans l'original. Pour une référence au consentement tacite : *ibid.*, p. 394, § XVIII, § 2 (renvoi à l'abandon de propriété du Livre II, Chapitre IV).

⁴⁰² *Ibid.*, p. 379, § III.

garde le silence à son égard ⁴⁰³ ? Le contenu du traité est déterminant et le silence seul ne suffit pas ⁴⁰⁴. Si le traité *interdit* une activité, il faut encore que cette interdiction soit mise en œuvre : c'est par suite en l'absence de contestation que le consentement tacite est avéré ⁴⁰⁵. La solution est synthétisée plus loin dans l'ouvrage.

« Jusqu'à quel point la sponson faite par des généraux doit-elle être censée tacitement approuvée par le peuple ou le roi ? [...] c'est lorsque l'acte a été connu, et qu'il y a eu quelque chose de fait, ou de non fait, dont on ne puisse donner d'autre cause que la volonté d'approuver l'accord » ⁴⁰⁶.

En dehors du consentement tacite, la communication des peines (Livre II, Chapitre XXI) recèle un exemple d'acquiescement dans la veine de *respondeat superior*. La réflexion s'ancre dans l'identification des sujets qui participent à un crime (en plus de la commission pure et simple, quels sont les autres modes de participation ?) ⁴⁰⁷ :

« Une communauté [...] n'est point responsable du fait des particuliers, si elle n'y a contribué de son fait propre, ou par sa négligence » ⁴⁰⁸.

Qu'en est-il de l'acquiescement à un crime ? Engage-t-il aussi la responsabilité de l'État ? Tel est le cas dans notre interprétation anachronique de Grotius :

« Or, entre les choses qui peuvent rendre les supérieurs complices d'un crime, il y en a deux forts ordinaires et qui méritent d'être soigneusement considérés : la tolérance et la retraite. Touchant la tolérance, il faut poser pour maxime que celui qui sait que l'on commet un délit, qui peut l'empêcher, qui est tenu de le faire, et qui ne l'empêche pas, se rend lui-même coupable. [...] il faut, outre la connaissance du fait, le pouvoir de l'empêcher [ou « retraite »]. Et c'est là ce que disent les lois que lorsqu'on condamne cette connaissance, on entend condamner en même temps la tolérance, en sorte que celui-là soit responsable du crime, qui, ayant pu y mettre empêchement, ne l'a pas fait ; et que cette connaissance doit être considérée comme jointe à la volonté, c'est-à-dire accompagnée d'un propos délibéré » ⁴⁰⁹.

Celui qui connaît le risque et peut « protester » sera tenu responsable en raison de sa position de garant.

La question de la souveraineté sur les espaces maritimes relève avant tout du *Mare liberum* (*infra*, section suivante), mais le *De jure belli* est pertinent en raison de son approche systématique. La réflexion

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 394, § XVII.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 394, § XVII.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 394, § XVII, § 3.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 834, § VI.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 509, § I.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 509, § II.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, pp. 510-511, §§ II, 2 et 4.

part des rivières pour déboucher sur un bras de mer. Dans un ample mouvement, Grotius considère tout d'abord que les parties d'une rivière sont susceptibles d'occupation, puis, que les mers « encerclées » le sont également ⁴¹⁰. Les baies et les bras de mer « encaissés » sont les premiers concernés. La justification d'une appropriation de la mer provient à la fois de la géographie et de l'occupation ⁴¹¹. Rapportée à l'acquiescement, cette attestation signifie que le premier occupant, en l'absence de contestation, peut ensuite exclure les autres peuples qui souhaiteraient « utiliser » la portion de rivière ou de mer concernée ⁴¹².

Les attestations ne sont pas toujours éclatantes : à la question de savoir si les « traités » conclus par un usurpateur lient le souverain légitime, Grotius répond par la négative mais y ajoute immédiatement une exception :

« Ils seront tenus cependant pour ce qui aura tourné à leur profit, c'est-à-dire dans la proportion de ce dont ils se seront enrichis » ⁴¹³.

En somme, le souverain légitime peut « acquiescer » de manière limitée aux avantages d'un traité qui serait normalement nul. Dès qu'il en tire profit, il est tenu de le respecter. Cette solution est répétée dans le chapitre relatif aux « Conventions des puissances subalternes dans la guerre » ⁴¹⁴.

Au chapitre des limites de l'acquiescement et de la prescription, Grotius semble suivre au moins deux directions : seuls certains droits sont susceptibles de prescription/acquiescement ⁴¹⁵ et les types de comportements dénotant un abandon de droit sont intrinsèquement liés aux circonstances. À travers l'exemple des gages et de leur fin, Grotius démontre que la longue inaction ne se configure *pas* comme une prescription/consentement tacite à l'abandon ⁴¹⁶.

⁴¹⁰ *Ibid.*, pp. 199-200.

⁴¹¹ *Ibid.*, pp. 200-202.

⁴¹² Voy. aussi *supra*, Ch. 2.II.B.1 l'exemple du bras de rivière « privatisé » par un individu (D.44.3.7) cité par Grotius (*ibid.*, p. 201, § X).

⁴¹³ *Ibid.*, p. 377.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 826, § XII, nos italiques.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 220, § XV : comme le droit de « lier société avec ses voisins » (la faculté d'entretenir des relations diplomatiques).

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 220, § XV à lire avec la p. 808, § LX.

b. Mare liberum

Publié en 1609, il fait partie – comme le *De indis* de Vitoria – de ces textes qui ont fait l'histoire du droit. Extrait du chapitre XII du *De jure praedae*⁴¹⁷ et rédigé comme un avis de droit⁴¹⁸, le *Mare liberum* est une contribution remarquable au droit international public⁴¹⁹. Dans la controverse qui l'opposait à Selden (*mare clausum*), la liberté des mers avancée par Grotius fut retenue pour la postérité⁴²⁰. La rédaction fut suscitée par les prétentions portugaises à la domination maritime dans les Indes orientales⁴²¹.

Les questions centrales qui agitent l'ouvrage sont la possibilité de s'approprier la mer, son appartenance éventuelle, et déterminer si l'injustice d'un long temps donne des droits en ces matières⁴²². Pour défendre la liberté des mers, Grotius multiplie les comparaisons (avec la propriété de la terre), tient compte des particularités du commerce maritime, des types de droits et facultés qui y sont impliqués. Dans notre cadre restreint, l'intérêt de l'argumentation réside dans l'inapplication de la prescription acquisitive aux espaces maritimes.

Grotius fonde ses solutions dans la *nature des choses*, examinées à l'aune de la raison⁴²³. Selon lui, ce qui n'est pas susceptible de délimitation n'est pas objet d'appropriation : ainsi de la mer qui ne pouvait pas être « bornée » au XVII^e siècle⁴²⁴.

La liberté des mers doit être la règle car la liberté de commerce est exercée via l'espace maritime. Ce qui sert à tous ne doit pas être susceptible d'appropriation⁴²⁵. Ce qui sert à l'usage commun ne peut être retranché au profit d'une seule nation. Cet argument est renforcé par la nature de la mer, qui par elle-même commande

⁴¹⁷ Université Panthéon Assas, *Les fondateurs du droit international*, op. cit., p. 124. Contrairement au *Mare liberum*, le *De jure praedae* « fut inconnu des contemporains de Grotius ».

⁴¹⁸ Le plan de l'ouvrage est systématique ; il s'agit de vider toutes les oppositions qui pourraient mettre à mal la liberté des mers.

⁴¹⁹ H. GROTIUS, *La liberté des mers. Mare Liberum*, Paris, Panthéon Assas, 2013, 153 p.

⁴²⁰ Sur les suites de la controverse : *ibid.*, pp. 18-20 ; Université Panthéon Assas, *Les fondateurs du droit international*, op. cit., pp. 125-127.

⁴²¹ Université Panthéon Assas, *Les fondateurs du droit international*, op. cit., pp. 123-124.

⁴²² H. GROTIUS, *La liberté des mers. Mare Liberum*, op. cit., p. 13.

⁴²³ *Ibid.*, pp. 14-15 et 17.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 17. Selden objectait déjà que les méridiens et parallèles permettaient de tracer des « limites ». Sur l'objection : Ch. CALVO, *Le droit international théorique et pratique. Tome premier*, 4^e éd., Paris, Pedone, 1887, pp. 469 et 474.

⁴²⁵ H. GROTIUS, *La liberté des mers. Mare Liberum*, op. cit., pp. 48 et 98.

une communauté d'usage⁴²⁶. En fin connaisseur du droit romain, Grotius est contraint de formuler une exception à ce stade : un détour de la mer (une baie « fermée » ou un bras de mer étroit) est susceptible d'appropriation⁴²⁷. L'occupation continue couplée à l'intention permet de soustraire une chose à l'usage commun et d'en exclure d'autres sujets⁴²⁸. Mais cette exception est strictement limitée et la « haute mer » est, elle, insusceptible d'appropriation⁴²⁹.

Grotius s'attelle ensuite à détruire toutes les argumentations qui viseraient à appliquer la prescription. Parce qu'elle appartient au « droit civil », elle ne peut pas être appliquée en droit des gens ; le sous-entendu est celui de l'inexistence d'un délai commun au terme duquel le droit est perdu⁴³⁰. Comme les princes et les rois ne reconnaissent pas d'autorité supérieure, la prescription civile ne peut être traduite sur le plan international⁴³¹. De manière décisive, il argue que :

« La nature [...] n'entrave point la liberté de navigation et ne porte pas atteinte [...] à la règle que tout ce qui n'est point défendu est censé permis »⁴³².

L'accès à la mer n'est pas défendu et ne peut appartenir exclusivement au Portugal, la mer est donc librement accessible aux autres nations. Ce raisonnement économe contourne la difficulté de prouver *positivement* l'existence de la liberté des mers (sous forme d'une coutume). En démontrant que les Portugais n'ont pas réussi à exclure des nations, Grotius dispose des éléments suffisants pour démontrer l'absence de prescription en faveur du Portugal.

À ce stade, Grotius a déjà démontré que la prescription est inapplicable aux espaces maritimes. Par surabondance, il développe encore deux arguments : ce qui est exclu de la prescription ne saurait être prescrit, même après mille années⁴³³. La prescription ne guérit pas une situation qui est initialement nulle et dénuée de tout fondement juridique. D'autre part, la connaissance et la tolérance des anciens maîtres sont nécessaires pour la prescription⁴³⁴.

⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 75-77.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 81. Pour le droit romain, cf. *supra*, Ch. 2.II.B.1 (citation du D.44.3.7).

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 81.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 87.

⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 96-97.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 105.

⁴³² *Ibid.*, p. 105, § 11*bis*.

⁴³³ *Ibid.*, p. 109.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 109, § 17.

Il faudrait donc qu'une autre nation ait exercé son empire sur la mer pour que le Portugal puisse s'en emparer... Sauf évidemment à considérer que la prescription portugaise s'opère en défaveur du concert des nations *dans son ensemble*⁴³⁵. La connaissance et la tolérance des nations ou des Pays-Bas étant de toute manière absentes, la prescription ne trouve pas application.

Des enseignements peuvent être tirés de la comparaison de l'acquiescement avec la prescription. Certains « types de biens » (ici, l'espace maritime) et certains droits sont exclus. Dans ces derniers, ceux qui peuvent être exercés de manière discrétionnaire par l'État (choix de naviguer ou non, de commercer ou non) semblent immunisés contre la prescription. La prescription-acquiescement ne peut concerner que des droits susceptibles d'être transférés.

C'est avec le *Mare liberum* que se clôt notre revue de l'œuvre des fondateurs du droit international. À cette longue genèse du droit international succède une période intermédiaire dans notre optique d'étude de l'acquiescement. Le droit international s'émancipe ; son étude s'organise ; l'effort des juristes se déploie pour doter ce droit d'un corps complet.

E. *Le droit international émancipé*

Nous parvenons aux *balbutiements* de l'acquiescement en tant qu'institution autonome. L'époque que nous allons survoler plonge ses racines dans le XIX^e siècle et se clôt par la décennie qui suit la fin de la Première Guerre mondiale. Le titre de la section s'explique par l'acquisition du droit international de ses véritables lettres de noblesse. Si le droit des gens à l'époque des fondateurs était pensé comme un droit à appliquer *entre les nations*, cette volonté programmatique des auteurs ne se reflétait pas nécessairement dans la réalité des relations diplomatiques. À l'époque sous examen, la visée internationaliste de la discipline va se doubler d'une véritable *diffusion* et *appropriation* internationales⁴³⁶. Témoin de cette accélération, les auteurs de manuels et de traités se multiplient en Europe, aux États-Unis et en Russie,

⁴³⁵ Anachroniquement : *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 135-138.

⁴³⁶ Nous mentionnions plus haut (note n° 337) le cas de la Chine et son utilisation juridique des œuvres de Vattel, utilisation qui intervient dès 1839.

mais également en Amérique latine et, de manière plus marginale (mais l'important est de noter le départ du mouvement), en Asie et au Proche-Orient ⁴³⁷. Entre parenthèses, l'application « internationale » de la discipline supposait également une reconnaissance (alors constitutive) des différentes nations...

Avant de s'intéresser à la production littéraire et aux « commentaires » (E.2), nous accèderons à l'acquiescement par les projets de codifications du droit international (*infra*, E.1), projets qui ont fleuri dès le XIX^e siècle ⁴³⁸. L'avantage de ces codes est de fournir un accès aisé aux attestations de l'acquiescement : les matières dans lesquelles il se fait sentir sont presque toujours les mêmes (traités ; neutralité ; acquisition du territoire). Au passage, on notera que le mouvement intellectuel qui sous-tend ces codes est bel et bien de penser et d'organiser le droit international *sur le modèle du droit national, voire du droit privé* ⁴³⁹. Les conséquences pour l'acquiescement sont un amalgame : il y a d'une part un phénomène de projection des éléments juridiques nationaux du silence et du consentement tacite sur le plan international. D'autre part, certains domaines sont déjà bien ancrés dans le droit international et lui appartiennent en propre (les ambassades ; la souveraineté) : dans ces derniers domaines, l'acquiescement est soumis à une *adaptation*.

1. *Les projets de codifications : Bluntschli, Internoscia, Fiore (1881-1914)*

Nous nous limiterons ⁴⁴⁰ à trois publications : *Le droit international codifié* ⁴⁴¹ de Bluntschli (suisse ; 1808-1881), le *Nouveau code de droit international* (1910) ⁴⁴² d'Internoscia (canadien ; 1869-1931) et *Le droit international codifié et sa sanction*

⁴³⁷ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 505-572.

⁴³⁸ *Ibid.*, pp. 596-615.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 578.

⁴⁴⁰ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 596-615.

⁴⁴¹ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 3^e éd., trad. par M. G. LARDY, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1881, 590 p. Le titre original est *Das moderne Völkerrechte der civilisirten Staaten: als Rechtsbuch dargestellt*. La première édition date de 1868, la deuxième de 1872, et la troisième de 1878. La traduction que nous avons compulsée est donc vraisemblablement bien celle de la troisième édition originale (1878).

⁴⁴² J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, 1^{re} éd., New York, The International Code Company, 1910, 1005 p.

*juridique*⁴⁴³, de Fiore (italien ; 1837-1914)⁴⁴⁴. La diversité des traditions juridiques nationales permet de garantir à cet échantillon un semblant de représentativité. Ce sont les domaines du territoire (1.a), des traités (1.b), de la neutralité et de la responsabilité (1.c) ainsi que divers sujets (reconnaissance, ambassade, perte de la nationalité ; 1.d) où les attestations de l'acquiescement sont les plus fréquentes. Il ne s'agit que d'un survol : nous évoquons que trois « codes »⁴⁴⁵, dans ceux-ci que certains domaines, et cela sans toujours mentionner les résultats auxquels parviennent les autres auteurs. Par exemple, la question de la violation d'une norme et de ses suites n'est pas « découpée » de la même manière chez Fiore et Bluntschli.

a. *Le territoire*

L'occupation effective d'un territoire est requise pour qu'un État puisse valablement y établir sa souveraineté. La simple déclaration ne remplace par la prise de possession, pas plus que des actes accomplis par des privés (explorateurs) qui ne seraient pas suivis de déclarations officielles et d'une prise de possession⁴⁴⁶. Rapporté à notre propos, cela signifie qu'une prétention « nue » d'un État ne suffit pas pour constituer le point de départ d'un acquiescement. La prétention déficitaire (*inchoate title*, découverte, simple déclaration) doit ensuite être doublée d'effectivité, d'une réalité physique pour que les autres États soient dans l'obligation de réagir pour ne pas perdre leur droit. Un second État pourrait ainsi occuper une île qui aurait été découverte, mais que le premier État ne se serait pas effectivement appropriée.

Inversement, la perte ou déréliction de territoire peut s'opérer grâce à l'acquiescement :

« Un état peut, sans cession formelle, prendre possession du territoire d'un autre état et se l'incorporer légalement :

a) Lorsque l'état étranger renonce aux droits de souveraineté qu'il exerçait précédemment ; [...] »⁴⁴⁷.

⁴⁴³ P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, nouvelle édition entièrement refondue et complétée, trad. par M. Ch. ANTOINE, Paris, Pedone, 1914, 893 p.

⁴⁴⁴ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 597, 604, et 615.

⁴⁴⁵ Sur la codification et les autres auteurs : D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 577-638.

⁴⁴⁶ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., p. 175, § 278 ; P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., p. 509, §§ 1061-1062.

⁴⁴⁷ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., p. 181, § 288.

La note n° 2 commente : « À la renonciation expresse équivaut l'abandon effectif du territoire »⁴⁴⁸. La dérélliction abdicative (voire translatrice en l'absence de précisions supplémentaires)⁴⁴⁹ est possible. L'abandon effectif est le miroir de la prise de possession effective. De plus, le consentement exprès peut se convertir en tacite si l'effectivité est présente. Cette attestation donne les conditions d'un acquiescement réussi à la perte du territoire.

Au chapitre de la prescription, les codes sont plus diserts : ils l'acceptent tous les trois, mais seul Internoscia prévoit des délais précis. Bluntschli et Fiore laissent le choix du délai aux bons soins d'un accord exprès entre États ou d'une conférence diplomatique⁴⁵⁰. Le délai est fixé (sans argumentation) à 100 ans chez Internoscia⁴⁵¹. L'usucapion possède, elle, un délai de 30 ans seulement⁴⁵². Une modification notable dans les codifications est l'absence de situation légitime à la base de la prescription acquisitive de territoire :

« S'il n'existe pas de titre d'acquisition spécial, et même si l'on peut prouver que la prise de possession primitive a été accompagnée de violence et a eu lieu au mépris du droit, mais si, d'un autre côté, la possession paisible dure depuis assez longtemps pour que la stabilité et la nécessité de l'ordre des choses établi soient reconnues par la population, on devra admettre que l'état de fait amené par la violence s'est transformé avec le temps en état légal »⁴⁵³.

L'État au bénéfice de l'acquiescement peut ne *pas* être de bonne foi, les autres éléments de l'acquiescement compensent ici cette déficience (géométrie variable).

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 182, § 288.

⁴⁴⁹ En cas de dérélliction « abdicative », la chose redevient *nullius*. Dans le cas de la dérélliction translatrice (cession tacite), la chose passe du patrimoine d'un État à un autre, sans transition par le statut *nullius*.

⁴⁵⁰ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., pp. 183-184, § 290 ; P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., pp. 512-513, §§ 1074 et 1076.

⁴⁵¹ J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., pp. 50-51, § 291.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 39, § 224. Pour l'usucapion chez Fiore : *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., pp. 511-512 ; 1071-1073.

⁴⁵³ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., p. 183, § 290. Dans le même sens : P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., p. 512, § 1074.

b. *Les traités*

La première interrogation porte sur la *forme* des traités. Bluntschli est plutôt favorable à la conclusion de traité par oral ou tacitement, tout en mettant en garde contre les difficultés probatoires⁴⁵⁴. Pour Internoscia en revanche le traité est avant tout un acte écrit :

« Les conventions internationales ne peuvent être prouvées que par un écrit qui compte au moins comme commencement de preuve, et les engagements verbaux ne sont admissibles que pour compléter un écrit qui n'est pas complété »⁴⁵⁵.

Sur un sujet aussi sensible et « régalien » que les traités, nous constatons une grande prudence contre l'empire de l'acquiescement.

Les consentements exprès et tacites ne sont véritablement et consciemment assimilés que dans certains domaines du droit des traités. Au premier plan, c'est le renouvellement ou prolongation tacite qui concentre les attestations. Les trois auteurs s'accordent sur l'existence d'un tel renouvellement⁴⁵⁶. Le point de contention porte sur la durée : soit le traité est prolongé pour une durée indéfinie (Bluntschli), soit il est renouvelé pour un nouveau terme (Internoscia). Pour parvenir à déduire le renouvellement tacite, les comportements doivent être éloquents :

« Lorsque l'observation réciproque des clauses de cet acte serait établie d'une façon formelle, explicite et non équivoque, et serait de nature à impliquer nettement l'intention réciproque de maintenir le traité en vigueur après l'expiration du terme obligatoire »⁴⁵⁷.

La déduction de l'acquiescement ne se fait pas à la légère, il est cadencé dans ce contexte. En particulier, le respect de dispositions de droit commun (la coutume) qui seraient répétées dans le traité ne vaut pas renouvellement tacite⁴⁵⁸.

La fin d'un traité peut elle aussi survenir en raison des comportements concordants selon Bluntschli. Pour arriver à ce constat, il faut pouvoir « déduire des actes des deux états contractants

⁴⁵⁴ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., p. 250, § 417 ; pp. 252-253, § 422 (voy. la remarque à propos des traités conclus par « simples signaux » en temps de guerre).

⁴⁵⁵ J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., p. 133, § 782.

⁴⁵⁶ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., p. 266, § 451 ; J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., p. 143, § 839 ; P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., p. 416, § 837.

⁴⁵⁷ P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., p. 416, § 837.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 416, § 838. Voy. aussi *supra*, Ch. 2.II.D.1 (Vattel).

l'intention de ne plus se considérer obliger par le traité »⁴⁵⁹. Le *mutuus dissensus* fait écho au *mutuus consensus*⁴⁶⁰. Ce qui aurait pu être perçu comme une violation (non-exécution du traité) est valorisé par les parties comme une volonté de rompre l'engagement.

c. *La neutralité et la responsabilité*

Le droit de la neutralité a connu un déclin suite à la création de l'ONU⁴⁶¹. Il donnait auparavant lieu à des réflexions détaillées et à l'examen de questions très ponctuelles (contrebande ; communication ; prisonniers). L'acquiescement y est très présent et se mêle aux problématiques de responsabilité et d'attribution. Mais c'est tout d'abord la question du droit d'entrer en guerre de l'État neutre qui mobilise Bluntschli :

« Les états neutres [sic] ne renoncent pas à leur droit de faire la guerre. Mais tant qu'ils restent neutres, ils s'abstiennent de toute participation à celle-ci »⁴⁶².

La neutralité est une « faculté », un droit discrétionnaire de l'État (qui n'est d'ailleurs pas conditionné à une déclaration expresse)⁴⁶³. La neutralité ne donne pas lieu à un acquiescement à ne pas participer aux hostilités⁴⁶⁴.

Le plat de résistance en matière de neutralité concerne les obligations des puissances neutres. La question générale est de déterminer comment la puissance neutre doit se comporter à l'égard des puissances en conflit et la surveillance qu'elle doit exercer sur les privés – nationaux ou ennemis – présents sur son territoire. Fiore fournit un résumé des devoirs des neutres :

« L'ignorance de la part du gouvernement du fait accompli ou projeté par des particuliers dans l'intention de violer les devoirs de la neutralité, ne pourra pas exclure sa faute pour manque de diligence de sa part, toutes les fois que cette ignorance pourra, à raison des circonstances, être considérée comme malveillante ou coupable »⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., p. 267, § 452.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, pp. 266-267, § 452.

⁴⁶¹ Voy. par ex. C. ANTONOPOULOS, *Non-Participation in Armed Conflict. Continuity and Modern Challenges to the Law of Neutrality*, Cambridge, CUP, 2022, 272 p. et l'ouvrage de J. UPCHER, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford, OUP, 2020, 297 p., sa bibliographie (pp. 263 et s.) et la conclusion de son annexe dévolue à l'histoire (« [i]t was in the nineteenth century that the law of neutrality experienced its "golden age". It was a period of steady advance in the acceptance of neutrality as a legal status with detailed rights and duties [...] », p. 262).

⁴⁶² M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., p. 427, § 743.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 430, § 750 et note n° 1.

⁴⁶⁴ Comparer avec les « droits de pure faculté » *supra*, Ch. 2.II.D.1 (Vattel) et Ch. 2.II.D.2.b (Grotius ; *Mare liberum*).

⁴⁶⁵ P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., p. 783, § 1795.

Internoscia énonce le même principe⁴⁶⁶. Bluntschli répète la règle générale⁴⁶⁷ et la décline en lien avec des domaines spécifiques (livraison d'armes et de navires de guerre ; interdiction des « sanctuaires belliqueux »)⁴⁶⁸. La logique dominante est l'obligation de l'État neutre de faire preuve de diligence, il doit s'efforcer de ne pas porter atteinte aux puissances en conflit (obligation de moyen). Sa « négligence coupable », c'est-à-dire sa connaissance couplée à son inertie alors qu'il disposait des outils pour empêcher le comportement, est condamnée. L'acquiescement se matérialise ici comme une opération d'attribution de responsabilité (ou imputation), schéma que nous avons évoqué, par exemple à l'époque médiévale⁴⁶⁹.

Certaines questions de responsabilité internationale mobilisent des raisonnements semblables. L'État peut se rendre responsable d'actes illicites en raison d'une commission (attitude positive), mais également en raison d'omissions⁴⁷⁰ :

« L'État est aussi responsable de l'omission coupable de la part du gouvernement qui alors qu'il *devait* et *pouvait* empêcher les effets dommageables d'un acte, ne l'a pas fait »⁴⁷¹.

À travers ces développements sur la négligence, la diligence, l'omission et l'obligation de prendre des mesures positives par l'État (mesures qui auraient été aptes à éviter le dommage ou à le mitiger), on retrouve, en germe, toutes les considérations du système de protection des droits humains. L'acquiescement se présente ici sous la forme d'une tolérance ou d'une acceptation du risque : l'extrait précédent rappelle le *potuisset ac debuisset* de la maxime (l'État pouvait et devait).

L'omission de l'État est réglementée différemment en fonction de l'individu qui la met en exergue. Internoscia donne les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité pour les actes d'un fonctionnaire :

« La responsabilité internationale de l'État à raison des actes des fonctionnaires publics, qui ont causé du dommage aux intérêts étrangers, est admise lorsque le gouvernement :

(a) ayant connu l'acte illicite que le fonctionnaire était sur le point de commettre, et pouvant l'en empêcher, ne l'a pas fait ;

⁴⁶⁶ J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., p. 957, § 5543 (« l'État condamné » correspond à l'État en guerre).

⁴⁶⁷ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., p. 451, § 779 : « [L]'état [neutre] ne sera coupable que s'il a négligé grossièrement les devoirs que sa neutralité lui impose, ou favorisé ceux qui violent cette neutralité ».

⁴⁶⁸ *Ibid.*, pp. 437-442, §§ 763 et 766. Pour les sanctuaires belliqueux : « L'État neutre doit veiller par contre à ce que les belligérants auxquels il accorde un asile par humanité, n'abusent pas du territoire neutre pour recommencer ou continuer la guerre » (p. 447, § 776).

⁴⁶⁹ Cf. not. *supra*, Ch. 2.II.C (l'avis de droit de Bartole).

⁴⁷⁰ M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, op. cit., pp. 270 et s., §§ 462 et s. ; J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., pp. 146-147, §§ 851-854.

⁴⁷¹ J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., p. 147, § 854, nos italiques.

- (b) pouvant révoquer à temps l'acte de son fonctionnaire, ou en empêcher les effets dommageables, ne l'a pas fait immédiatement ;
- (c) ayant été informé de l'acte accompli n'a pas diligemment blâmé l'action du fonctionnaire ni donné les instructions nécessaires pour en empêcher la répétition »⁴⁷².

La logique de l'omission se fonde sur les éléments habituels de la connaissance, charge de réagir, devoir de protester, mais aussi du temps (on distingue avant, pendant, et après la commission). L'inertie a pour valeur une solidarisation de l'État avec l'acte effectué par son fonctionnaire. L'omission de prévenir, d'empêcher ou de punir vaut acquiescement. L'article 28 SCPI s'inscrit dans la même logique⁴⁷³. Fiore prévoit en substance la même règle⁴⁷⁴.

L'acquiescement est modifié lorsque l'omission résulte des actes d'un particulier. La responsabilité n'advient que si la culpabilité de l'État est manifeste⁴⁷⁵. N'étant pas un fonctionnaire, *l'imputation* de l'omission doit être clairement établie afin que la responsabilité puisse être retenue⁴⁷⁶.

d. *Divers*

L'acquiescement et le consentement tacite se manifestent de manière fragmentaire dans d'autres « articles » de ces codes. La reconnaissance d'État, alors constitutive, peut être expresse ou tacite :

« La reconnaissance est officielle ou *de facto* : la reconnaissance officielle est exprimée par des actes officiels, tandis que la reconnaissance *de facto* se manifeste par des relations extérieures régulières avec le nouvel État, commencées sans aucune constatation formelle »⁴⁷⁷.

Au sens terminologique strict, la reconnaissance *de facto* s'oppose à la reconnaissance *de iure* : l'effectivité, mais non la légalité d'une situation est reconnue. Dans l'extrait, *de facto* se confond avec tacite (ou implicite). L'attestation est intéressante car elle indique les types d'actes qui manifestent un acquiescement-reconnaissance tacite (ouverture d'une ambassade, conclusion d'un traité, etc.)⁴⁷⁸. Fiore étend la reconnaissance tacite à la qualité de représentant d'un État⁴⁷⁹.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 147, § 855.

⁴⁷³ *Cf. supra*, Ch. 2.II.D.2.a.

⁴⁷⁴ P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., p. 330, § 599.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, pp. 333-334, § 606.

⁴⁷⁶ J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., p. 147, § 858.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 20, § 112, italiques dans l'original.

⁴⁷⁸ P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, op. cit., p. 159, § 175.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 264, § 432. L'acquiescement découle du silence suite à la réception d'un envoyé qui est officiellement notifié comme représentant officiel. L'État de réception a alors le devoir

Mentionnons encore que les ramifications du consentement tacite/acquiescement s'étendent parfois dans des domaines insoupçonnés. Internoscia prévoit ainsi une renonciation tacite à la nationalité. Son raisonnement s'articule en trois temps : un individu *doit* avoir une nationalité ; mais il *ne peut* avoir qu'une *seule* nationalité (!) ; le *passage* d'une nationalité à l'autre obéit à une logique d'exclusion (un individu est soit suisse, soit italien) ⁴⁸⁰. Le changement de nationalité peut être tacite du fait du comportement de l'individu ⁴⁸¹. Si un individu accepte un emploi d'un État étranger sans avoir requis au préalable l'autorisation de son État de nationalité, la renonciation à la nationalité est tacite et la nouvelle nationalité est automatiquement acquise ⁴⁸².

Ces trois codes ne s'attaquent pas directement à l'acquiescement. Il n'y a pas non plus de codification du consentement tacite ou de la renonciation tacite. On note la convergence dans le raisonnement et le traitement des conditions comme celles de la connaissance, de l'inertie, et du devoir de réagir (négligence ; diligence). Une codification de la prescription du droit d'agir en justice devant une cour permanente aurait pu servir de tremplin pour parvenir à une formule générale de l'acquiescement ⁴⁸³, mais elle semble absente de ces trois ouvrages.

de protester *s'il ne veut pas admettre le représentant et sa qualité officielle*. En somme, c'est avant tout une question de réaction à la notification et du sort du silence. Sur ces questions, cf. : A. MARIE, « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (A. Cavaglieri) », in *Grandes pages du droit international. Les sources*, Paris, Pedone, 2016, pp. 371-381.

⁴⁸⁰ J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., p. 204, § 1178.

⁴⁸¹ *Ibid.*, pp. 204-205, § 1181.

⁴⁸² *Ibid.*, pp. 203-204, § 1176.

⁴⁸³ En droit romain, la prescription réservée initialement à la possession illégale est généralisée à toutes les actions pendant le Bas-Empire. Voy. : Ch. 2.II.B.2.d. À l'époque médiévale, voy. art. 5 de la loi des Burgondes (Ch. 2.II.C).

2. *Les manuels, traités, et commentaires (1878-1926)*

Il s'agit de présenter, à travers un échantillon de manuels, la « positivité » de l'acquiescement dans la doctrine. Apparaît-il en son nom propre ? Si oui, avec quel contenu ? Nous procéderons dans cette section en examinant auteur par auteur les attestations de l'acquiescement. Les deux dates de 1878 et 1926 qui bornent la période sous examen ont un parfum d'arbitraire et de fausseté. Arbitraire car d'autres manuels influents furent publiés plus tôt⁴⁸⁴. Fausseté car les ouvrages compulsés sont souvent des rééditions, voire des révisions⁴⁸⁵. Nous avons sélectionné un éventail de nationalité afin de parvenir à un semblant de représentativité.

a. *James Kent*

Auteur américain (1763-1847), il enseigna à l'université de Columbia. Le *Commentary* est extrait d'un ouvrage plus large englobant aussi le droit privé⁴⁸⁶. L'édition originale fut publiée par Kent entre 1826 et 1830⁴⁸⁷. L'édition utilisée est une version rééditée et révisée : J. KENT, *Kent's commentary on international law. Revised by J. T. Abdy*, 2^e éd., Londres/Cambridge, Deighton/Stevens and Sons, 1878, 525 p. La démarche de Kent étant d'ordre essentiellement pratique il ne se lance pas dans un exposé systématique⁴⁸⁸. Il met en exergue l'importance du droit international pour les États-Unis, et dans la formation juridique.

Les attestations nominalistes de l'acquiescement sont discrètes mais cohérentes chez Kent, le groupe « acquiesced in » apparaît dans des contextes d'acceptation d'une pratique et d'une coutume. La juridiction (compétence) des consuls peut exceptionnellement s'étendre aux affaires judiciaires de leur État de réception, mais il faut pour cela un traité ou un long usage qui a recueilli l'acquiescement du souverain territorial⁴⁸⁹. Kent note également que la règle n'accordant aucune protection aux biens ennemis embarqués dans des navires neutres recueille l'acquiescement⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ Notamment l'œuvre de George-Friedrich von Martens, classée par Gaurier parmi les fondateurs de la discipline (D. GAURIER, *Histoire du droit international, op. cit.*, pp. 185-189). Il est l'auteur d'un *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* en deux volumes (Guillaumin et C^e, Paris, 1864). En Allemagne, c'est aussi Klüber et Heffter qui manquent à l'appel (*ibid.*, pp. 514-514).

⁴⁸⁵ Ainsi on ne sera pas surpris de lire des passages de Kent qui citent Phillimore dans une version antérieure à celle que nous avons consultée (J. KENT, *Kent's commentary on international law. Revised by J. T. Abdy*, 2^e éd., Londres/Cambridge, Deighton/Stevens and Sons, 1878, p. 93).

⁴⁸⁶ D. GAURIER, *Histoire du droit international, op. cit.*, p. 554.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, pp. 553-554.

⁴⁸⁸ J. KENT, *Kent's commentary on international law. Revised by J. T. Abdy, op. cit.*, pp. 298-330.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 318 : « The rule has for a long period been very generally acquiesced in [...] ».

Les attestations essentialistes elles, nous mettent directement aux prises avec la structure de l'acquiescement :

« It is also a rule on this subject, that if a treaty of peace makes no particular provisions relative to captured property, it remains in the same condition in which the treaty finds it, and it is tacitly conceded to the possessor » ⁴⁹¹.

La situation de fait de possession antérieure au traité fonctionne comme une prétention ; le traité concrétise la charge de réagir et, en fonction de solutions retenues, l'inertie de l'État dépossédé. L'effet final est celui de consacrer la situation sur le plan juridique.

L'acquiescement se manifeste dans la reconnaissance d'États et de belligérance (une forme devenue désuète après la création de l'ONU). Plutôt que de reconnaissance tacite, implicite ou *de facto* ⁴⁹², Kent utilise le terme de « virtual » :

« [T]here are two modes of recognition, the virtual and the formal, the former preceding the latter, and taking place through the acknowledgment of the revolted state's commercial flag, or the appointment of consuls to its ports » ⁴⁹³.

b. Robert Phillimore

Ce citoyen britannique vécut de 1810 à 1890 et est l'auteur des *Commentaries upon international law*, 3^e éd., Londres, Buttersworth, 1879-1889, 4 vol. L'ouvrage fut publié pour la première fois entre 1854 et 1861 et favorise l'enseignement du droit par les cas ⁴⁹⁴. Étant donné sa taille impressionnante, notre survol ira à l'essentiel.

La déréliction de territoire (extinction of dominion) fait miroir au processus d'occupation originelle chez Phillimore ⁴⁹⁵. Dans ce cadre, la prescription est aussi une manière de perdre la souveraineté sur un territoire. L'auteur joint explicitement la prescription et l'acquiescement et n'hésite pas à s'inspirer du droit privé :

« Again, if a nation suffer other nations in their mutual arrangements to deal with the right of possession in question as belonging to one of them, and makes no protest in favour of her claims, she must be held to have acquiesced in the transaction. An individual may indicate his acquiescence by his words or by his deeds » ⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 257.

⁴⁹² Cf. *supra*, Ch. 2.II.E.d (citation de J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, op. cit., p. 20, § 112).

⁴⁹³ J. KENT, *Kent's commentary on international law. Revised by J. T. Abdy*, op. cit., p. 93.

⁴⁹⁴ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., pp. 521-522.

⁴⁹⁵ R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, 3^e éd., Londres, Buttersworth, 1879, vol. 1, p. 393.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 394.

La « solution » dessinée est assortie de citations, du droit romain à Grotius⁴⁹⁷. L'apport de Phillimore est double : il établit le lien avec la prescription et indique comment l'acquiescement peut être prouvé :

« A State may make herself a party to some convention upon another matter, but in which the possession or right originally belonging to her is indirectly, though of necessity, treated as belonging to the claimant by prescription ; and such convention being concluded without any reservation on the part of the nation, would be very strong evidence of the abandonment of her right »⁴⁹⁸.

La prétention à la souveraineté est implicite, présumée par le but à atteindre (*cf. infra* nos développements sur le tacite et l'implicite)⁴⁹⁹. Phillimore indique quelques situations où des protestations ont été émises contre des traités précisément pour éviter cet acquiescement prouvé par implication⁵⁰⁰. Les éléments de l'acquiescement sont énumérés et mis en application dans le cadre de la conclusion de traités ; la comparaison avec la conclusion d'un traité de paix chez Kent s'impose⁵⁰¹.

La question de la validité et de la ratification subséquente d'actes de fonctionnaires publics entre également dans le cadre de l'acquiescement. La question est évoquée dans des pages consacrées à l'auteur d'un blocus (*blockade*)⁵⁰². Phillimore distingue les actes qui peuvent ou non faire l'objet d'une délégation ; le blocus est éligible à la délégation⁵⁰³. Dans l'idéal, cette délégation est expresse, claire, prévue par l'organisation interne de l'État. Dans le cas où un officier – par exemple dans une colonie éloignée – décide d'un blocus en outrepassant ses ordres ou sa capacité, Phillimore distingue deux rapports juridiques. 1) La question de la validité de l'acte est une préoccupation interne ; 2) le blocus est valable et opposable aux puissances étrangères⁵⁰⁴. L'État dont l'officier a outrepassé ses pouvoirs dispose de la possibilité de ratifier tacitement la validité du blocus⁵⁰⁵. Ici, l'acquiescement se

⁴⁹⁷ *Ibid.*, pp. 394-395.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 394.

⁴⁹⁹ Ch. 3.II.A.

⁵⁰⁰ R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law, op. cit.*, vol. 1, pp. 395-396.

⁵⁰¹ *Cf.* la section précédente et J. KENT, *Kent's commentary on international law. Revised by J. T. Abdy, op. cit.*, p. 257.

⁵⁰² R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law, op. cit.*, vol. 3, 1885, pp. 474-475.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 474.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 475.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

noue en rapport étroit avec la bonne foi et les apparences créées. L'État victime du blocus doit se laisser opposer la validité internationale de l'acte ; l'État victime peut supposer que le blocus est véritablement et valablement décidé par son « adversaire ». Le mécanisme d'imputation entre en scène : ce que font les agents de l'État est supposé être l'expression d'une volonté supérieure. Au niveau de la validité interne, l'autorité nécessaire peut aussi être conférée par l'acquiescement entre organes étatiques⁵⁰⁶. Anachroniquement, nous pouvons rapprocher cette attestation de la sponson⁵⁰⁷, de l'article 8 CVDT⁵⁰⁸ et de la problématique de l'article 7 CDI (actes accomplis *ultra vires*).

Le processus de création de la coutume fournit une attestation de l'acquiescement sous forme d'usage tacite et prolongé entre les nations⁵⁰⁹. Cette question de la vérification d'une coutume et des actes qui la créent s'insinue dans les domaines les plus variés du droit international. La question de la validité intrinsèque des mariages célébrés à l'étranger entre des nationaux et de leur reconnaissance subséquente dans l'État de nationalité peut se résoudre par une coutume. Si ni l'État de célébration, ni l'État de reconnaissance ne s'opposent au mariage et à ses conséquences, il en découle une coutume permissive⁵¹⁰. L'intérêt de cette attestation est que la coutume – et donc l'acquiescement étatique – se caractérise essentiellement par des abstentions réciproques.

Nous constatons à travers cet ouvrage qu'une approche souple et universelle de l'acquiescement est possible. Il se présente comme une structure adaptable aux besoins ponctuels de l'ordre juridique international.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ Cf. *supra*, Ch. 2.II.D.2.a.

⁵⁰⁸ À cette différence près que l'article 8 CVDT prévoit une solution inverse : l'acte effectué sans autorisation interne est supposé nul : « Un acte relatif à la conclusion d'un traité accompli par une personne qui ne peut, en vertu de l'article 7, être considérée comme autorisée à représenter un État à cette fin est sans effet juridique, à moins qu'il ne soit confirmé ultérieurement par cet État ». Dans la responsabilité, l'article 7 TCDI relatif aux actes *ultra vires* et sa *ratio legis* peuvent être rapprochés de ce cas de figure. Voy. nos développements *infra*, Ch. 5.I.A.3.

⁵⁰⁹ R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, *op. cit.*, vol. 1, p. xv (préface à la première édition).

⁵¹⁰ R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, *op. cit.*, vol. 4, 1889, pp. 324-325.

c. *Charles Calvo*

Auteur argentin (1824-1906), nous nous intéressons à son *Droit international théorique et pratique. Tome premier*, 4^e éd., Paris, Pedone, 1887, 605 p. À la différence de Kent et de Phillimore, la contribution de Calvo est essentiellement internationale, il siégea dans de nombreuses conférences diplomatiques et déploya une prolifique activité doctrinale et scientifique⁵¹¹.

La coutume et le consentement tacite sont relayés chez Calvo, parfois jusque dans des domaines insoupçonnés. Lors de l'examen du principe d'égalité des États, l'auteur précise :

« Le caractère absolu du principe d'égalité des États peut être modifié soit par un contrat formel et spécial, soit par des clauses conventionnelles de traité, soit par un consentement tacite fondé sur l'usage. L'admission de l'égalité des États n'entraîne pas rigoureusement la conséquence que tous aient le même rang et la faculté de s'arroger à volonté un titre élevé. [...] Assurément chaque État a le droit de prendre un titre correspondant à son importance et à la position que lui donne sa puissance. En tout cas, pour avoir des effets complets, le rang et le titre d'un État doivent être sanctionnés par leur reconnaissance pour les autres États. C'est ainsi que l'inégalité politique des États, jointe aux traditions, a consacré dans le système européen le droit de préséance »⁵¹².

Bien que limité à un domaine précis (la préséance, par ex. lors de conférences internationales), l'acquiescement pourrait toucher un principe aussi essentiel⁵¹³ que l'égalité entre États. Jusqu'à affirmer qu'aucun domaine ne serait « hors de portée » du consentement tacite, il n'y a qu'un pas. Le « *ius cogens* » avant la lettre et autre obligations absolument impératives n'ont pas droit de cité dans les sources internationales mentionnées par Calvo⁵¹⁴.

Dans un registre proche de celui de la coutume, la question des droits préférentiels du Portugal sur les nouveaux territoires est présentée comme une situation de « reconnaissance » découlant de traités ou de comportements tacites :

« Le droit de souveraineté du Portugal n'a été pendant longtemps contesté d'une manière positive et effective par aucune des autres nations, qui, au contraire, ont passé avec lui des conventions, par lesquelles elles

⁵¹¹ D. GAURIER, *Histoire du droit international*, op. cit., p. 564.

⁵¹² Ch. CALVO, *Le droit international théorique et pratique. Tome premier*, op. cit., p. 360.

⁵¹³ *Ibid.*, pp. 357-358.

⁵¹⁴ *Ibid.*, pp. 158-167.

sollicitaient des concessions ou des privilèges dans les pays en question : ce qui prouvait implicitement de la part de ces nations la reconnaissance formelle et indubitable [...] » ⁵¹⁵.

Dès lors, les États qui participent activement ou passivement (en se laissant opposer les conséquences des traités) ne peuvent plus remettre en cause la situation et les privilèges du Portugal ⁵¹⁶.

Calvo juge que prescription et usucapion s'appliquent, car « compatibles » avec les buts du droit international public :

« L'usucapion et la prescription sont même, jusqu'à un certain point, plus nécessaires entre États souverains qu'entre particuliers. En effet, les démêlés qui s'élèvent de nation à nation ont une tout autre importance que les querelles individuelles : ces dernières peuvent se régler devant les tribunaux, tandis que les conflits internationaux aboutissent trop souvent à la guerre : il faut donc, dans l'intérêt de la paix comme dans celui de la bonne harmonie entre les nations et des progrès du genre humain, écarter tout ce qui pourrait jeter le trouble dans le droit de possession des souverains, lequel, lorsqu'il a reçu sans conteste la consécration du temps, doit être regardé comme imprescriptible et légitime » ⁵¹⁷.

L'extrait assimile la prescription acquisitive de territoire à une prescription des actions relatives au territoire ; l'acquiescement joue alors sur deux plans, à la fois sur le droit de fond et sur le droit d'action. Le système international et sa décentralisation font partie intégrante de la justification de la prescription. Cet extrait devrait se lire avec un autre passage de l'ouvrage ; au sujet des limites du territoire, Calvo précise :

« Chaque État a le droit de souveraineté jusqu'à sa frontière et le devoir de ne pas empiéter sur le territoire voisin. Il importe donc aux États limitrophes de déterminer clairement les limites qui les séparent » ⁵¹⁸.

L'empiètement initial qui conduit à une situation de prescription est donc illicite, il constitue une violation du droit international et donne lieu à la responsabilité internationale de l'État auteur. Par contre, l'empiètement prolongé et toléré donne lieu à acquisition du territoire.

On ne saurait toutefois aborder avec un trop grand systématisme l'ouvrage de Calvo et son traitement de la prescription/acquiescement : la déréliction tacite n'est par exemple pas évoquée lors de

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 393.

⁵¹⁶ *Ibid.*, pp. 393-394 (exemple de l'Angleterre).

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 386.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 466.

l'énumération des moyens d'abandonner un territoire⁵¹⁹. L'auteur semble généralement favorable à la prescription/acquiescement, il souligne par exemple le rôle du consentement tacite des autres États dans la constitution d'une souveraineté via l'occupation d'un territoire sans maître⁵²⁰.

Au sujet des espaces maritimes, la prescription est réduite dans de justes proportions : haute mer et rivages sont distingués, de même que l'appropriation exclusive et l'exercice de la souveraineté⁵²¹. Par un mouvement constant entre la raison, la nature des choses, et la pratique, Calvo formule des solutions ; au terme de cet exercice d'équilibriste, une possibilité restreinte d'exercice exclusif de droits et d'appropriation subsiste (notamment pour le rivage)⁵²².

d. *John Westlake*

L'institutionnalisation du droit international public se conforte avec John Westlake (1828-1913). Professeur à Cambridge, il siégea et présida l'Institut de droit international⁵²³. Nous nous faisons l'écho de son manuel *International Law. Part I. – Peace*, Cambridge, CUP, 1904, 356 p. et *International Law. Part II. – War*, Cambridge, CUP, 1907, 336 p.

Le premier volume contient des attestations nominalistes et essentialistes. Dans les premières, l'acquiescement est par exemple conçu comme la réception d'une promesse unilatérale⁵²⁴. La dimension de consentement tacite est mise en avant, comme c'est également le cas dans l'acquiescement qui s'incorpore à une coutume⁵²⁵. Plus innovante est la mention discrète d'une possibilité d'interprétation d'un traité grâce à l'acquiescement :

« The consuls who exercise a large jurisdiction in Turkey, China and other countries of non-European civilisation fall strictly under what has here been said, *their special rights and position being always the fruit of treaties, elaborated by a practice which through acquiescence has acquired an authority interpreting the treaties* »⁵²⁶.

⁵¹⁹ *Ibid.*, pp. 428 et s.

⁵²⁰ *Ibid.*, pp. 412-413, § 283.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 469.

⁵²² *Ibid.*, p. 480.

⁵²³ *Ibid.*, p. 525 ; J. WESTLAKE, *International Law. Part I. – Peace*, Cambridge, CUP, 1904, page de titre intérieure.

⁵²⁴ J. WESTLAKE, *International Law. Part I. – Peace*, op. cit., pp. 37-38.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 174, note n° 1 (et aussi en pp. 309, 312, 325 et 327).

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 278, nos italiques.

En dehors de cette suggestion de l'interprétation par voie de pratique « acquiesçante », les occurrences nominalistes se cantonnent généralement à l'assimiler au consentement, sans donner plus de détails ⁵²⁷.

C'est à travers les attestations essentialistes qu'une image plus complète de l'acquiescement se dessine, par exemple dans le cadre des accords par lesquels les puissances coloniales s'abstiennent d'étendre leurs territoires ⁵²⁸. Les grandes lignes du raisonnement oscillent entre acquiescement, *res inter alios acta*, et interdiction du comportement contradictoire :

« Silence only damages where there is occasion for speech, and that an agreement by state *A* to abstain from territory *X*, since it does not interfere with any rights or expectations of state *B* relating to that territory, does not call on state *B* for speech. The other is that the thing which it is attempted to build on the foundation of silence, namely a commencement of appropriation without a commencement of effective occupation, does not exist in international law. The utmost that can be said in favour of the notion is that state *A*'s agreement with state *C* to abstain from territory *X* encourages a hope in state *C*, and that it would be unfriendly in state *B* to thwart that hope after it has long been entertained without warning » ⁵²⁹.

Le problème est « l'acquiescement » des États tiers intéressés aux obligations prévues dans le traité (anachroniquement : art. 35 CVDT). Leur acquiescement peut se dessiner si les conditions idoines sont réunies : en principe, le silence des tiers n'a pas de valeur car ils n'ont pas de devoir de parler. Toutefois, lorsque la situation se perpétue, que les traités se multiplient, et que l'État donne l'apparence de ne pas contester les stipulations du traité, l'acquiescement peut être retenu. L'importance de la protestation afin d'éviter de perdre des droits est répétée, dans des termes semblables, dans un passage ultérieur ⁵³⁰. L'Angleterre avait ainsi fait valoir que la France aurait dû « rompre le silence » pour sauvegarder ses droits ⁵³¹.

La protestation chez Westlake nous aiguille sur l'acquiescement attributif de responsabilité. Le point de départ de la réflexion s'ancre dans une émeute survenue à la Nouvelle Orléans ; la population envahit un pénitencier et lyncha des prisonniers italiens ⁵³².

⁵²⁷ Voy. not. : *ibid.*, p. 174, note n° 1, pp. 309, 312, 325 et 327.

⁵²⁸ *Ibid.*, pp. 128-129.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 129, italiques dans l'original.

⁵³⁰ *Ibid.*, pp. 132-133.

⁵³¹ *Ibid.*, pp. 130-131.

⁵³² *Ibid.*, p. 315.

A aucun instant les instances dirigeantes fédérales ou locales de Louisiane ne protestèrent ni ne prirent des mesures pour éviter cette violation du droit international⁵³³. Aux termes d'échanges diplomatiques, l'Italie obtint une compensation financière :

« The grounds on which money compensation to the families of the murdered Italians, and satisfaction to their government for the outrage by the punishment of the criminals, were due in the instance just cited were that good will and due diligence on the part of the local authorities would have prevented the occurrence, and that the necessary power in the federal courts would have ensured its punishment »⁵³⁴.

Les autorités de Louisiane se sont solidarisées – par acquiescement – aux actes des particuliers. Elles ne pouvaient pas ignorer le comportement des particuliers une fois survenu (connaissance).

La protestation et l'acceptation tacite sont deux éléments permettant de débusquer les acquiescements ; la prescription acquisitive de territoire obéit aux canons habituels. Tout en déplorant l'inexistence d'un délai précis, il ne fait pour Westlake aucun doute que l'institution est de grande valeur et qu'elle fait partie du droit international positif⁵³⁵. L'intérêt de la prescription réside dans son application générale en cas de différend sur l'effectivité de l'occupation ou sur la présomption d'abandon d'un territoire ; en somme, la prescription-acquiescement permet d'éclaircir les *doutes* et possède une valeur probatoire⁵³⁶.

Les attestations nominalistes de l'acquiescement sont absentes⁵³⁷ et les occurrences essentialistes sont en recul dans le second volume de Westlake⁵³⁸. Le silence et l'acquiescement sont présents en cas d'usage de signes tels que le drapeau parlementaire⁵³⁹.

La connaissance est présente en rapport avec la neutralité :

« When a ship is despatched from a neutral port by a belligerent owner, his intent to employ her in war has been formed while she was still in neutral territory, so that her despatch is an act of war and a usurpation of the neutral state's authority, and any one who has contracted with the

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ *Ibid.*, pp. 315-316.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 93.

⁵³⁶ *Ibid.*, pp. 93-94.

⁵³⁷ Il existe deux occurrences, mais leur portée n'est que littéraire ; Westlake indique par exemple que Hall cite un auteur avec approbation (« with acquiescence »). Cette utilisation diminue la valeur de l'acquiescement car la signification du terme est celle du langage commun, sans connotation juridique.

⁵³⁸ J. WESTLAKE, *International Law. Part II. – War*, Cambridge, CUP, 1907, 336 p.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 74.

belligerent owner or worked for him about the ship with knowledge of his intent has identified himself with it. Thus the line between the export of contraband and the abuse of neutral territory is drawn by the intent of unneutral employment, formed within the territory by a person whose position in relation to the thing enables him to give effect to it » ⁵⁴⁰.

L'extrait s'inscrit dans la même réflexion que le cas de la Louisiane mentionné *supra* ; en connaissant et ne protestant pas, l'agent se solidarise à l'acte internationalement illicite. Du reste, cette norme internationale relative à la neutralité fait écho à des mesures internes, par exemple à une loi américaine de 1870 ⁵⁴¹. L'acquiescement attributif voyage de l'ordre juridique national à international.

e. *Paul Fauchille*

Auteur français, Fauchille (1858-1926) composa un impressionnant *Traité de droit international* publié entre 1921 et 1926 ⁵⁴². L'ouvrage consulté constitue officiellement la huitième révision du *Manuel de droit international public* d'Henry Bonfils ⁵⁴³. Fauchille déploya une activité soutenue dans les initiatives internationales ⁵⁴⁴. Il fut à plusieurs reprises rapporteur à l'Institut de Droit International, co-présida la *Revue générale de droit international public*, et s'attacha à publier des documents de droit international et des recueils de jurisprudence ⁵⁴⁵. Cette orientation vers la pratique se ressent dans son *Traité* qui au « jeu abstrait des idées » ⁵⁴⁶ préfère l'analyse de situations.

Nous irons à l'essentiel en suivant notre méthode de recherche en cascade. La priorité est accordée aux attestations nominalistes de l'acquiescement, puis la recherche s'effectue sous forme essentialiste (via le silence, la tolérance).

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 185, nos italiques.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 187.

⁵⁴² Les éditions consultées sont : P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Première partie – Paix*, Paris, Arthur Rousseau, 1922, 1058 p. ; *Tome I^{er}, Deuxième partie – Paix*, Paris, Arthur Rousseau, 1925, 1182 p. ; *Tome I^{er}, Troisième partie – Paix*, Paris, Arthur Rousseau, 1926, 729 p. ; *Tome II – Guerre et neutralité*, Paris, Arthur Rousseau, 1921, 1095 p.

⁵⁴³ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Première partie – Paix*, Paris, Arthur Rousseau, 1922, pp. XI-XII. Le *Manuel* de H. Bonfils fut publié pour la première fois en 1894. D. GAURIER, *Histoire du droit international*, *op. cit.*, p. 529.

⁵⁴⁴ Voy. la biographie en ligne de la Société française pour le droit international (SFDI), <https://www.sfdi.org/internationalistes/fauchille/> (consultée le 31 août 2021).

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ *Ibid.*

Le premier tome ne renvoie que de maigres résultats pour l'approche nominaliste, l'acquiescement y est « tacite », « exprès » (!) ou dénué de qualificatif⁵⁴⁷. Il s'insère tantôt dans le processus coutumier, ou alors se présente comme l'acceptation d'un régime juridique. Ainsi, à propos d'une réserve en faveur de la doctrine Monroe ajoutée à une convention, Fauchille s'interroge et dissèque les possibilités :

« Il n'en reste pas moins que l'Europe s'est abstenue de toutes protestations à son sujet [au sujet de la réserve insérant la doctrine Monroe] et de toutes restrictions vis-à-vis d'elle : il semble bien difficile d'admettre qu'en consentant à insérer au procès-verbal la déclaration des États-Unis et à recevoir leur signature de la convention sous la condition qu'ils exigeaient, elle n'ait pas acquiescé tacitement à la doctrine de Monroe. Telle est, d'ailleurs, l'opinion la plus générale. – Mais cet acquiescement tacite, de même que l'attitude des États et des hommes politiques de l'Europe que nous avons indiquée, ont-ils eu comme effet d'incorporer cette doctrine au droit des gens, d'en faire une règle de droit ayant une valeur internationale? »⁵⁴⁸

Le contenu juridique de l'acquiescement « tacite » se présente comme une inertie qui provoque des conséquences juridiques⁵⁴⁹.

C'est paradoxalement dans un passage mentionnant « l'acquiescement exprès » que les éléments pertinents apparaissent⁵⁵⁰ :

« Tout État ayant le droit de renoncer à un droit qui lui appartient, il nous semble que les États qui ont expressément consenti à accepter la territorialité d'une baie qui par sa largeur constituait une mer libre et où ils avaient par conséquent le droit de naviguer librement ne sauraient s'opposer à l'exercice de sa souveraineté exclusive de l'État riverain sur ces baies. Mais la territorialité de celles-ci doit-elle être considérée aussi comme obligatoire vis-à-vis des États qui se sont simplement abstenus de réclamer ? Leur abstention peut-elle équivaloir à un consentement ? Cela est plus douteux. Et, de fait, bien des jurisconsultes ont contesté

⁵⁴⁷ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Première partie – Paix*, op. cit., pp. 644-645 ; P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Deuxième partie – Paix*, Paris, Arthur Rousseau, 1925, pp. 240, 333, 382.

⁵⁴⁸ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Première partie – Paix*, op. cit., p. 644, note omise.

⁵⁴⁹ Voy. aussi : « Ce n'est plus le traité originellement rédigé, c'est un acte tout différent que maintenant on entend ratifier. Il faut donc que, sur la base des réserves proposées, de nouvelles négociations interviennent entre les parties intéressées, à moins que l'État auquel les réserves sont opposées ne veuille les accepter d'ores et déjà sans réclamations : son silence à cet égard pourrait être à la rigueur considéré comme équivalent à une acceptation tacite » (P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Troisième partie – Paix*, Paris, Arthur Rousseau, 1926, p. 331).

⁵⁵⁰ Cf. *supra*, Ch. 1.III.B.2.

l'exactitude de la doctrine des baies historiques. C'est ainsi que Perels fait observer que "l'exercice unilatéral de prétendus droits, même quand il ne soulève pas les réclamations d'autres États, soit par connivence, soit par impuissance de résister, ne peut jamais être opposé à ceux qui n'ont pas acquiescé expressément ou par des actes dont l'intention est évidente" »⁵⁵¹.

En faisant concorder les interprétations, l'acquiescement « exprès » est un consentement exprimé par des actes, des comportements – par exemple la renonciation à naviguer dans une baie sous la souveraineté d'un État étranger. À l'inverse, l'acquiescement tacite se déduit d'une abstention, de l'absence de protestation qui n'est pas accompagnée d'actes indiquant l'acceptation. Cette distinction est précaire. Elle est surtout utile pour jauger de la réalité d'un acquiescement au vu des circonstances ; un État voisin de la baie historique qui garde le silence n'acquiesce pas expressément. Mais s'il garde longtemps le silence, son acquiescement tacite se construit graduellement.

Les attestations essentialistes confirment à la fois la faible « densité normative » de l'acquiescement⁵⁵² chez Fauchille et une tendance à limiter les effets du silence. Dans le domaine maritime, le silence d'un État ne suffit pas à lui faire perdre l'usage de la mer⁵⁵³ ; seule une convention possède ce pouvoir :

« La renonciation à l'usage de la mer qu'un État fait dans un traité ne peut en tout cas avoir d'effet que vis-à-vis de l'État avec lequel il a conclu ce traité et ne doit durer que pendant que durera le traité lui-même »⁵⁵⁴.

Dans cette veine, le silence des États face à des manifestations répétées de souveraineté de la Russie sur la Mer de Kara n'est pas pertinent. Aussi longtemps que les États européens n'étaient pas « intéressés » par cette question, leur inertie ne peut pas leur être opposée ; le caractère géographique de cet espace maritime entre en jeu dans la solution⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Deuxième partie – Paix*, op. cit., p. 382. Il s'agit vraisemblablement de la p. 44 de l'ouvrage de F. PERELS, *Manuel de droit international maritime*, trad. par L. ARENDT, Paris, Librairie Guillaumin et C^{ie}, 1884, 492 p.

⁵⁵² Par exemple la question de la reconnaissance tacite ne suscite pas de longs développements : P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Première partie – Paix*, op. cit., p. 325 (« [la reconnaissance tacite et implicite] résulte du fait d'entamer des négociations avec le nouvel État, de lui envoyer ou de recevoir de lui des agents diplomatiques, etc. »).

⁵⁵³ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Deuxième partie – Paix*, op. cit., pp. 27-28.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 214.

En matière territoriale, Fauchille est proche de Westlake⁵⁵⁶. Le silence d'un souverain est partie prenante de la prescription, mais ce sont avant tout des considérations de stabilité internationale qui justifient l'application de la prescription⁵⁵⁷. Fauchille ne s'épargne pas la question des « annexions » :

« la prescription aura presque toujours à sa base un acte de violence et qu'alors l'État victime de cet acte ne se laissera pas en général dépouiller sans affirmer d'une manière continue sa résistance : ce qui, en interrompant la prescription, la rendra inefficace ; mais une pareille situation ne devra pas inévitablement se produire : il se peut, en effet, que l'État dont une partie du territoire a été enlevée par son voisin soit si faible par rapport à ce dernier qu'après avoir protesté il soit finalement obligé de garder le silence. La prescription entre États est donc exceptionnellement possible même en dehors d'un pays neuf. Cette solution suppose, toutefois, résolue affirmativement une question qui est aujourd'hui vivement controversée : celle de savoir si un État peut prescrire lorsqu'il s'est annexé une partie d'un autre État par un acte illicite, particulièrement par une conquête injuste »⁵⁵⁸.

Au nom de la paix sociale, et tout en se faisant l'écho d'avis contraires, Fauchille admet la prescription en cas de conquête injuste⁵⁵⁹ et se prononce en faveur d'un délai général de 30 ans⁵⁶⁰.

On remarquera encore que la coutume et les traités constituent les deux sources principales du droit international public ; les actes unilatéraux (promesses, renonciation) n'apparaissent pas, leurs plus proches parents sont les « actes diplomatiques »⁵⁶¹.

Une recherche dans le second Tome consacré à la guerre et à la neutralité⁵⁶² dévoile que le terme d'acquiescement et ses dérivés sont totalement absents. Par contre le silence est largement évoqué, mais – sauf à de rares exceptions – il n'est utilisé que dans un sens naturel⁵⁶³. Une mention pertinente du silence s'inscrit dans le domaine de la neutralité, elle dresse les limites de l'acquiescement :

« La capture faite dans les eaux juridictionnelles d'un neutre est nulle. La cour des prises du capteur doit la déclarer telle, alors même que

⁵⁵⁶ Cf. *supra*, J. WESTLAKE, *International Law. Part I. – Peace*, *op. cit.*, pp. 93-94 ; P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Deuxième partie – Paix*, *op. cit.*, p. 758.

⁵⁵⁷ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome I^{er}, Deuxième partie – Paix*, *op. cit.*, pp. 754-755.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 758.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 759.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 762.

⁵⁶¹ *Ibid.*, pp. 40 et s. ; pp. 58-59.

⁵⁶² P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome II – Guerre et neutralité*, Paris, Arthur Rousseau, 1921, 1095 p.

⁵⁶³ *Ibid.*, pp. 209, 302, 404, 526, 582, 726, 808, et 1006. Par ex. pour souligner qu'une problématique n'est pas réglementée par une Convention.

l'État neutre garderait le silence. Une capture semblable a été faite en violation des règles du droit international et ne doit pas être validée » ⁵⁶⁴.

Comme l'acquiescement (silence) provient du neutre, il est inapte à assainir la capture ⁵⁶⁵. Comme dans le premier tome, le silence n'est donc pas assimilé automatiquement au consentement tacite : les circonstances et le cadre juridique sont cruciaux pour déterminer la valeur d'une inertie ⁵⁶⁶.

La neutralité procède chez Fauchille comme chez ses prédécesseurs :

« L'État neutre doit veiller avec suffisante vigilance (*due diligence*) à ce que l'un des belligérants n'arme dans ses ports aucun bâtiment de guerre, ni aucun corsaire ; car il ne doit pas permettre que son territoire serve de lieu de préparation à des opérations hostiles. Il doit empêcher ou réprimer les infractions manifestes aux devoirs de neutralité, tentées ou commises sur son territoire, soit par ses propres sujets, soit par des agents d'un belligérant » ⁵⁶⁷.

L'interdiction fait écho à l'affaire de l'*Alabama* ⁵⁶⁸. L'acquiescement se présente sous forme d'attribution d'un comportement. Fauchille n'entre pas dans le détail du mécanisme. Dans la suite, il précise que tant le gouvernement que ses agents sont tenus à ne pas exporter d'armes aux belligérants ⁵⁶⁹. La situation des privés est plus problématique ; mais il parvient finalement à une approche différenciée :

« M. Paul Fauchille n'admet pas qu'un État neutre soit obligé, à titre de devoir strict de neutralité, d'interdire à ses nationaux tout commerce et tout transit par mer à destination des belligérants d'objets de contrebande, mais il pense qu'il peut être tenu d'arrêter à sa frontière

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 546, l'extrait mentionne les affaires « Cassation, 23 ventôse an VII. – Conseil des prises, 27 fructidor an VIII. – Comp. Conseil des prises, 29 septembre 1915, aff. *Heina* ».

⁵⁶⁵ L'acte frappé de nullité n'est pas susceptible de guérison ; la solution s'explique aussi par la position tierce qu'occupe le neutre dans la constellation juridique.

⁵⁶⁶ Ainsi : « On ne saurait dire qu'en ne s'opposant pas par la force à l'invasion allemande le Luxembourg ait consenti à cette invasion et qu'ayant ainsi lié partie avec l'Allemagne il soit devenu réellement son allié. Un pareil raisonnement ne tiendrait pas compte de la protestation verbale émise par le grand-duché et de son état de faiblesse qui lui interdisait toute résistance » (P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome II – Guerre et neutralité*, op. cit., p. 94, note n° 3).

⁵⁶⁷ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome II*, op. cit., p. 737, italiques dans l'original.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, pp. 737-739 ; *Réclamations des États-Unis d'Amérique contre la Grande-Bretagne relatives à l'Alabama*, Sentence, 14 septembre 1871, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 125-134.

⁵⁶⁹ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome II*, op. cit., p. 742.

terrestre les expéditions de contrebande destinées aux belligérants : les belligérants n'ont pas sur terre, comme sur mer, les moyens d'empêcher par eux-mêmes le commerce qui doit leur nuire »⁵⁷⁰.

La solution résulte de la *due diligence* que peut exercer l'État (obligation de moyens). L'extrait met en exergue que l'acquiescement à la violation des devoirs de neutralité ne survient que si l'État viole grossièrement ses devoirs : cette approche est corroborée dans les projets de codifications précédents⁵⁷¹. D'autres passages indiquent que le neutre risque de se solidariser aux hostilités s'il ne s'oppose pas à l'utilisation de son territoire pour des fins belliqueuses⁵⁷².

f. *Lassa Francis Lawrence Oppenheim*

Cet allemand reçoit l'enseignement de Bluntschli⁵⁷³ et se démarque par son activité de professeur au Royaume-Uni à la London School of Economics, puis à Cambridge où il occupe la chaire Whewell de droit international à la suite de Westlake⁵⁷⁴. Oppenheim (1858-1919) est le seul auteur de cette section dont le manuel est régulièrement révisé et réédité⁵⁷⁵. Au Royaume-Uni, il conseille le gouvernement, collabore avec l'armée pour la publication d'un manuel, et rédige des avis des droits pour la délégation à la Conférence de paix de Paris de 1919⁵⁷⁶. L'édition suivante a été consultée : L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, vol. I, *Peace*, 3^e éd., Londres, Longmans, Green and Co, 1920, 800 p. Il s'agit de la première révision qui ne fut pas entièrement de sa main⁵⁷⁷. Nous ne nous focaliserons que sur la première partie car elle donne des fondations théoriques de grande valeur pour l'acquiescement.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 744.

⁵⁷¹ Cf. *supra*, Ch. 2.II.E.1.c (not. Bluntschli).

⁵⁷² P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public. Tome II, op. cit.*, p. 29. Pour un exemple dans lequel la Chine s'acquitte de ses devoirs de neutralité : *ibid.*, p. 778.

⁵⁷³ L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, vol. I, *Peace*, 3^e éd., Londres, Longmans, Green and Co, 1920, p. v.

⁵⁷⁴ *Ibid.* ; D. GAURIER, *Histoire du droit international, op. cit.*, p. 523.

⁵⁷⁵ À la manière du bateau de Thésée, les passages originaux sont rares, voire inexistant. Les éditions les plus récentes lors de la rédaction sont : R. JENNINGS et A. WATTS (éds), *Oppenheim's International Law. Volume 1 – Peace*, 9^e éd., Oxford, OUP, 2008, 2887 p. ; R. HIGGINS, Ph. WEBB, D. AKANDE, S. SIVAKUMARAN et J. SLOAN, *Oppenheim's International Law: United Nations*, Oxford, OUP, 2017, 1600 p.

⁵⁷⁶ L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, vol. I, *Peace, op. cit.*, p. vi.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, pp. viii-ix. La révision fut menée par Ronald F. Roxburgh.

Les occurrences nominalistes des termes « acquiescence »⁵⁷⁸ et « acquiesce[s/d] »⁵⁷⁹ restent discrètes. De plus, l'attestation nominaliste majeure est un peu confuse :

« The Law of Nations includes no rule which prescribes a necessary form of treaties. A treaty is, therefore, concluded as soon as the mutual consent of the parties becomes clearly apparent. Such consent must always be given expressly, or by unmistakable conduct, for a treaty cannot be concluded by mere tacit acquiescence¹ or mere passivity. [La note récite :] Tacit acquiescence must not be confounded with what in English law is sometimes called "tacit consent," i.e. a contract which is not made in writing or orally, but is inferred from conduct »⁵⁸⁰.

Nous pouvons proposer une interprétation conciliante, bien que précaire. Toutes les formes de traités sont possibles : exprès, tacites et par actes concluants. Le critère essentiel est la présence d'un consentement mutuel. Ce consentement peut être donné par des actes ou une conduite univoque. L'abstention seule ne peut mener à la conclusion d'un traité. La note n° 1 est suscitée par la différence entre la « tacit acquiescence » du droit international (une inertie totale, sans conduite dénotant un consentement) et le « tacit consent » du droit anglais qui, lui, s'appuie sur une conduite.

Quant aux variantes (acquiesce, acquiesced, etc.) elles assimilent l'acquiescement à une attitude passive de non-contestation⁵⁸¹ ou indiquent la solidarisation de l'État avec la commission d'un acte illécite⁵⁸².

Dans une approche essentialiste, ce sont les termes « tacit[ly] », « implicit[ly] », « [ac]knowledge[s] » et « protest[s] » qui nous conduisent à l'acquiescement⁵⁸³. « Tacit[ly] » est très présent dans le cadre de la coutume et de son acceptation :

« A State, just as an individual, may give its consent either directly by an express declaration, or tacitly by conduct which it would not follow in case it did not consent »⁵⁸⁴.

L'acceptation tacite de la coutume est un moteur du développement du droit ; elle permet de lier des États sans qu'ils n'aient toujours besoin de faire une démonstration explicite du contenu

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 664.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pp. 240, 351, 380, 650-651, et 675.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 664 et note n° 1.

⁵⁸¹ *Ibid.*, pp. 351, 380, et 675

⁵⁸² *Ibid.*, p. 240.

⁵⁸³ Pour la prescription, qui a déjà été suffisamment traitée ailleurs : *ibid.*, pp. 400-403.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, pp. 20-21.

du droit coutumier. Comme souvent, consentements explicites et tacites sont mis sur un pied d'égalité, le passage de l'un à l'autre est possible. Sur le plan des sources, cette bipartition sert de critère de distinction des traités et de la coutume :

« The sources of International Law are therefore twofold-namely: (1) *express* consent, which is given when States conclude a treaty stipulating certain rules for the future international conduct of the parties; (2) *tacit* consent, implicit consent or consent by conduct, which is given through States having adopted the custom of submitting to certain rules of international conduct. Treaties and custom are, therefore, exclusively the sources of the Law of Nations »⁵⁸⁵.

Cette équivalence des deux consentements est répétée à plusieurs reprises dans l'ouvrage⁵⁸⁶. Dans cette lignée, la ratification d'un traité peut s'accomplir aussi bien expressément que tacitement (exécution du traité)⁵⁸⁷. En miroir, la dissolution tacite d'un traité est possible. Le *mutuus dissensus* s'exprime par la conclusion d'un traité postérieur incompatible avec l'ancien⁵⁸⁸. Témoin de cette équivalence explicite/tacite, Oppenheim admet qu'un traité peut être « revivifié » :

« It is theoretically possible for the contracting parties tacitly to redintegrate an expired or cancelled treaty by a line of conduct which makes their intention to redintegrate the treaty apparent »⁵⁸⁹.

Dans la trajectoire du tacite à l'implicite, il reste un troisième terme à examiner. La coutume peut résulter du « *tacit* consent, implicit consent or consent by conduct »⁵⁹⁰. Ce « consent by conduct » est présent dans l'attestation citée en ouverture :

« A treaty is, therefore, concluded as soon as the mutual consent of the parties becomes clearly apparent. Such consent must always be given expressly, or by unmistakable conduct [...] »⁵⁹¹.

Les limites de cette « unmistakable conduct » sont floues, elles renvoient parfois à l'« express acquiescence » (voy. *supra*, début de cette section). Ailleurs, l'idée de cette ligne de conduite univoque se télescope

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 21, italiques dans l'original.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, pp. 106, 108, 139, 180, etc. Cela confirme encore une fois que l'acquiescement s'assimile volontiers au consentement, ne serait-ce que du point de vue de ses effets.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, pp. 668 et 672.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 687 : « [T]hey can conclude a new treaty concerning the same objects as those of a former treaty, without any reference to the latter, although the two treaties are inconsistent with each other. This is substitution, and in such a case it is obvious that the treaty previously concluded was dissolved by tacit mutual consent ».

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 699.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 664 et note n° 1.

avec le consentement tacite : « it is theoretically possible for the contracting parties tacitly to reintegrate an expired or cancelled treaty by a line of conduct which makes their intention to reintegrate the treaty apparent »⁵⁹². Deux options se présentent à nous : soit le consentement tacite, implicite, et par conduite sont ordonnés hiérarchiquement (1), soit ils constituent à eux trois le bloc d'opposition au consentement exprès (2). 1 : le consentement tacite est le plus proche d'un consentement exprès, la volonté y existe, mais elle est tue ; suit le consentement implicite, qui suppose une prise de position juridique sur un autre sujet ; pour terminer, le consentement par conduite témoigne d'une acceptation équivalente au consentement exprès, mais qui serait reconstruite ou déduite (la volonté y serait moins présente ou présumée). 2 : il existerait une différence de nature entre consentement exprès et « tacite » : les trois formes du tacite (au sens strict), de l'implicite, et de la conduite seraient des solutions de remplacement au consentement formel, solutions équivalentes entre elles. Il suffirait d'en satisfaire une des trois pour obtenir des effets similaires à l'expression d'un consentement formel et exprès.

La question de la volonté et de sa réalité est sous-jacente dans ces développements : qu'il s'agisse de la coutume ou des traités, voire de la reconnaissance, il est possible que des États qui ne veulent pas véritablement d'une norme ou des conséquences juridiques soient tenus par leur comportement de respecter les droits d'un autre sujet. Le recours à l'acquiescement sous la forme du tacite, de l'implicite et de la conduite permet une souplesse dans ces questions, un système de présomption et de reconstruction se substitue à l'idéal solaire de la volonté clairement exprimée.

La plus importante attestation essentialiste et nominaliste nous est fournie par la conjugaison des termes « acquiesce », « protest », « tacit » et « knowledge »⁵⁹³. L'acquiescement s'y manifeste par son ombre : la protestation⁵⁹⁴.

L'attestation apparaît dans la partie IV de l'ouvrage, dédiée aux « *international transactions* », partie qui regroupe les traités et les « *international transactions in general* » dont la figure de proue est la négociation :

« International negotiation is the term for such intercourse between two or more States as is initiated, and directed, for the purpose of effecting an understanding between them on matters of interest »⁵⁹⁵.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 699.

⁵⁹³ *Ibid.*, pp. 402-403 (prescription) et 650-651 (protestation).

⁵⁹⁴ *Ibid.*, pp. 650-651, § 489.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 641.

Avec les congrès et conférences internationales⁵⁹⁶, la négociation s'affirme comme un moyen usuel de « communication juridique » entre États. D'autres catégories de « transactions » sont énumérées :

« International transaction is the term for every act on the part of a State in its intercourse with other nations. Besides negotiation, which has been discussed above in §§ 477-482, *there are eleven other kinds of international transactions which are of legal importance – namely, declaration, notification, protest, renunciation, recognition, intervention, retorsion, reprisals, pacific blockade, war, and subjugation* »⁵⁹⁷.

L'analyse d'Oppenheim porte sur les catégories qui n'ont pas été traitées ailleurs (la déclaration, la notification, la protestation et la renonciation). Rappelons qu'il ne s'agit pas de sources du droit⁵⁹⁸, mais simplement d'actes accomplis sur la scène internationale.

Nous reproduisons *in extenso* la définition de la protestation :

« Protest is a formal communication from one State to another that it objects to an act performed, or contemplated, by the latter. A protest serves the purpose of preservation of rights, or of making it known that the protesting State does not acquiesce in, and does not recognise, certain acts. A State can lodge a protest with another State against acts which have been notified to the protesting State, or which have otherwise become known. On the other hand, if a State acquires knowledge of an act which it considers internationally illegal, and against its rights, and nevertheless does not protest, this attitude implies a renunciation of such rights, provided that a protest would have been necessary to preserve a claim. It may further happen that a State at first protests, but afterwards either expressly or tacitly acquiesces in the act. And it must be emphasised that, under certain circumstances and conditions, a simple protest on the part of a State, without further action, is not in itself sufficient to preserve the rights in behalf of which the protest was made »⁵⁹⁹.

Nous remarquons que la protestation a pour objet de répondre à un « act » accompli par un autre État. Oppenheim limite la liste des « acts » aux onze autres formes de transactions internationales énumérées *supra*⁶⁰⁰. La protestation répond donc par exemple à une notification ou à une déclaration⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, pp. 644-648.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 648, nos italiques.

⁵⁹⁸ Puisque seuls les traités et la coutume ont droit de cité : *ibid.*, pp. 20-21.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, pp. 650-651.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 648.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 649 : « Notification is the technical term for the communication to other States of certain facts and events of legal importance » ; « when States communicate to other States, or *urbi et orbi*, an explanation and justification of a line of conduct pursued by them in the past, or an explanation of views and intentions concerning certain matters, this is called a declaration » (italiques dans l'original).

Le traitement de la protestation par Oppenheim contient tous les éléments nécessaires et suffisants pour une généralisation. Bien que l'extrait aborde le problème « à rebours » par la définition de la protestation plutôt que par celle, positive, de l'acquiescement, il permet de jeter les bases théoriques. La valeur de l'extrait réside également dans l'établissement d'une articulation précise de la connaissance, de la réaction, et des conséquences qui en découlent. Bien plus, il est très utilement précisé que l'existence d'une protestation ne signifie pas nécessairement échec de l'acquiescement. Une protestation répétée ou doublée d'actes physiques peut être nécessaire.

L'extrait évoque la protestation dans ses liens avec la renonciation⁶⁰². La définition de cette forme d'« international transaction » corrobore le lancement de l'acquiescement sur la scène internationale :

« Renunciation is the deliberate abandonment of rights. It can be given *expressis verbis* or tacitly. If, for instance, a State by occupation takes possession of an island which has previously been occupied by another State, the latter tacitly renounces its rights by not protesting as soon as it receives knowledge of the fact. Renunciation plays a prominent part in the amicable settlement of differences between States, either one or both parties frequently renouncing their claims for the purpose of coming to an agreement. But it must be specially observed that mere silence on the part of a State does not imply renunciation; this occurs only when a State remains silent, although a protest is necessary to preserve a claim »⁶⁰³.

La renonciation est la réaction à un « act » antérieur, la prise de possession de l'île (qui se rapprocherait d'une déclaration ou d'une « claim »⁶⁰⁴ ; l'État considère que l'île est sous sa souveraineté). Comme dans le traitement de la protestation, Oppenheim prend un soin particulier à préciser que la renonciation ne peut pas systématiquement s'inférer du silence : ce n'est qu'en présence d'une charge de réagir que l'inertie vaut acquiescement.

⁶⁰² « On the other hand, if a State acquires knowledge of an act which it considers internationally illegal, and against its rights, and nevertheless does not protest, this attitude implies a renunciation of such rights, provided that a protest would have been necessary to preserve a claim ».

⁶⁰³ L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, vol. I, *Peace*, *op. cit.*, p. 651.

⁶⁰⁴ Cf. les occurrences du terme « a claim » ; il s'agirait d'un « international act » supplémentaire, absent de l'énumération en p. 648. Voy. *ibid.*, pp. 238, 335, 341, 387, 396, etc.

Ces développements marquent la fin de notre section historique et des recherches d'attestations. Certes les actes unilatéraux autonomes ne sont pas encore perçus comme des sources du droit, l'acquiescement est abordé à travers la protestation, mais tous les ingrédients sont présents pour son développement et son autonomisation ultérieurs. L'étape suivante consiste à le détacher de la protestation ou à l'y opposer frontalement. De même, un processus d'abstraction qui prend appui sur la prescription, la coutume, la renonciation tacite et la reconnaissance tacite est apte à donner les linéaments de l'acquiescement. Les développements d'Oppenheim offrent le cadre idéal pour comprendre la position de l'acquiescement lors de sa maturation. Au gré de son apparition ultérieure dans des affaires internationales, il sera ensuite plus fortement étudié et présenté pour lui-même, jusqu'à donner ses premiers fruits.

III. *Synthèse*

Il est indubitable que les occurrences de l'acquiescement se répètent à travers l'histoire juridique. Le processus de perte ou de renonciation à un droit en raison d'une inertie est largement attesté, et ce dans toutes les époques juridiques sous examen, y compris les plus anciennes. Le consentement tacite fonctionne généralement dans une dynamique de sanction contre l'abstention négligente (ou « négligence induite »).

Les préoccupations au cœur de ce processus sont communes avec l'acquiescement tel qu'il se manifeste après la création des Nations Unies. La paix sociale, la certitude juridique, la stabilité, la protection de l'effectivité et de la bonne foi, ainsi que le binôme récompense de la diligence/sanction de la négligence sont des valeurs protégées par l'acquiescement. La *ratio legis* de l'acquiescement est ainsi largement conçue : elle peut avoir pour but de protéger une situation de fait – peu importe son origine illicite – ou de sanctionner une abstention « coupable ».

Nous avons pris soin de préciser que la généalogie stricte de l'acquiescement n'était pas à l'ordre du jour dans ces recherches historiques. Par la force des choses, la dernière section (*supra*, Ch. 2.II.E.2) peut néanmoins être lue dans cette perspective. Comme l'époque de « l'émancipation » du droit international précède immédiatement la diffusion de l'acquiescement, des racines sont identifiables. Oppenheim (*supra*, Ch. 2.II.E.2.f) présente une

protohistoire de l'acquiescement. Il n'apparaît certes pas encore en son nom propre, mais l'ensemble de ses caractéristiques sont réunies.

L'acquiescement est le résultat d'influences nationales et internationales⁶⁰⁵. La décentralisation de l'ordre international repousse le problème de la mise en œuvre sur les États ; en l'absence de tribunaux obligatoires, les conflits ne doivent pas durer éternellement. Une solution est de condamner l'absence d'opposition. L'acquiescement apporte une contribution bienvenue dans cette optique : en exigeant que les États protestent sous peine de perdre leur droit de fond ou leur droit d'ester, la paix sociale est – sinon garantie – du moins améliorée. L'inaction des États est sanctionnée quand et parce qu'elle porte atteinte aux valeurs du système juridique.

Cette « condamnation » de la négligence a d'abord été très disparate, les occurrences concernent les sujets les plus divers. Un tressage se met progressivement en place ; les prescriptions acquisitive et extinctive se rapprochent. Au fil de ce tressage, les consentements exprès et tacite sont de plus en plus souvent mentionnés ensemble, comme des équivalents. Pour terminer, une généralisation de l'acquiescement est possible ; elle comporte des éléments articulés entre eux de manière chronologique et dont l'effet s'assimile au consentement⁶⁰⁶. La collation aboutit à l'image suivante : un sujet accomplit un acte, adopte un comportement ; son adversaire peut être tenu de réagir pour éviter une modification de sa situation juridique. Les circonstances, de même que le domaine juridique pertinent, sont des facteurs essentiels pour préciser le fonctionnement du mécanisme. En cas d'absence de réaction, de tolérance, d'inertie, de silence, l'adversaire sera considéré comme ayant perdu le droit en cause (la modification juridique, peu importe en quoi elle consiste, se fait à son détriment). La définition juridique de l'acquiescement propre au droit international était déjà absorbée et distillée dans les ordres juridiques préexistants.

⁶⁰⁵ L'histoire généalogique de l'acquiescement est très certainement solidaire de l'histoire de l'incorporation des actes unilatéraux dans les sources du droit international public. Il nous faudrait – par exemple – prendre pour appui les travaux de la CPJI et de la rédaction de son article 38, précurseur de l'actuel article 38, § 1, lit. c SCJ. La reconnaissance et la renonciation sont des actes unilatéraux qui peuvent aussi être accomplis tacitement. La protestation rétroagit sur l'acquiescement. La théorisation des sources et des actes unilatéraux a ainsi pu contribuer à une prise de conscience de l'existence de l'acquiescement.

⁶⁰⁶ L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, vol. I, *Peace*, op. cit., pp. 650-651.

L'acquiescement s'est illustré comme une forme vivante et particulièrement souple, ce survol historique a confirmé que plusieurs courants seront pertinents pour l'étude des prochains chapitres. Par exemple les liens avec d'autres institutions présentes dans le droit international postérieur à la création de l'ONU (la perte du droit de demander réparation ; le renouvellement tacite des traités ; etc.). Mais aussi en indiquant les éléments pertinents pour l'acquiescement qu'il est possible d'étudier en général en droit international (la construction juridique de la connaissance ; la protestation en tant qu'acte unilatéral). L'effet de l'acquiescement, nous ramène, lui, à s'attarder sur le consentement et ses conséquences (*infra*, Ch. 6). Les valeurs portées par l'institution suscitent quelques remarques (*infra*, Ch. 3.I). Le couple tacite/implicite fera l'objet de plus amples élaborations (*infra*, Ch. 3.II).

Dans l'immédiat, nous étudierons les relations de voisinage de l'acquiescement avec d'autres institutions internationales. Le travail de comparaison de la partie historique se poursuit d'une certaine manière, mais avec un regard uniquement réceptif aux formes juridiques qui se concrétisent après la création de l'ONU. Ce faisant, nous espérons obtenir une cartographie (ou photographie) de l'acquiescement dans l'ordre juridique international. Cette comparaison et différenciation avec d'autres institutions aura pour résultat de définir les limites « externes » de l'acquiescement.

CHAPITRE III

LA PLACE DE L'ACQUIESCEMENT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Ce chapitre dessine la réception de l'acquiescement dans l'ordre juridique international. Il débute par l'origine assignée à l'acquiescement (bonne foi, sécurité juridique, protection de la volonté exprimée) et recense dans un second temps les institutions voisines de l'acquiescement ⁶⁰⁷.

I. Les valeurs de l'acquiescement

La doctrine conçoit généralement l'acquiescement comme une concrétisation de la bonne foi ⁶⁰⁸. La bonne foi, la sécurité juridique, la protection des attentes légitimes commandent d'interpréter objectivement les comportements constitutifs d'acquiescement et de les reconduire aux apparences qu'ils peuvent créer auprès du destinataire. Cette conception va généralement de pair avec une définition de l'acquiescement en tant que fait juridique ⁶⁰⁹.

À l'inverse, l'acquiescement peut aussi être conçu comme une application du principe *pacta sunt servanda* : le silence de l'État face à une situation qui nécessite une réaction est une manifestation de volonté (*qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset*) ⁶¹⁰. L'acquiescement débouche sur le consentement, manifesté par le silence. Il a été souligné que la volonté – et donc le consentement – est fictive dans ce cas ⁶¹¹. Cette conception est solidaire d'une définition de l'acquiescement en tant qu'acte juridique ⁶¹².

⁶⁰⁷ D'autres institutions auraient pu être passées en revue (par ex. la pratique subséquente).

⁶⁰⁸ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, édition électronique, p. 327, § 4 ; P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, Thèse, Paris, 1992, p. 302.

⁶⁰⁹ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, édition électronique, p. 353, § 41.

⁶¹⁰ V. D. DEGAN, *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, p. 349, § 73 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, 2018, p. 265, § 173.

⁶¹¹ V. D. DEGAN, *Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 349, § 73 ; P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, p. 311.

⁶¹² P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, p. 260.

Ces deux conceptions ont pour point commun d'adopter un *point de vue* pour déterminer la valeur à la source de l'acquiescement. En se plaçant aux côtés des États destinataires des comportements sources d'acquiescement, les effets objectifs de ces comportements seront mis en exergue et reconduits aux valeurs de la bonne foi et de la sécurité juridique, valeurs fondamentales de l'ordre juridique international. En se plaçant du côté de l'État acquiesçant, c'est la possibilité d'interpréter les comportements comme une manifestation de volonté qui sera mise au premier plan. Ces points de vue ne font que trahir les courants de fond volontaristes et objectivistes. Le but n'est pas ici de trancher entre les deux courants – sans compter qu'on pourrait y voir un faux dilemme. Nous nous inspirons librement d'une approche mise en œuvre par A. Marie dans sa thèse⁶¹³. Chacun des deux courants est apte à éclairer des aspects variés de l'acquiescement : par choix⁶¹⁴ il est possible qu'un État préfère exprimer sa volonté par des moyens moins visibles qu'un traité ou qu'un acte unilatéral et que ses comportements lui soient opposés⁶¹⁵, parvenant au même résultat par des moyens détournés. Une approche casuistique s'appuyant sur l'un ou l'autre courant est aussi envisageable : il est des cas où une volonté peut être reconstruite (si la ligne de conduite est suffisamment univoque et ne se prête pas à d'autres interprétations⁶¹⁶), d'autres où la sécurité juridique commande de protéger la situation de l'État qui s'est fondé sur les apparences créées. L'acquiescement est essentiellement une reconstruction judiciaire (*cf.* Ch. 7), ce qui n'implique pas que la volonté soit absente *ab initio* : l'État change d'avis ou le gouvernement change⁶¹⁷, revient sur ces positions, créant ainsi les conditions d'un différend international. La volonté peut être présente, mais elle n'est tout simplement pas pertinente en tant que condition de l'acquiescement.

⁶¹³ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 50.

⁶¹⁴ Ce choix implique que l'État est conscient des conditions de l'acquiescement.

⁶¹⁵ E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leyde, Brill, 2015, p. 104.

⁶¹⁶ La CJJ indique que la preuve indirecte d'une intention génocidaire est possible : « [P]our déduire l'existence du *dolus specialis* d'une ligne de conduite, il faut et il suffit que cette conclusion soit la seule qui puisse raisonnablement se déduire des actes en cause », affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, 3 février 2015, CJJ, *Rec. 2015*, p. 60, § 148.

⁶¹⁷ *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, 18 novembre 1960, CJJ, *Rec. 1960* ; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 355-356.

Est-il possible de dépasser le clivage (*tertium non datur*) entre la vision centrée sur l'État et celle centrée sur l'ordre juridique (système) ? A. Marie propose une vision unificatrice :

« C'est en effet à une manifestation silencieuse de la volonté que le droit attribue la fonction d'assurer la sécurité juridique des rapports de droit, d'une part, et cette manifestation est l'équivalent de la plus expresse et explicite des volontés, d'autre part » ⁶¹⁸.

Marie opère la jonction entre le système (sécurité juridique) et la volonté de l'État, jonction qui permet de sauvegarder les deux termes de l'équation, mais à forte coloration volontariste tout de même. En dehors de ce clivage, le principe d'effectivité peut apporter des solutions nouvelles, on se réfère ici à l'effectivité, non au sens de la victoire du fait sur le droit, mais de la prise en compte, par et au travers de moyens juridiques, du fait ⁶¹⁹. La valeur protégée par l'effectivité serait celle de la correspondance du droit aux faits, permettant de sauvegarder l'opération et l'emprise du droit sur la réalité. Dans cette optique, l'acquiescement transforme une situation de fait en situation de droit, les différends territoriaux illustrent cette conception de l'acquiescement-régularisation ⁶²⁰. Le principe « *quieta non movere* » va dans le même sens : la situation factuelle est juridiquement sanctifiée pour garantir l'adéquation du fait et du droit ⁶²¹. L'effectivité ne se cantonne pas à protéger la sécurité juridique par la stabilité des relations internationales, elle va au-delà en garantissant l'efficacité de l'ordre juridique, son emprise sur le fait.

⁶¹⁸ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 51.

⁶¹⁹ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, Panthéon Assas, 2010, p. 141, nos italiques : « [L]a plupart des systèmes de droit attribuent [...] une valeur particulière à ce qui est effectif : c'est cette idée qui inspire, par exemple, certains modes d'acquisitions des droits, tels que l'occupation [...] et la prescription acquisitive ». F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 243-244 et 573-576 (néanmoins cet auteur nie toute possibilité d'un principe général d'effectivité : il n'existe que des applications ponctuelles de l'effectivité).

⁶²⁰ Dans les cas « short of title », l'effectivité des actes d'administration effectués à titre de souverain, combinée à l'acquiescement de l'État adverse, emporte souveraineté au profit de l'État administrant (voy. : *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, 22 décembre 1986, CIJ, Rec. 1986, pp. 586-587, § 63).

⁶²¹ I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *BYBIL*, 1954, vol. XXXI, p. 152 ; aff. des *Grisbadarna*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 161 : « Il faut s'abstenir autant que possible de modifier l'état des choses existant de fait et depuis longtemps ». P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 305 : l'acquiescement est rattaché à la stabilité des relations internationales.

L'acquiescement s'oppose *a priori* au principe de la légalité car il s'agit d'un comportement envers lequel il était possible (voire nécessaire)⁶²² d'élever une protestation. Il consiste souvent en un empiètement *initialement* non autorisé sur le droit d'un tiers. C'est oublier que l'acquiescement fait partie de l'ordre juridique et participe ainsi pleinement au principe de la légalité⁶²³.

Les valeurs au soubassement de l'acquiescement peuvent être ramenées à trois axes principaux : la bonne foi (*lato sensu*, en y incorporant la sécurité juridique notamment), la volonté de l'État, et l'effectivité du droit. L'acquiescement est loin d'être une institution unitaire : ces différentes valeurs peuvent entrer en concurrence, et trouver plus d'écho selon les domaines.

II. *Distinctions et institutions parentes*

Il y a tout d'abord les institutions proches de l'acquiescement, soit qu'elles s'appliquent à des faits similaires (les comportements, le temps, les occasions de protester ; l'*estoppel*), soit qu'elles visent des buts similaires (entérinement d'une situation ; la prescription, la désuétude) ou parviennent à des effets juridiques similaires (création, perte ou changement d'un droit subjectif ; le consentement et la renonciation tacites). Une même institution peut se retrouver dans plusieurs de ces compartiments, l'*estoppel* par exemple se sert des faits proches et vise un but similaire à l'acquiescement. Il y a ensuite les institutions qui se servent de l'acquiescement comme d'une partie intégrante de leurs conditions : les actes unilatéraux sous forme tacite, la coutume locale ou bilatérale. La distinction entre les institutions qui intègrent l'acquiescement et celles qui sont proches de l'acquiescement n'est pas perméable.

⁶²² La possibilité d'un acquiescement à la violation d'une norme de *ius cogens* et d'obligations *erga omnes* sera traitée ailleurs (cf. Ch. 4.II.C). Elle est en principe exclue (M. PAYANDEH, « Modification of Peremptory Norms of General International Law », in D. TLADI (éd.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens), Leyde, Brill, 2021, pp. 126-127).

⁶²³ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 157, § 96 : « Dans la plupart des hypothèses, il n'y a aucune antinomie entre la protection de la sécurité juridique et le respect de la légalité. Il est même possible de dire que le maintien d'un rapport de droit et la possibilité d'un acquiescement silencieux à celui-ci participent de la même démarche que le respect de la légalité » et p. 395, § 249 : « La sécurité juridique, sous ses aspects de prévisibilité et de stabilité des rapports, implique en effet à la fois un maintien du droit et une nécessaire adaptation du droit au fait dans la mesure où l'existence durable d'une situation de fait qu'il convient alors de consacrer légalement. On respecte ainsi la légalité tout en acceptant son éventuelle modification par le "fait" contraire ».

A. Le consentement ou l'accord tacites

Il est habituellement mentionné, dans une formule du type « le consentement de l'État, y compris tacite... »⁶²⁴, sans toutefois être analysé. Aucune forme n'est prescrite pour exprimer son consentement en droit international (caractère non formaliste du droit international). L'effet juridique du consentement tacite peut être la création d'un accord tacite comme la CIJ le confirme⁶²⁵. En deçà de cette possibilité, le consentement tacite dénote simplement la possibilité pour un État de faire connaître sa volonté par un moyen non formaliste, de « donner son assentiment »⁶²⁶.

Le consentement tacite doit être distingué du consentement implicite, et, de manière plus large, le *tacite* de l'*implicite*. Le consentement tacite est induit à partir des faits, des comportements, il est reconstruit sur la base des circonstances, il existe, mais est tu⁶²⁷. Le consentement implicite est dépendant de l'interprétation d'un autre acte dans lequel il est déjà contenu. L'implicite, c'est ce qui est impliqué, présupposé⁶²⁸,

⁶²⁴ M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, ad. art. 11, p. 177, § 11 ; ad art. 14, p. 210, § 9 ; ad art. 15, p. 220, § 9 ; ad art. 36, p. 485, § 5 ; O. DÖRR, « Article 31 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlin, Springer, 2012, p. 552, § 69.

⁶²⁵ *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 447-448, § 304 ; *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec. 2014*, pp. 36-37, §§ 90 et 91.

⁶²⁶ Le consentement d'un État n'en rencontre pas forcément un autre : il est des consentements « unilatéraux ». L'État a la volonté de faire quelque chose, par ex. il exprime son consentement à être lié par un traité multilatéral (art. 11 CVDT). Dans ce cas, le consentement de l'État produit un effet juridique car il vient s'inscrire dans un cadre prédéterminé. Dans les termes de D. Anzilotti : « [C]e n'est pas la volonté comme telle qui produit des effets, mais le droit qui y rattache des conséquences », *Corso di diritto internazionale*, 4^e éd., CEDAM, Padova, 1955, p. 305. M. Decleva (*Gli accordi taciti internazionali*, Padoue, A. Milani, 1957, pp. 14-19) développe une thèse similaire concernant les accords tacites : les comportements tacites ne produisent d'effets juridiques que s'ils rentrent dans un cadre de signification antérieur. Voy. aussi : J. SALMON, « Les accords non formalisés ou *solo consensu* », *AFDI*, vol. 45, 1999, p. 21 : « En dépit de leur forme unilatérale, ces actes ou comportements ne sont pas posés dans le vide. [...] ils s'inscrivent dans l'application d'un régime conventionnel ou coutumier qui leur est préalable ».

⁶²⁷ M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, p. 300.

⁶²⁸ « Tout ce qui est renfermé, comme le dit Grotius, dans la nature de certains actes, dont on est convenu, est tacitement compris dans la convention, ou, en d'autres termes, toutes les choses sans lesquelles ce dont on est convenu ne peut avoir lieu sont accordées tacitement » (E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, op. cit., Liv. II, ch. XV, § 234). Pour les passages ayant vraisemblablement inspiré Vattel : H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. PRADIER-FODÉRE, Paris, PUF, 2012, Livre II, Chapitre XVI, p. 396, § I et p. 406, § XX.

déduit⁶²⁹ d'autre chose. Il serait peut-être plus juste de s'y référer comme des *éléments* implicites d'un consentement, ces éléments étant ce qui, en amont du consentement, constitue son assise, les conceptions partagées, la base commune⁶³⁰.

Le partage entre tacite et implicite n'est pas toujours clair. La reconnaissance d'États nous en fournit une illustration : en se rattachant aux conceptions génériques, la reconnaissance est un *acte*⁶³¹, qui plus est *discrétionnaire*⁶³², et donc expression d'une volonté de l'État auteur de la reconnaissance. On devrait ainsi parler de reconnaissance « tacite » en ce que la volonté existe, mais est passée sous silence. Mais cela ne semble généralement pas être le cas : dans les ouvrages topiques de Lauterpacht et Verhoeven, l'expression retenue est celle de reconnaissance implicite⁶³³ (ou *implied recognition*). Cet usage s'explique par le fait qu'en matière de reconnaissance d'États, les comportements dont on peut extraire une volonté sont des actes formels (la conclusion d'un traité⁶³⁴ ou l'établissement de relations diplomatiques⁶³⁵).

Dans l'optique d'explicitier cette distinction entre le tacite et l'implicite, faisons un excursus dans un autre acte unilatéral, la renonciation. La renonciation peut être expresse ou tacite⁶³⁶, le silence est à l'honneur dans ce second mode⁶³⁷. L'abandon « abdicatif »⁶³⁸

⁶²⁹ M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, op. cit., p. 300.

⁶³⁰ L'implicite peut aussi avoir une acceptation téléologique à l'exemple des compétences implicites des organisations internationale. J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, 3^e éd., Cambridge, CUP, pp. 56-58.

⁶³¹ La reconnaissance compte parmi les actes juridiques unilatéraux, cf. E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, op. cit., pp. 30 et s.

⁶³² P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2008, pp. 97-98, § 96.

⁶³³ H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, CUP, 1948, pp. 369 et s. ; J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975, pp. 348 et s. Verhoeven définit pourtant la reconnaissance implicite comme « la possibilité de dégager d'un comportement étatique une reconnaissance qui y serait virtuellement contenue sans être formellement exprimée ».

⁶³⁴ H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, op. cit., pp. 371 et s. ; J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, op. cit., pp. 390 et s.

⁶³⁵ H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, op. cit., pp. 381 et s. ; J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, op. cit., pp. 355 et s.

⁶³⁶ A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1960, pp. 89 et s., pp. 124 et s.

⁶³⁷ *Ibid.*, pp. 124 et s.

⁶³⁸ « Abdicativo » en italien. En matière territoriale, le territoire (re)devient une *res nullius* suite à un abandon abdicatif (abandon « absolu »). L'abandon translatif (« relatif ») ne se distingue pas de la cession quant à ses effets : le territoire change de souverain sans devenir une *res nullius*, l'abandon se fait au profit (est assorti d'une condition) d'un autre

d'un territoire (ou déréliction) est un cas de renonciation tacite. En matière territoriale, comme le révèle l'affaire de l'île de *Clipperton*, la déréliction résulte de la conjonction de l'*animus* et de la cessation de la possession effective (ou abandon)⁶³⁹. En l'absence de déclaration expresse en ce sens, l'*animus derelinquendi* se déduit (de l'absence) d'actes exercés sur l'île⁶⁴⁰. À côté de cet exemple de renonciation tacite (la volonté – ici *animus derelinquendi*, existe mais est tue), il existe des renonciations implicites. C'est en particulier en matière d'immunité que les termes de renonciations implicites (*implied waiver*) sont présents : le raisonnement suivi est que la conclusion d'un accord d'arbitrage, l'action intentée devant les tribunaux de l'État hôte, ou encore l'entreprise d'activités commerciales par l'État peuvent valoir renonciation à l'immunité⁶⁴¹.

Ces considérations sur la distinction entre tacite et implicite nous amènent aux considérations suivantes : tacite et implicite ne sont pas perméables. Un acte implicite peut englober une manifestation tacite de volonté. Les reconnaissances et renonciations implicites sont déduites d'un acte (au sens large, une action de l'État), acte qui possède déjà une valeur intrinsèque. Ainsi de l'établissement de relations diplomatiques, de la conclusion d'un accord d'arbitrage. Dans ces cas, la manifestation tacite de volonté peut exister, mais elle est occultée par l'acte qui en témoigne. Il n'est

État : A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., pp. 21 et s. ; K. WOLFF, « Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 36, 1931-II, p. 512. Sur cette différence entre *derelictio* et cession, voy. aussi la sentence de la Cour de cassation italienne du 26 août 1950, *Sorkis v. Amed*, 17 ILR 101, p. 103 : « [T]he letter and the spirit of the Treaty lead to the conclusion that the latter envisaged only a unilateral renunciation and *derelictio*, and did not contemplate a cession in the true sense of the word in favour of a particular body ». Et, plus loin : « [T]he parties were aware of, and applied, the distinction between cession and renunciation. The former implies a transfer of a territory by one entity to another, the latter means simply the release of rights by an entity without a transfer to another ».

⁶³⁹ Affaire de l'île de *Clipperton* (*Malaisie c. Singapour*), Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1110-1111 : « Il n'y a aucun motif d'estimer que la France ait ultérieurement perdu son droit par *derelictio*, puisqu'elle n'a jamais eu l'*animus* d'abandonner l'île, et le fait de n'y avoir pas exercé son autorité d'une manière positive n'implique pas la déchéance d'une acquisition déjà définitivement achevée [italiques dans l'original] » ; A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., pp. 150-151.

⁶⁴⁰ G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *RCADI*, 1964, vol. 112, p. 461 ; A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., pp. 162-164.

⁶⁴¹ Lady H. Fox et Ph. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2013, pp. 392-393 ; S. SUCHARTIKUL, « Immunities of foreign states before national authorities », *RCADI*, vol. 149, 1976, p. 190.

pas inconcevable que la conclusion d'un traité avec un État non formellement reconnu poursuive le double objectif de régler la question matérielle objet du traité et, en même temps, de témoigner de la reconnaissance de cet État. La particularité, source de la confusion entre tacite et implicite, est que la part implicite de l'acte (*i.e.* la conclusion d'un traité *présuppose* la reconnaissance de la qualité d'État) constitue en même temps le support de la manifestation tacite de volonté (la reconnaissance tacite de l'État). L'avantage de la construction reposant sur l'implicite est sa plus grande objectivité : exhumer une hypothétique volonté n'est pas nécessaire, les éléments implicites de l'acte sont cherchés grâce aux outils interprétatifs.

Revenons au consentement et à l'accord tacites dans leurs rapports avec l'acquiescement : l'accord tacite est postérieur à l'acquiescement, il en constitue un des effets juridiques possibles. Dans le *Différend maritime* entre le Pérou et le Chili, le point d'appui utilisé par la Cour pour parvenir à la conclusion qu'une frontière maritime existe est « l'accord de 1954 relatif à une zone de frontière maritime spéciale »⁶⁴², accord qui se référait explicitement à une frontière maritime préexistante. La Cour n'analyse pas la *création* de cet accord, elle en constate l'*existence* et se retranche derrière « la reconnaissance expresse de son existence par les parties [qui] repose nécessairement sur un accord tacite intervenu entre elles auparavant »⁶⁴³. C'est à travers l'établissement du *contenu* de cet accord (l'étendue de la frontière maritime convenue, potentiel et activités halieutiques)⁶⁴⁴ et notamment de son étendue à 80 miles que la Cour reviendra plus en détail sur les comportements des parties.

Le rapport entre l'établissement de l'existence de l'accord tacite et de son contenu est problématique⁶⁴⁵ (et cela vaut aussi pour l'accord de l'article 31, § 3, lit. b) CVDT et est encore plus marquant

⁶⁴² *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec. 2014*, pp. 37-38, §§ 90 et 91. Le passage pertinent de l'accord est le suivant : « Une zone spéciale est créée par le présent accord à une distance de [à partir de] 12 milles marins de la côte et avec une largeur de 10 milles marins de part et d'autre du parallèle qui constitue la frontière maritime [el límite marítimo] entre les deux pays », p. 35, § 81, crochets et italiques dans l'original.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 38, § 91. La Cour est peut-être parvenue à l'accord tacite par nécessité : les parties y font référence, le « reconnaissance expressément » dans l'Accord de 1954, et comme il n'existe pas d'accord en forme écrite, il ne reste plus que la possibilité que celui-ci soit tacite.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, pp. 41-45, §§ 103-111.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, Opinion individuelle du juge Owada, p. 88, § 6, lit. a) : « [L]a Cour affirme, quelque peu péremptoirement, que les Parties, en concluant l'accord de 1954, ont reconnu l'existence entre elles d'une frontière maritime à vocation générale, mais elle n'indique ni

pour l'acquiescement⁶⁴⁶) : les mêmes faits servent les fonctions d'établissement de l'existence de l'accord et de son contenu⁶⁴⁷. L'affaire entre la Somalie et le Kenya confirme cette tendance⁶⁴⁸. Dans la pratique subséquente, ce sont les comportements adoptés sur la base de l'accord préexistant qui permettent d'établir cet accord, accord qui est donné comme antérieur à ces actes. Pour rapporter ces ébauches aux catégories de l'*instrumentum* et du *negotium*⁶⁴⁹, le *negotium* serait divisé entre volonté relative à la création de l'acte et volonté relative au contenu de l'acte. Cette distinction paraît artificielle : un accord ne peut qu'avoir un certain contenu et ce contenu ne peut que témoigner de l'accord⁶⁵⁰. Cette question apparaît aussi en lien avec les traités écrits, en témoigne l'affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*⁶⁵¹. Que les mêmes faits puissent servir deux buts différents est la marque de l'ordre juridique sur la réalité : le droit crée des catégories selon ses propres critères, sans toujours tenir compte des identités présentes hors de son système. Lors des plaidoiries de l'affaire du *Différend maritime*,

comment ni quand cet accord est intervenu, et ne précise pas non plus en quoi il consiste [italiques ajoutés] ».

⁶⁴⁶ L'acquiescement est établi par référence aux comportements des parties, ces comportements manifestent l'acquiescement en même temps qu'ils délimitent sa portée.

⁶⁴⁷ J. D'Aspremont note au sujet de la différence entre la vérification de l'existence d'un accord et l'établissement de son contenu, que les « criteria to carry out the former are not necessarily the same as those relied on to achieve the latter » (« The International Court of Justice and tacit conventionality », *QIL*, Zoom-in 18, 2015, pp. 12-13).

⁶⁴⁸ *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, pp. 227-228, §§ 51-52.

⁶⁴⁹ G. DISTEFANO, « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *QIL*, Zoom-in 18, 2015, p. 21.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 24 : aussi en lien avec l'affaire du *Différend maritime* : « En effet, la constatation d'un accord tacite se rapproche sensiblement de l'opération intellectuelle visant l'établissement d'une règle coutumière, car prouver un accord tacite revient toujours à en déterminer par la même occasion le contenu ».

⁶⁵¹ *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, Compétence et recevabilité, 1^{er} juillet 1994, CIJ, *Rec. 1994*, p. 121, § 25 : « [Cet instrument] énumère les engagements auxquels les Parties ont consenti. Il crée ainsi pour les Parties des droits et des obligations en droit international. Il constitue un accord international », à lire avec la p. 122, § 29 : « La Cour ne trouve par ailleurs pas d'élément au dossier qui lui permettrait de déduire de la méconnaissance éventuelle par Qatar de ses règles constitutionnelles relatives à la conclusion des traités ; que celui-ci n'avait pas l'intention de conclure ou ne considérait pas avoir conclu un instrument de cette nature ; et une telle intention, même si elle était établie, ne saurait prévaloir sur les termes mêmes de l'instrument concerné [nos italiques] ». Il y a accord quand des droits et obligations sont créés, l'intention de créer cet accord est dépendante de la présence de droits et obligations (« les termes mêmes de l'instrument »).

L. Condorelli, agent du Chili, avait plaidé l'application de l'article 31, § 3, lit. b) CVDT, la Cour s'écarta de son appréciation, mais les faits restent les mêmes⁶⁵².

Une différence majeure est que l'accord tacite est un acte juridique *bilatéral*, tandis que l'acquiescement est un fait juridique⁶⁵³. Cette classification ne fait pas l'unanimité en doctrine⁶⁵⁴ : le silence en tant que possible expression de la volonté est au cœur du problème. On se limitera pour l'instant à mentionner quelques différences entre l'acquiescement et l'accord tacite et on insistera donc sur l'acquiescement comme fait juridique. En termes de volonté, le seuil d'exigence est moins élevé dans l'institution comparable de la pratique subséquente (31, § 3, lit. b) CVDT) : l'unanimité, y compris par la non-opposition, suffit à remplir les conditions de l'accord ; il ne s'agit pas d'un traité au sens de l'article 2 CVDT, mais de *se mettre d'accord* ou de *tomber d'accord* sur l'interprétation à retenir)⁶⁵⁵. La recherche de la volonté est une condition *sine qua non* de l'accord tacite, et il ne s'agit pas de la volonté d'un des deux États, mais de la rencontre des deux volontés⁶⁵⁶. L'accord tacite ne concerne pas seulement la conclusion de traités, il peut aussi prendre la forme d'un accord tacite d'abrogation de traité⁶⁵⁷. Du point de vue des conditions à remplir, l'accord tacite exige plus que l'acquiescement. Un tempérament important est que la volonté est tirée du contenu de l'accord, elle n'est pas établie de manière autonome.

⁶⁵² *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, Compte rendu, Audience publique, 7 décembre 2012, CR 2012/32, p. 44, § 3.

⁶⁵³ G. DISTEFANO, « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *op. cit.*, p. 26.

⁶⁵⁴ P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 311-312 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 657, § 427, au sujet du silence : « Au bénéfice de ce que nous avons dit dans la seconde partie de l'étude, il est en effet à présent possible d'affirmer que les effets identifiés dans la première partie ne sont pas simplement les équivalents de ceux d'un acte juridique. Ils sont les effets d'une manifestation de la volonté. Le silence est ainsi, en fonction de ce qui est la condition de sa pertinence légale, la manifestation d'une volonté de refuser, de renoncer, de reconnaître l'existence ou le maintien en vigueur d'un rapport de droit ou encore de consentir à la formation ou à l'opposabilité d'un tel rapport ». Le silence (dont un des effets est l'acquiescement *silencieux*) constitue au moins un acte juridique unilatéral suivant cette thèse.

⁶⁵⁵ R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, 1^{re} éd., Oxford, OUP, 2008, pp. 235 et 239 (« It is sufficient if there is a practice of one or more parties and good evidence that the other parties have endorsed the practice ») ; I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 61-63, § 2.3.5 *The Requirement of "Agreement"*.

⁶⁵⁶ G. DISTEFANO, « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *op. cit.*, p. 20 et pp. 23-24 ; J. SALMON, « Les accords non formalisés ou *solo consensu* », *op. cit.*, p. 20 : « Un échange de consentements non écrit ».

⁶⁵⁷ *Russian-German Commercial Treaty Case*, German Reichsgericht, 23 mai 1925, 3 ILR 262, Case n° 267, p. 355.

L'accord tacite et l'acquiescement sont analogues quant aux effets, perte, création ou modification de droits et d'obligations en sont la conséquence⁶⁵⁸. La question des auteurs de l'acquiescement ou de l'accord tacite sera abordée ailleurs⁶⁵⁹, notons déjà que les émissaires de la volonté ne s'arrêtent pas au cercle restreint de l'article 7 CVDT⁶⁶⁰.

B. *L'estoppel*

Cette institution suscite de nombreuses assimilations à l'acquiescement⁶⁶¹. La CIJ énumère ses éléments :

« [L]a 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.[1], qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante [2] son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position [3] à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque [4] »⁶⁶².

Les éléments clés de l'*estoppel* s'inscrivent dans une suite chronologique. Il faut une déclaration ou un comportement (1) – appelée « représentation »⁶⁶³ – univoque (2) qui amène un ou des États à adopter une attitude, un comportement, à « prendre des dispositions » sur la base de ces comportements antérieurs (3). Le changement de position par l'État auteur de la représentation doit résulter en un préjudice (4)⁶⁶⁴. L'*estoppel* empêche l'État de

⁶⁵⁸ Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 262 ; J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 412-415.

⁶⁵⁹ Cf. Ch. 5.I.

⁶⁶⁰ Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 244 : « Ce bref examen de la jurisprudence nous montre que les organes de l'État capables de l'engager par leur comportement sont fort divers, toutefois, les cas cités indiquent qu'il ne s'agit pas d'organes habilités par le droit international à engager les États ».

⁶⁶¹ Le titre de l'article de H. DAS s'en fait l'écho (« L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *RBDI*, 1997/2) ; Sir I. SINCLAIR, « Estoppel and Acquiescence », in V. LOWE et M. FITZMAURICE (éds), *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, CUP, 1996, p. 104 : « The concepts of estoppel and acquiescence are difficult to disentangle from other related concepts, such as recognition, admissions and recourse to subsequent conduct in the interpretation of a treaty ».

⁶⁶² *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, 20 février 1969, CIJ, *Rec.* 1969, p. 26, § 30.

⁶⁶³ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, p. 19.

⁶⁶⁴ H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 617, note 42 ; A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, pp. 293-294.

revenir sur la représentation, que celle-ci ait été adoptée volontairement ou non (l'*estoppel* procède d'une fiction)⁶⁶⁵. En plus de son application autonome, l'*estoppel* est invoqué en tant que frein à la révocation d'un acte juridique unilatéral (promesse)⁶⁶⁶. Dans cette logique, l'*estoppel* est parfois mentionné comme la conséquence d'un acquiescement⁶⁶⁷.

Si l'acquiescement peut parfois entraîner un dommage, ce dernier n'est pas érigé en condition de son fonctionnement. Nous voyons dans la condition du dommage (*detrimental reliance*) la distinction phare entre l'acquiescement et l'*estoppel*⁶⁶⁸. La condition du comportement univoque figure dans l'acquiescement. L'élément de la prise de disposition par d'autres États en raison de la représentation est une indication supplémentaire de la présence d'un acquiescement. En retournant la perspective, dans l'*estoppel*, la prise de position sur la base de la

⁶⁶⁵ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Opinion individuelle de Sir G. Fitzmaurice, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 63 : « [L]e véritable domaine d'application du principe de forclusion ou d'*estoppel*, *stricto sensu*, dans le contexte qui nous occupe, est le cas où il est possible que la partie intéressée ne se soit pas engagée ou n'ait pas accepté l'obligation en question (ou qu'il y ait possibilité d'en douter), mais où la conduite ultérieure de cette partie a été telle, et a eu des conséquences telles, qu'on ne peut lui permettre de nier l'existence d'un engagement, ou qu'elle soit liée » ; H. DAS, « L'*estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, pp. 609-610.

⁶⁶⁶ Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, Oxford, Hart, 2012, pp. 286-287 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec. 1974*, p. 472, § 46 (« Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration [l'État ne peut pas révoquer sa promesse] ») et p. 473, § 49 (« Les États intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles [en termes d'*estoppel* : modifier sa position en se fondant sur la déclaration] ; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée »). Voy. aussi les principes n° 7 et n° 10, ii) des *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques* de la CDI, ACIDI, 2006, vol. II, 2° partie.

⁶⁶⁷ *Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays*, Sentence du 11 avril 2006, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXVII, p. 179, § 104 : « Barbados maintains that Trinidad and Tobago must be considered to have acquiesced in Barbados' claims to sovereign rights to the north of the equidistance line, and is now estopped from making a belated claim to sovereign rights over that area ».

⁶⁶⁸ La condition du dommage n'est pas toujours retenue dans l'*estoppel* : Ch. DOMINICÉ, « À propos du principe de l'*estoppel* en droit des gens », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, *op. cit.*, p. 362. On oppose traditionnellement la conception extensive de l'*estoppel* (sans la condition du dommage, et en l'amalgamant aux maximes *allegans contraria non audiendus est* et *venire contra factum proprium*) à la conception restrictive (avec la condition du dommage) : A. KULICK, « About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: Estoppel in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals », *EJIL*, vol. 27 (1), 2016, pp. 110-111 ; A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, pp. 73-172.

représentation conduit au dommage⁶⁶⁹. Eriger cet élément de modification de la position en condition est nécessaire si le dommage figure lui aussi comme condition⁶⁷⁰. Ces deux conditions sont solidaires⁶⁷¹.

L'économie de moyens⁶⁷² dont les Cours font preuve nous pousse à accorder une importance capitale au dommage dans cette comparaison. Face aux mêmes faits, *estoppel* et acquiescement peuvent trouver application⁶⁷³, en cas de dommage, le premier sera privilégié car il est plus caractéristique⁶⁷⁴. L'*estoppel* et l'acquiescement sont des *(re)constructions judiciaires*, le juge doit à la fois retenir les faits qui lui paraissent les plus pertinents et décider de la manière de les enchâsser dans une narration⁶⁷⁵.

Que nous apprend la doctrine au sujet des différences ou des relations entre acquiescement et *estoppel* ? En se basant sur une analogie de droit réel anglais, Bowett cite des exemples d'affaires où l'absence de réaction (constituant un acquiescement) est ensuite opposée à titre d'*estoppel*⁶⁷⁶. Il dresse ensuite la liste des conditions pour qu'un acquiescement puisse mener à l'invocation d'un *estoppel* :

« Before estoppel can be invoked on the basis of one party's acquiescence or inaction the following conditions would in our submission, be essential:

(i) The purported acquisition of some right or interest by State A in ignorance of State B's conflicting right or interest.

(ii) Actual or constructive knowledge by State B that State A purports to be acquiring some right or interest in conflict with its own right or interest.

⁶⁶⁹ Ch. DOMINICÉ, « À propos du principe de l'estoppel en droit des gens », *op. cit.*, p. 358 : « si l'État se voit opposer ses propres comportements, c'est précisément parce que l'autre partie a subi un préjudice ».

⁶⁷⁰ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, p. 300.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 27.

⁶⁷² Pour parvenir à une solution identique, le moyen juridique le plus expéditif, rapide, évident, simple à satisfaire est privilégié. Voy. aussi : Ch. 7.IV.c.3.

⁶⁷³ H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 625 et p. 608.

⁶⁷⁴ Par analogie à *lex specialis derogat generalis*.

⁶⁷⁵ F. DI DONATO, *La "costruzione giudiziaria" del fatto*, Thèse [manuscrit], Naples/Neuchâtel, Università degli studi di Napoli « Federico II »/Université de Neuchâtel, 2007, p. 214 : « Dal contraddittorio, caratterizzato dal racconto delle parti e/o dei testimoni, non emerge, infatti, un'unica narrazione complessiva del fatto *cosicché il compito del giudice è di scegliere tra le narrazioni contrapposte delle due parti o di costruire una propria narrazione del fatto*. In entrambe le ipotesi, la sua decisione rappresenterà il momento finale della complessa operazione di "costruzione giudiziaria" del fatto » (nos italiques).

⁶⁷⁶ D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *BYBIL*, vol. 33, 1957, p. 198.

(iii) Silence or inaction by State B such as to lead State A to suppose it possessed no conflicting right or interest.

(iv) Some detriment to State A as a result of reliance upon the silence or inaction of State B, or some gain to State B as a result of State A's action » ⁶⁷⁷.

La bonne foi est centrale pour qu'un acquiescement puisse donner lieu à l'*estoppel* ⁶⁷⁸ (« in ignorance of State's B conflicting right or interest »). Au contraire, l'acquiescement en général se caractérise par l'empiétement (« encroachment ») sur le droit d'un tiers, *même en connaissance du droit du tiers*. La nécessité de protester montre que l'acquiescement peut supporter une configuration où la mauvaise foi de l'État excédant ses droits n'exclut pas l'acquiescement de l'État « lésé » ⁶⁷⁹. Si un tribunal ne retient pas l'acquiescement, les droits de l'État « lésé » seront réaffirmés, il devrait pouvoir exiger des réparations.

McGibbon soutient également qu'une forme particulière d'acquiescement provoque un *estoppel* :

« acquiescence was as apt to found an estoppel as recognition, provided that the circumstances were such that acquiescence could be equated with recognition or consent, and subject to the limitations normally associated with the doctrine of acquiescence » ⁶⁸⁰.

L'*estoppel* est désigné comme la conséquence d'un acquiescement silencieux qui manifesterait un consentement. McGibbon ne va pas au-delà d'établir qu'un acquiescement lie l'État, qui ne pourra plus revenir sur sa position, et d'identifier cette conséquence à un *estoppel* ⁶⁸¹. Cette construction présente peu d'utilité : une fois l'acquiescement admis, son effet est de créer, modifier ou abandonner des droits. Et une fois qu'un droit existe, sa violation est sanctionnée pour elle-même, et pas en référence à son processus de création (peu importe qu'un droit prenne naissance grâce à

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 200 (notes omises).

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 201 : de mauvaise foi, l'acquiescement peut jouer un rôle dans l'acquisition de « titres prescriptifs », l'affaire des *Pêcheries* est citée (*Royaume-Uni c. Norvège*, 18 décembre 1951, *CIJ, Rec. 1951*).

⁶⁷⁹ *Contra*, J. BENTZ, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *RGDIP*, vol. 67, 1963-I, p. 89 : « L'État qui prétend acquérir un droit doit être de bonne foi ; il doit ignorer l'atteinte qu'il porte aux droits de son partenaire. Il doit agir publiquement, car toute tentative de dissimulation contreviendrait à la condition fondamentale de bonne foi ». Selon nous l'action *publique* ne rend pas compte de la bonne foi, elle en est un indice, pas une preuve.

⁶⁸⁰ I. MCGIBBON, « Estoppel in International Law », *ICLQ*, 1958, vol. 7 (3), p. 501.

⁶⁸¹ *Ibid.*, pp. 500-501. Dans le même sens, au sujet uniquement de l'*estoppel* : Ch. DOMINICÉ, « À propos du principe de l'estoppel en droit des gens », *op. cit.*, p. 353.

un acquiescement)⁶⁸². A. Martin semble de cet avis quand il fait référence à l'« utilisation du terme d'estoppel pour décrire simplement l'effet d'un acte juridique unilatéral »⁶⁸³. Selon M. Kamto, « Œuvre prétorienne, la constatation de l'acquiescement intègre nécessairement l'*estoppel* : en même temps que le juge établit le consentement tacite ou non de l'État, il indique qu'il ne peut y renoncer »⁶⁸⁴. Cette citation nous permet de faire la transition entre deux ordres de considérations, ceux relatifs à l'*estoppel* comme effet de l'acquiescement, et ceux relatifs à l'*estoppel* comme création essentiellement judiciaire.

C'est dans une perspective judiciaire que l'*estoppel* comme effet de l'acquiescement présente un intérêt. Pour bien nous faire comprendre, il faut avoir à l'esprit deux hypothèses temporelles. L'acquiescement peut intervenir à une date plus ou moins rapprochée de l'arrêt⁶⁸⁵. L'examen des éléments factuels débute à des époques éloignées dans certaines décisions⁶⁸⁶. Une décision peut constater qu'un acquiescement s'est réalisé⁶⁸⁷ 10, 20 ans avant l'arrêt, ou peu de temps avant celui-ci, quoi qu'il en soit, *ce n'est qu'au jour du prononcé de l'arrêt que l'acquiescement sera définitivement établi*⁶⁸⁸. En conséquence, ce qui sera advenu entre la date de « cristallisation » de l'acquiescement et le prononcé de l'arrêt pourra être vu comme un comportement contraire à l'acquiescement et tombant sous le coup de l'*estoppel*, plutôt que de construire ce comportement comme une violation du droit que l'acquiescement a créé, modifié ou éteint.

⁶⁸² Cf. Ch. 7.V.B. et C.

⁶⁸³ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., pp. 205-210. À noter qu'il cite la reconnaissance et la renonciation, qui peuvent aussi être *tacites*. L'*estoppel* n'intervient que si l'État n'a pas consenti (*ibid.*, p. 210).

⁶⁸⁴ M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, vol. 310, 2004, p. 140.

⁶⁸⁵ Affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 80, § 223, un premier acquiescement intervient au plus tard en 1953 (l'île de Pedra Branca appartient au Royaume-Uni), la souveraineté passera ensuite à Singapour (p. 96, § 276). Des acquiescements « en chaîne » ne sont pas exclus.

⁶⁸⁶ *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, pp. 27-31 (examen depuis l'an 900 jusqu'au début du XIX^e siècle) ; *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, pp. 53-57 (à propos d'un titre féodal) ; *The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan*, Sentence du 19 février 1968, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII, pp. 15-18 (retrace l'histoire du « Rann » et des invasions depuis le XVIII^e siècle).

⁶⁸⁷ L'examen de la « date critique » est l'objet du Ch. 5.II.C.

⁶⁸⁸ De même pour l'*estoppel* : A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., p. 271.

L'estoppel se limite-t-il à des aspects procéduraux ou étend-il ses effets aux droits substantiels⁶⁸⁹ ? Le droit anglais, dont il est issu, limitait son application à la procédure⁶⁹⁰. Pour Brown, le droit international en a fait une application large et admet son opération relativement au droit lui-même⁶⁹¹. Martin souligne les incertitudes dans la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ : les affaires des *Emprunts serbes* et du *Plateau continental de la Mer du Nord* pourraient laisser penser que l'*estoppel* n'est pas limité à empêcher un État de revendiquer l'exercice de droits et que, partant, il pourrait créer, modifier ou éteindre des droits⁶⁹². Pour Martin il n'en est rien, au terme de son analyse, il arrive à la conclusion que l'*estoppel* est un moyen procédural, lié à l'administration des preuves, comme en droit interne anglais⁶⁹³. Les deux affaires des *Emprunts serbes* et du *Plateau continental* étaient reductibles à une exception : si l'*estoppel* y avait été admis, il aurait eu pour effet d'empêcher l'État de revenir sur ses attitudes initiales⁶⁹⁴. La création, l'extinction ou la modification de droit n'y apparaît pas. Un point mérite toute notre attention dans son raisonnement : l'*estoppel* « provides a shield, not a sword »⁶⁹⁵. Ce « shield » consiste dans le fait – et on opère ici la jonction entre le caractère fictif de l'*estoppel* et ses effets – de pouvoir s'opposer « à ce qu'une Partie qui a déterminé chez son adversaire une certaine conception des faits puisse administrer ensuite la preuve que les faits ont une matérialité différente »⁶⁹⁶. Le « shield » n'est pas l'apanage du défendeur à l'instance, il permet de faire abstraction de la vraie raison des faits, ce n'est que la matérialité telle qu'elle ressort de la *representation* qui est pertinente⁶⁹⁷. Chez Das, l'effet de l'acquiescement et de l'*estoppel* semble être ramené à celui d'empêcher l'invocation

⁶⁸⁹ Ch. DOMINICÉ, « À propos du principe de l'estoppel en droit des gens », *op. cit.*, pp. 331-332.

⁶⁹⁰ Et en particulier à l'administration des preuves, A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, p. 260.

⁶⁹¹ Ch. BROWN, « A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law », *op. cit.*, pp. 403-404, « [estoppel] has become a substantive device in international law » et la précision apportée en p. 405 sur la division entre droit de fond/droit procédural.

⁶⁹² A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, pp. 264-265.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 271.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 268.

⁶⁹⁵ V. D. DEGAN, *Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 345, note 15.

⁶⁹⁶ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, nos italiques.

⁶⁹⁷ H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 616 : « Il importe peu de savoir si la *représentation* correspond effectivement à la volonté réelle de l'État-auteur ».

d'un droit, il souligne toutefois lui aussi que la Cour a laissé entendre dans les affaires des *Emprunts serbes* et du *Plateau continental* que l'*estoppel* pourrait modifier des droits ⁶⁹⁸.

Das limite la confusion entre l'acquiescement et l'*estoppel* au cas où on s'en sert pour établir un consentement ou une acceptation ⁶⁹⁹. Barale retient une solution similaire ⁷⁰⁰. L'acquiescement cherche une véritable acceptation (un vrai consentement), l'*estoppel* se focalise sur protection de la *representation* telle qu'elle a été perçue par un État ⁷⁰¹. Après avoir posé ces jalons, Das nuance immédiatement son affirmation, l'acquiescement est une approximation du consentement, car « si le consentement peut être établi de façon incontestable, il n'est guère besoin de recourir à l'acquiescement » ⁷⁰² : une institution telle que l'accord tacite est plus adéquate. L'acquiescement est réduit à une volonté « telle qu'elle apparaît objectivement » ⁷⁰³, à un « constructive consent » ⁷⁰⁴ : la volonté *présumée* suffit ⁷⁰⁵. Que l'intention de l'acquiescement procède d'une présomption est aussi le point de vue adopté par Sandonato de León ⁷⁰⁶.

La déclaration à la base de la représentation doit être faite volontairement ⁷⁰⁷, ou, plus exactement, elle doit « avoir été émise librement » ⁷⁰⁸. Le cadre général est celui des vices du consentement, rapporté pour l'occasion à l'*estoppel*. Les vices du consentement en jeu sont analogues au droit des traités : pour l'*estoppel*, A. Martin cite la contrainte, le dol, la corruption et l'erreur ⁷⁰⁹. Pour les vices affectant le silence, A. Marie cite également l'erreur et le dol ⁷¹⁰. La déclaration qui fait naître la représentation ne doit pas être entachée d'un vice du consentement ⁷¹¹. La volonté en question est celle

⁶⁹⁸ *Ibid.*, pp. 608, 610 (il précise que l'acquiescement empêche de nier un consentement ou une acceptation, l'*estoppel* ne se limite pas à ces deux figures) et 612.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 616, note n° 39.

⁷⁰⁰ J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 423.

⁷⁰¹ H. DAS, « L'*estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 626.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 627.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 628.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 628.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 630.

⁷⁰⁶ P. SANDONATO DE LEÓN, *Les présomptions judiciaires en droit international public*, Paris, Pedone, 2015, pp. 303-307.

⁷⁰⁷ D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *op. cit.*, pp. 90-92 ; A. KULICK, « About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: Estoppel in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals », *EJIL*, vol. 27 (1), 2016, p. 109.

⁷⁰⁸ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, p. 286.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, pp. 325-327.

⁷¹⁰ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 448, § 285.

⁷¹¹ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, pp. 324-327.

qui porte sur la déclaration (et non de voir l'*estoppel* comme l'expression d'une volonté), de même dans l'acquiescement il s'agirait de la volonté de faire l'acte ou le comportement qui fait *partie* de l'acquiescement, et non de concevoir l'acquiescement comme une manifestation de volonté. Une remarque immédiate est que l'acquiescement peut aussi découler d'une absence totale de comportement, d'un silence : cela n'empêche pas de voir ce silence comme une manifestation de volonté⁷¹², ce silence ayant pu être provoqué pour des raisons viciées. Est-ce que cela revient à dire que les déclarations et/ou les comportements à la base d'un *estoppel* ou d'un acquiescement constituent des actes juridiques ? Nous ne le croyons pas pour différentes raisons, non solidaires entre elles. La volonté évoquée ici existe en *dehors* des jalons du droit international public, il s'agit de la volonté d'accomplir un acte (l'acte interne, telle la promulgation d'une loi⁷¹³). Cette volonté n'est examinée que par défaut, sur un mode *limitatif* et dans un but *d'exclusion* de la production d'effets (en dehors des cas de vices de la volonté, celle-ci n'est pas une condition pour que les comportements puissent s'inscrire dans l'*estoppel* ou l'acquiescement). Un dernier fil de raisonnement à suivre est que ces déclarations et comportements, s'ils sont régis en propre par le droit international public (par exemple une visite officielle en territoire étranger⁷¹⁴), poursuivent leur propre but⁷¹⁵, indépendamment de l'acquiescement ou d'un *estoppel*, en toute hypothèse latents et non encore réalisés lors de l'apparition des comportements et déclarations.

⁷¹² A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 446, § 283 : « la distinction entre le moment de la connaissance et celui de la prise de conscience (qu'elle soit ou non consacrée par la prévision d'une durée conventionnellement prévue) illustre la prise en compte de la possibilité d'une erreur de l'État silencieux pour mieux en empêcher l'invocation. Elle fait par hypothèse en effet disparaître l'éventualité de sa légitimité. L'État silencieux sera en définitive considéré comme ayant manifesté sa volonté dès lors qu'il aura pris conscience de la portée de son silence (et donc de la portée de la prétention lorsqu'il est conditionné par un tel acte) ».

⁷¹³ À l'exemple des affaires des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951* et de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec. 1960* dans lesquelles des actes internes avaient été utilisés pour construire l'acquiescement. Cf. respectivement p. 125 (décret royal norvégien) et p. 211 (interventions auprès de l'Assemblée nationale législative du Nicaragua).

⁷¹⁴ *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 30 : la présence du Prince Damrong s'inscrivait dans le cadre d'une visite de sites archéologiques, sans rapport avec la délimitation de la frontière.

⁷¹⁵ C'est-à-dire qu'ils peuvent eux aussi être qualifiés de faits juridiques qui produisent certains effets, mais à ce moment-là sans rapport avec l'acquiescement. Le rôle de la volonté dans les faits juridiques n'est pas pris en compte par le droit international, une telle volonté de faire cet acte n'en existe pas moins dans certains cas : « [Un sujet de droit] peut fort bien avoir agi en pleine connaissance des effets qui découleront de son comportement » (J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, vol. 227, 1991-II, pp. 373-374, nos italiques).

Une citation tirée de Vattel illustre notre propos : les faits juridiques, tels que la prescription, peuvent être sans effets car les éléments-conditions ne sont réalisés qu'en apparence. Au sujet de l'acquisition de territoire, la libre expression de l'État était mise en évidence :

« Il faut avouer cependant que l'Usucapion & la Prescription sont souvent d'une application plus difficile entre Nations, entant que ces droits sont fondés sur une présomption tirée d'un long silence. Personne n'ignore combien il est dangereux pour l'ordinaire à un État faible, de laisser entrevoir seulement quelque prétention sur les possessions d'un Monarque puissant. Il est donc difficile de fonder une légitime présomption d'abandonnement sur un long silence »⁷¹⁶.

Rapporté à l'acquiescement et à l'*estoppel*, on en conclut qu'il ne faut pas confondre les actes, comportements et déclarations qui les composent avec l'institution elle-même (la partie est distinguée du tout). C'est seulement si les éléments qui les soutiennent sont viciés (déclarations ; comportements) que l'acquiescement et l'*estoppel* ne peuvent pas prendre place.

Selon A. Martin, l'*estoppel* en cours de procédure est admis, c'est là ce qu'on pourrait appeler une « règle de cohérence » qui n'entretient pas forcément de rapport étroit avec l'*estoppel* en général⁷¹⁷. Nous voyons au moins deux aspects de cette règle : la cohérence chronologique dans la succession des instances (ne pas se contredire par rapport à l'instance inférieure)⁷¹⁸, et la cohérence lors, et par rapport, à la procédure devant une seule instance⁷¹⁹. L'acquiescement s'applique lui aussi en droit procédural⁷²⁰ (on parle par exemple « d'admission », qui vise avant tout les faits⁷²¹ et consiste à ne pas remettre en cause les allégués de la partie adverse⁷²²⁷²³).

⁷¹⁶ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, op. cit., vol. 1, Livres I et II, 1916, Livre II, Chapitre XI, § 148, p. 364.

⁷¹⁷ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., p. 283.

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 284.

⁷²⁰ L'acquiescement au jugement est une autre notion, notamment employée par le droit français : P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 10-11. On retrouve cette possibilité « d'acquiescement au jugement » comme assainissement d'une cause d'invalidité de celui-ci en droit international : *ibid.*, pp. 189-193, qui cite la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, 18 novembre 1960, CIJ, Rec. 1960.

⁷²¹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 1^{re} éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 516, § 878.

⁷²² *Ibid.*, p. 516, § 876 : « La position d'une partie même insuffisamment étayée est tenue pour établie dès qu'elle n'est pas contredite ».

⁷²³ Dans le domaine des traités bilatéraux d'investissement, les plaidoiries peuvent avoir pour effet de mettre en évidence un accord subséquent au sens de l'article 31, § 3, lit. b)

C. La prescription

L'opinion reçue nie la prescription ou la soumet à caution⁷²⁴, principalement⁷²⁵ en raison de l'absence d'un délai fixe⁷²⁶. Ce point de vue – legs du droit interne – est solidaire d'une conception de la prescription comme étant le seul passage du temps. On distingue la prescription acquisitive (création d'un droit ou d'un titre territorial) et extinctive (perte d'un droit, par exemple droit d'action)⁷²⁷. La plupart des affaires pertinentes se situent autour des années 1900⁷²⁸. Toutefois, en 1999, la CIJ eut l'occasion d'esquiver la question de la prescription acquisitive dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* :

« Selon la Namibie, quatre conditions doivent être remplies pour que la possession d'un État puisse engendrer un titre par prescription :

“1. La possession de l'État ... doit être exercée à titre de souverain.

CVDT : K. MAGRAW, « Investor-State Disputes and the Rise of Recourse to State Party Pleadings As Subsequent Agreements or Subsequent Practice under the Vienna Convention on the Law of Treaties », *ICSID Review*, vol. 30 (1), 2015, pp. 154-161.

⁷²⁴ « Les règles de la prescription, étant exclusivement du domaine du droit civil, [elles] ne sauraient être appliquées au présent conflit entre les deux États en litige » : *The Pious Fund Case (United States of America v. Mexico)*, Sentence du 14 octobre 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 13 ; *George W. Cook (U.S.A.) v. United Mexican States*, 3 juin 1927, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 214 (« There is, of course, no rule of international law putting a limitation of time on diplomatic action or upon the presentation of an international claim to an international tribunal ») ; N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 1994, p. 345, § 232 et p. 511, § 354 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 414, lapidaire : « [L]e droit international ne [connaît] pas de “prescription extinctive” » ; G. SPERDUTI, « Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale », *RDI*, vol. 44, 1961, p. 3 : « È prevalente in dottrina il punto di visto negativo, fondato sulla constatazione che il diritto internazionale non ha una norma che fissi il necessario termine prescrizionale ».

⁷²⁵ Un compromis arbitral prévoyait expressément que la prescription était invocable par les parties et que sa durée était de 50 ans : *Sentence arbitrale relative à la frontière entre la colonie de Guyane britannique et les États-Unis du Venezuela*, Décision du 3 octobre 1899, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, art. IV, lit. a), p. 335 ; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 387 : « De nombreux auteurs postulent une équation de simplicité désarmante : pas de délai fixe, pas de prescription ».

⁷²⁶ Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 260.

⁷²⁷ Aussi appelée « prescription libératoire », D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive prescription in international law », *op. cit.*, p. 332.

⁷²⁸ Parmi les plus notables : *Affaire concernant John H. Williams c. Venezuela*, Décision du Commissaire Little du 2 avril 1890, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 279-293 ; *Gentini Case*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 551-561 ; *Tagliaferro Case*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 592-594 ; *Giacopini Case*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 594-596.

2. La possession doit être paisible et ininterrompue.
3. La possession doit être publique.
4. La possession doit se prolonger pendant un certain temps » ⁷²⁹.

Le Botswana ne remet pas en cause les conditions de la prescription, mais leur application au cas ⁷³⁰. La Cour prit bonne note de l'accord des parties ⁷³¹, mais par économie de moyens n'estima pas nécessaire de se prononcer sur le statut de la prescription, les conditions énumérées par les parties n'étant de toute manière pas remplies en l'espèce ⁷³².

Les conditions de la prescription acquisitive telles qu'énumérées par la Namibie méritent plus ample attention ⁷³³. Elles ne sont pas sans rappeler l'expression du droit romain « nec vi, nec clam, nec precario » ⁷³⁴. *Vi* pour la violence, la possession doit être *paisible*. *Clam* pour la clandestinité : la possession doit être publique. *Precario* pour la précarité : la possession doit être exercée à titre de souverain, sans réserve ni condition. Cet adage énumère les circonstances nécessaires de la *iusta possessio* ⁷³⁵, elle-même étant une des cinq conditions pour pouvoir valablement *usucaper* ⁷³⁶. Les autres conditions sont le temps, la bonne foi de l'usucapant ⁷³⁷, un juste titre (un titre ou un motif qui *justifie* la possession) et l'aptitude de la chose à entrer dans un patrimoine (*res habilis*) ⁷³⁸. Le but de l'*usucapio* romaine est de guérir une irrégularité dans

⁷²⁹ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, p. 1103, § 94.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 1104, § 95.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 1105, § 96.

⁷³² *Ibid.*, p. 1105, § 97.

⁷³³ Les agents et conseils de la Namibie se sont basés sur un article de D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive prescription in international law », *op. cit.*, pp. 332-354 (cf. *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 28 février 1997, Mémoire de la République de Namibie, vol. 1, §§ 182 et 185).

⁷³⁴ J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, *op. cit.*, p. 107 ; D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive prescription in international law », *op. cit.*, p. 344.

⁷³⁵ J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, *op. cit.*, p. 168.

⁷³⁶ D. H. N. JOHNSON relève la pertinence de l'*usucapio* pour la prescription acquisitive, « Acquisitive prescription in international law », *op. cit.*, p. 334. L'auteur consacre quelques lignes à la réception par Grotius et de Vattel de l'*usucapio* (pp. 336-337).

⁷³⁷ À propos du rôle de la bonne foi dans la prescription acquisitive, cf. R. LESAFFER, « Argument from Roman Law in Current international Law: Occupation and Acquisitive Prescription », *EJIL*, vol. 16 (1), 2005, p. 47 et R. PINTO, « La prescription en droit international », *RCADI*, vol. 87, 1955-I, p. 433.

⁷³⁸ R. ROBAYE, *Le droit romain*, *op. cit.*, pp. 154-157 ; J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, *op. cit.*, p. 168 ; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 380-381 ; R. LESAFFER, « Argument from Roman Law in Current international Law: Occupation and Acquisitive Prescription », *EJIL*, vol. 16 (1), 2005, p. 47.

l'acquisition du bien ⁷³⁹. Dans l'affaire de l'Île de *Kasikili/Sedudu*, l'exigence d'un juste titre disparaît et c'est la possession seule (entourée de conditions) qui est mise en avant comme pouvant créer un titre ⁷⁴⁰. Un point de jonction semble possible entre *usucapio* et prescription : R. Robaye indique qu'en l'absence d'un titre, un motif légitime suffit. Ainsi, celui qui usucape une chose qu'il croit abandonnée bénéficiera de la protection ⁷⁴¹. Un second caveat est maintenant nécessaire : en droit international, c'est l'occupation qui remplit la fonction de créer un titre sur une *res nullius* (statut auquel retourne une chose abandonnée). Les conditions de l'occupation sont l'occupation effective et *l'animus occupandi*. À part la classification entre mode dérivé et originaire d'acquisition ⁷⁴², il n'y a pas d'opposition franche entre occupation et *usucapio* dans leurs conditions, « [o]ccupation and prescription have much in common. They are both ultimate rationalizations of an existing effective possession and control » ⁷⁴³. L'affaire de l'Île de *Palmas* l'illustre : le « continuous and peaceful display of the functions of State » ⁷⁴⁴, répété au fil de la sentence, assimile occupation et prescription ⁷⁴⁵. L'assimilation de l'occupation et de l'*usucapio* se justifie du point

⁷³⁹ R. ROBAYE, *Le droit romain*, op. cit., p. 154.

⁷⁴⁰ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, p. 1103, § 94 ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 28 février 1997, Mémoire de la République de Namibie, vol. 1, §§ 182-188 ; R. LESAFFER, « Argument from Roman Law in Current international Law: Occupation and Acquisitive Prescription », op. cit., p. 49, plus nuancé : « Acquisitive prescription serves to affirm the rights of the holder of a defective title. It is supposed to attribute title to the state, which can prove a peaceable or undisturbed possession of the territory over a long period of time [Note omise] » (nos italiques). Sur la même page, l'auteur ne précise pas ce qui constituerait ce « defective title » en droit international, il rejoint plutôt l'opinion que le « peaceful and continuous display of state authority » y est central. Avant son rejet en droit international, on pourrait voir dans une conquête non suivie d'un traité formalisant le transfert un tel « defective title » : R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Oceana Publications, 1963, pp. 56-57, et voy. pp. 61 et s. à propos de la possible reconnaissance d'une situation créée illégalement.

⁷⁴¹ R. ROBAYE, *Le droit romain*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 157 (*usucapio pro derelicto*).

⁷⁴² D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive prescription in international law », *BYBIL*, vol. 27, 1950, p. 349. *Contra*, H. LAUTERPACHT, *Private Law Analogies in International Law*, Londres, Longman Green, 1927, p. 116, § 49.

⁷⁴³ R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Oceana Publications, 1963, p. 23.

⁷⁴⁴ *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, p. 840/p. 9.

⁷⁴⁵ D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive prescription in international law », *BYBIL*, vol. 27, 1950, pp. 344-345 et p. 348 ; R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Oceana Publications, 1963, p. 22 ; R. LESAFFER, « Argument from Roman Law in Current international Law: Occupation and Acquisitive Prescription », *EJIL*, vol. 16 (1), 2005, p. 51.

de vue des actes matériels à effectuer⁷⁴⁶ : une occupation *effective* se manifeste par des actes exercés à titre de souverain⁷⁴⁷, de manière paisible, publique, et durant un certain temps.

La prescription acquisitive, pour être pleinement réalisée, doit se doubler de l'acquiescement de l'autre (ou des autres)⁷⁴⁸ États⁷⁴⁹. L'acquiescement est vu ici comme une expression de volonté, confinant à la fiction :

« For acquisitive prescription depends upon acquiescence, express or implied. Acquiescence is often implied, in the interests of international order, *in cases where it does not genuinely exist*; but without knowledge there can be no acquiescence at all »⁷⁵⁰.

Par son acquiescement, l'État manifeste connaître et ne pas s'opposer aux actes qui s'inscrivent dans l'*usucapio* (acquiescement à la possession, aux actes effectués à titre de souverain, non interruption de la possession, absence d'intervention sur le territoire)⁷⁵¹. Selon une opinion radicale, le rôle de l'acquiescement dans la prescription acquisitive peut être exagéré au point d'y préférer les notions de titre historique et d'accord tacite à celle de la prescription⁷⁵². Nous y voyons un énième témoignage de la difficulté à créer des institutions juridiques aux contours perméables : il est courant que de mêmes faits puissent être valorisés de plusieurs manières, conduisant à retenir des institutions différentes. À côté de cet acquiescement-condition de la prescription acquisitive, d'autres parallèles existent.

Ainsi, la prescription acquisitive nécessite l'écoulement du temps⁷⁵³, tout comme l'acquiescement (l'écoulement du temps permet d'affermir la présomption de la connaissance)⁷⁵⁴. Pour Pinto, qui

⁷⁴⁶ R. LESAFFER, « Argument from Roman Law in Current international Law: Occupation and Acquisitive Prescription », *EJIL*, vol. 16 (1), 2005, p. 49 : « In both cases, effective occupation of territory is involved ».

⁷⁴⁷ Voy., par exemple, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 625, p. 683, §§ 133-137.

⁷⁴⁸ En particulier des autres États quand des espaces maritimes sont en jeu : D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive prescription in international law », *BYBIL*, vol. 27, 1950, p. 349.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 347. Nos italiques. De même, J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford, OUP, 2012, p. 232.

⁷⁵¹ R. LESAFFER, « Argument from Roman Law in Current international Law: Occupation and Acquisitive Prescription », *EJIL*, vol. 16 (1), 2005, p. 51.

⁷⁵² Z. ZHANG, « A Deconstruction of the Notion of Acquisitive Prescription and Its Implications for the Diaoyu Islands Dispute », *AsianJIL*, vol. 2 (2), 2012, p. 334.

⁷⁵³ Le temps nécessaire à la prescription acquisitive pose moins de problèmes que dans le cas de la prescription libératoire. Le temps sert d'auxiliaire, il se conjugue aux actes effectués par l'État. Dans le cas de la prescription libératoire, le temps y est instinctivement vu comme un élément central, parce que l'effet est la perte du droit.

⁷⁵⁴ Dans l'arbitrage entre Dubaï et Sharjah, le tribunal, qui semble osciller entre prescription et acquiescement au vu des affaires citées (not. *Île de Palmas* et *Groënland oriental*),

établit un pont entre la formation de la coutume et la prescription, le temps « témoigne de l'effectivité »⁷⁵⁵. Les actes pertinents pour l'acquiescement en général sont des actes effectués à titre de souverain dans la prescription. L'acquiescement doit être « paisible », une protestation peut l'empêcher, et, finalement, les actes à la source de l'acquiescement doivent être effectués de manière publique. La ressemblance la plus frappante apparaît en cas d'acquiescement « silencieux » :

« On sait que si la doctrine est assez réticente à admettre la prescription en droit international, et que si la jurisprudence internationale évite en général d'employer ce terme, c'est justement parce que ce droit ne précise pas le délai nécessaire pour qu'il y ait prescription. Il faut bien reconnaître qu'il en va de même pour la période de temps qui permet de déduire l'acquiescement du silence »⁷⁵⁶.

Face à un État totalement inactif, tant l'acquiescement que la prescription trouvent application, la différence concerne le choix de l'échafaudage théorique. Que la prescription soit une *exception* en droit interne ne semble pas peser en droit international public sur la position de défendeur ou demandeur à l'instance⁷⁵⁷.

Est-il possible d'établir une partition stricte ? Selon Kolb, « C'est à travers la présence ou l'absence de protestation, que la prescription est ramenée au giron des doctrines d'acquiescement et éventuellement d'estoppel, et que le lien avec la bonne foi-confiance

déclare ceci concernant le temps nécessaire : « International law in fact requires the exercise of authority by the State claiming a territory to be continuous and of a certain duration and that the State possessing the legal title should react, when faced by such a claim, within "a reasonable period of time", to quote the expression used by the International Court of Justice in the case of the *Temple of Préah-Vihéar*, However, it has never been specified what is meant by a "certain duration" nor by "a reasonable period of time". *The Court has noted there are no rules in international law specifying the length of such a duration or period of time*. This will vary in each case according to the circumstances, and will be dependent, for example, on the remoteness of the territory in question, or on the kind of acts manifesting authority which have been employed ». *Dubai-Sharjah Border Arbitration*, 19 octobre 1981, 91 ILR 543, p. 624.

⁷⁵⁵ R. PINTO, « La prescription en droit international », *RCADI*, vol. 87, 1955-I, p. 437.

⁷⁵⁶ Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, op. cit., p. 260.

⁷⁵⁷ La compétence du tribunal découlait d'un compromis arbitral dans *The Island of Palmas Case (or Miangas)*, *United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, p. 831/1. Dans le *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 22, et bien que décidée sous le sceau de l'occupation (ce que D. H. N. Johnson critique, « Acquisitive prescription in international law », *BYBIL*, vol. 27, 1950, p. 348), le Danemark obtient gain de cause, et ce en sa qualité de demandeur.

s'établit »⁷⁵⁸. En l'absence de protestation, ou en présence d'une protestation très tardive, la prescription trouve application⁷⁵⁹. L'acquiescement repose sur une cohérence dans la ligne de conduite générale entre les États ; des actes en désaccord avec l'acquiescement ne l'empêchent pas, pourvu qu'ils restent isolés.

La prescription n'est pas qu'acquisitive, elle peut aussi être « extinctive » ou « libératoire » et aboutir à la perte d'un droit⁷⁶⁰. Son accueil en droit international public est retracé à l'*Affaire concernant John H. Williams*⁷⁶¹. Le cas des *Fonds pieux*⁷⁶² ne devrait pas être lu comme une négation de la prescription, mais comme l'impossibilité de donner effet aux délais de prescription prévus dans des lois nationales⁷⁶³. Les conditions de cette institution – en particulier en matière de protection diplomatique – se décomposent en deux branches selon Cheng⁷⁶⁴ : la tardiveté à présenter une demande (1), cette tardiveté étant due à une faute *lato sensu* du demandeur (2). La tardiveté à présenter la demande entraîne plusieurs conséquences : perte des moyens de preuves⁷⁶⁵, créa-

⁷⁵⁸ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], Genève, Graduate Institute Publications, 2000, p. 386. Italiques ajoutés.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 392. L'auteur distingue entre une prescription « absolue » dans laquelle l'effectivité de la situation triomphe, et une prescription « relative », « *ex patienta* », où l'absence de protestation, valorisée en acquiescement, noue la prescription.

⁷⁶⁰ Il n'y a pas de vases communicants entre la prescription acquisitive et extinctive : *ibid.* La situation est la même en droit romain : « The Romans kept quite distinct the notions of barring an action and of acquisition of property by long enjoyment » (W. W. BUCKLAND et A. D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 1952, pp. 414 et s.).

⁷⁶¹ *Affaire concernant John H. Williams c. Venezuela*, Décision du Commissaire Little du 2 avril 1890, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 279-293. Précédemment, la *Sentence austrégale dans l'affaire entre les maisons princières de Lippe-Detmold, et Schaumbourg-Lippe (2^e Sentence)* mentionne et distingue les deux prescriptions : 25 janvier 1839, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, p. 70. Dans l'affaire du *Macedonian (Chili c. États Unis)*, 15 mai 1863, Lapradelle-Politis II, p. 194 et notes doctrinales en pp. 205-209), la prescription est évoquée dans les mémoires des parties, mais la sentence ne l'aborde pas.

⁷⁶² *The Pious Fund Case (United States of America v. Mexico)*, Sentence du 14 octobre 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pp. 1-14.

⁷⁶³ B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, CUP, 2006, p. 374 ; H. LAUTERPACHT, *Private Law Analogies in International Law*, Londres, Longman Green, 1927, p. 118, § 50, et p. 249, § 113 : « The relevant point was whether Article 1103 of the Mexican code, which provided that emphyteutic or annuity pensions, revenues, rents, etc., not collected when due, remain barred in five years, may be invoked in the case of the claims becoming the object of an international dispute » ; Annuaire IDI, 1^{re} partie, juillet-août 1925, « La prescription libératoire en droit international public », Rapport de MM. N. Politis et Ch. De Visscher, pp. 11-12.

⁷⁶⁴ B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, pp. 377-9.

⁷⁶⁵ *Affaire concernant Ann Eulogia Garcia Cadiz (Loretta G. Barberie) c. Venezuela*, Opinion du Commissaire Findlay du 2 avril 1890, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 298.

tion d'une attente légitime chez le défendeur que la prétention est abandonnée⁷⁶⁶, insécurité juridique et inégalité pour le défendeur⁷⁶⁷. Le délai n'est pas fixé une fois pour toutes, il est fonction des circonstances d'ensemble⁷⁶⁸. Dans sa résolution de 1925 relative à la prescription libératoire, l'IDI adopte une position toute en nuance :

« [la détermination du délai] est une question d'espèce laissée à la souveraine appréciation du juge international, qui, pour admettre le moyen tiré du laps de temps, doit discerner dans les circonstances de la cause l'existence de l'une des raisons par lesquelles la prescription s'impose »⁷⁶⁹.

Même en cas d'hostilité à la prescription, l'extinction d'un droit par l'écoulement du temps auquel l'acquiescement (ou un acte) s'adjoindrait, est acceptée⁷⁷⁰. Quant à la faute du défendeur, on y voit le fait que l'absence de réaction ne doit pas avoir de justification (un empêchement⁷⁷¹ tel que la guerre⁷⁷² peut justifier l'inaction d'un privé ou de l'État).

⁷⁶⁶ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., p. 392 ; Annuaire IDI, 1^{re} partie, juillet-août 1925, « La prescription libératoire en droit international public », Rapport de MM. N. Politis et Ch. De Visscher, pp. 6-7.

⁷⁶⁷ *Gentini Case*, 1903, Opinion de l'Umpire Ralston, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 557.

⁷⁶⁸ Voy. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., p. 393 pour une liste de délai. On ne peut s'empêcher de tirer un parallèle avec le rôle du temps dans la coutume ; il s'agit d'un « temps social » (p. 387) caractérisé par la fréquence des comportements, qui constituent autant d'occasions de réagir ; le temps n'est que *support*, à l'exception du cas où, par son étirement et en raison de l'absence d'événements, il devient un fait en soi (pp. 391-395).

⁷⁶⁹ IDI, *La prescription libératoire en droit international public*, Session de La Haye, 1925, Règle II. Cette définition est remarquable par le lien qu'elle établit entre les valeurs sous-jacentes à la prescription (« l'une des raisons par lesquelles la prescription s'impose ») et l'admission du « moyen tiré du laps de temps ». Ce n'est que si les circonstances reflètent une des valeurs protégées par la prescription que celle-ci sera admise, la prescription ne peut être basée sur le seul écoulement *brut* du temps.

⁷⁷⁰ *Prassi italiana di diritto internazionale* [édition online], Partie IV, Chapitre I, Lit. A, « 374/3 – I manoscritti di Leonardo » : « L'indole stessa dei rapporti internazionali, la sicura certezza e stabilità delle prove molto spesso risultanti da avvenimenti e da documenti storici tolgono al decorso del tempo l'efficacia creativa o estintiva del diritto nei rapporti internazionali, a meno che al decorso del tempo non si aggiungano manifestazioni di volontà degli enti interessati, come atti di acquiescenza al fatto lesivo del diritto od un esplicito riconoscimento risultante da accordi o da trattati ».

⁷⁷¹ *Affaire concernant John H. Williams c. Venezuela*, Décision du Commissaire Little du 2 avril 1890, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 290. Les statuts des tribunaux peuvent prévoir des dispositions dans ce sens : *Nicolae Bratu v. Upper Silesian Steel Works Company and German State*, 5 janvier 1929, 5 ILR 194, Case n° 120, p. 195.

⁷⁷² *Affaire du Canada (Brésil c. États-Unis)*, Sentence du 11 juillet 1870, Lapradelle-Politis II, pp. 623-624 et p. 633 : « Le gouvernement qui réclame peut suspendre son action si, dans l'autre gouvernement, il ne voit pas de disposition à céder à l'influence de la raison, et si, d'autre part, il n'entend pas recourir à la force, ou encore si, engagé dans d'autres difficultés, il n'est pas, pour le moment, en état de s'occuper de la réclamation de ses nationaux ».

Afin de mieux appréhender la prescription extinctive dans le cadre de la protection diplomatique, deux hypothèses sont distinguées ⁷⁷³ :

« 1° Une réclamation diplomatique a été faite, puis, vingt, trente ou cinquante ans plus tard, elle est reprise, après n'avoir été, dans l'intervalle, l'objet d'aucun renouvellement ; l'action de l'État peut-elle, de ce chef, être repoussée ? 2° Un dommage est causé à un étranger ; pendant plus de vingt ans, aucune démarche diplomatique n'est faite par son gouvernement ; celui-ci peut-il, encore, former une réclamation utile ? [...] On concevrait donc que vingt ou trente ans, passés sans protestation individuelle, permettent d'écarter une demande [hypothèse 2°], alors que vingt ou trente ans, passés dans l'abstention, après une première action diplomatique, ne le permettraient pas [hypothèse 1°] » ⁷⁷⁴.

La chronologie débute par l'action du particulier avant de passer dans la sphère internationale. C'est à ce titre que l'on peut identifier deux *dies a quo* pour la prescription extinctive. Le premier débute par l'injure subie par l'étranger (hypothèse n° 2 *supra*). Le second *dies a quo* est le jour où le gouvernement forme cette réclamation (hypothèse n° 1 *supra* ; en fonction du contexte, une *note* diplomatique ne suffit pas ⁷⁷⁵, il faut une *demande* ou une réclamation ⁷⁷⁶ diplomatique). Ce que nous enseigne la citation *supra*, c'est que dans le cas où le particulier a tardé à contacter son gouvernement, la prescription sera plus facilement accueillie ⁷⁷⁷. Lorsque

⁷⁷³ Sur les deux hypothèses, voy. aussi R. PINTO, « La prescription en droit international », *op. cit.*, pp. 442-443.

⁷⁷⁴ Note doctrinale dans l'affaire *Louis Brand (États-Unis c. Pérou)*, 27 novembre 1863, Lapradelle-Politis, vol. II, p. 270.

⁷⁷⁵ *Sarropoulos v. Bulgarian State*, 14 février 1927, 4 ILR 245, Case n° 173, p. 263 : « Although the incidents in question formed the subject of a diplomatic note presented in 1906, it appeared that no claim has been put forward before 1921 ». Le projet de la CDI de 2001 ne retient pas ce formalisme, bien que l'article 43 prévoie une « notification », le commentaire précise que « [l]es réactions peuvent revêtir diverses formes, allant du rappel officieux et confidentiel de la nécessité d'exécuter l'obligation à la protestation formelle, aux consultations, etc. » (*Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 324, § 2).

⁷⁷⁶ Affaire *Louis Brand (États-Unis c. Pérou)*, 27 novembre 1863, Lapradelle-Politis II, p. 270.

⁷⁷⁷ E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law Publishing, 1919, p. 828, § 328 ; Annuaire IDI, 1^{re} partie, juillet-août 1925, « La prescription libératoire en droit international public », Rapport de MM. N. Politis et Ch. De Visscher, p. 10 : « [La réclamation diplomatique] est irrecevable non pas parce que la prescription de la dette privée entraîne celle de la réclamation diplomatique, mais parce que comme l'a très bien indiqué M. Strisower, l'inaction prolongée de l'ayant-droit enlève sa base même au droit de protection de l'État ».

la demande arrive dans la sphère internationale, les valeurs de la prescription (sauvegarde des moyens de preuve, inégalité pour le défendeur) n'ont plus autant de force ⁷⁷⁸ car :

« Prescription is a rule of inference and establishes a presumption. When actual facts disprove the inference and the presumption, which are founded in the highest equity – namely, the avoidance of possible injustice to the defendant because of ignorance of the existence of the claim – the reason for the application of the rule ceases » ⁷⁷⁹.

La logique peut même s'inverser, la passivité de l'État destinataire de la réclamation diplomatique ne donne pas lieu à prescription ⁷⁸⁰. La prescription extinctive existe, elle est de droit international public, mais elle est avant tout invoquée en raison de la tardiveté du particulier à contacter son gouvernement ⁷⁸¹ (hypothèse n° 2 *supra*).

Qu'en est-il de la prescription entre États exclusivement, et plus spécifiquement, de son lien avec l'article 45, lit. b) TCDI (« L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande ») ? Dans la logique du TCDI, est-il nécessaire que l'État victime *ait, dans un premier temps, notifié sa demande* (art. 43 TCDI), ou l'article 45 peut-il être invoqué lorsque l'État notifie sa demande ? Il semble que l'article 45 s'applique indistinctement aux réclamations déjà énoncées et à celles émises pour la première fois ⁷⁸². Cette réponse sauvegarde la possibilité pour l'État réclameur de renoncer à sa demande ⁷⁸³ même en cas de réclamation diplomatique déjà notifiée.

⁷⁷⁸ Annuaire IDI, 1^{re} partie, juillet-août 1925, « La prescription libératoire en droit international public », Rapport de MM. N. Politis et Ch. De Visscher, p. 15, § 3.

⁷⁷⁹ E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., p. 831, § 387.

⁷⁸⁰ *Canada (Brésil c. États-Unis)*, Sentence du 11 juillet 1870, Lapradelle-Politis, vol. II, p. 633 : « Le gouvernement qui réclame peut suspendre son action si, dans l'autre gouvernement, il ne voit pas de disposition à céder à l'influence de la raison [...] » ; *Stevenson Case (interlocutory)*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 387 : « The delay has been either in the inability or the unwillingness of Venezuela to respond to this claim. [...] it would be evident injustice to refuse the claimant a hearing when the delay was apparently occasioned by the respondent Government ». La résolution de l'IDI mentionne cette règle : « la prescription ne devant plus être admise [...] s'il est établi en fait que l'inaction subséquente de l'État réclameur est imputable à la partie adverse ». IDI, *La prescription libératoire en droit international public*, Session de La Haye, 1925, Règle III.2.

⁷⁸¹ E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., p. 825, § 384.

⁷⁸² J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, CUP, 2013, p. 561, l'auteur distingue « bringing claims » et « outstanding claims ».

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 70, cette possibilité concrétise le « principle of consent that runs throughout international law ».

La prescription entre États existe, son forum privilégié est le domaine de la responsabilité pour faits illicites⁷⁸⁴ : une réclamation tardive peut ne pas être accueillie⁷⁸⁵. La règle ressort notamment des affaires de l'*Indemnité russe*⁷⁸⁶, de *Certaines terres à phosphates à Nauru*⁷⁸⁷, et de *Norstar*⁷⁸⁸. La doctrine se fait l'écho de la difficulté à créer des compartiments étanches dans ce domaine⁷⁸⁹. Ainsi, on peut voir dans l'affaire de l'*Indemnité russe* un recours à l'*estoppel*⁷⁹⁰, ou alors une renonciation – ou un accord – tacite⁷⁹¹.

Dans *Phosphates à Nauru* la renonciation tacite (« waiver ») et la prescription se recoupent⁷⁹². L'Australie faisait valoir qu'avant l'indépendance, les autorités nauruanes avaient tacitement renoncé à la remise en état des terres, cette renonciation tacite découlait d'un traité et de déclarations du représentant de Nauru⁷⁹³. La Cour, au motif que les autorités n'ont « jamais renoncé à leurs prétentions de manière claire et non équivoque »⁷⁹⁴, rejeta cette exception. La quatrième exception nous intéresse plus directement : le délai de 20 ans entre la date de l'indépendance (1968) et la présentation de la demande (1998), incita l'Australie à invoquer l'irrecevabilité de la demande (« claim is inadmissible » dans la version originale)⁷⁹⁵. Le vocabulaire utilisé par l'Australie et la Cour ne doit pas nous tromper, c'est bien de prescription extinctive dont il est question⁷⁹⁶.

⁷⁸⁴ R. PINTO, « La prescription en droit international », *op. cit.*, p. 438.

⁷⁸⁵ Annuaire IDI, 1^{re} partie, juillet-août 1925, « La prescription libératoire en droit international public », Rapport de MM. N. Politis et Ch. De Visscher, p. 9.

⁷⁸⁶ *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, pp. 444-446 : la Russie, lors des réitérations de sa demande, n'ayant plus mentionné l'intérêt de la dette, le tribunal considéra qu'elle ne pouvait plus y prétendre pour cause de « renonciation ». Cette affaire présente un cas où ce n'est pas la demande initiale de 1891 qui est tardive, mais, *une fois la demande existante*, l'abandon d'une partie de celle-ci (les intérêts) survient en raison du comportement des États.

⁷⁸⁷ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru* (*Nauru c. Australie*), Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, pp. 247-250, §§ 12-21 ; pp. 253-255, §§ 31-38. La prescription fut invoquée avant l'indépendance (« renonciation » des autorités nauruanes, § 12 de l'arrêt) et après celle-ci (présentation de la demande hors d'un délai raisonnable, § 31).

⁷⁸⁸ *Affaire du navire « Norstar »* (*Panama c. Italie*), TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016.

⁷⁸⁹ J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, *op. cit.*, p. 558.

⁷⁹⁰ *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 445.

⁷⁹² *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru* (*Nauru c. Australie*), Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, pp. 253-255, §§ 31-38.

⁷⁹³ Deuxième exception préliminaire : *ibid.*, pp. 247-250, §§ 12-21.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 247, § 13.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 253, § 31.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 253, § 31 : l'Australie fait valoir un des lieux communs en matière de justification de la prescription, à savoir la perte des moyens de preuve. La CIJ, elle, résume la

Nauru ayant réitéré sa demande à de multiples reprises et par différents canaux depuis 1968, la prescription ne fut pas retenue⁷⁹⁷, cependant : « il appartiendra à la Cour, le moment venu, de veiller à ce que le retard mis par Nauru à la saisir ne porte en rien préjudice à l'Australie en ce qui concerne tant l'établissement des faits que la détermination du contenu du droit applicable »⁷⁹⁸. Cette affaire permet de répondre à une interrogation relevée plus haut : la prescription s'applique *aussi* à des demandes déjà émises au niveau international (les « outstanding claims ») et pas seulement pour sanctionner le retard entre le fait illicite et la première présentation de la demande⁷⁹⁹.

L'article 45 TCDI se décompose en deux lettres :

« RENONCIATION AU DROIT D'INVOQUER LA RESPONSABILITÉ

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si :

- a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande ; ou
- b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande »⁸⁰⁰.

La renonciation⁸⁰¹ (« waiver ») et l'acquiescement sont distingués. *A priori*, cette dichotomie se fait entre l'hypothèse de l'explicite (lit. a) et du tacite (lit. b), comme le fait sa source directe d'inspiration, l'article 45 CVDT⁸⁰². Tel n'est pourtant pas le cas : la renonciation de la lit. a) peut aussi être tacite ou

doctrine relative à la prescription en pp. 253-254, § 32 : « La Cour reconnaît que, *même en l'absence de disposition conventionnelle applicable*, le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite se demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable ». Nos italiques.

⁷⁹⁷ Cf. *supra*, note n° 780 relative aux affaires du Canada et *Stevenson*, ainsi qu'à la résolution de l'IDI de 1925, Règle III.2., relative à la prescription libératoire.

⁷⁹⁸ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec.* 1992, p. 255, § 36.

⁷⁹⁹ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, pp. 325-326, § 4 : le non-formalisme est consacré dans l'article 43 du Projet, une « notification » au sens strict n'est pas nécessaire.

⁸⁰⁰ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Résolution de l'Assemblée générale A/56/10 du 12 décembre 2001.

⁸⁰¹ La question de la renonciation doit être distinguée de celle du consentement de l'article 20 TCDI. Dans le cadre de l'article 20, le consentement (tacite) doit être donné par avance ou simultanément. Voy. : C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, p. 1041 ; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 185, § 3.

⁸⁰² *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 330, § 1.

implicite⁸⁰³, pourvu qu'elle soit univoque⁸⁰⁴. La distinction avec la lit. b) n'en est que plus malaisée⁸⁰⁵. La prescription avait tenté d'être intégrée au texte d'articles, mais l'article 45 suffisait à couvrir son application, sans qu'il y ait besoin de s'attarder à codifier une règle controversée⁸⁰⁶. La liaison entre acquiescement et prescription se fait quand l'absence d'action de l'État lésé se prolonge pendant un délai déraisonnable⁸⁰⁷. Le délai, en soi, importe peu, l'élément de déraison se comprend comme le désavantage subi par l'État défendeur en raison de l'inertie de l'État lésé⁸⁰⁸ – la structure de l'argument confine à l'*estoppel* (présence d'un dommage), mais n'y parvient pas⁸⁰⁹.

Au terme de ce tour d'horizon de la prescription acquisitive et extinctive, on retient l'influence du droit interne lors de la phase de transposition/réception en droit international, puis l'autonomisation des institutions dans leurs nouveaux milieux : les *ratio legis* peuvent être semblables à celles rencontrées en droit interne, la solution finale s'oriente généralement vers une appréciation non formaliste, souple – et même intuitive – de la situation à juger. La distinction avec l'acquiescement (ou avec l'*estoppel*, la renonciation tacite, l'accord tacite, l'*usucapio*) est bien difficile à faire.

⁸⁰³ J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, op. cit., pp. 71-72 et 559.

⁸⁰⁴ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 331, § 5 ; C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », op. cit., p. 1038.

⁸⁰⁵ C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », op. cit., p. 1044 ; J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, op. cit., pp. 72-73 et p. 558.

⁸⁰⁶ J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, op. cit., pp. 560-561.

⁸⁰⁷ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 332, § 6.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 335, § 11 ; J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, op. cit., p. 563.

⁸⁰⁹ L'article 39 du projet, qui s'applique aussi au comportement de l'État lésé postérieur à l'illicite, permet de tenir compte de la contribution de la victime au préjudice, on pourrait ainsi aboutir à un constat de la violation, mais sans qu'il y ait obligation de réparer : *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, pp. 296-297, § 3.

D. *Les actes unilatéraux sous forme tacite*

On dénombre traditionnellement cinq⁸¹⁰ actes unilatéraux autonomes, soit : la protestation⁸¹¹, la promesse⁸¹², la notification⁸¹³, la reconnaissance et la renonciation. On s'intéressera à la reconnaissance⁸¹⁴ et la renonciation⁸¹⁵ car elles peuvent être tacites (la protestation est laissée de côté pour l'heure)⁸¹⁶. Les actes juridiques s'opposent aux faits juridiques. La *volonté* de produire des effets juridiques est une condition pour la validité de l'acte⁸¹⁷. Cette volonté peut aussi être tacite⁸¹⁸, ce qui ne va pas sans difficultés pour établir la volonté à travers les comportements de l'État⁸¹⁹.

⁸¹⁰ A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 26, 1929-I, pp. 515-518 (sans la promesse) ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, op. cit., p. 94 ; N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., pp. 354-355, § 242 ; J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford, OUP, 2012, p. 416 (sans la notification). Pour une analyse des actes unilatéraux et de leur classification, on consultera E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, 290 p. ; J.-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, 511 p. ; E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leyde, Brill, 2015, 240 p. et P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2016, 662 p.

⁸¹¹ Dont le but est de barrer une possible renonciation ou reconnaissance tacite, en d'autres termes d'empêcher un acquiescement, G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 434. Ce n'est pas pour autant qu'il faut exclure la possibilité qu'une protestation soit *implicite* (J.-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, op. cit., p. 344 ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law* op. cit., pp. 610-613 ; E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., pp. 49-53).

⁸¹² Une promesse tacite semble exclue, toutefois l'articulation entre renonciation et promesse reste à préciser. La renonciation d'un État à ses droits étant à interpréter de manière restrictive et ne se présument pas (*Lotus (France c. Turquie)*, fond, 7 septembre 1927, CPJ, *Série A*, n° 10, p. 18), la figure de la promesse tacite de ne pas utiliser un droit peut s'imposer : Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, op. cit., pp. 35-36.

⁸¹³ G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1943, pp. 200-203 et 255-258.

⁸¹⁴ H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, CUP, 1948, pp. 367-409 ; J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975, pp. 348-519.

⁸¹⁵ A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., pp. 89-96.

⁸¹⁶ Voy. Ch. 5.VIII.D et E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 50 : « [N']importe quel acte peut contenir une protestation, pourvu que l'intention du protestataire y soit clairement exprimée ».

⁸¹⁷ J.-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, op. cit., pp. 111-120 et 226 ; K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », op. cit., p. 230, § 46 ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 122-135.

⁸¹⁸ J.-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, op. cit., pp. 211-226 (« Les comportements d'un sujet de droit constituent un acte juridique, au même titre qu'une manifestation expresse de volonté », p. 226).

⁸¹⁹ K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », op. cit., p. 227, § 30 et p. 229, § 42.

Même dans les cas où la volonté est expresse et qu'une déclaration écrite ou orale existe, l'interprétation de cette déclaration est nécessaire pour en dégager la volonté ⁸²⁰. Ces actes ne sont pas sujets à réception ⁸²¹ : les effets de droits prennent naissance en l'absence de réaction du destinataire ⁸²².

1. *La reconnaissance*

La reconnaissance « a pour effet d'obliger l'État à respecter la situation qu'il a reconnue. Il ne peut donc plus contester la validité de cette situation » ⁸²³. Le parallèle avec l'acquiescement est immédiat : acquiescer à une situation ⁸²⁴, c'est à la fois l'accepter et s'engager à ne pas la remettre en question. Distinguer clairement entre l'acquiescement et une reconnaissance tacite n'est pas évident : « acquiescence and silence [...] may lead to implied recognition » ⁸²⁵. On peut de manière préliminaire réaffirmer que la reconnaissance est un fait juridique, qu'elle est conditionnée à une manifestation de volonté ⁸²⁶, l'acquiescement n'étant qu'un fait juridique. La reconnaissance n'en peut pas moins être tacite (ou implicite) ⁸²⁷.

L'objet de la reconnaissance doit-il être licite ? Suy commence par distinguer les situations de fait (dans laquelle « le sujet de droit constate tout simplement le fait et manifeste sa volonté de l'admettre comme étant le droit » ⁸²⁸) et les situations juridiques

⁸²⁰ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec.* 1974, pp. 474-475, §§ 53-54 ; *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 58.

⁸²¹ En d'autres termes, « l'acte ne peut pas dépendre, quant à son efficacité, d'un autre acte juridique », E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 44.

⁸²² Le fait qu'il y ait un destinataire (qui peut même être « indéterminé », ex. de la déclaration égyptienne relative au canal de Suez, cf. *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACDI, 2006, vol. II, 2^e partie, Principe 6, p. 395) n'élimine pas l'aspect unilatéral de l'acte : J.-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 326.

⁸²³ J.-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 337.

⁸²⁴ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 224.

⁸²⁵ K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 227, § 30.

⁸²⁶ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 192 et s.

⁸²⁷ H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, *op. cit.*, pp. 369 et s. (« implied recognition »).

⁸²⁸ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 203.

(la situation de fait correspond à une situation de droit)⁸²⁹ mais rejette cette classification, le sujet de droit peut se tromper, reconnaître une situation « conforme à ce qu'il croit être le droit existant »⁸³⁰. Il existe toutefois des limites à l'objet de la reconnaissance, comme nous le rappelle la doctrine Stimson⁸³¹ (et l'article 41, § 2 TCDI)⁸³² : une obligation de *non-reconnaissance* existe face à des violations graves d'une norme impérative⁸³³. Suy distingue deux situations à cet égard, la reconnaissance d'une situation illégale entre les parties à un traité (ou, plus généralement, dans une situation bi- ou multilatérale) et la reconnaissance d'une situation illégale *erga omnes*⁸³⁴. La reconnaissance se fait sans contrôle dans la première hypothèse, elle dépend uniquement du (bon) vouloir des parties, dans la seconde hypothèse, une seule reconnaissance ne suffit pas, la majorité ou la généralité des États doit reconnaître afin de pallier l'illégalité initiale de la situation⁸³⁵ (Suy écrivait avant que le texte d'articles de la CDI relatif à la responsabilité ne voie le jour).

Le commentaire de l'article 41, § 2 TCDI est plus net et ne mentionne pas la possibilité pour les États de reconnaître une situation illicite⁸³⁶. Une reconnaissance implicite est elle aussi exclue⁸³⁷. Par contre, l'application de l'article 45 (renonciation au droit d'invoquer la responsabilité) n'est pas exclue en cas de violation découlant de

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 204.

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, p. 100, § 98, lit. a).

⁸³² Art. 41, § 2 : « Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation ».

⁸³³ Art. 40, § 1 : « Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général ».

⁸³⁴ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, op. cit.*, p. 211. Ce qui est reconnu, « ce n'est pas l'acte illicite, mais ce sont les conséquences de l'acte illicite » (p. 210). Cette précision sépare la reconnaissance d'un changement dans le droit coutumier. La situation devient licite, mais l'acte illicite qui l'a permise *reste* illicite (p. 263). Les faits à la base d'une reconnaissance ou d'un changement coutumier sont identiques, par contre la coutume nécessite une répétition dans le temps pour être modifiée : ce n'est que si la reconnaissance de situations violant la même norme se répète qu'un changement peut s'opérer.

⁸³⁵ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, op. cit.*, pp. 211-212.

⁸³⁶ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, pp. 309-313, §§ 4 et 5.*

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 309, § 5 : « [Cette obligation] vise non seulement la reconnaissance officielle de ces situations mais aussi l'interdiction de tous actes qui impliqueraient une telle reconnaissance ».

l'article 40⁸³⁸. Ces deux articles ne sont pas dans la même partie du projet⁸³⁹, et ne sont pas de même nature, l'article 41, § 2 est une norme primaire⁸⁴⁰, il s'agit d'une *obligation*⁸⁴¹; l'article 45 est une norme secondaire. Face à la violation d'une norme impérative, les États ne peuvent pas reconnaître la situation qui en résulte (art. 41, § 2), mais ils peuvent renoncer au droit d'invoquer la responsabilité⁸⁴² (art. 45 à lire avec l'art. 48, § 3)⁸⁴³. Dans le cas d'une violation d'une norme impérative, quel est le dommage subi par les États autres que l'État lésé, mais « victimes » au sens où la norme protège un intérêt du groupe ou de la communauté internationale, et quelles réparations peuvent-ils exiger ? Principalement la cessation si la violation se poursuit (art. 30) : art. 48, § 2, lit. a TCDI. En conséquence, si un État renonce (tacitement, art. 45, lit. b) à son droit d'invoquer la responsabilité⁸⁴⁴, il ne peut plus demander la cessation de l'illicite, seules demeurent les obligations de coopérer⁸⁴⁵ (art. 41, § 1) et de non-reconnaissance (art. 41, § 2) qui se concrétisent en des comportements passifs⁸⁴⁶.

⁸³⁸ S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Nouvelle édition [en ligne]. Genève, Graduate Institute Publications, 2005, p. 285, § 42, à propos des obligations *erga omnes*. Le commentaire de la CDI ne mentionne rien, cf. pp. 330-335.

⁸³⁹ Respectivement pour les articles 41 et 45 dans la Partie II, *Contenu de la responsabilité internationale de l'État* et la Partie III, *Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État*.

⁸⁴⁰ La résolution 2625 (XXV) de l'AG du 24 octobre 1970, 1^{er} principe, § 10, consacre la même obligation.

⁸⁴¹ Ce terme est répété à de multiples reprises dans le commentaire de la CDI, p. 309.

⁸⁴² F. VOEFFRAY, *L'« actio popularis » ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Nouvelle édition [en ligne], Genève, Graduate Institute Publications, 2004, p. 260.

⁸⁴³ *Ibid.*, pp. 255-256.

⁸⁴⁴ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 96-97, § 56.

⁸⁴⁵ L'obligation serait un développement progressif du droit et « vise à renforcer les mécanismes de coopération existants, en ce sens qu'il appelle tous les États à réagir de façon appropriée aux violations graves visées à l'article 40 [nos italiques] ». Le § 1 tiendrait plus de la recommandation que de l'injonction. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, pp. 308-309, §§ 2-3. Voy. A. LAGERWALL, *Le principe « ex injuria jus non oritur » en droit international public*, op. cit., pp. 159-163, spéc. p. 162 sur la nature coutumière de la norme.

⁸⁴⁶ Nous ne soutenons pas que l'inaction d'un État « tiers » face à la violation d'une norme impérative vaille renonciation à son droit d'invoquer la responsabilité. Toutefois, cette absence de réaction est le premier signe et la condition d'une renonciation implicite. Dans une perspective de « normativité renforcée » (expression empruntée à P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », RCADI, vol. 237, 1992-VI, pp. 293 et s.) propre aux règles absolument impératives, une renonciation ne devrait pas être retenue aussi facilement selon qu'elle concerne une règle générale ou impérative. De toute manière, une renonciation sera

L'effet de la reconnaissance⁸⁴⁷ est de se rendre une situation opposable et, en conséquence, de ne plus pouvoir la contester⁸⁴⁸. Cet effet est parfois assimilé à l'*estoppel*⁸⁴⁹, mais il semblerait qu'il s'agisse d'un expédient destiné à faire comprendre que la reconnaissance, une fois émise, lie l'État et ne peut pas être révoquée arbitrairement⁸⁵⁰. L'*estoppel* au contraire contient une part de fiction (fiction de la représentation émise et prise en considération de la représentation telle que perçue par l'État qui se prévaut de l'*estoppel*) et nécessite un dommage (*detrimental reliance*). L'application de l'*estoppel* n'est pas exclue, mais il ne s'agit pas à proprement parler de l'effet de la reconnaissance⁸⁵¹, mais du *motif invoqué pour empêcher la révocation d'une reconnaissance*⁸⁵². Venturini et Suy remettent en cause le caractère autonome de la reconnaissance car elle contient une part de *promesse*, promesse de ne pas contester la situation « reconnue »⁸⁵³. L'effet de la promesse n'est pas de créer un *estoppel*, elle lie son auteur aussi en l'absence d'une modification de sa position par le destinataire⁸⁵⁴.

en dernier lieu constatée par un tiers impartial, encore faut-il que l'instance réunisse l'État auteur et un (ou plusieurs) État(s) « tiers ».

⁸⁴⁷ Nous n'aborderons pas la question de l'effet déclaratif ou constitutif de la reconnaissance d'États.

⁸⁴⁸ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 207 ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 395 ; K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », op. cit., p. 227.

⁸⁴⁹ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 208 ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 395 (forclusion et *estoppel*). Ce n'est « qu'au surplus » que l'on pourra opposer l'*estoppel* à l'État auteur de la reconnaissance : CDI, 6^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453, p. 69, § 102.

⁸⁵⁰ K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », op. cit., pp. 234-235 ; *Principes directeurs ... et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2^e partie, Principe n° 10, p. 400.

⁸⁵¹ « *Estoppel*, however, results not from the intention of the declarant, but from the expectation or behaviour of the addressee of the act » : C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law* », *Austr. YBIL*, vol. 25, 2006, p. 64.

⁸⁵² Et de tout acte ou déclaration unilatérale. Voy. le Principe n° 1, *in fine* « [l]e caractère obligatoire de telles déclarations repose sur la bonne foi ; les États intéressés peuvent donc tenir en compte et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées », *Principes directeurs ... et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2^e partie, p. 388, nos italiques.

⁸⁵³ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 207 ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 396 : « La reconnaissance est l'expression du pouvoir de s'obliger propre aux États ».

⁸⁵⁴ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 151 : « La promesse lie le bénéficiaire à partir du moment où le bénéficiaire en a eu connaissance » ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes

Quels parallèles tirer entre la reconnaissance – tacite ou implicite – et l'acquiescement ? L'acquiescement peut aboutir à la non-contestation d'une situation initialement illicite⁸⁵⁵. La reconnaissance d'une situation illicite est possible (sous le seuil de l'art. 40 TCDI – violation grave d'une norme impérative). Le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire des *Pêcheries* entre le Royaume-Uni et la Norvège démontre cette relation – et parfois confusion – entre le fait l'illicite initial et l'acquiescement :

« La Cour est ainsi amenée à conclure que la méthode des lignes droites, consacrée par le système norvégien, a été imposée par la géographie particulière de la côte norvégienne ; que, dès avant la naissance du différend, cette méthode avait été consolidée par une pratique constante et suffisamment longue en face de laquelle l'attitude des gouvernements atteste que ceux-ci ne l'ont pas considérée comme étant contraire au droit international »⁸⁵⁶.

La Cour apprécie simultanément la *légalité* du système adopté par la Norvège et la *reconnaissance de la légalité* par les autres États. À la page suivante, la Cour annonce qu'elle va vérifier si les lignes de bases sont conformes aux principes gouvernant la délimitation de la mer territoriale⁸⁵⁷. Après avoir déterminé que la délimitation du bassin du LoppHAVET ne s'écarterait pas de manière arbitraire de la direction générale de la côte⁸⁵⁸, la Cour saisit l'occasion de formuler un *obiter dictum* :

« Quand bien même on estimerait que, dans le secteur considéré, il y a déviation trop marquée, il faut relever que le Gouvernement norvégien a fait valoir ici un titre historique et nettement localisé sur les eaux du LoppHAVET : c'est la concession, datant de la fin du XVII^e siècle, d'un privilège exclusif de pêche et de chasse aux cétacés accordé au lieutenant de vaisseau Erich Lorch par diverses licences qui démontrent, entre autres, que les eaux situées dans les parages de la roche noyée de Gjesbaaen ou Gjesboene et les lieux de pêche y attenants, étaient considérées comme relevant exclusivement de la souveraineté norvégienne »⁸⁵⁹.

unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 402 : « Le fait pour un promettant de ne pas maintenir l'attitude annoncée par lui peut [...] être [...] considéré comme un fait illicite ».

⁸⁵⁵ L'acquiescement se fait sous la forme de la perte du droit d'invoquer la responsabilité (« Rights and duties may be constituted, modified, disposed of or terminated by the effect of acquiescence », N. S. MARQUES ANTUNES, « Acquiescence », in R. WOLFRUM (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, OUP, 2012, p. 54, § 11).

⁸⁵⁶ *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CLJ, *Rec. 1951*, p. 139.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 140.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, pp. 141-142.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 142. Italiques ajoutés.

Même en cas d'« empiétement » sur le droit d'un autre État ou de l'ensemble des autres États, ce *dictum* montre que l'acquiescement empêche de contester l'illicite initial. L'opinion dissidente du juge McNair mentionne deux phases :

« [1] Supposing that so peculiar a system [the Norwegian system embodied in the Decree of 1935] could, in any part of the world and at any period of time, be recognized as a lawful system of the delimitation of territorial waters, [2] the question would arise whether the United Kingdom had precluded herself from objecting to it by acquiescing in it »⁸⁶⁰.

Le système adopté par la Norvège doit d'abord être légal (1), la question de l'acquiescement du Royaume-Uni (et de sa perte du droit d'invoquer la responsabilité) ne se pose qu'ensuite (2). 20 ans après, la Cour fut saisie d'une autre affaire relative aux pêcheries, impliquant le Royaume-Uni et l'Islande. En 1972, l'Islande promulgua un règlement qui étendait sa zone de pêche exclusive de 12 à 50 miles⁸⁶¹. La première tâche de la Cour fut d'apprécier la légalité de cette mesure⁸⁶². Sa réponse comporte deux volets, un relatif à la *légalité intrinsèque* de la mesure, le second relatif à la position du Royaume-Uni : (1) l'extension à 50 miles viole l'article 2 de la Convention sur le droit de la Mer de 1958, (2) cette mesure « n'est pas opposable au Royaume-Uni, et [...] celui-ci n'est nullement tenu d'accepter l'abolition unilatérale par l'Islande de ses droits de pêche dans la région »⁸⁶³. L'articulation immédiate se présente comme une logique d'application de la règle : si l'extension est illicite, elle n'est pas opposable à l'État. Une autre interprétation y décèle un écho des *Pêcheries norvégiennes* : *bien que* la mesure soit illégale, l'État *aurait pu* devoir se la laisser opposer. À la différence des *Pêcheries norvégiennes*, le Royaume-Uni était en constante communication avec l'Islande, il surveillait de près l'évolution de la législation interne, négociait, et, le cas échéant, protestait⁸⁶⁴.

L'acquiescement se sert de comportements de l'État qui seront réexaminés et revalorisés lors du jugement⁸⁶⁵ ; le même procédé est appliqué afin de parvenir à une constatation de reconnaissance

⁸⁶⁰ *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, Opinion dissidente du juge McNair, p. 171.

⁸⁶¹ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt du 25 juillet 1974, CIJ, *Rec.* 1974, pp. 14-15.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 22, § 49.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 29, § 67.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, pp. 10 et s.

⁸⁶⁵ « En tant que règle de décision, l'acquiescement permet au tiers saisi de prétentions contraires de *rationaliser a posteriori* le comportement des parties », M. HÉBIE, *Souveraineté territoriale par traité*, Paris, PUF, 2015, p. 586, italiques dans l'original.

tacite ou implicite. L'effet de la reconnaissance est d'obliger – voire promettre – de ne pas remettre en question une situation ; l'État doit se laisser opposer une situation à laquelle il a acquiescé.

La doctrine considère que les actes unilatéraux sont susceptibles de révocation, révision et annulation⁸⁶⁶. L'analogie avec le droit des traités⁸⁶⁷ et l'élément de la volonté comme condition de l'acte unilatéral⁸⁶⁸ n'y sont pas étrangers. Les *Principes directeurs* de la CDI relatifs aux déclarations unilatérales confirment la possibilité de « rétractation », sous réserve d'arbitraire⁸⁶⁹. L'analogie avec le droit des traités s'exprime aussi dans la validité des actes unilatéraux, les vices dans l'expression de l'intention de l'État leur sont globalement applicables⁸⁷⁰. La révocation est admise si l'intention initiale de l'auteur ne couvre pas une situation nouvelle, si l'acte prévoit un droit de rétractation, ou encore en cas de changement fondamental de circonstances⁸⁷¹. Au niveau interprétatif, ce n'est plus la volonté de l'auteur de l'acte qui prime, mais celle, objective, qui se dégage du texte ou de la déclaration de l'État⁸⁷².

En comparaison, l'acquiescement est monolithique : soit il est réalisé, car les éléments nécessaires sont réunis⁸⁷³, soit un des éléments fait défaut et il n'existe pas. Notre relevé de la doctrine

⁸⁶⁶ F. VILLAGRÁN KRAMER, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », in *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle*, New York, Nations Unies, 1997, p. 157 ; C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, p. 68.

⁸⁶⁷ F. VILLAGRÁN KRAMER, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 157 ; C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, p. 69.

⁸⁶⁸ C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, p. 57 : « Intention is but a condition of validity, whilst good faith is [...] the fundamental norm regulating the effect of the act ».

⁸⁶⁹ *Principes directeurs ... et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2^e partie, pp. 399-400, Principe n° 10. Les trois alternatives sont : réserver le droit de rétractation dans le texte de la déclaration ; évaluer la mesure dans laquelle les destinataires se sont fondés sur la déclaration ; le changement fondamental de circonstances ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 421.

⁸⁷⁰ C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, p. 68 ; K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », p. 230, § 46.

⁸⁷¹ Application de l'article 62, § 1, lit. a) CVDI. L'intention est protégée via les circonstances qui constituaient une base essentielle pour l'émission de l'acte juridique unilatéral.

⁸⁷² Voir déjà au niveau de la vérification de l'existence d'un acte unilatéral (mais en dehors du problème de son invalidité pour vice de la volonté) : C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, pp. 55-58.

⁸⁷³ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 650, §§ 47-48. L'Indonésie tentait d'invoquer un acquiescement sur la base d'une carte jointe à un mémorandum destiné au Parlement néerlandais, carte qui

et de la jurisprudence ne porte pas témoignage d'une annulation ou nullité d'un acquiescement postérieurement à son existence. Par contre, A. Marie évoque la possibilité (au moins théorique)⁸⁷⁴ qu'un vice de la volonté soit à l'origine du silence menant à l'acquiescement⁸⁷⁵. Vu que le mode privilégié de constatation de l'acquiescement est *judiciaire*, le tribunal doit se prononcer sur *l'existence* d'un acquiescement ; ne serait-ce que par économie de moyens, il est peu probable qu'un tribunal constate un acquiescement pour le déclarer vicié⁸⁷⁶. L'unité de l'acquiescement ne signifie pas qu'il est *définitif* : des acquiescements et contre-acquiescements portant sur une même situation peuvent se succéder. En réalité l'acquiescement postérieur portera sur le *droit* créé ou modifié via l'acquiescement initial. L'acquiescement peut participer à la création d'un titre⁸⁷⁷, titre qui peut ensuite être éteint ou transféré au profit d'un autre État par le biais d'une dérélliction ou d'une renonciation tacites⁸⁷⁸.

n'avait pas suscité de réaction du gouvernement britannique. L'acquiescement ne fut pas retenu. La Cour constate que la carte ne faisait que tracer une ligne *et* ne mentionnait pas les îles objet du litige. La carte semblait totalement ignorer les îles et le litige à leur sujet, elle ne pouvait dès lors prétendre y proposer une solution. Ce premier constat porte sur la *charge de réagir*, le silence n'est pas pertinent car la charge inexistante. En deuxième lieu, la carte n'avait pas été communiquée au Royaume-Uni par les Pays-Bas. Bien que la source de la connaissance importe peu (A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 456-457, § 292), on peut y voir un indice de la valeur que les Pays-Bas attachaient à cette carte.

⁸⁷⁴ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 449-450, § 285 : « Il est tout à fait possible d'imaginer qu'un État garde le silence suite à la notification d'une information dont il ne réalise pas la portée en raison de la dissimulation de certains faits. Rien ne semble devoir exclure qu'une fois le vice découvert l'État ne soit pas en mesure de contester avoir valablement acquiescé. L'essentiel est, en toute hypothèse, que l'État qui acquiesce ait connaissance du fait qui rend son silence pertinent et qu'il n'est pas réputé acquiescer dès l'acquisition de cette connaissance afin de lui laisser l'opportunité de découvrir et de dénoncer le dol ou l'erreur ».

⁸⁷⁵ *Ibid.*, pp. 440 et s. Erreur de fait, négligence, indifférence et dol sont évoqués. En pp. 445-446, § 283, il précise : « Dans la mesure où l'article 48, paragraphe 2, empêche l'invocation d'une erreur en raison de la négligence fautive de l'État à effectuer les démarches susceptibles de la découvrir, il semble peu probable en pratique qu'un État soit recevable à invoquer la connaissance tardive d'une erreur. En somme, même si c'est bien à partir de la connaissance de l'erreur que l'acquiescement silencieux sera envisagé, tout porte à croire qu'en pratique – c'était en toute hypothèse le cas dans l'affaire du *Temple* – l'État sera réputé connaître légalement l'erreur ou en tout cas la possibilité assumée d'une erreur dès l'entrée en vigueur de l'acte ». Au sujet de *l'estoppel* qui se fonderait sur une mauvaise représentation de la réalité, voy. : Railway Land Arbitration (*Malaysia/Singapore*), Sentence arbitrale, 20 octobre 2014, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXXIV, pp. 193-203.

⁸⁷⁶ Sauf à prolonger l'analogie du droit des traités dans ses dernières conséquences pour y appliquer les dispositions de la CVDT relatives aux conséquences de la nullité d'un traité (art. 69 et 71 CVDT).

⁸⁷⁷ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 391.

⁸⁷⁸ *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, pp. 96 et 99 illustre cette possibilité.

Les actes unilatéraux doivent émaner d'un « auteur » apte à parler au nom de l'État et à l'engager⁸⁷⁹ sur le plan international⁸⁸⁰. Au-delà de l'analogie avec l'article 7, § 2, lit. a) CVDT, d'autres agents peuvent avoir de cette capacité⁸⁸¹. Selon Ph. Cahier :

« La technicité de certains problèmes fait que des traités peuvent être conclus par d'autres organes de l'administration, comme, par exemple, des fonctionnaires du ministère du commerce ; d'autre part, le droit constitutionnel peut permettre à d'autres organes de lier l'État. Ces organes sont, dans ce cas, munis de pleins pouvoirs permettant aux autres États de savoir qu'ils ont la capacité de lier l'État qu'ils représentent »⁸⁸².

Cette importante nuance est répétée dans le quatrième *Principe* de la CDI relatif aux déclarations unilatérales :

« D'autres personnes représentant l'État dans des domaines déterminés peuvent être autorisées à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence »⁸⁸³.

Le *locus classicus* est l'affaire du *Golfe du Maine* et sa « lettre Hoffman », du nom d'un fonctionnaire des États-Unis. Le champ de compétence de ce fonctionnaire se limitait à un domaine technique, ses déclarations ne pouvaient pas être étendues aux délimitations maritimes⁸⁸⁴. Pour Skubiszewski, la bonne foi commande que la perception de l'État destinataire de l'acte doit être protégée s'il apparaît *a priori* que l'organe est compétent⁸⁸⁵.

⁸⁷⁹ F. Villagrán Kramer utilise le terme « d'imputabilité » (« Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 49), tout comme J.-P. JACQUÉ (*Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, pp. 91 et s.). Par « imputation » c'est l'engagement contractuel ou unilatéral de l'État qui est visé, et non l'imputation aux fins de la responsabilité internationale : P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, pp. 138-139.

⁸⁸⁰ C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda ? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law* », *op. cit.*, p. 54.

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 54.

⁸⁸² Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 243.

⁸⁸³ *Principes directeurs ... et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2^e partie, p. 391.

⁸⁸⁴ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 307-308, § 139-140.

⁸⁸⁵ K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 230, § 47 : « The addressee of the act cannot be expected to inquire too deeply into matters of internal powers and domestic law whenever circumstances point to the competence of the organ in a particular area. Except where the violation of the domestic law was manifest and concerned a rule of fundamental importance [article 46 CVDT], the addressee of the unilateral act can invoke the principle of good faith in considering the organ as authorized ». Voy. aussi P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, pp. 145-166 (spéc. 165-166).

Les considérations générales relatives aux actes unilatéraux sont-elles transposables à la reconnaissance tacite ? *A priori* rien n'indique que des adaptations soient nécessaires⁸⁸⁶. Reste à voir comment la jurisprudence aboutit à une reconnaissance tacite. Les deux affaires⁸⁸⁷ qui vont nous retenir sont celles relatives au *Droit de passage sur territoire indien* ainsi que le *Temple de Préah Vihéar*.

Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour devait se prononcer sur l'existence de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Le premier document examiné fut un traité de 1779 entre le Portugal et les Mahrattes, par les termes utilisés, la Cour exclut un transfert de souveraineté⁸⁸⁸. La situation se modifia drastiquement avec le remplacement des Mahrattes par les Britanniques :

« Les Britanniques trouvèrent les Portugais occupant les villages et y exerçant leur pleine et exclusive autorité administrative. *Acceptant la situation telle qu'ils l'avaient trouvée, ils laissèrent les Portugais occuper les villages et y exercer une autorité exclusive.* Les Portugais se présentèrent comme souverains des villages. *Les Britanniques s'abstinrent de prétendre eux-mêmes à la souveraineté en qualité de successeurs des Mahrattes, mais ils ne reconnurent pas non plus expressément la souveraineté du Portugal.* L'autorité exclusive des Portugais sur les villages ne fut jamais mise en question. Ainsi la souveraineté du Portugal sur les villages fut-elle *reconnue* par les Britanniques *en fait et par implication* ; elle le fut ensuite tacitement par l'Inde [⁸⁸⁹]. En conséquence, les villages visés par la concession mahratte acquirent le caractère d'enclaves portugaises en territoire indien »⁸⁹⁰.

Dans ce passage, un point du raisonnement de la Cour mérite d'être souligné : c'est en vertu de sa qualité de successeur au traité de 1779 que le Royaume-Uni était fondé à contester la « pleine et

⁸⁸⁶ G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 418.

⁸⁸⁷ Citées par P. Saganek comme des cas de reconnaissance tacite (*Unilateral acts of states in public international law, op. cit.*, p. 477).

⁸⁸⁸ *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, p. 38 : « Le dossier contient plusieurs exemples de traités conclus par les Mahrattes qui montrent que, lorsqu'il s'agissait d'opérer un transfert de souveraineté, ils employaient des expressions appropriées et adéquates telles que cession "à perpétuité" ou "en souveraineté perpétuelle" ». *Expressio unius est exclusio alterius* !

⁸⁸⁹ On pourrait penser que si le Royaume-Uni avait déjà renoncé à la souveraineté sur les enclaves, l'Inde ne disposait plus du droit de contester la souveraineté portugaise. Toutefois, l'Inde étant sous domination britannique à l'époque des faits, cette situation aurait pu être remise en cause dès l'indépendance.

⁸⁹⁰ *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, p. 39. Nos italiques.

exclusive autorité administrative » exercée par le Portugal. La reconnaissance⁸⁹¹ écrase le régime de concession dont les Britanniques pouvaient exiger le respect. La Cour s'appuie sur les éléments suivants pour parvenir à la reconnaissance tacite : la situation telle qu'elle se présentait et son acceptation par les Britanniques, leur abstention, l'absence de reconnaissance expresse, et l'absence de toute protestation subséquente (« jamais mise en question »). La volonté n'apparaît pas⁸⁹² et pourtant il y a reconnaissance tacite. Nous voyons deux justifications possibles à cette absence de référence à la volonté :

1. La reconnaissance tacite est un *fait juridique* et est assimilable à un acquiescement, la volonté n'y joue aucun rôle.
2. La volonté peut être distillée⁸⁹³ ; les éléments qui permettent de reconduire l'attitude de l'État à témoigner d'une volonté sont, entre autres, l'absence de réaction, le caractère « paisible » de la situation, l'absence de protestation ou d'actes contraires, etc.

La première proposition ne serait valable que pour la reconnaissance tacite. Cependant, portée à plus large échelle, elle aboutirait à supprimer la distinction entre actes unilatéraux par voie tacite et acquiescement. L'acquiescement peut être à l'œuvre dans les formes tacites⁸⁹⁴, il s'agit d'un moyen et non de la fin : comme reconnaissance et renonciation tacites n'aboutissent pas au même résultat, on peut écarter cette option. L'assimilation de l'acquiescement se limite à la reconnaissance tacite.

La seconde proposition est conforme à ce que la doctrine qualifie de « reconnaissance tacite », la volonté y est préservée et les comportements étatiques servent à la reconstruire. On retiendra cette option pour des questions de perspective : dans le paragraphe précité du *Droit de passage*, la Cour se place uniquement du point

⁸⁹¹ Il n'aurait pas été improbable que la Cour choisisse une cession tacite plutôt qu'une renonciation.

⁸⁹² « Acceptant la situation telle qu'ils l'avaient trouvée, ils laissèrent les Portugais occuper les villages et y exercer une autorité exclusive » : l'acceptation britannique est déduite de son laisser-faire.

⁸⁹³ Analyse de la volonté, décomposition en plus petits éléments, ou encore « equiparazione » (qui se traduirait par « comparaison d'égalité ») entre la volonté et les faits et comportements qui atteignent la même force.

⁸⁹⁴ En droit des traités le processus au cœur de l'article 31, § 3, lit. b) CVDT relève largement de l'acquiescement.

de vue britannique de la reconnaissance du droit⁸⁹⁵, elle ne fait aucun usage de l'*estoppel* ou de la protection de la bonne foi à laquelle le Portugal pourrait prétendre⁸⁹⁶.

Dans l'extrait précité, la Cour conclut à la reconnaissance « en fait et par implication » pour les Britanniques, puis à celle, tacite, de l'Inde⁸⁹⁷. Une reconnaissance expresse aurait épargné à la Cour l'examen des éléments factuels pour conclure à la reconnaissance. La reconnaissance « en fait » devrait se manifester par des comportements actifs britanniques, qui sont totalement absents en l'occurrence. C'est donc que le silence gardé par les Britanniques peut être qualifié de « fait ». La reconnaissance « par implication » renvoie à l'*implicite*, à ce qui est présupposé comme base d'un autre acte. À part son silence, il n'y a pas d'acte britannique qui puisse impliquer la reconnaissance de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Quant à la reconnaissance « tacite » de l'Inde, c'est au sens de « silencieuse » que l'on peut la comprendre, l'Inde n'ayant rien fait. L'auteur de la reconnaissance tacite n'est pas individualisé, référence est faite aux « Britanniques ». L'individualisation ne pouvait pas se faire car, d'une part les Portugais n'ont pas adressé d'actes via un de leurs organes aux Britanniques et, d'autre part, le comportement britannique n'a pas été extériorisé autrement que par le silence⁸⁹⁸. La reconnaissance tacite silencieuse n'est pas rattachée au comportement de tel ou tel organe, elle émane *in toto* de l'État.

Dans l'extrait précité, la Cour parvient à la constatation d'une reconnaissance tacite à partir d'une pluralité de faits. On relèvera que la Cour *multiplie* les points de vue (abstentions britanniques et comportements portugais) et scrute le ruban chronologique depuis la première occasion de réagir pour les Britanniques, lors de la succession aux Mahrattes, jusqu'à l'indépendance de l'Inde. La Cour

⁸⁹⁵ Selon G. Venturini, la reconnaissance se caractérise par « le pouvoir de s'obliger », d'où l'importance de l'intention de l'État (« La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 396).

⁸⁹⁶ Cela n'exclut pas que le Portugal pût l'invoquer, ni que la Cour en ait tenu compte dans son appréciation de la situation, sans toutefois que cela paraisse dans son raisonnement.

⁸⁹⁷ *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, p. 39. « En fait » s'oppose vraisemblablement à une reconnaissance expresse, qui serait « en droit », et dont la Cour avait noté l'absence.

⁸⁹⁸ Dans le domaine de la responsabilité internationale, il en va de même de l'imputation d'une omission : l'obligation est violée en raison de la passivité de l'État, sans nécessité de déterminer qui devait réagir. Voy. : *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (24 mai 1980, CIJ, Rec. 1980, p. 12, §§ 17 et 31-33).

ne cite pas seulement ce qui a été fait (tolérance britannique d'un côté et exercice de la souveraineté de l'autre), elle explore, *ce que les Britanniques auraient pu faire et dont ils se sont abstenus*⁸⁹⁹. De cette comparaison émergent les actes qui auraient dû être accomplis afin de conserver la souveraineté sur les enclaves. Globalement, la Cour ne s'attarde pas sur un comportement précis, qui emporterait reconnaissance tacite⁹⁰⁰, mais c'est de l'uniformité de l'attitude britannique que la reconnaissance tacite est déduite (fait juridique complexe). Le comportement britannique face à celui portugais est *univoque* : la reconnaissance tacite est la seule conclusion raisonnable à laquelle la Cour peut parvenir.

Passons maintenant à l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, dans laquelle la visite du Temple par le Prince thaïlandais Damrong, en territoire administré par la France au nom du Cambodge, avait abouti à une renonciation tacite :

« La Cour ne peut accepter les explications de la visite du prince Damrong données au nom de la Thaïlande. Si l'on considère l'incident dans son ensemble, il apparaît qu'il a équivalu⁹⁰¹ à une reconnaissance tacite par le Siam de la souveraineté du Cambodge (sous protectorat français) à Préah Vihéar, du fait que le Siam n'a pas réagi en une circonstance qui appelait une réaction tendant à affirmer ou à conserver un titre de souveraineté en face d'une prétention contraire évidente. Ce qui semble clair c'est ou bien que le Siam ne pensait pas en réalité posséder de titre de souveraineté – ce qui correspondrait parfaitement à l'attitude qu'il avait toujours observée et qu'il a maintenue à l'égard de la carte de l'annexe 1 et de la frontière qu'elle indique – ou bien qu'il avait décidé de ne pas faire valoir son titre, ce qui signifierait encore une fois qu'il admettait les prétentions françaises ou acceptait la frontière à Préah Vihéar telle qu'elle était tracée sur la carte »⁹⁰².

La Cour ne parvient pas à une constatation *stricto sensu* de reconnaissance : il n'y a qu'une « équivalence ». Cette équivalence confine à un acquiescement et à la maxime *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*. La Cour évite ainsi de déterminer la valeur exacte, en droit, des comportements et

⁸⁹⁹ « [I]ls laissèrent les Portugais occuper les villages [...] Les Britanniques s'abstinrent de prétendre eux-mêmes à la souveraineté en qualité de successeurs des Mahrattes, mais ils ne reconnurent pas non plus expressément la souveraineté du Portugal ».

⁹⁰⁰ Sauf de manière négative, en notant l'absence de reconnaissance expresse des Britanniques.

⁹⁰¹ « to have amounted to » dans la version anglaise.

⁹⁰² *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 30-31.

réactions des États⁹⁰³ : qu'il y ait acquiescement ou reconnaissance tacite, peu importe, la situation finale reste la même. La volonté de la Thaïlande apparaît de manière détournée dans une des deux explications à l'absence de souveraineté données par la Cour : « [Le Siam] avait *décidé* de ne pas faire valoir son titre ». Mais cette volonté n'est pas une volonté qui porte sur la *renonciation*, elle ne peut être utile que dans une reconnaissance *implicite*, et c'est l'acte *de ne pas faire valoir son titre* qui constitue une telle reconnaissance implicite de souveraineté.

La Cour envisage deux hypothèses principales pour conclure à la souveraineté cambodgienne : 1) la Thaïlande ne dispose pas de la souveraineté sur le Temple (« le Siam ne pensait pas en réalité posséder de titre de souveraineté »), 2) la Thaïlande a renoncé à la souveraineté (« [Le Siam] avait *décidé* de ne pas faire valoir son titre »). Face à l'action cambodgienne :

1. La Thaïlande devait réagir pour affirmer *l'existence* de son titre. En conséquence son inaction démontre qu'elle ne *disposait* pas de ce titre, ou qu'elle ne *pensait* pas en avoir.
2. La Thaïlande devait réagir pour *conserver* son titre. La disposition intellectuelle de la Thaïlande face à l'existence de son propre titre n'est plus en cause ici, il s'agit seulement de savoir si elle a fait le nécessaire pour ne pas le perdre. Or la Cour considère que le non-exercice des droits découlant du titre signifie l'admission des prétentions cambodgiennes⁹⁰⁴.

Quelle que soit l'hypothèse retenue, la conclusion reste la même : l'absence de souveraineté thaïlandaise. Pour autant, la reconnaissance tacite ne porte pas sur le même objet. Dans la première hypothèse, la reconnaissance thaïlandaise ne serait pas créatrice de droit pour le Cambodge, la reconnaissance ne ferait que confirmer le titre du Cambodge. Dans la seconde, la reconnaissance porte sur le bien-fondé des prétentions cambodgiennes face au titre de la Thaïlande.

⁹⁰³ L'utilisation de termes comme « Ce qui semble clair » au milieu de l'extrait indique que le passage antérieur à cette phrase est obscur.

⁹⁰⁴ Une précision s'impose : ce n'est pas le non-exercice du droit (inaction) qui emporte son extinction. Cette conception ne peut pas être retenue : un droit englobe son libre exercice, y compris le choix de ne pas l'exercer (*Yuille, Shortridge & Cie*, Sentence du 21 octobre 1861, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 65). Dans l'affaire du *Temple*, l'inaction prouve la perte du droit par la reconnaissance de la souveraineté adverse. C'est parce que le droit n'existe plus qu'il ne peut pas être exercé.

Comme dans l'extrait précédent du *Droit de passage*, le raisonnement s'appuie sur une comparaison entre le comportement adopté et celui qu'on pourrait attendre d'un État dont le droit est contesté. Si cette comparaison est faite, c'est en vertu de la charge de réagir⁹⁰⁵ qui pesait sur la Thaïlande suite à la visite officielle du Temple. Mieux que la réception des cartes indiquant la frontière⁹⁰⁶, cette visite prouve de manière irréfutable la connaissance réelle de la Thaïlande. Contrairement à l'extrait du *Droit de passage*, l'attitude de l'État reconnaissant n'est pas purement passive, la visite porte en elle-même le sceau de la reconnaissance. La qualité du visiteur, loin d'être un simple fonctionnaire subalterne, pèse elle aussi sur le verdict de reconnaissance, le Siam, via le Prince Damrong, acquiert la connaissance de la prétention cambodgienne sur le Temple. La Cour ne désigne pas un auteur de la reconnaissance, c'est le Siam en sa totalité qui aurait dû réagir.

Les actes thaïlandais se suffisent pour parvenir à la reconnaissance tacite, l'extrait ne porte pas de trace d'un examen de la position cambodgienne sous la forme d'un éventuel *estoppel* ou d'une autre forme de protection de la bonne foi. Sur ce point, la reconnaissance produit ses effets indépendamment de toute réaction de la partie adverse et correspond pleinement à son caractère d'acte juridique *unilatéral*⁹⁰⁷. Sur le plan de la volonté, la reconnaissance tacite ne donne pas l'impression de laisser la place à une recherche de celle-ci. Toutefois, selon Suy, « [i]l se peut même qu'en posant un certain acte, *interprété extérieurement comme impliquant une reconnaissance*, l'auteur n'ait pas eu la volonté réelle de considérer la situation en question comme étant légitime »⁹⁰⁸. En situation de dissociation entre la volonté réelle et la volonté telle qu'elle est perçue sur la base de son extériorisation, cette dernière prime. La « volonté » est sauvegardée, bien qu'il s'agisse d'une volonté objectivée, lue à la lumière de la signification qu'un destinataire de bonne foi placé dans les mêmes conditions pouvait y prêter.

⁹⁰⁵ Dans le langage de la Cour : « [U]ne circonstance qui appelait une réaction ».

⁹⁰⁶ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CJI, *Rec.* 1962, p. 24. La visite du Temple ne recourt pas à une présomption de connaissance. À l'inverse, recevoir les cartes et remercier le ministre de la France à Bangkok n'implique pas que les cartes ont réellement été scrutées, ni que l'erreur ait été constatée et acceptée.

⁹⁰⁷ CDI, 6^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453, p. 69, § 109.

⁹⁰⁸ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 194, nos italiques.

Les travaux de la CDI relatifs aux *Principes applicables aux déclarations unilatérales* se sont intéressés à la reconnaissance tacite, bien que le résultat final l'ait exclue⁹⁰⁹. Ces rapports permettent de corroborer la doctrine précitée et de préciser quelques aspects spécifiques de la question. La difficulté à établir une ligne de partage nette entre reconnaissance, renonciation et promesse y est affirmée⁹¹⁰. La distinction entre le tacite⁹¹¹ (la volonté existe, mais est tue) et l'implicite⁹¹² (la reconnaissance est déduite d'un autre acte) est faite, selon les mêmes modalités que dans les extraits des deux affaires analysées plus haut.

L'année suivante, un objectif du rapporteur spécial est de présenter « certains comportements des États qui, sans constituer des actes juridiques *stricto sensu*, peuvent produire des effets juridiques similaires »⁹¹³. Dans une section intitulée « le silence et l'estoppel comme principes modulateurs de certains actes étatiques »⁹¹⁴, le rôle du silence dans la formation des actes unilatéraux (ainsi que l'acquiescement), et celui de l'estoppel *postérieurement* à la formation des actes unilatéraux sont envisagés. Un effet constitutif du silence, pour soi et par soi, est exclu⁹¹⁵, il peut au contraire entrer dans la formation d'un acquiescement⁹¹⁶. De même, la conformité de l'acquiescement à l'archétype de l'acte unilatéral est niée⁹¹⁷, l'utilité de l'acquiescement réside dans sa capacité à éclaircir les zones d'ombres⁹¹⁸. L'estoppel n'est pas à compter parmi les actes unilatéraux, mais comme un effet potentiel de ceux-ci⁹¹⁹. En somme, l'estoppel est construit prioritairement depuis la perspective de l'État qui va chercher à l'opposer, et en ce sens il ne correspond pas à un acte unilatéral⁹²⁰.

⁹⁰⁹ CDI, 6^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453, p. 61, § 33 et le Principe n° 5 dans le résultat final de 2006 : « Les déclarations unilatérales peuvent être formulées par écrit ou oralement ».

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 59, § 21.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 60, § 26.

⁹¹² *Ibid.*, p. 59, § 27.

⁹¹³ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, Section E, p. 230, § 11.

⁹¹⁴ *Ibid.*, pp. 266-269.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 266, § 189.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 267, §§ 190-191.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 267, § 194 : l'acquiescement est la résultante de comportements *divers* de l'État, tant dans leurs qualités (actes formels ou informels) que par leur expression (passivité ou action).

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 268, § 195 et les deux citations de J. A. CARRILLO SALCEDO en p. 267, §§ 191 et 192. Cf. égal. A. MARIE, *Le silence de l'État*, op. cit., pp. 173, 241, 267, 312 (qui emploie l'expression « [l']incertitude de la consistance du rapport de droit »).

⁹¹⁹ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, op. cit., p. 268, §§ 196-200.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 269, §§ 20 et 201.

Quelles conclusions tirer de ce bref survol de la reconnaissance tacite et implicite dans sa comparaison avec l'acquiescement ? La volonté occupe une place prépondérante dans la théorie des actes unilatéraux, et la reconnaissance n'y fait pas exception. Toutefois, en matière de reconnaissance tacite, cette volonté est trouvée de manière oblique, l'objectivité de cette recherche n'ayant d'autre solution que de se référer aux actes accomplis par l'État. Il y a là un point commun avec l'acquiescement, celui-ci étant recherché sur la base du comportement de l'État. On pourrait voir en la reconnaissance tacite un acquiescement « qualifié » en ce qu'on doit déceler dans les comportements, en plus de l'indication de la reconnaissance d'une situation, *l'intention* d'une telle reconnaissance. L'acquiescement adopte la perspective du destinataire du comportement, qui cherchera à l'opposer à son adversaire. La reconnaissance, parce qu'acte juridique *unilatéral*, s'interdit de s'attacher à un point de vue externe à celui de son émissaire pour pouvoir vérifier son existence. L'acquiescement et la reconnaissance sont *a priori* différents dans leurs effets, le premier vise la création, modification ou extinction de droit et la seconde l'opposabilité d'une situation. Ce sera vrai dans le cadre général de la reconnaissance, mais quand la reconnaissance tacite porte sur des comportements dont la légalité est sujette à caution⁹²¹, la différence avec l'extinction du droit de contester la situation est ténue. Un autre point de contact, lié au précédent, concerne la situation illicite (en deçà de la violation du *ius cogens*) comme objet de la reconnaissance ou de l'acquiescement. L'acquiescement à une situation illicite correspond à la construction de la perte du droit (ou extinction) de contester une situation.

En dehors du cas bien délimité de la reconnaissance d'État implicite, la reconnaissance tacite ou implicite ne se distingue pas de l'acquiescement dans la méthode utilisée pour l'établir, dans ses effets ou son objet, on peut pour le moins parler d'une « zone grise » entre les deux institutions⁹²².

⁹²¹ Cf. les deux affaires précitées du *Droit de passage* (les Britanniques ne contestèrent pas, alors que cela était en leur pouvoir, les actes de souveraineté portugais) et du *Temple de Préah Vihéar* (le Siam ne réagit pas après la visite du Prince Damrong, malgré la présence cambodgienne).

⁹²² Sans arguer que la qualification de « reconnaissance tacite » procède plus d'un choix que d'une analyse juridique, il reste difficile de donner des contours clairs aux distinctions, et à l'application, de la reconnaissance tacite vis-à-vis de la renonciation tacite ou de l'acquiescement.

2. *La renonciation*

Elle se définit comme l'abandon volontaire d'un droit⁹²³, peu importe que celui-ci soit opéré en faveur d'un tiers ou non (respectivement renonciation *translative*⁹²⁴ ou *abdicative*)⁹²⁵. Conformément au caractère non formaliste du droit international, la renonciation peut être tacite⁹²⁶. La doctrine précise immédiatement que « tacite » ne signifie pas pour autant que la renonciation se laisse aisément présumer⁹²⁷. Le seuil à franchir est une intention univoque de renoncer⁹²⁸. En dessous, l'interprète optera pour une autre construction juridique (la promesse de ne pas utiliser un droit, ou la reconnaissance du droit de l'adversaire)⁹²⁹ ou limitera la renonciation à un aspect du droit⁹³⁰ (la perte d'un droit réel limité plutôt que de la souveraineté)⁹³¹.

⁹²³ K. SKUBISZEWSKI (« Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 229) ; E. Suy évoque la renonciation aux prétentions et aux intérêts (*Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 172-175).

⁹²⁴ Dans certaines circonstances – et par exemple en matière territoriale –, la renonciation translative se confond avec la cession tacite.

⁹²⁵ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 153-155. Certaines renonciations ne peuvent être qu'abdicatives vu la nature du droit concerné. On pense à l'exemple donné en p. 155 de E. Suy : « L'U.R.S.S. renonce à toutes ses demandes de réparations contre le Japon ». Sans le consentement du Japon (ce qui nous placerait en dehors des actes unilatéraux), l'U.R.S.S. ne peut pas renoncer à son droit aux réparations en faveur d'un autre État.

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 157 ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 416.

⁹²⁷ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 159. Le principe n° 7 de la CDI prévoit notamment qu'« en cas de doute sur la portée des engagements résultant d'une telle déclaration, ceux-ci doivent être interprétés restrictivement » (*Principes directeurs ... et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2^e partie, p. 396).

⁹²⁸ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 163-165 ; K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 229 ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, p. 595 ; CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 251, § 84.

⁹²⁹ Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, *op. cit.*, p. 36 : « In case of doubts a declaration is likely to be read as a promise *not to use a right* rather than as a waiver of the right in question ». Voy. aussi A. Tommasi di Vignano, qui suit un raisonnement différent : *La rinuncia in diritto internazionale*, *op. cit.*, p. 36.

⁹³⁰ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 170.

⁹³¹ Au sujet de la différence entre la revendication de la souveraineté ou d'un droit réel limité, l'arrêt du TIDM du 12 juillet 2016 est éclairant. Le tribunal a interprété restrictivement les revendications de la Chine, qui ne portent que sur des *droits* historiques (c'est-à-dire des droits réels limités), plutôt que sur des *titres* historiques (qui impliquent la souveraineté). Par effet miroir, les Philippines – ainsi que tous les autres États intéressés – n'auraient « renoncé » qu'à un droit réel limité en faveur de la Chine : *South China Sea Arbitration (Philippines c. Chine)*, fond, 12 juillet 2016, TIDM, pp. 96-97, §§ 225-229.

Un premier jalon dans l'approfondissement de la renonciation – et de la règle de l'interprétation restrictive – est que le non-exercice d'un droit n'emporte pas *ipso facto* renonciation à celui-ci⁹³². Ce n'est que via l'acquiescement que le non-exercice du droit peut valoir renonciation⁹³³. L'absence d'exercice du droit *en tant que tel* est dénuée de signification aussi longtemps qu'elle ne fait pas face à une obligation de réagir⁹³⁴. Certains droits sont immunisés contre la renonciation tacite, ainsi si un État n'entretient pas de relations commerciales pendant de nombreuses années, le droit de reprendre des communications n'est pas éteint⁹³⁵.

Dans le domaine des différends territoriaux, la déréliction illustre que le non-exercice d'un droit n'emporte pas facilement renonciation. Il est admis que la déréliction peut être faite tacitement⁹³⁶. Dans l'affaire de l'île de *Clipperton*, l'absence d'activité étatique n'avait pas eu de conséquences sur la souveraineté⁹³⁷ au motif que *l'animus derelinquendi* n'était pas présent. La déréliction exige un « dessaisissement » matériel et l'intention d'abandonner le territoire⁹³⁸, toutefois, dans une perspective de déréliction *tacite*, l'unique manifestation extérieure sur laquelle appuyer *l'animus* est l'abandon matériel du territoire⁹³⁹.

L'affaire de *l'Indemnité russe* offre un excellent exemple de renonciation tacite⁹⁴⁰ :

« Entre le Gouvernement Impérial Russe et la Sublime-Porte, il y a donc eu renonciation aux intérêts de la part de la Russie, puisque son ambassade a successivement accepté sans discussion ni réserve et reproduit à

⁹³² K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 229 ; E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 170.

⁹³³ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 170.

⁹³⁴ Les considérations relatives à la protestation (détermination du moment où une protestation devient nécessaire) sont applicables : E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 170. Pour C. Goodman, qui se base sur l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, l'absence de protestation peut entraîner la renonciation (« *Acta sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », p. 51).

⁹³⁵ Cette esquisse est liée à l'opposabilité de la renonciation : dans cet exemple, seul l'autre État pourrait prétendre à une renonciation tacite, construction inutile puisqu'il lui suffit de refuser de commercer. A. TOMMASI DI VIGNANO donne l'exemple de la rupture des relations diplomatiques (*La rinuncia in diritto internazionale*, *op. cit.*, p. 35).

⁹³⁶ A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, *op. cit.*, p. 165.

⁹³⁷ *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1110-1111.

⁹³⁸ A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, *op. cit.*, p. 162.

⁹³⁹ *L'animus possidendi/occupandi* est une condition de l'occupation effective. En l'absence d'une déclaration expresse, cet *animus* se déduit des actes effectués à titre de souverain sur le territoire.

⁹⁴⁰ Bien que le terme « impliquait » est ici employé à la fin de la citation, c'est d'une renonciation tacite dont il s'agit car les échanges entre les deux États concernaient le paiement des indemnités, la renonciation russe ne s'est pas effectuée par un acte sans connexion avec le litige principal, ou un acte qui viserait un autre but que le paiement des indemnités.

maintes reprises dans sa propre correspondance diplomatique les chiffres du reliquat de l'indemnité comme identiques aux chiffres du reliquat en capital. – En d'autres termes, la correspondance des dernières années établit que les deux Parties ont interprété en fait, les actes de 1879 comme impliquant l'identité entre le paiement du solde du capital et le paiement du solde auquel avaient droit les indemnitaires, ce qui impliquait l'abandon des intérêts ou dommages-intérêts moratoires »⁹⁴¹.

En reproduisant les mêmes sommes pour deux postes différents, la Russie a renoncé aux intérêts. Les éléments qui étayaient la renonciation sont la réitération dans le temps de l'identité des deux sommes⁹⁴² et l'absence d'incertitude sur ce point (« accepté sans discussion ni réserve »). Conjointement, ces deux éléments assurent l'univocité : la Russie ne pouvait qu'avoir renoncé vu son attitude constante et dénuée de réserves. Quant à l'auteur de la renonciation, ces échanges émanent de l'ambassade de Russie, qui est en position d'agir au nom de son gouvernement. Le tribunal admet en filigrane que la Russie aurait pu exiger des intérêts moratoires : l'attitude russe est jugée à l'aune de ce qu'elle était en droit d'exiger⁹⁴³.

L'effet de la renonciation est précisé :

« Le Gouvernement Impérial Russe ne peut, une fois le capital de l'indemnité intégralement versé ou mis à sa disposition, revenir valablement d'une façon unilatérale sur une interprétation acceptée et pratiquée en son nom par son ambassade »⁹⁴⁴.

Le tribunal se place temporellement après le versement de la somme exigée, mais n'ajoute rien à la renonciation pour que celle-ci produise ses effets. L'extrait suggère que la Russie aurait encore pu contester la somme avant son versement, comme si la renonciation était sujette à réception⁹⁴⁵ – voire à acceptation – par la Sublime Porte.

⁹⁴¹ *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446 ; CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 252, § 87.

⁹⁴² « Reproduit à maintes reprises » : chaque échange diplomatique correspond à autant d'occasions de réagir pour corriger la somme exigée. Il nous faut – par égard à la réalité des rouages administratifs – nuancer ce propos : bien souvent le nouvel échange se contentera de reprendre le contenu du précédent, perpétuant l'erreur initiale. Il n'en demeure pas moins que la bonne foi du bénéficiaire de l'échange doit être protégée.

⁹⁴³ Sans pour autant y voir une *présomption* de renonciation, le complexe d'actes et d'abstention russe s'affermir de manière univoque en une renonciation. E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 165.

⁹⁴⁴ *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446.

⁹⁴⁵ Contre la nature réceptive de la renonciation, not. G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 416 et la note n° 5.

A. Tommasi di Vignano s'est employé à distinguer la prescription extinctive ou libératoire de la renonciation⁹⁴⁶. A priori, en cas de silence prolongé d'un État, les deux institutions pourraient s'appliquer. La similarité s'arrête presque immédiatement, la prescription extinctive est cantonnée au domaine de la procédure, la renonciation ne connaît pas de limitation. Les buts sous-tendant les deux institutions les séparent : mise en œuvre de la volonté de l'État pour la renonciation, protection de la sécurité juridique pour la prescription⁹⁴⁷. En mettant de côté ces clivages, il est vrai qu'on peut aussi déduire une renonciation tacite d'un grand temps passé à ne pas réagir, mais dans ce cas, si l'État resté inactif s'adresse à un tribunal, l'État adverse commencera probablement par lui opposer la prescription relativement à la recevabilité de sa demande (la renonciation concernant l'existence ou non du droit en cause).

Au chapitre des confusions possibles, A. Tommasi di Vignano relève l'assimilation à la reconnaissance⁹⁴⁸, car cette dernière emporte renonciation de faire valoir ses droits, ou abandon d'une prétention. Toutes deux étant des actes juridiques unilatéraux, la zone grise est illustrée dans les affaires du *Droit de passage* et du *Temple de Préah Vihear* commentées *supra* dans la section précédente. Face aux mêmes faits, la faveur est préférée à la reconnaissance, celle-ci n'ayant pas à subir une interprétation restrictive car n'étant pas vue comme une limitation de la liberté de l'État.

La confusion entre reconnaissance et renonciation tacites provient de la volonté, volonté qui doit être reconstruite sur la base des comportements. Bien que le garde-fou de l'univocité de la conclusion soit répété, la constatation de l'une plutôt que l'autre dans des cas limites n'a rien de fantaisiste⁹⁴⁹. D'autre part, le caractère unilatéral de ces actes ne doit pas faire oublier qu'ils s'inscrivent nécessairement dans un dialogue⁹⁵⁰ et que c'est face à des comportements adverses qu'un tribunal détermine, surtout en matière territoriale, si l'État A a renoncé parce que B a accompli tels actes. Suy souligne

⁹⁴⁶ A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., pp. 104-124.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 109.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 138. Cette confusion est relevée plus haut au sujet de la reconnaissance (section II.D.1), cf. l'extrait de l'affaire du *Droit de passage* et les notes y relatives.

⁹⁴⁹ P. Saganek relève l'interchangeabilité de la qualification d'une reconnaissance ou d'une renonciation (*Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., p. 595).

⁹⁵⁰ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 37-38, § 16. L'acte reste unilatéral car il n'y a pas d'accord entre les États, ce qui n'empêche pas les actes d'avoir un destinataire : ils s'inscrivent dans un *dialogue*.

également une différence dans la construction de la reconnaissance et de la renonciation mais un parallélisme de leurs effets : la reconnaissance *entraîne* un empêchement de faire valoir ses droits, tandis que pour la renonciation, la perte de droit est l'effet direct⁹⁵¹.

Un extrait tiré de J.-P. Jacqué illustre deux problématiques, l'une, déjà évoquée, est celle de « l'effet » de l'acte unilatéral, l'autre est relative à l'expression de la volonté :

« [S]i une partie renonce implicitement à un droit, la renonciation créera une obligation à la charge de son auteur. En présence d'une volonté contraire à l'instance, la tâche du juge sera de rechercher s'il ressort ou non de la conduite de cet État qu'il a renoncé à un droit. Si tel est le cas, peu importera la volonté exprimée à l'instance, c'est la situation telle qu'elle existait avant la date critique qui doit être prise en considération »⁹⁵².

L'effet d'un acte juridique unilatéral peut se résumer par l'expression « *acta sunt servanda* »⁹⁵³ : l'acte donne naissance à une nouvelle situation, situation – cela ne va pas forcément de soi – qui doit être respectée *pour elle-même*⁹⁵⁴. L'importance accordée à la volonté explique pourquoi l'affirmation de l'effet suffisant et nécessaire des actes unilatéraux n'est pas toujours évidente : en présence de deux volontés chronologiquement contraires du même État, le recours à l'*estoppel* ou à toute forme de consolidation de l'acte unilatéral trahit l'inconfort des tribunaux. Jacqué met en lumière le possible changement volitif de l'État et le résout au moyen de la chronologie⁹⁵⁵ et de l'adage (*p*)*acta sunt servanda* : la volonté antérieure *prime* et est source d'obligations.

Dans le cas de la renonciation, l'effet est, en plus de la perte du droit, l'irrévocabilité de l'acte⁹⁵⁶. Dans d'autres actes unilatéraux, telle la promesse, la révocabilité dure aussi longtemps que l'acte juridique produit des effets. Le Guide de la CDI s'en fait l'écho⁹⁵⁷.

⁹⁵¹ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., pp. 182 et 186.

⁹⁵² J.-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, op. cit., p. 223.

⁹⁵³ C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law* », op. cit.

⁹⁵⁴ La renonciation entraîne « l'extinction immédiate » du droit concerné : E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 186.

⁹⁵⁵ La date critique limite l'examen de la volonté de l'État aux faits survenus avant l'instance. Mais c'est quand même la volonté (différente) exprimée devant le juge qui va provoquer un examen fouillé de la possible renonciation. La volonté exprimée à l'instance est prise en compte si les deux parties ne contestent pas certains points de droit ou de fait (*i.e. Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CJI, Rec. 1999, p. 1105, §§ 96-97 : la Cour examine la prescription vu que les parties n'en contestent pas l'application).

⁹⁵⁶ K. SKUBISZEWSKI, « *Unilateral Acts of States* », op. cit., p. 229 ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 597-598.

⁹⁵⁷ *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2^e partie, principe 10, p. 400.

La renonciation est soit « abdicative », soit « translatrice » si elle s'opère en faveur d'un tiers⁹⁵⁸. Les différends territoriaux⁹⁵⁹ offrent l'exemple le plus clair, le territoire devient *res nullius*⁹⁶⁰ au terme d'une renonciation abdicative. La renonciation translatrice possède toutes les caractéristiques d'une cession de droit (ou de territoire)⁹⁶¹, elle peut s'effectuer tacitement. Parfois, le droit auquel l'État a renoncé s'éteint purement et simplement, sans possibilité de transfert : une servitude ne peut pas être transférée à un autre État sans le consentement de l'État grevé, elle s'éteint suite à la renonciation⁹⁶².

La doctrine est unanime sur le fait que la renonciation ne se présume pas⁹⁶³, comme en témoignent une ribambelle d'affaires (*Campbell*⁹⁶⁴, *Kronprins Gustaf Adolf*⁹⁶⁵, *Lotus*⁹⁶⁶, *Essais nucléaire*⁹⁶⁷). La *ratio* de cette règle d'interprétation est que la renonciation, en entraînant la perte de droit, limite la liberté future de l'État⁹⁶⁸. En pratique, la règle

⁹⁵⁸ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., pp. 153-155 ; A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., p. 21 ; CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 250, § 81.

⁹⁵⁹ M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Nouvelle édition [en ligne], pp. 299-300.

⁹⁶⁰ A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », p. 402.

⁹⁶¹ Ainsi, A. Tommasi di Vignano (*La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., p. 23), pour qui la renonciation translatrice, comme la donation, est un « contrat ». On pourrait sauvegarder le caractère unilatéral de la renonciation translatrice en la définissant comme un acte juridique conditionnel, la condition étant l'exercice du droit par l'État en faveur duquel la renonciation s'opère. CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 250, § 81 : « [L]e caractère unilatéral de l'acte est en quelque sorte sujet à caution, car il s'agit en réalité d'un accord dans son sens le plus strict ». Voy. aussi : G. MARSTON, « The British Acquisition of the Nicobar Islands, 1869: A Possible Example of Abandonment of Territorial Sovereignty », *BYBIL*, vol. 69 (1), 1998, pp. 258-260.

⁹⁶² Inspiré par A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., p. 25. Voy. aussi Ch. CALVO, *Dictionnaire manuel de diplomatie et de droit international public et privé*, Paris, G. Pedone, 1885, p. 393.

⁹⁶³ P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 594-597 ; E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., pp. 159-164 ; K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », op. cit., p. 229 ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 416. Il ne s'agit pas d'une présomption qui lie le juge dans son appréciation (présomption *iuris tantum* ; présomption de droit à appliquer automatiquement), mais d'une présomption de l'homme (*praesumptio homini*) selon P. Sandonato de León (*Les présomptions judiciaires en droit international public*, op. cit., pp. 79-85 ; pp. 302-303). Cet auteur catalogue l'absence de renonciation et l'acquiescement parmi les *présomptions judiciaires* (i.e. une catégorie qui regroupe les présomptions de l'homme et les présomptions de fait) relatives au maintien et à la perte d'un droit.

⁹⁶⁴ *Affaire Campbell (Royaume-Uni c. Portugal)*, Sentence du 10 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1156.

⁹⁶⁵ *The Kronprins Gustaf Adolf* (Suède c. USA), Sentence du 18 juillet 1932, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1299.

⁹⁶⁶ *Lotus (France c. Turquie)*, fond, 7 septembre 1927, CPJI, *Série A*, n° 10, p. 18.

⁹⁶⁷ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec. 1974*, p. 473, § 47.

⁹⁶⁸ E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 159.

signifie qu'un doute sur la renonciation emporte absence de celle-ci (ou limitation de la renonciation à un aspect du droit). Pour Sandonato de León, la formulation de la règle devrait être « qu'en cas de doute, une partie a *conservé* ses droits »⁹⁶⁹. Ce changement (présomption de *maintien* plutôt que de *non-renonciation*) assure ainsi qu'il revient à la partie se prévalant de la renonciation de la prouver⁹⁷⁰. Dans le cas des renonciations tacites, au jeu de la règle d'interprétation restrictive s'ajoute l'exigence d'univocité de la renonciation⁹⁷¹.

En droit de la responsabilité internationale, l'article 45 TCDI peut être construit comme une renonciation, une prescription ou encore un acquiescement⁹⁷². L'intégration de la renonciation à l'article 45 ne supprime pas l'exigence d'univocité⁹⁷³. De même, en droit des traités, l'article 45 CVDT (perte du droit d'invoquer une cause d'extinction) peut être lu comme une renonciation⁹⁷⁴.

La renonciation tacite est couramment invoquée en relation avec les immunités⁹⁷⁵. Les travaux de la CDI au sujet de la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*⁹⁷⁶ indiquent comment la règle de la non-présomption de la renonciation s'est transcrite dans le cadre de la renonciation tacite.

« [L]e consentement doit être attesté par un comportement actif de l'État ; il ne peut être simplement présumé. Le silence, l'acquiescement ou l'inaction de la part de l'État ne vaut pas consentement »⁹⁷⁷.

⁹⁶⁹ P. SANDONATO DE LEÓN, *Les présomptions judiciaires en droit international public*, *op. cit.*, p. 303, nos italiques.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 303.

⁹⁷¹ Pour démontrer une renonciation tacite, les éléments de la volonté, de l'absence de doute et de l'univocité (les comportements, attitudes, etc., de l'État ne peuvent être reconduits qu'à une renonciation) doivent être réunis. Le seuil probatoire est donc très élevé.

⁹⁷² Cf. *supra*, section « Prescription » (Ch. 3.II.C) et l'article de C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, pp. 1035-1049.

⁹⁷³ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 331, § 5 ; C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, p. 1038 ; A. ABASS, « Consent Precluding State Responsibility: A Critical Analysis », *ICLQ*, vol. 53, 2004, pp. 219-222.

⁹⁷⁴ P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, p. 596, qui reprend R. Y. JENNINGS et A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. I, Londres/New York, Longman, pp. 1195-1196. Voy. les développements d'A. P. Sereni au sujet des relations entre acquiescement et reconnaissance/renonciation : *Diritto internazionale*, vol. III, *Relazioni internazionali*, Milan, Giuffrè, 1962, pp. 1348-1350.

⁹⁷⁵ Les canons usuels d'univocité doivent aussi être respectés. X. YANG, *State Immunity in International Law*, *op. cit.*, p. 340.

⁹⁷⁶ Non encore en vigueur, texte reproduit dans la rés. 59/38 de l'Assemblée générale du 2 décembre 2004.

⁹⁷⁷ CDI, 3^e *Rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, Rapporteur spécial M. S. Sucharitkul, Doc. A/CN.4/340, ACIDI, 1981, vol. II, 1^{re} partie, p. 150, § 55. Voy. aussi : *ibid.*, p. 149, § 51 et p. 158, § 11.

Les articles 8, 9 et 17 de la *Convention sur les immunités juridictionnelles* codifient des formes de renonciation tacites⁹⁷⁸ et concernent respectivement la participation à une procédure devant un tribunal, les demandes reconventionnelles et l'effet d'un accord d'arbitrage. L'extrait précité du rapporteur spécial exclut qu'un comportement passif soit source de renonciation, ce n'est que sur la base d'un acte de l'État que la renonciation sera *déduite* : il y a donc lieu de se référer à une renonciation *implicite* dans le cas des immunités. La volonté de renoncer à l'immunité doit être en connexité étroite avec la procédure pertinente⁹⁷⁹. Ainsi, la renonciation implicite à l'immunité est généralement acceptée en cas d'action intentée devant les tribunaux de l'État hôte, de la conclusion d'un accord d'arbitrage ou, parfois, à la suite d'un contrat commercial⁹⁸⁰, et, plus simplement, en cas d'apparition devant un tribunal sans invocation de l'immunité⁹⁸¹. La renonciation tacite ne peut bien sûr advenir que si l'immunité existe : partant, la distinction entre actes *iure gestionis* et *iure imperii* est cruciale, les seconds étant seuls susceptibles de renonciation à l'immunité⁹⁸².

La casuistique relative à la renonciation implicite aux immunités est complexe et pas toujours cohérente, tant en raison du passage historique d'une vision absolue des immunités à une vision relative⁹⁸³, qu'en raison de leur application, développée en premier lieu par les juridictions étatiques⁹⁸⁴. Selon Sinclair, le passage de l'immunité absolue à l'immunité relative s'est fait, au moins en partie, par le jeu de l'extension des renoncements implicites :

« In some instances, the doctrine of restrictive immunity appears to have been developed as a result of a conscious extension of the concept of implied waiver. In other words, the foreign State was deemed to have

⁹⁷⁸ R. O'KEEFE, C. J. TAMS et A. TZANAKOPOULOS (éds), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary*, Oxford, OUP, 2013, ad art. 8, 9 et 17.

⁹⁷⁹ X. YANG, *State Immunity in International Law*, op. cit., p. 340.

⁹⁸⁰ Cf. *supra*, Ch. 3.II.A sur le consentement tacite : X. YANG, *State Immunity in International Law*, op. cit., p. 10 ; Lady H. FOX et Ph. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2013, pp. 392-393 ; S. SUCHARTIKUL, « Immunities of foreign states before national authorities », op. cit., p. 190. Le cas de la conclusion d'un contrat est sujet à caution : P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., p. 600.

⁹⁸¹ X. YANG, *State Immunity in International Law*, op. cit., p. 340, et les références en note n° 164.

⁹⁸² Lady H. FOX et Ph. WEBB, *The Law of State Immunity*, op. cit., pp. 403-416.

⁹⁸³ *Ibid.*, pp. 133-166.

⁹⁸⁴ Par exemple le paiement d'une caution avant le début de l'instance n'est pas considéré comme une renonciation à l'immunité, par contre le dépôt d'une somme d'argent comme garantie de l'exécution emporte renonciation (cf. respectivement les cas cités dans N. C. H. DUNBAR, « Controversial Aspects of Sovereign Immunity in the Case Law of Some States », *RCADI*, vol. 132, 1971-I, pp. 237-238 et Sir I. SINCLAIR, « The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments », *RCADI*, vol. 167, 1980-II, pp. 236-237).

voluntarily submitted to the jurisdiction in respect of a commercial transaction by reason of a clause in a contract agreeing to do so, *or even by the mere fact of entering into a contract within the jurisdiction of the local courts and to be discharged within that jurisdiction* »⁹⁸⁵.

La répétition de la renonciation implicite débouche sur la création de la nouvelle catégorie autonome des immunités relatives.

Que retenir de ce tour d'horizon de la renonciation tacite/implicite dans ses rapports avec l'acquiescement ? Le trait le plus marquant de la renonciation est son caractère restrictif : elle ne se présume pas, l'exigence d'univocité conduit à ne retenir la renonciation que si cette déduction s'impose avec force. Cette approche restrictive se traduit par un acquiescement « qualifié » dans le cadre de la renonciation, les éléments habituels de l'acquiescement sont maintenus. La renonciation est avant tout implicite (exigence d'un acte positif d'un État dont on déduira la renonciation), le simple non-exercice d'un droit ne vaut pas renonciation, le comportement qui indique la renonciation est surtout *actif, positif*.

L'acquiescement est omniprésent dans la renonciation tacite. Globalement, l'acquiescement et les actes juridiques unilatéraux tacites ont beaucoup en commun, ce qui distingue la renonciation de la reconnaissance tacites est l'effet voulu par l'auteur de l'acte, distinction absente dans l'examen de l'existence d'un acquiescement⁹⁸⁶. Mais cette nécessité d'une manifestation de volonté, souvent répétée dans la doctrine et la jurisprudence, perd de sa clarté quand celle-ci est construite – voire dessinée – *a posteriori* et à partir des comportements de l'État. L'acquiescement n'est certes pas un acte unilatéral, toutefois dans le cas des actes unilatéraux tacites, il constitue la base, la fondation à partir de laquelle on déduit l'existence de l'acte⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ Sir I. SINCLAIR, « The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments », *op. cit.*, p. 146, nos italiques, cf. aussi pp. 200-205.

⁹⁸⁶ L'acquiescement emporte aussi bien acquisition, modification qu'extinction d'un droit. L'acquiescement est un *procédé existentiel*, construit après coup, tandis que les actes juridiques unilatéraux, du fait de leur dépendance d'une manifestation de volonté (réelle ou postulée dans le cas de leur variante tacite), constituent un *procédé essentiel* (application analogique de R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 505, note 369, lue chez A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 278-279, § 181).

⁹⁸⁷ A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, vol. III, *Relazioni internazionali*, *op. cit.*, p. 1348.

E. *Excursus : la désuétude*

C'est une institution méconnue⁹⁸⁸, peu invoquée, et presque jamais retenue⁹⁸⁹, dont les éléments sont analogues à l'acquiescement : le passage du temps y est couplé aux occasions de réagir⁹⁹⁰. La désuétude se définit comme l'extinction d'une norme en raison d'une période de non-application⁹⁹¹.

Cependant la *desuetudo*, au sens de processus inverse à la coutume (*consuetudo*) ne sera pas étudiée ici⁹⁹². Premièrement, cette désuétude n'a probablement pas d'autonomie : l'existence même de la coutume implique la perpétuation de ses deux éléments (pratique et *opinio iuris*)⁹⁹³. Doctrine et jurisprudence traitent séparément de la désuétude des traités et de la coutume⁹⁹⁴. Secondement, la désuétude d'une coutume par une coutume ou d'un traité par une coutume⁹⁹⁵ correspond à une hypothèse d'« écrasement » de la norme antérieure⁹⁹⁶ qui selon nous ne concerne pas la désuétude au sens strict⁹⁹⁷. La désuétude d'un

⁹⁸⁸ Voy. néanmoins : F. M. GOMEZ PULISICH, *La désuétude en droit international public*, Thèse, Genève, IHEI, 2016, 551 p.

⁹⁸⁹ Voy. les exemples cités par A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 267-291. Dans *Land Sale to Alien* (13 mars 1973, Cour constitutionnelle autrichienne, 77 ILR 433, pp. 437-438), la désuétude n'a pas été retenue par le tribunal. La doctrine n'est pas unanime quant à cette affaire : M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », in E. CANNIZZARO (éd.), *The law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, p. 357.

⁹⁹⁰ A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, op. cit., pp. 302-303 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *RGDIP*, vol. 111, 2007, pp. 633-635 ; R. KOLB, « La désuétude en droit international public », op. cit., p. 604.

⁹⁹¹ G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », op. cit., p. 614 ; R. KOLB, « La désuétude en droit international public », op. cit., p. 578.

⁹⁹² R. KOLB, « La désuétude en droit international public », op. cit., pp. 581-584 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », op. cit., p. 640 ; M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », op. cit., p. 352.

⁹⁹³ R. KOLB, « La désuétude en droit international public », op. cit., p. 606.

⁹⁹⁴ Suivent une telle séparation : M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », op. cit., p. 351 et A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, op. cit., p. 303.

⁹⁹⁵ R. KOLB, « La désuétude en droit international public », op. cit., p. 605.

⁹⁹⁶ G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », op. cit., 620.

⁹⁹⁷ En cas de remplacement d'une norme par une autre, l'élément crucial qui déclenche la justification juridique de l'abandon de l'ancienne norme est la contrariété des deux normes (et dans ces cas, il n'est pas nécessaire de recourir à la désuétude : R. KOLB, « La désuétude en droit international public », op. cit., pp. 605-606). Dans la désuétude *stricto sensu*, le traité tombe de lui-même dans l'oubli, sans besoin de faire référence à son remplacement normatif. Seule la coutume abrogative nous intéresse : F. CAPOTORTI, « L'extinction et la suspension des traités », op. cit., p. 517 : « Il est possible que la coutume survenue ait pour seul objet l'abrogation de règles conventionnelles antérieures, on parle alors de désuétude ».

traité⁹⁹⁸ est le cas qui suscite le plus de réflexions doctrinales, c'est en conséquence à cet aspect que nous consacrerons la majorité des développements. La désuétude peut aussi être appliquée aux actes unilatéraux⁹⁹⁹, nous y reviendrons plus tard.

Notre définition de la désuétude se fera en regard des traités qu'elle peut concerner et par référence à l'acquiescement. Synthétiquement¹⁰⁰⁰, la doctrine tombe d'accord sur les éléments suivants : le passage d'un long temps, durant lequel il y a eu des occasions d'appliquer le traité, ce qui n'a pas été fait (condition qui peut se doubler par une pratique contraire aux dispositions du traité non suivie de protestations), et cela sans justification(s)¹⁰⁰¹. Il faut y ajouter, selon le courant doctrinal, l'accord tacite des parties ou leur conviction (*opinio iuris consuetudo abrogatoria*) portant sur la désuétude du traité. La désuétude est d'interprétation stricte et ne se présume pas¹⁰⁰².

Le passage du temps¹⁰⁰³ est l'élément le plus emblématique de la désuétude. Dans *Yuille, Shortridge & Cie*, près de 200 ans s'étaient écoulés depuis la conclusion du traité en 1654 et le litige

⁹⁹⁸ A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, *op. cit.*, p. 292.

⁹⁹⁹ R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 578 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 628-632.

¹⁰⁰⁰ Nous avons fusionné théorie contractualiste et théorie coutumière de la désuétude (R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 580-584 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 620 ; M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », *op. cit.*, p. 352). Que l'on se rattache à l'accord tacite ou à l'*opinio iuris (consuetudo abrogatoria)*, c'est à partir des mêmes éléments que l'on reconstruira, à choix, la volonté tacite ou la conviction portant sur la désuétude du traité. Remarquons encore que dans le cas d'un traité comptant un nombre restreint d'États parties, la coutume abrogative sera bilatérale, locale ou régionale : l'établissement de celle-ci obéira à des conditions particulières, mettant l'accent sur les comportements réciproques des parties plus que sur leur conviction (voy. les affaires *Haya de la Torre*, pp. 277-278 et *Droit de passage sur territoire indien* (fond), pp. 39-44 citées dans G. COHEN-JONATHAN, « La coutume locale », *AFDI*, vol. 7, 1961, pp. 128-131, 133, et 139).

¹⁰⁰¹ G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 633-635 ; M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », *op. cit.*, p. 352 ; A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, *op. cit.*, p. 303 : « [T]he following factors should be given prominence in evaluating the conduct of the governments concerned:

(1) that the failures to invoke the treaty are frequently repeated and systematic;

(2) such failures can be imputed to a government and not merely to individuals (*The Yuille, Shortridge and Company Claims Case*);

(3) such failures are incapable of reasonable explanation;

(4) that the failures to invoke the treaty have not been negated by protests reserving the rights of the party affected ».

¹⁰⁰² R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 603. Cette condition se recoupe partiellement avec celle de l'absence d'explication du non-usage : si le non-usage est motivé par un sentiment de courtoisie ou de tolérance, il n'y a pas de désuétude car l'État s'abstenait d'invoquer le traité se réserve le droit de le faire à l'avenir. Les autres explications que celle de la désuétude ont la priorité.

¹⁰⁰³ G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 634.

en 1838¹⁰⁰⁴. Dans *Land Sale to Alien*, 40 ans séparent le traité de 1930 et le litige, mais dans cette affaire l'absence d'application se double d'actes contraires au traité¹⁰⁰⁵. Le principe clairement établi en droit international public est que le simple passage du temps¹⁰⁰⁶ n'emporte pas abrogation du traité, de même que sa conclusion obéit à des règles formelles (à l'exception des traités tacites), sa terminaison ne peut pas advenir sans le consentement des parties¹⁰⁰⁷ (*mutuus dissensus*). Le passage d'un long temps doit se lier à la non-application.

La non-application n'est prise en compte que si elle fait face à des occasions d'applications¹⁰⁰⁸ ; outre sa durée¹⁰⁰⁹, l'objet et le but du traité candidat à la désuétude jouent un rôle majeur à cet égard¹⁰¹⁰. Dans *Yuille, Shortridge & Cie*, le tribunal note que « dans beaucoup d'occasions les sujets britanniques n'ont pas tiré parti du droit que leur attribuait le traité »¹⁰¹¹. Il s'agit d'une marque importante de la désuétude.

¹⁰⁰⁴ Yuille, *Shortridge & Cie (Grande-Bretagne c. Portugal)*, Sentence du 21 octobre 1861, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 60-61.

¹⁰⁰⁵ *Land Sale to Alien*, 13 mars 1973, Cour constitutionnelle autrichienne, 77 ILR 433, p. 436.

¹⁰⁰⁶ R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 593 ; M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », *op. cit.*, p. 355 ; Y. DINSTEIN, « The interaction between customary international law and treaties », *RCADI*, vol. 322, 2006, p. 414, § 280. Pour des exemples judiciaires : *Land Sale to Alien*, 13 mars 1973, Cour constitutionnelle autrichienne, 77 ILR 433, pp. 435-436.

¹⁰⁰⁷ G. DISTEFANO, « Le Protocole de Londres du 17 Janvier 1871 : Miroir du Droit International », *Journal of the History of International Law*, vol. 6, 2004, pp. 120-121, notes n^{os} 194 et 196 : un droit de dénonciation peut s'exercer unilatéralement, mais après vérification par les autres parties. Pour un exemple de dénonciation des traités après un très long temps, cf. le vol. CXXII du *Recueil des Traités de la Société des Nations*, pp. 414-417 (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/VOLUME%20122/v122.pdf>). En 1932, la Nouvelle-Zélande dénonça trois traités conclus entre 1654 et 1661. Suite à cette dénonciation, le ministre suédois accuse réception et précise : « Vous avez bien voulu ajouter que le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande serait tout disposé à entrer en négociations avec le Gouvernement royal pour la conclusion d'un nouveau traité de commerce » (*ibid.*, p. 416). Cela signifie donc qu'aucun traité n'a remplacé ceux de 1654-1661.

¹⁰⁰⁸ R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 594 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 633.

¹⁰⁰⁹ Les traités à durée limitée ne sont en principe pas concernés par la désuétude, l'article 54, lit. a trouvera application en priorité (extinction conformément aux dispositions du traité). Le non-usage d'un traité consiste en de la désuétude que si aucune autre raison ne peut être avancée (interprétation restrictive de la désuétude). Pour un traité à durée limitée dont le terme approche, la courtoisie peut expliquer la non-invocation.

¹⁰¹⁰ A. Vamvoukos (*Termination of Treaties in International Law*, *op. cit.*, p. 264) donne l'exemple de l'Accord sur le sauvetage des astronautes, le retour des astronautes et la restitution des objets lancés dans l'espace extra atmosphérique (fait le 29 mars 1972, *RTNU*, vol. 672, pp. 129-189). Le traité n'a pas de durée limitée, il n'a pas été appliqué : ce non-usage ne vaut pas non-pratique car il n'y a pas eu d'occasions d'application. Une appréciation circonstancielle est requise.

¹⁰¹¹ Yuille, *Shortridge & Cie (Grande-Bretagne c. Portugal)*, *op. cit.*, p. 65.

tude, mais elle ne suffit pas dans cette affaire, et ce à plusieurs titres. Tout d'abord, l'inaction provenait de comportements de simples particuliers, inapte à lier le Royaume-Uni ¹⁰¹². D'autre part, même si l'abstention provenait de l'État, elle pouvait être motivée par le peu d'importance des réclamations, l'inaction refléterait donc une *courtoisie* envers le Portugal ¹⁰¹³ plutôt qu'une désuétude ¹⁰¹⁴. Dans *Land Sale to Alien*, la non-application se double d'un usage contraire lors des occasions d'application et d'une absence de protestation de l'État lésé :

« For a number of years the Austrian Administrative Authorities and the Constitutional Court have acted on the assumption that the provisions of the Commercial Treaty of 12 April 1930 concerning sales of land are inapplicable to nationals of the Federal Republic of Germany, and have applied legislation which makes such transactions with foreigners subject to restrictions imposed by the administrative authorities. [...]

Despite the fact that for many years there have been provisions in the Republic of Austria restricting transactions in land by foreigners, [Germany] has never demanded that the Republic of Austria comply with the Commercial Treaty of 12 April 1930 and has never protested against the non-application of the provisions of the Treaty. [...]

Furthermore, in another context, the Federal Republic of Germany has also demonstrated that it does not regard the Commercial Treaty of 12 April 1930 as an applicable legal text » ¹⁰¹⁵.

La Cour constitutionnelle autrichienne s'est attachée de très près aux comportements respectifs des deux parties afin de conclure à la désuétude du Traité. Le comportement et l'application de la part de l'Autriche de lois contraires au traité auraient dû provoquer une réaction de l'Allemagne, qui n'a ni protesté, ni demandé le respect du traité ¹⁰¹⁶. Cette affaire ne constitue pas une désuétude par pure abstention face aux occasions de réagir, une pratique contraire au traité s'est établie, il y a violation du traité sans protestations.

¹⁰¹² *Ibid.* : « Mais ce non-usage devrait émaner du Gouvernement et se manifester par le refus d'intercéder nonobstant les requêtes de ses sujets à cet effet, ou par l'abandon d'une intercession intentée, par suite de réclamations de la part du Portugal fondées sur la nullité du traité ».

¹⁰¹³ *Ibid.* : « Cependant dans ce cas même on ne devrait admettre la vertu suspensive de l'usage relativement au traité qu'avec une extrême précaution. Car dans les cas où de la violation du traité il ne résulterait que peu ou point de préjudice pour les sujets britanniques, l'intercession de leur Gouvernement serait oiseuse et une impolitesse gratuite envers un Gouvernement ami : s'en abstenir serait donc une courtoisie et non une renonciation ».

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ *Land Sale to Alien*, 13 mars 1973, Cour constitutionnelle autrichienne, 77 ILR 433, pp. 436-437.

¹⁰¹⁶ L'arrêt de la Cour autrichienne n'aborde pas, comme dans *Yuille, Shortridge & Cie*, la question de l'organe de l'État allemand auteur des comportements menant à la désuétude.

Quant à la protestation, on retrouve un point commun avec l'acquiescement : elle doit être caractérisée¹⁰¹⁷ pour être efficace. Une protestation superficielle, de façade ou symbolique est insuffisante¹⁰¹⁸. La désuétude étant d'application stricte et ne se présu- mant pas « si l'abstention d'un État est motivée par la courtoisie ou par la modicité des intérêts en jeu alors son comportement ne sera pas de nature à induire une quelconque désuétude du traité »¹⁰¹⁹. La courtoisie¹⁰²⁰, la tolérance¹⁰²¹ ou un *modus vivendi*¹⁰²² ont en commun que l'État se réserve le droit d'invoquer le traité dans un cas d'application futur.

Un point de discorde dans la doctrine est le caractère objec- tiviste¹⁰²³ ou volontariste¹⁰²⁴ de la désuétude. Selon la première école, la désuétude, fait juridique, est l'inverse de la coutume, ou une coutume particulière postérieure à un traité. *L'opinio iuris* des États correspond à leur conviction que la norme n'est plus

Ce serait pourtant particulièrement pertinent vu que ce sont des ressortissants allemands (des particuliers, comme dans *Yuille, Shortridge & Cie*) qui ont été lésés et qui auraient dû trouver protection auprès de leur État. Cela peut s'expliquer parce que d'autres actes de l'Allemagne rejoignent la conclusion de désuétude à laquelle parvient la Cour, notamment l'absence d'inscription du Traité de 1930 sur les listes des accords en vigueur (*Land Sale to Alien*, 13 mars 1973, Cour constitutionnelle autrichienne, 77 ILR 433, pp. 436-437).

¹⁰¹⁷ A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, *op. cit.*, p. 301 : « The protest to be effective as a bar to prescription must go to the heart of the claim ».

¹⁰¹⁸ G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 634.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 634.

¹⁰²⁰ La courtoisie se distingue par son caractère non juridique. Dans les immunités, l'exem- ption fiscale peut être une courtoisie. N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit interna- tional public*, *op. cit.*, p. 717, § 470.

¹⁰²¹ La « tolérance » insiste sur le caractère illégal de l'acte auquel elle répond.

¹⁰²² Le *modus vivendi* indique l'accord sur une pratique à suivre et la suspension tem- poraire des droits des États.

¹⁰²³ Notamment : R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 581-584 et 587 ; Kolb affirme nettement que la désuétude est un fait juridique ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 638-640 ; M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », *op. cit.*, p. 352 ; F. CAPOTORTI, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, pp. 516-520 ; Y. DINSTEIN, « The interaction between customary international law and treaties », *op. cit.*, p. 413, § 275. Pour Sir A. McNair, la désuétude est une terminaison par l'effet de droit (par opposition à la terminaison par le comportement d'une partie) : « La terminaison et la dissolution des traités », *op. cit.*, pp. 463-465.

¹⁰²⁴ Aussi appelée théorie « contractualiste », voy. : A.-Ch. KISS, « L'extinction des Traités dans la pratique française », *AFDI*, vol. 5, 1959, pp. 788-789 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 636-638 ; M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », *op. cit.*, p. 359 ; A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, *op. cit.*, p. 301 et p. 260 ; M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, vol. 310, 2004, pp. 145-146 ; F. M. GOMEZ PULISICH, *La désuétude en droit international public*, Thèse, Genève, IHEI, 2016, pp. 491-493 (qui rejette le caractère autonome de la désuétude) et le commentaire de l'article 54 CVDT (Th. GIEGERICH, « Article 54 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 959-960, § 41).

applicable¹⁰²⁵. L'affaire *Land Sale to Alien* illustrerait ce versant de la désuétude¹⁰²⁶. Pour le second courant, l'accord tacite est un élément de la désuétude, qui serait un acte juridique. Les conditions de la désuétude répondraient à celles nécessaires à la conclusion du traité, qui nécessite une manifestation de volonté (parallélisme des formes)¹⁰²⁷. L'affaire *Yuille, Shortridge & Cie* semble adopter cette construction¹⁰²⁸.

La désuétude au sens d'accord tacite semble majoritaire en doctrine¹⁰²⁹. L'élaboration de la CVDT et son art. 54¹⁰³⁰ (« extinction d'un traité [...] par *consentement* des parties ») plaident aussi en faveur de cette construction. Bien que la désuétude ne fasse pas partie *expressis verbis* des causes d'extinction de la CVDT, la codification retient la thèse contractualiste, et l'englobe dans l'article 54, lit. b de la CVDT¹⁰³¹.

La distinction entre les deux courants, claire et marquée en théorie, est plus évanescente en pratique¹⁰³². Les éléments de la désuétude sont les mêmes dans les deux courants ; on les catégorise comme pratique pour la *desuetudo* et comme preuve de l'accord

¹⁰²⁵ G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 638.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 639 ; *Land Sale to Alien*, 13 mars 1973, Cour constitutionnelle autrichienne, 77 ILR 433, pp. 436-437.

¹⁰²⁷ R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 580.

¹⁰²⁸ *Yuille, Shortridge & Cie (Grande-Bretagne c. Portugal)*, Sentence du 21 octobre 1861, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 65 : le terme de « renonciation » est employé. Il n'est cependant pas clair que le tribunal ait employé cette construction, l'usage d'une forclusion ou d'un *estoppel* semble possible.

¹⁰²⁹ Voy. not. : A.-Ch. KISS, « L'extinction des Traités dans la pratique française », *AFDI*, vol. 5, 1959, pp. 788-789 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 636-638 ; M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », *op. cit.*, p. 359 ; A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, *op. cit.*, p. 301 ; Th. GIEGERICH, « Article 54 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 959-960, § 41.

¹⁰³⁰ F. M. GOMEZ PULISICH, *La désuétude en droit international public*, Thèse, Genève, IHEL, 2016, pp. 388-397.

¹⁰³¹ « L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu : [...] b) À tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres États contractants ». *A priori* la conciliation d'un accord tacite et de la consultation des autres États contractants pose problème, Y. DINSTEIN, « The interaction between customary international law and treaties », *op. cit.*, p. 412, § 274. L'article 57, lit. b CVDT adopte la même formulation au sujet de la suspension d'un traité. Selon Th. GIEGERICH, « The consent of all the parties required by Art 57 lit b need not be established explicitly » (« Article 57 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 995, § 19). Toujours Selon Th. Giegerich, cette condition ne serait pas de nature coutumière (« Article 54 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 960, § 43).

¹⁰³² R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 589.

tacite pour la thèse contractualiste. L'*opinio iuris* et l'accord tacite remplissent comparativement le même rôle de chapeauter et rassembler en un faisceau unique les faits qui donnent lieu à la désuétude¹⁰³³. L'établissement d'un accord *tacite* tient plus de l'exercice de style que de la recherche d'une volonté manifestée au travers de comportements. Nous avons choisi de ne pas distinguer strictement ces deux courants aux fins de la comparaison avec l'acquiescement : quelle que soit l'école de pensée retenue, la preuve de la désuétude est difficile¹⁰³⁴ et l'impalpable élément spirituel (*opinio iuris* ou accord tacite) est décelé à partir des comportements positifs¹⁰³⁵, comportements sur lesquels nous avons choisi d'insister.

La conséquence juridique assignée à la désuétude est l'extinction de la norme (le traité devient inapplicable)¹⁰³⁶. La désuétude atteint le droit objectif¹⁰³⁷ régissant les relations entre les parties, à la grande différence de l'acquiescement ou de la prescription¹⁰³⁸ qui s'appliquent au droit subjectif. Désuétude et caducité sont parfois associées¹⁰³⁹, la caducité est un terme général servant à désigner l'effet, c'est-à-dire une norme inapplicable¹⁰⁴⁰. La désuétude est une parmi les causes menant à la caducité des normes¹⁰⁴¹.

Que l'on se fasse le champion de la thèse contractualiste ou consuetudinaire, le problème majeur réside dans la reconduction des comportements et du passage du temps à un accord tacite, ou à la conviction que le traité est inapplicable. Aucune des deux thèses ne s'impose par la simplicité de la solution pour contourner cet écueil. Au-delà de leurs différences en matière de désuétude, tant *l'assentiment* contractuel que

¹⁰³³ Par exemple, pour G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, p. 70.

¹⁰³⁴ G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 642.

¹⁰³⁵ G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, p. 69.

¹⁰³⁶ Selon R. Kolb notamment, la désuétude est applicable à toutes les sources du droit international public (« La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 578). La désuétude peut être partielle (*ibid.*, p. 603).

¹⁰³⁷ R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 595 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 621.

¹⁰³⁸ R. PINTO, « La prescription en droit international », *op. cit.*, p. 433.

¹⁰³⁹ R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 591-592 ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 623-624.

¹⁰⁴⁰ *Contra* M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », *op. cit.*, p. 358, pour qui la caducité (« obsolescence ») est : « The impossibility of applying a treaty due to the disappearance of a legal situation which constituted one of its essential conditions ».

¹⁰⁴¹ M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 144-145.

la *conviction* coutumière¹⁰⁴² insistent sur, se basent et se déduisent, du dialogue des parties. Trois particularités de la désuétude doivent être soulignées : elle ne connaît pas de forme « expresse » (elle ne se réalise que de manière tacite), il ne s'agit pas d'un acte unilatéral et elle a pour effet de rendre caduque une norme (traité, acte unilatéral). L'acquiescement partage les deux premières caractéristiques, son champ d'application se cantonne aux droits subjectifs¹⁰⁴³. Néanmoins, les deux affaires phares concernaient un traité bilatéral. Un autre point commun avec l'acquiescement est la distinction de la courtoisie, de la tolérance, ou d'un *modus vivendi*¹⁰⁴⁴. La contradiction avec le droit ou la norme par non-usage ou usage contraire ne doit pas pouvoir être interprétée comme un événement temporaire. Le processus au cœur de la désuétude (passage du temps en arrière-fond, occasions d'appliquer le traité/de réagir, non-usage et non-protestation en cas d'actes contraires) ressemble à s'y méprendre aux éléments essentiels de l'acquiescement. Par contre, la désuétude se limite à un seul effet, l'extinction, partielle ou totale, de la norme visée.

Bien que la désuétude soit d'importance marginale, les controverses qu'elle provoque indiquent la difficulté à l'incorporer dans une catégorie préexistante du droit international public, il y a une perpétuelle tension entre la reconduction à la figure du consentement ou à celle d'une norme autonome. Cette tension est aussi présente dans l'acquiescement, celui-ci étant configuré comme un accord tacite ou comme un fait juridique, ou encore comme un processus intégré à un acte juridique tacite. La construction adoptée n'influence *a priori* en rien l'effet juridique, le mode d'établissement (recherche d'une volonté ou non) est la principale différence. La désuétude, comme l'acquiescement, tient plus du processus, d'une suite d'interactions qu'il faut nécessairement délinéer lors d'un litige que d'un acte possédant une existence autonome, indépendante de son établissement¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴² Expressions empruntées à G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 635 et s.

¹⁰⁴³ Il n'en reste pas moins que l'acquiescement occupe aussi une place dans le processus coutumier, G. P. BUZZINI, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume : essai de reconceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*, Thèse, IHEID, Genève, 2007, pp. 216-217.

¹⁰⁴⁴ La désuétude étant d'interprétation restrictive, le non-usage ne signifie désuétude qu'en dernier recours.

¹⁰⁴⁵ L'établissement peut survenir lors d'un litige ou par l'auto-interprétation d'un État.

F. *La coutume*

Passons à la *consuetudo*. La doctrine y est infinie, on nous pardonnera de l'aborder de manière dirigée, avec en ligne de mire ses points communs avec l'acquiescement. On se propose surtout de passer en revue les deux éléments de la coutume (*opinio iuris* et pratique) et la place qu'y occupe l'acquiescement ainsi que les coutumes « locales » ou « bilatérales ». Cette section s'appuiera sur un article¹⁰⁴⁶.

L'article 38 SCIJ définit la coutume comme une *pratique* (élément objectif) qui doit être *acceptée comme étant le droit* (élément subjectif, appelé *opinio iuris*)¹⁰⁴⁷. On peut déceler l'acquiescement dans la pratique, l'*opinio iuris*, et dans les coutumes bilatérales et locales.

1. *La pratique*

La pratique est le comportement des États, qui peut aussi bien consister en une action qu'en une abstention¹⁰⁴⁸. Pour une seule coutume, la pratique peut être variée. En distinguant, comme le fait Wolfke, entre États « acteurs » et « spectateurs »¹⁰⁴⁹, un tableau nuancé émerge. Les États acteurs sont les premiers à s'engager dans une pratique, les USA et l'ex-URSS furent des États acteurs dans la course à l'espace¹⁰⁵⁰ ; le reste de la communauté internationale est constitué d'États spectateurs. La pratique qui en résulte est différente pour ces deux catégories d'États. L'action des USA et de l'ex-URSS est claire dans cet exemple : ils ne se contentent pas de formuler une opinion favorable sur la possibilité de lancer des engins dans l'espace extra-atmosphérique, ils ont les moyens de joindre le geste à la parole. De l'autre côté les États spectateurs peuvent *réagir* à l'action initiale par une large gamme de comportements : abstention, tolérance, acceptation, participation ou opposition¹⁰⁵¹. Dans les quatre premiers cas, il y a réaction positive

¹⁰⁴⁶ A. HÈCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », in S. BESSON, Y. MAUSEN et P. PICHONNAZ (éds), *Le consentement en droit*, Zürich, Schulthess, 2018, pp. 31-53.

¹⁰⁴⁷ L'article 38 SCIJ possède deux dimensions, il donne à la fois les conditions de création d'une coutume et les critères d'identification d'une coutume une fois celle-ci formée. Nous nous plaçons du côté de la création de la coutume.

¹⁰⁴⁸ *Lotus (France c. Turquie)*, fond, 7 septembre 1927, CPJI, *Série A*, n° 10, p. 28.

¹⁰⁴⁹ K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, Wrocław, 1964, pp. 57-58.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 68.

¹⁰⁵¹ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014, p. 63 auquel on a ajouté l'abstention et la participation. Sur l'impossibilité de déterminer les causes d'abstention : M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, op. cit., p. 55.

au comportement de l'État spectateur et la création de la coutume n'est pas entravée. En cas d'opposition, un examen circonstancié est de rigueur (l'opposition peut être victorieuse, abandonnée, ou donner lieu à la théorie de l'objecteur persistant¹⁰⁵²). Les États spectateurs ne vont pas tous réagir de la même manière, même s'il est probable qu'une large majorité d'entre eux reste silencieuse.

Ce partage entre États acteurs et spectateurs met en lumière la dynamique d'action et de réaction. La pratique existe quand le comportement des États acteurs ne s'est pas confronté à une opposition infranchissable. La réaction au comportement des États acteurs doit se colloquer parmi l'abstention, la tolérance, l'acceptation et la participation pour qu'on puisse avoir une « pratique » conforme aux prévisions de l'article 38 SCIJ. Dans l'optique de Wolfke, la pratique est évaluée par la réaction qu'elle provoque chez les États spectateurs¹⁰⁵³. Les États spectateurs *acquiescent* au comportement des États acteurs en s'abstenant de réagir, en tolérant les actions, en les acceptant explicitement ou en s'engageant eux-mêmes dans la pratique (par ex. la Chine développe son propre programme de conquête spatiale).

Une critique du processus coutumier consiste à définir les comportements des États acteurs comme des violations du droit international¹⁰⁵⁴. Trois remarques sont nécessaires : premièrement, les États sont présumés être de bonne foi. Les États acteurs peuvent croire en leur liberté d'action dans un domaine. Ou, à tout le moins, leurs actes doivent être interprétés comme s'inscrivant de manière licite dans le cadre juridique préexistant avant d'être condamnés comme violation¹⁰⁵⁵. Deuxièmement, il existe parfois des « zones d'incertitudes », le contenu de droit et

¹⁰⁵² L'objection persistante reste une théorie controversée. Comparer O. BARSALOU, « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *RQDI*, vol. 19 (1), 2006, pp. 1-18 et J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, OUP, 2016, 317 p.

¹⁰⁵³ K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, op. cit., p. 54 : « In international relations, above all, *objectively verifiable behavior and attitude to such behavior is decisive*. If a State does not react openly against a certain practice, *the presumption arises that it acquiesces in that practice* and even that it is not opposed to the practice giving rise to a new rule of international law ».

¹⁰⁵⁴ Car la coutume – qui confère le caractère légal à ces comportements – n'existe pas encore lors des premiers actes.

¹⁰⁵⁵ Inspiré de R. KOLB, *Bonne foi*, op. cit., pp. 108-109. On peut y voir un « principe d'interprétation conforme » ou une « interprétation en faveur de la légalité » de l'acte examiné. Les États acteurs peuvent accompagner l'acte accompli de leur propre interprétation sur sa légalité (G. ABI-SAAB, « "Interprétation" et "Auto-Interprétation" : quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », in M. G. KOHEN et M. J. LANGER (éds), *Le développement du droit international*, Paris, PUF, 2013, p. 219).

d'obligations n'est pas crytallin ou est en mutation¹⁰⁵⁶. Troisièmement, le droit international public a pour caractéristique d'être décentralisé, au premier chef ce sont les États et les organisations internationales qui assurent l'application et la création du droit. Les États sont donc juges et parties du droit coutumier. En d'autres termes – et c'est une idée développée par Wolfke – ils ne peuvent pas ignorer qu'en cas d'inaction face à un comportement une coutume peut naître¹⁰⁵⁷. Les États étant en connaissance des conditions de création d'une coutume, ils pèsent sur eux une *charge de réagir*, qu'on appelle « opposition », s'ils veulent éviter de se retrouver liés par une nouvelle pratique.

L'abstention compte également comme une pratique¹⁰⁵⁸. Le rapporteur spécial Wood utilise le terme d'*inaction* pour désigner l'abstention-pratique¹⁰⁵⁹. Pour que l'abstention soit reçue comme telle, elle doit être motivée, c'est une inaction « consciente » qui s'inscrit dans un cadre d'action et de réaction. La notion de « charge de réagir » présente dans l'acquiescement intervient dans l'abstention-pratique. L'abstention ne se comprend que face au comportement auquel elle fait écho. Une charge de réagir pèse sur les États spectateurs, par leur abstention-pratique ils laissent la coutume prendre racine.

2. L'*opinio iuris*

L'*opinio iuris* ou élément subjectif est la conviction des États relativement au caractère juridique du comportement à adopter, l'article 38 SCIJ la définit par les termes d'acceptation « comme étant le droit ». Le problème fondamental est de définir la méthode d'établissement. Dans le cas le plus évident, un État peut accompagner sa pratique d'une communication qui explicite cette conviction d'agir. Ces communications (verbales ou écrites) demeurent exceptionnelles en matière d'*opinio iuris*. C'est le plus souvent sur la base de la pratique que l'*opinio iuris* sera découverte (« unveiled »). C'est ici un point commun avec l'acquiescement qui est déduit des comportements préexistants des États.

Cette similarité dans la déduction rapproche la structure de l'*opinio iuris* et l'acquiescement. Dans l'affaire *Mer du Nord*, la CIJ indique que « non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique

¹⁰⁵⁶ A. MARIE, *Le silence*, op. cit., pp. 173, 241, 267, 312, qui utilise le terme d'« incertitude sur la consistance du rapport de droit ».

¹⁰⁵⁷ K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, op. cit., pp. 54 et 130-131.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 69.

¹⁰⁵⁹ CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, Rapporteur Spécial M. Wood, Doc. A/CN.4/682, in *ACDI*, 2015, p. 11.

constante, *mais en outre ils doivent témoigner*, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis* »¹⁰⁶⁰. La pratique *témoigne* de l'*opinio iuris* – cette dernière est dans une relation de dépendance quant à son établissement¹⁰⁶¹. Traditionnellement – et les rapports de la CDI sur le sujet s'en font l'écho – l'*opinio iuris* est donnée comme une condition autonome de la coutume, qui doit être établie indépendamment de la pratique¹⁰⁶². L'approche est dite « binaire » et la coutume à géométrie variable est rejetée¹⁰⁶³. Les deux éléments sont sur un pied d'égalité, le « double comptage » – qui consiste à établir les deux éléments sur la base d'un matériel unique – doit être évité¹⁰⁶⁴. Toutefois, si le double comptage ne peut pas être évité, un examen indépendant des deux éléments doit être conduit¹⁰⁶⁵.

Pourtant la pratique reste dans une position – déjà chronologiquement – de primauté par rapport à l'*opinio iuris*. C'est sur la base d'un examen de la pratique que l'*opinio iuris* est déduite. La formule même de l'article 38 SCIJ va dans le sens d'une dépendance « la pratique générale, acceptée comme étant le droit ». Tout l'enjeu de l'élément subjectif est de voir ce que recouvre cette acceptation, et c'est ici que l'acquiescement – largement entendu – fait irruption.

La présence de l'acquiescement s'explique en reprenant la division entre États acteurs et spectateurs. L'acquiescement prend ici la dimension d'*acceptation* de la pratique. Cette « acceptation » opère le passage vers le caractère normatif de la règle¹⁰⁶⁶. Dans l'optique de Wolfke, la réaction des États spectateurs est pertinente

¹⁰⁶⁰ Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, CIJ, Rec. 1969, p. 44, § 77. Nos italiques.

¹⁰⁶¹ Nous ne traitons pas ici des cas d'apparition de l'*opinio iuris* avant la pratique ou des domaines (droit international humanitaire, droit international des droits humains) dans lesquels l'*opinio iuris* revêt un rôle déterminant par rapport à la pratique (sur le modèle de la « coutume à géométrie variable », aussi dite « sliding scale » custom).

¹⁰⁶² CDI, 2^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, Rapporteur Spécial M. Wood, Doc. A/CN.4/672, ACDI, 2014, pp. 2, 7, 11 et 15.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, pp. 11-14 et 59.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 59.

¹⁰⁶⁵ N. ARAJÄRVI, « The Requisite Rigour in the Identification of Customary Law », *ICLR*, vol. 19, 2017, p. 18.

¹⁰⁶⁶ K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, op. cit., pp. 51-52 : « Whereas practice constitutes what might be described as the raw material of custom, *only the element of acceptance gives it the mark of law* ».

afin de déterminer s'il y a une acceptation présumée de la pratique. La réaction des États spectateurs peut être comptée deux fois : la première comme participation à la pratique, et la seconde comme condition nécessaire à la satisfaction de l'*opinio iuris*. Le comportement des États acteurs ne remplit pas le même rôle, il sert de « déclencheur », c'est la toile de fond sur laquelle on apprécie la réaction des autres États. Certes il est au premier plan afin de définir le *contenu* ou *noyau d'actes convergents* de la coutume, mais reste en retrait pour l'acceptation de celle-ci. Un autre facteur justifiant de ne pas s'appesantir sur les États acteurs est qu'ils sont déjà réputés *vouloir* les actes constituant leur pratique¹⁰⁶⁷. À ce titre l'*opinio iuris* et la pratique sont confondues chez les États acteurs.

Comment déterminer si un État « accepte [une pratique] comme étant le droit » ? L'expédient de Wolfke est de repousser la satisfaction de la condition de l'acceptation sur les États spectateurs¹⁰⁶⁸. De la réception par ces États des actes accomplis par les États acteurs se déduit l'acceptation comme étant le droit. On peut, identifier cinq réactions face à la prétention émise par un – ou par un groupe – d'État(s)¹⁰⁶⁹ :

1. Abstention : en soi il est impossible de savoir pourquoi un État s'abstient de réagir. Une adhésion comme une opposition à la pratique peuvent en être les motivations. Prolongée face aux occasions de réagir, l'abstention mène à l'acquiescement.
2. Tolérance : l'État fait savoir qu'il ne conteste pas la pratique sans pour autant se prononcer sur sa légalité. L'idée-force est la préservation du statut juridique antérieur à la pratique (*modus vivendi*). En cas de tolérance prolongée, la pratique est réputée acceptée.
3. Acceptation : elle peut avoir lieu au seul niveau subjectif, sans l'accomplissement d'actes sur le terrain. L'État fait savoir qu'il admet la pratique comme correspondant au droit. Il s'agirait d'un cas où l'État spectateur exprime une *opinio iuris* en tant que telle¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁷ A. HÈCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁶⁸ K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁶⁹ A. HÈCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 39-42.

¹⁰⁷⁰ Cette communication n'en constitue pas moins un comportement verbal de l'État, donc une pratique.

4. Participation : l'adhésion se fait par l'accomplissement d'actes similaires ou pareils à ceux des États acteurs.
5. Opposition : elle suscite trois scénarii. L'opposition victorieuse empêche la pratique d'accéder au rang coutumier. L'opposition inaboutie rend la coutume opposable à l'État¹⁰⁷¹. Et, si on admet la doctrine de l'objection persistante, l'opposition individuelle permet à un État de se soustraire à l'application de la coutume.

De ces cinq réactions, seule la dernière n'est pas constitutive d'une acceptation au sens large. Dans les autres cas, la réaction est insuffisante pour empêcher une coutume de prendre naissance. L'*opinio iuris* n'est plus une « conviction » ou une « croyance au caractère obligatoire d'une règle », mais elle est identifiée à la réaction des États face à la pratique. L'acquiescement remplace ces concepts : « the latter subjective element does not consist in any feeling, any conviction of States, but precisely in presumed acceptance of the practice as expression of law »¹⁰⁷². De même : « [I]f a State does not react openly against a certain practice, the presumption arises that it acquiesces in that practice and even that it is not opposed to the practice giving rise to a new rule of international law »¹⁰⁷³. En conséquence, l'*opinio iuris* peut être assimilée au jugement d'acquiescement suscité par la réaction passive des États confrontés à la pratique. La passivité doit répondre à certains critères – similaires à ceux de l'acquiescement – pour valoir « acceptation » de la pratique. Ainsi, les États doivent être en connaissance¹⁰⁷⁴ de la pratique et avoir eu le temps – ou l'occasion¹⁰⁷⁵ – de s'opposer à la règle¹⁰⁷⁶. La pratique doit aussi provenir d'organes compétents (critère de l'attribution)¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷¹ H. THIRLWAY, *The sources of International Law*, op. cit., pp. 64-65.

¹⁰⁷² K. WOLKE, *Custom in Present International Law*, op. cit., p. 58. Nos italiques.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p. 54. Nos italiques.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 124. Une « presumed knowledge » semble suffire ; CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, p. 14.

¹⁰⁷⁵ CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, op. cit., pp. 15 et 69 et Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, CIJ, Rec. 1969, pp. 43-45, §§ 73, 75 et 76.

¹⁰⁷⁶ CDI, 2^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, op. cit., p. 45.

¹⁰⁷⁷ Pour la coutume, des actes accomplis par des organes n'ayant pas l'autorité pour représenter l'État sur le plan international peuvent aussi compter – que l'on pense seulement aux questions d'immunités de juridiction qui sont tranchées par les tribunaux internes (CDI,

Par rapport à la condition de la pratique, la réaction des États spectateurs (ou son absence) assurait que l'action des États acteurs n'était pas entravée. L'acquiescement remplit ici un but *d'admission* de la pratique. La condition de l'*opinio iuris* met elle aussi l'accent sur la réaction des États spectateurs, mais dans un but différent. Il s'agit de permettre l'éclosion au plan normatif de ce qui ne serait sans cela qu'un usage¹⁰⁷⁸. L'acquiescement occupe une fonction de pivot entre la pratique et l'*opinio iuris*, il convertit l'usage en droit.

Le rôle de l'acquiescement dans l'*opinio iuris* est protéiforme, trois étapes se distinguent : 1) la réaction des États spectateurs est reprise sous le terme d'acquiescement, leur non-opposition ou assentiment passif *fait pleinement partie du processus de création du droit coutumier*¹⁰⁷⁹. 2) Ce comportement des États spectateurs *correspond* à la définition de « l'acceptation comme étant le droit » inscrite à l'article 38 SCIJ. La définition de l'acceptation est résolue par un renvoi à l'attitude des États spectateurs¹⁰⁸⁰. 3) L'ultime fonction de l'acquiescement est de *convertir la pratique ou un usage en coutume*. Cette dernière étape n'apparaît pas dans le texte de l'article 38 SCIJ. Elle se comprend par la chronologie de création du droit coutumier : dans une dynamique d'action et de réaction, de revendication et d'opposition, le comportement des États constitue le matériau brut à partir duquel l'acquiescement se déduit. Quand la pratique apparaît en premier, l'établissement de l'*opinio iuris* en tant que stricte attitude mentale ou conviction du caractère obligatoire de la règle ne peut pas se faire de manière autonome, sans un ancrage fort dans la pratique. Les conditions auxquelles

2^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, pp. 17-19 et les notes afférentes, spécialement la dernière phrase de la note 75 ; M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *RCADI*, vol. 272, 1998, pp. 198-203). Voy. aussi J. BARBERIS, « Réflexions sur la coutume internationale », *AFDI*, vol. 36, 1990, pp. 31-35 sur les auteurs de la pratique.

¹⁰⁷⁸ L'*opinio iuris* fait le partage entre les usages et les règles contraignantes, une pratique dénuée d'*opinio iuris* échoue en deçà du seuil normatif. D'ailleurs, en cas de doute entre usage et coutume, ce ne sera pas du point de vue de la vérification de l'*opinio iuris* que l'examen sera mené par le tribunal, mais plutôt « en aval », par une réflexion sur la nécessité – du point de vue de la responsabilité internationale – de considérer qu'il y a ou non violation d'une obligation. K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, pp. 76-77.

¹⁰⁷⁹ La *pratique* des États spectateurs est reprise pour un but différent. Par exemple, le rapporteur spécial Wood explique qu'il existe une différence « entre l'inaction comme comportement, qui relève de l'élément objectif (pratique), et l'inaction comme forme d'acquiescement, qui relève du deuxième élément, subjectif » (CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, p. 11, note n° 42).

¹⁰⁸⁰ La doctrine insiste en particulier sur les deux premières étapes : CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, pp. 9-15 et les notes.

la pratique doit satisfaire contiennent déjà, en germe, un préavis positif sur la présence de l'*opinio iuris* ¹⁰⁸¹. Dans les faits une pratique solide et bien établie suffit à être en présence d'une coutume – sur le plan théorique il en va différemment, faire l'économie de l'*opinio iuris* est impensable. L'acquiescement sert de raccourci en amalgamant attitude de non-opposition des États spectateurs et accession de la pratique au niveau normatif.

Dans cette première réflexion sur la coutume, on a insisté sur les similitudes structurelles. À la rigueur de l'analyse on a préféré la multiplication des comparaisons au sujet de la dynamique d'action, de réaction et de conséquence prévue par le droit pour ces deux institutions. En prenant encore un peu de recul, le concept de « reasonable (ou legitimate) expectations » unit coutume et acquiescement sous l'égide de la bonne foi ¹⁰⁸². L'intérêt de cette approche est double pour notre propos : d'une part, le complexe d'action et de réaction est mis en avant pour la création du droit coutumier et, d'autre part, la coutume est appréhendée d'une manière externe, par rapport à la création chez les États d'attentes légitimes quant au comportement futur qui sera adopté ¹⁰⁸³. Le curseur se déplace du terrain de la recherche de l'attitude mentale des États dans l'*opinio iuris* à celui de la possibilité pour un État de dévier des attentes pesant sur lui. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, il s'agirait soit de prouver une conviction du caractère obligatoire de la règle, soit de démontrer que l'Allemagne était tenue de suivre la méthode de l'équidistance car les autres États (Danemark et Pays-Bas notamment) tablaient sur un tel comportement.

Au chapitre des différences irréductibles, la coutume crée du droit *objectif*, tandis que l'acquiescement se limite à un droit *subjectif*. La coutume crée des droits que les États peuvent invoquer de manière discrétionnaire, et des obligations qu'ils sont tenus de respecter, elle dépend des États quant à sa création, mais une fois établie elle perdure à leur côté ¹⁰⁸⁴. Un acquiescement ne concerne que deux États, la modification qui en résulte est « instantanée » : le

¹⁰⁸¹ A. HÊCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 47-49. Principalement les conditions de l'uniformité, de la répétition et de la participation générale.

¹⁰⁸² R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 304-306.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 305, § 11. Le concept de « legitimate expectations » est présent dans le droit des investissements relativement à la protection de l'investisseur : R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2012, pp. 145-149.

¹⁰⁸⁴ Dans les limites du remplacement de la coutume par une norme ou d'une inflexion de son interprétation. Les éléments objectifs et subjectifs doivent être réaffirmés pour assurer la pérennisation de la coutume.

bilan des droits et obligations est modifié. L'acquiescement *justifie* le changement, mais il disparaît tout aussi vite¹⁰⁸⁵. Un acquiescement n'a donc pas besoin d'être perpétué, il crée un nouveau rapport de droit et d'obligations entre les parties.

3. *La coutume particulière*

Une coutume peut être de portée régionale¹⁰⁸⁶. On utilisera le terme de coutume « particulière » pour regrouper les coutumes régionales, locales ou bilatérales. Une coutume particulière peut lier deux États (coutume bilatérale) ou un groupe d'États¹⁰⁸⁷ (coutume locale, régionale). Coutume particulière et théorie de l'objecteur persistant¹⁰⁸⁸ doivent être distinguées : la première crée une coutume (qui certes peut dévier de la coutume universelle)¹⁰⁸⁹, tandis que la seconde rend la coutume inopposable. En principe la coutume particulière lie certains États *entre eux*, il se peut toutefois que le concept de coutume particulière recouvre aussi les exceptions au régime coutumier dont bénéficient un ou quelques États à l'égard de tous les autres États¹⁰⁹⁰.

Quels sont les principaux types de coutumes particulières ? Une coutume régionale se base sur un critère géographique, la coutume est propre à des États voisins¹⁰⁹¹. La coutume bilatérale est celle s'installant entre deux États¹⁰⁹². Reste la coutume « locale », expression qui se réfère à la coutume régionale dans l'affaire des *Ressortissants des États-Unis au Maroc*¹⁰⁹³ et à la coutume bilatérale dans l'affaire du

¹⁰⁸⁵ Au sens aristotélicien, l'acquiescement est la *cause efficiente* de la souveraineté du Cambodge.

¹⁰⁸⁶ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 233, § 34.

¹⁰⁸⁷ CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, p. 59. Il serait hasardeux de définir le nombre maximum d'États parties à une coutume particulière avant que celle-ci ne devienne universelle : le rapporteur donne simplement comme indication qu'elle lie « un plus petit groupe d'États ».

¹⁰⁸⁸ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 86 ; pour une étude complète et favorable à cette doctrine : J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, OUP, 2016, 317 p. Il faut remarquer que les deux affaires servant de base à l'objecteur persistant sont celles du *Droit d'asile* et des *Pêcheries norvégiennes*, affaires aussi évoquées pour la coutume particulière, p. 34.

¹⁰⁸⁹ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁹⁰ K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, p. 90. L'exemple de l'affaire des *Pêcheries* entre la Norvège et le Royaume-Uni est cité. M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *RCADI*, vol. 272, 1998, p. 216 à propos de l'affaire du *Wimbledon* devant la CPJI.

¹⁰⁹¹ *Droit d'asile (Pérou c. Colombie)*, arrêt, 20 novembre 1950, CIJ, *Rec. 1950*, p. 276.

¹⁰⁹² *Droit de Passage (Portugal c. Inde)*, arrêt, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, p. 44.

¹⁰⁹³ *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 août 1952, CIJ, *Rec. 1952*, p. 200 qui reprend un passage de l'affaire du *Droit d'asile*.

*Droit de passage*¹⁰⁹⁴ quelques années plus tard, affaire dans laquelle la Cour affirme qu'il est difficile de voir « pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux »¹⁰⁹⁵. Dans la jurisprudence de la Cour, la « coutume locale » semble recouvrir autant la coutume régionale que bilatérale¹⁰⁹⁶. L'arrêt sur les *Droits de navigation* entre le Costa Rica et le Nicaragua témoigne encore des fluctuations, la Cour a utilisé le terme de « coutume régionale » pour une situation ne concernant que les deux États¹⁰⁹⁷ ou s'est abstenue de choisir un qualificatif¹⁰⁹⁸. Il existe un dernier type de coutume particulière pour des États « formant une communauté d'intérêts »¹⁰⁹⁹. Dans cette hypothèse, les États sont éparpillés géographiquement, la coutume prend racine pour des raisons socio-économiques par exemple¹¹⁰⁰.

Les coutumes particulières suivent le carcan de l'article 38 SCLJ : les deux éléments doivent être prouvés pour qu'elles apparaissent¹¹⁰¹. Le standard applicable aux deux éléments est néanmoins plus exigeant¹¹⁰². Les États doivent s'être véritablement engagés dans la pratique et avoir une *opinio iuris* discernable pour qu'une coutume particulière naisse¹¹⁰³. Tant la pratique que l'*opinio iuris* doivent être « qualifiées » pour la coutume particulière car celle-ci peut créer des obligations supplémentaires et potentiellement dévier de la coutume universelle. En faisant le lien avec la section précédente, seuls les États « acteurs » seront liés par la coutume :

« [À] supposer que cette coutume existât [...] elle ne pourrait pas être opposée au Pérou qui, loin d'y avoir adhéré par son attitude, l'a au contraire répudiée en s'abstenant de ratifier les Conventions de Montevideo de 1933 et 1939 »¹¹⁰⁴.

¹⁰⁹⁴ *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, pp. 11, 23, 39.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰⁹⁶ Pour une autre partition, voy. G. COHEN-JONATHAN qui utilise « coutume locale » pour se référer aux coutumes régionales et bilatérales : « La coutume locale », *AFDI*, vol. 7, 1961, p. 120.

¹⁰⁹⁷ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, Rec. 2009, pp. 232-233 à propos du droit de libre navigation sur le fleuve.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, pp. 265-266 à propos de la pêche de subsistance établie par droit coutumier.

¹⁰⁹⁹ CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 58, note n° 193 ; G. COHEN-JONATHAN, « La coutume locale », *op. cit.*, pp. 123-124 au sujet des relations entre États socialistes ; M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *op. cit.*, p. 216.

¹¹⁰¹ *Droit d'asile (Pérou c. Colombie)*, arrêt, 20 novembre 1950, CIJ, Rec. 1950, pp. 276-277.

¹¹⁰² CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, pp. 59-60.

¹¹⁰³ *Droit d'asile (Pérou c. Colombie)*, arrêt, 20 novembre 1950, CIJ, Rec. 1950, p. 276.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 277-278, nos italiques.

L'État doit avoir fait preuve d'un haut degré de cohérence dans sa pratique pour être lié ¹¹⁰⁵. Le terme d'« adhérer » (*adhered*) révèle que la Cour cherchait une volonté quasi-contractuelle du Pérou. Pour de Visscher : « [D]ans l'hypothèse extrême de la coutume bilatérale, la distinction entre conviction juridique et volonté, entre coutume et accord tacite, est proche de la fiction » ¹¹⁰⁶. La condition de l'*opinio iuris* se transforme en vérification de la volonté de l'État de prendre part à la coutume. La coutume particulière reprend les codes volontaristes du consentement tacite à la coutume ¹¹⁰⁷.

Le rapprochement entre coutume particulière – spécialement bilatérale – et accord tacite a déjà été opéré par Guggenheim et Tounkine ¹¹⁰⁸, mais sur des plans différents. Pour Guggenheim, la coutume bilatérale n'existe pas : si deux États se lient de manière informelle c'est à la figure de l'accord tacite qu'il faut se référer. Cette perspective présente deux mérites : elle s'appuie sur un sens strict de ce que doit être une pratique *générale*, c'est-à-dire partagée par plus de deux États ¹¹⁰⁹ sans pour autant être une pratique unanime ¹¹¹⁰ et elle évite l'écueil de voir dans la coutume bilatérale du droit objectif qui ne lierait que deux États. Quant à Tounkine et aux volontaristes, ils ne nient pas l'existence autonome de la coutume bilatérale, mais la fondent sur un accord tacite ¹¹¹¹. Selon Chaumont :

« Si l'on admet que la coutume est la preuve d'une modalité de l'accord, sans négociation et sans instruments d'acceptation, *négociation et instruments sont remplacés par la pratique répétée qui fournit l'élément de certitude révélateur de l'accord* » ¹¹¹².

Cette sorte d'accord tacite ne serait pas conclu en un moment clairement déterminable, fulgurant, mais par une pratique répétée. Ce point n'a pas échappé à Cohen-Jonathan pour qui l'accord doit

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 277.

¹¹⁰⁶ P. DE VISSCHER, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 136, 1972-II, p. 75.

¹¹⁰⁷ D. ANZILOTTI, *Cours de droit international* (trad. de l'italien par G. GIDEL), Paris, Sirey, 1929, p. 73 ; Ch. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970-I, p. 445 ; A. HÊCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 32-37.

¹¹⁰⁸ G. COHEN-JONATHAN, « La coutume locale », *op. cit.*, pp. 121-125.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 122.

¹¹¹⁰ K. GULIYEV, « Local Custom in International Law », *ICLR*, vol. 19, 2017, p. 52.

¹¹¹¹ G. COHEN-JONATHAN, « La coutume locale », *op. cit.*, pp. 122-123 ; Ch. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 439-440.

¹¹¹² Ch. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 441, nos italiques.

être volontaire et immédiat en plus d'émaner d'un organe capable d'engager l'État ; si des droits et obligations prennent naissance de manière graduelle, on est présence d'une coutume ¹¹¹³.

En deçà de l'accord, cet auteur admet que la reconnaissance tacite (acte juridique *unilatéral*) d'un État est nécessaire pour qu'une coutume particulière lui soit opposable ¹¹¹⁴. Pour autant, l'*opinio iuris* dans la coutume particulière n'est pas réduite à une vérification de la volonté des États : même acceptée par les États, une pratique motivée par une tolérance ne suffit pas à créer une coutume particulière ¹¹¹⁵. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour s'est justement appuyée sur la distinction entre le passage des forces armées ou des civils pour affirmer l'existence de la coutume bilatérale ¹¹¹⁶. Le passage de forces armées était systématiquement soumis à autorisation, contrairement à celui de personnes privées ¹¹¹⁷ : le contenu de la coutume bilatérale indiquait en même temps l'*opinio iuris* des deux États. Cependant, comme les États parties à une coutume particulière doivent en même temps participer ¹¹¹⁸ à celle-ci, les recherches de la participation et de l'*opinio iuris* se chevauchent dans une large mesure.

En définitive, que penser de ces similitudes et rapprochements ? Pour Cohen-Jonathan : « La coutume locale reste essentiellement une coutume, elle ne se confond pas avec l'accord tacite mais lui *emprunte certains caractères* qui contribuent à la différencier de la coutume générale » ¹¹¹⁹. L'accord tacite confère une couleur caractéristique à la coutume particulière par rapport à sa grande sœur, mais son pouvoir d'attraction s'arrête là. L'acquiescement y est encore plus présent car les conditions canoniques de l'article 38 SCIJ sont à la fois renforcées et entremêlées ; les États doivent activement prendre part à la pratique (États « acteurs »), le moindre acte contraire est perçu comme une *opinio non iuris* ou comme excluant l'État du cercle de la coutume particulière ¹¹²⁰. La dyna-

¹¹¹³ G. COHEN-JONATHAN, « La coutume locale », *op. cit.*, pp. 138-139.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 129.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 130.

¹¹¹⁶ *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 39-44.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 42.

¹¹¹⁸ M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *op. cit.*, p. 217 ; A. HÉCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 47-49.

¹¹¹⁹ G. COHEN-JONATHAN, « La coutume locale », *op. cit.*, p. 131 ; K. GULIYEV s'oppose aussi à l'assimilation : « Local Custom in International Law », *op. cit.*, pp. 56-58.

¹¹²⁰ *Droit d'asile (Pérou c. Colombie)*, arrêt, 20 novembre 1950, CIJ, *Rec. 1950*, pp. 277-278 ; K. GULIYEV, « Local Custom in International Law », *op. cit.*, p. 53.

mique d'action et de réaction doit être univoque (l'existence d'une coutume particulière est la seule déduction raisonnable). C'est un acquiescement par comportement actif qui est à l'œuvre, pratique et *opinio iuris* sont confondus. La coutume particulière est conclue par actes concluants à l'inverse de la coutume générale qui devient opposable envers les États spectateurs en raison de leur silence (acquiescement par comportement passif ou abstention).

4. *La théorie de l'objecteur persistant*

L'objecteur persistant est parfois contesté dans la doctrine¹¹²¹. La critique la plus répandue est son absence de reconnaissance – pour l'heure – dans la jurisprudence internationale¹¹²². Les deux affaires fondamentales sont *Droit d'asile*¹¹²³ et *Pêcheries norvégiennes*¹¹²⁴, dans lesquelles la théorie n'a pas été accueillie par la Cour, ou seulement au détour d'un *obiter dictum*¹¹²⁵. Cependant le rapporteur spécial Wood se fait l'écho de l'objecteur persistant dans ses travaux sur la *détermination du droit international coutumier*¹¹²⁶ et une monographie parue en 2016 en propose une analyse raisonnée¹¹²⁷. Notre objectif se limite à énumérer ses points communs avec l'acquiescement et d'évaluer s'il conforte la place de l'acquiescement dans la coutume¹¹²⁸.

Le but de l'objecteur persistant est de permettre à un État de ne pas être lié par une coutume¹¹²⁹. Un objecteur persistant n'entrave pas la création de la coutume, mais son opposabilité¹¹³⁰. Pour ce

¹¹²¹ Pour une vue d'ensemble des voix en défaveur : CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, pp. 64-65, note n° 214 ; P. DUMBERRY, « Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited », *ICLQ*, vol. 59, 2010, p. 784, note n° 37 ; O. BARSALOU, « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *op. cit.*, pp. 1-18.

¹¹²² P. DUMBERRY, « Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited », *op. cit.*, pp. 785-791.

¹¹²³ *Droit d'asile (Pérou c. Colombie)*, arrêt, 20 novembre 1950, CIJ, *Rec. 1950*, p. 266.

¹¹²⁴ *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 116.

¹¹²⁵ O. BARSALOU, « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *op. cit.*, pp. 13-14 ; M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *op. cit.*, pp. 230-231.

¹¹²⁶ Notamment : CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, pp. 61-69.

¹¹²⁷ J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, 317 p.

¹¹²⁸ Théorie ou non, un effort d'analyse a dû être fourni afin d'intégrer l'objecteur persistant dans le système juridique. Cet effort nous renseigne sur la coutume et l'acquiescement.

¹¹²⁹ CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, p. 61 ; ILA, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, *op. cit.*, p. 27, lit. a)

¹¹³⁰ M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *op. cit.*, p. 227.

faire, l'objection doit être *persistante* (l'État doit objecter pendant le processus de cristallisation et subséquemment), *consistante* (l'État doit protester de manière cohérente et rejeter la même coutume en voie de formation) et être émise *en temps opportun* (l'objection devant être réitérée, l'État devrait objecter le plus tôt possible durant le processus de cristallisation) ¹¹³¹.

Pour empêcher un constat d'acquiescement, une protestation (au moins) est nécessaire, les protestations – appelées objections – sont cruciales pour l'objecteur persistant, d'où notre intérêt pour cette théorie. L'objecteur persistant éclaire en creux une autre caractéristique de la coutume : la non-opposition (ou acquiescement) suffit pour créer une coutume universelle. Il en résulte que tout ce qui ne franchit pas le seuil de l'objection *persistante*, *consistante* et émise *en temps opportun* n'empêche pas l'opposabilité.

Quand l'État doit-il réagir pour la première fois ? Green répond que « states need not object from the very earliest signs of normative change » ¹¹³². Cette position se comprend car l'auteur laisse ouverte la question de la connaissance présumée de la formation de la coutume ¹¹³³ tout en insistant sur la condition de la *persistance* de l'objection ¹¹³⁴. Une objection tardive, car n'ayant pas pu être répétée suffisamment de fois avant la cristallisation de la coutume, ne sera pas accueillie.

Dans ce cas, à *quelles occasions* l'État doit-il faire connaître son objection ? L'ILA et la CDI s'accordent sur une réitération aussi fréquente que les circonstances l'exigent, sous peine de ne pas satisfaire à la condition de la *persistance* ¹¹³⁵. Le lien avec l'acquiescement est tout trouvé ; en l'absence de protestation/objection un État peut perdre un droit : l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*

¹¹³¹ J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, op. cit., respectivement pp. 91, 109 et 181-182.

¹¹³² *Ibid.*, p. 181. Pour les auteurs étant d'avis que l'objection doit être émise le plus tôt : pp. 179-180.

¹¹³³ *Ibid.*, pp. 164-165 : la question de savoir quand une coutume est en formation est déjà épineuse, y superposer un standard tel que celui de la « presumed awareness » soulève de nouveaux problèmes.

¹¹³⁴ *Ibid.*, p. 182.

¹¹³⁵ ILA, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, op. cit., p. 28, lit. d) ; CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, op. cit., p. 69.

en est une illustration. Afin de déterminer quand une objection est nécessaire, Green propose une triple gradation (du moins au plus exigeant) :

1. L'objection est nécessaire chaque fois que l'État objecteur mentionne, ou agit de manière contraire, à la coutume dont il souhaite être exclu. Cette perspective ne tient compte que de ce que l'État objecteur fait, et non des événements extérieurs¹¹³⁶.
2. L'objection doit être réitérée « in all instances that might be reasonably seen as an "opportunity to object" »¹¹³⁷. Les événements extérieurs à l'État sont ici pris en compte, les étapes de formation de la coutume (négociation dans des forums internationaux, décisions de justice, application de la coutume *in statu nascendi* entre États tiers) marquent ces occasions de réagir. L'État objecteur ne doit pas créer d'attentes légitimes¹¹³⁸ au sujet de l'application de la norme en formation dans le chef des États tiers.
3. L'objection doit être répétée à intervalles réguliers, même en l'absence d'événements internationaux pertinents¹¹³⁹.

La première hypothèse n'est pas suffisante ; l'État doit certes rappeler son objection quand il se place hors de la coutume à naître, mais il doit aussi surveiller son évolution de manière indépendante¹¹⁴⁰. La troisième variante est certainement efficace mais trop onéreuse, des objections périodiques risquent d'attirer l'attention sur la coutume. Le seuil d'objection est celui de la voie médiane, ce sont les occasions de réagir qui importent. Green abaisse même légèrement le critère : l'exigence de protester n'est pas absolue en ce sens que chaque occasion de réagir ne doit pas nécessairement provoquer une objection, il suffit que l'objection soit assez dense et que les étapes importantes de formation de la coutume aient été accompagnées

¹¹³⁶ J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, op. cit., pp. 122-123 : « [T]he persistent objector rule would require that whenever the objecting state *refers to or acts upon* the emerging norm, it must formally and openly object to that norm's binding effect upon it ». Italiques dans l'original.

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 123 et l'exemple de la Turquie au sujet de la limite de la mer territoriale en p. 124.

¹¹³⁸ R. KOLB, *La bonne foi*, op. cit., pp. 304-306 (« reasonable expectations ») ; J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, op. cit., p. 74.

¹¹³⁹ J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, op. cit., p. 123.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 128.

d'une objection¹¹⁴¹. Le silence peut parfois être gardé sans perte du statut d'objecteur persistant, c'est par une appréciation d'ensemble que le statut d'objecteur est conféré.

L'objection doit être communiquée aux autres États, une protestation interne ne suffit pas. Des exemples de communication sont la prise de position en défaveur de la coutume émergente lors de conférences diplomatiques, forums internationaux ou encore votes à l'Assemblée générale. La forme de l'objection peut être verbale ou matérielle (accomplissement d'actes contraires)¹¹⁴². Idéalement un objecteur devrait joindre le geste à la parole, il peut toutefois être difficile – voire impossible – d'accomplir des actes¹¹⁴³. Il est de toute manière exigé de l'objecteur qu'il manifeste son opposition de manière verbale¹¹⁴⁴. En résumé, l'opposition verbale suffit toujours, mais l'opposition physique doit être accompagnée de déclarations¹¹⁴⁵.

Si l'État cesse ou casse son objection¹¹⁴⁶, la coutume lui sera opposable¹¹⁴⁷. De manière révélatrice, la doctrine emploie le concept d'acquiescement pour se référer à cette hypothèse¹¹⁴⁸. C'est un acquiescement-admission sur le modèle de la perte d'un droit qui est à l'œuvre ici (l'État est déchu de son objection). Mais la théorie de l'objecteur persistant met aussi en relief l'acquiescement présent dans le processus de formation de la coutume pour tous les États qui ne s'opposent pas¹¹⁴⁹. L'objecteur persistant consolide de l'intérieur et de l'extérieur le rôle de l'acquiescement dans le processus coutumier.

De l'intérieur tout d'abord, car les deux affaires¹¹⁵⁰ de la Cour étayant l'objecteur persistant font la part belle au comportement des États comme source d'obligations¹¹⁵¹. L'absence d'objecteur

¹¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 129 et 134.

¹¹⁴² *Ibid.*, p. 76.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 77; CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, p. 68, note n° 231.

¹¹⁴⁴ J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, p. 78.

¹¹⁴⁵ CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, p. 68; M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *op. cit.*, p. 241.

¹¹⁴⁶ Vaut cessation l'absence d'objection quand les circonstances l'exigent. Vaut cassure l'incohérence de l'objection ou l'admission qu'une nouvelle norme a émergé.

¹¹⁴⁷ CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, p. 68, § 93.

¹¹⁴⁸ M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *op. cit.*, p. 241; O. BARSALOU, « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁴⁹ J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, p. 158.

¹¹⁵⁰ *Droit d'asile (Pérou c. Colombie)*, arrêt, 20 novembre 1950, CIJ, *Rec. 1950*, p. 266; *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 116.

¹¹⁵¹ A. HÉCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 46-47.

persistant dans la coutume particulière confirme la nécessité d'une participation active, au contraire de la coutume universelle dans laquelle le silence suffit. L'objection – comme la protestation en matière d'acquiescement – n'est pas aveugle, elle se détermine par les occasions de réagir. Objection comme protestation n'ont pas besoin d'être énoncées chaque fois que l'occasion se présente. La forme de l'objection est verbale, accompagnée ou non d'actes physiques. C'est une différence avec la protestation qui peut être uniquement composée d'actes (les différends territoriaux en témoignent). Cependant l'action physique peut être trop onéreuse ou illicite¹¹⁵².

La consolidation de l'acquiescement se fait ensuite extérieurement à la théorie de l'objecteur persistant, dans la mesure où cette théorie nous renseigne sur le processus coutumier. Ainsi, l'État qui suspend son objection est considéré comme ayant « acquiescé » à la coutume et ne peut plus faire machine arrière. D'autre part, les États qui n'objectent pas lors de la formation d'une nouvelle coutume internationale n'ont pas le statut d'objecteur persistant, l'inaction-acquiescement n'entrave pas le développement d'une coutume et, partant, doit être vu comme une « acceptation comme étant le droit » au titre de l'article 38 SCIJ.

III. *Synthèse*

En plus d'avoir une légalité propre, l'acquiescement irrigue de multiples institutions. Cette participation de l'acquiescement prend différentes couleurs ; il peut soit se mêler jusqu'à se confondre avec d'autres concepts (la renonciation tacite par exemple), soit être utilisé par une institution (la coutume).

Ce chapitre a fait apparaître qu'en plus d'être dangereuses, les définitions et distinctions sont précaires. L'empire de l'acquiescement présente une fâcheuse tendance à l'expansion. À la place d'obtenir une cartographie et des « limites » de l'acquiescement, l'enseignement principal de cette section est la porosité avec de multiples catégories parentes et voisines. L'acquiescement est capable de remplacer en totalité ou en partie le consentement tacite, la reconnaissance tacite, l'*estoppel*, la prescription. Par rapport à

¹¹⁵² A. MARIE, *Le silence de l'État*, op. cit., pp. 557-558, § 360 : il est interdit à un État d'utiliser la force pour protester.

la coutume, c'est la ressemblance structurelle qui est patente. En somme, ces diverses institutions sont réductibles, en totalité ou en partie, à l'acquiescement. Ce dernier constitue un « plus grand diviseur commun ». Cette position de l'acquiescement suscite une interrogation : quelle est sa part d'autonomie ? Peut-il agir en dehors d'une des institutions énumérées ? Le prochain chapitre tentera d'y répondre. Sur un autre plan, l'omniprésence de l'acquiescement nous offre un moyen de le *reconstruire* en glanant ses éléments tantôt dans la coutume, tantôt dans les actes unilatéraux, tantôt dans l'*estoppel* ¹¹⁵³.

En général, l'acquiescement touche un droit *subjectif* (par opposition à la coutume) ; il se manifeste par un processus d'accrétion (par opposition au traité qui apparaît instantanément) ; il se présume plus aisément que d'autres concepts (la renonciation tacite par ex.) ; il ne nécessite pas de dommage, ni une bonne foi initiale (contrairement à l'*estoppel*). Ce chapitre a mis en lumière les transitions et l'incertitude qui président à l'identification des actes tacites, qu'ils soient bilatéraux ou unilatéraux. L'acquiescement n'est jamais loin, il prête son concours aux formes tacites et implicites, quand il ne s'y substitue tout simplement pas.

Sur le plan des valeurs protégées, l'acquiescement est au confluent de la bonne foi, de (*p*)*acta sunt servanda* et de l'effectivité. Il insiste tantôt sur la perspective de l'État lésé, tantôt sur celle de l'État au bénéfice de l'acquiescement. Du point de vue de l'ordre juridique, il permet de préserver l'adéquation du fait et du droit (effectivité). Une situation effective, qui n'est pas remise en cause, sera finalement consacrée par l'acquiescement : ce point commun émerge des institutions examinées. En mettant en œuvre ces valeurs, l'acquiescement offre au système juridique international une voie souple pour entériner ou promouvoir des adaptations, des changements. Loin du formalisme strict des traités l'acquiescement s'instille dans les modes informels de création de droits et d'obligations.

Une question est portée en germe par le chapitre 3 : quelle est la nature de l'acquiescement ? S'agit-il d'un principe, d'une coutume, d'un acte unilatéral ? La nature de l'acquiescement est la suite

¹¹⁵³ Cf. *supra*, Ch. 1.I, l'idée de reconstruire l'acquiescement comme un « idéal type » (M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science. Premier Essai – L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales* (1904), Paris, Plon, 1965, p. 141).

logique de sa « place » au sein de l'ordre juridique international. Par une évolution et un resserrement progressifs, il s'agit de cerner au plus près les particularités de l'institution. En retour, déterminer la nature de l'acquiescement permettra d'y appliquer les échafaudages juridiques propres à cette source du droit.

CHAPITRE IV

LA NATURE DE L'ACQUIESCEMENT

Dans ce chapitre nous tenterons de déterminer la source formelle de l'acquiescement. On débutera par les sources énumérées à l'article 38 SCIJ (section I), les actes unilatéraux, les résolutions, et les autres sources seront ensuite passés en revue (section II). Pour finir, nous envisagerons l'acquiescement comme une source autonome de droit (section II.D).

La démarche que nous proposons peut sembler artificielle ¹¹⁵⁴ : peut-être que l'acquiescement n'est tout simplement pas une source de droit (pétition de principe), ou qu'il ne rentre pas dans le canon de l'article 38 SCIJ. Le meilleur moyen de le savoir est de mener à bien cet examen.

I. *Les sources énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice*

Il s'agit des conventions (1), de la coutume (2), des principes généraux *de droit* (3), et des décisions judiciaires et de la doctrine des « publicistes les plus qualifiés » (4). Doctrine et jurisprudence étant des sources dites auxiliaires ¹¹⁵⁵, leur utilité est de préciser si l'acquiescement appartient à l'une des trois sources.

A. *Article 38, § 1, lit. a SCIJ : les conventions internationales*

De prime abord, l'acquiescement est totalement étranger au droit des traités. Le meilleur candidat, l'article 45, lit. b) CVDT, ne concerne que la *perte du droit d'invoquer* une cause d'extinction, suspension ou nullité de la partie V de ladite Convention ¹¹⁵⁶. Il ne

¹¹⁵⁴ Pour M. Kohen par exemple, l'acquiescement est assimilable à la volonté : *Possession contestée et souveraineté territoriale*, [version online], *op. cit.*, p. 253, §§ 47-49.

¹¹⁵⁵ A. PELLET, « Article 38 », in A. ZIMMERMANN, Ch. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM et Ch. TAMS (éds), *The Statute of the International Court of Justice*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2012, p. 854, § 305.

¹¹⁵⁶ « Un État ne peut plus invoquer une cause [de la partie V de la CVDT] si, après avoir eu connaissance des faits, cet État : [...] b) Doit, à raison de sa conduite, être considéré

s'applique pas aux différends territoriaux qui sont parfois résolus en l'absence de traité. Comme nous privilégions la comparaison plutôt que l'opposition, les occurrences de l'acquiescement dans les traités nous renseigneront sur ses conditions d'application. Ainsi, la CVDT codifie un aspect particulier de l'acquiescement¹¹⁵⁷. Les acquiescements présents dans certains traités sont le reflet du droit coutumier, pour cette raison ils ne seront pas repris dans la section suivante¹¹⁵⁸. On suivra deux axes de réflexion dans les prochaines lignes : 1) les points de comparaisons entre l'acquiescement et les traités, 2) un bref survol des traités mentionnant l'acquiescement ou une *structure* comparable.

1. *Points communs et différences des traités et de l'acquiescement*

L'acquiescement présente des différences évidentes et immédiates avec un traité ; il n'a rien d'instantané mais est généralement constaté – voire reconstruit – par un tribunal. L'acquiescement n'est pas non plus négocié en amont de sa conclusion. De toute manière la CVDT ne s'applique qu'aux traités conclus par écrit (art. 2 CVDT)¹¹⁵⁹, à l'opposé de l'acquiescement qui est exclusivement non écrit¹¹⁶⁰. Il reste que les traités peuvent être *exprès* ou *tacites*. Les traités tacites s'approchent de la typologie de l'acquiescement¹¹⁶¹ (*cf. supra*, Ch. III.2.A). Dans l'affaire du *Différend maritime* la Cour a reconnu l'existence d'un accord tacite relatif à la délimitation maritime¹¹⁶². Au niveau théorique,

comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application ».

¹¹⁵⁷ K. ODENDAHL, « Article 45 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlin, Springer, 2012, pp. 767-768, §§ 5 et 7 ; *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Exceptions préliminaires, 2 février 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 24, § 49.

¹¹⁵⁸ Pour l'article 45 CVDT : K. ODENDAHL, « Article 45 », *op. cit.*, p. 768, § 7. L'acquiescement de l'article 45 CVDT ne fait que refléter l'acquiescement coutumier préexistant et qui continue d'exister *parallèlement* et indépendamment du traité (par analogie : *Nicaragua*, fond, 27 juin 1986, CIJ, *Rec. 1986*, pp. 94-96, §§ 77 et 79).

¹¹⁵⁹ Art. 2, § 1, lit. a) CVDT : « [L]'expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière [...] ».

¹¹⁶⁰ Les traités peuvent être écrits ou non écrits. La seconde hypothèse regroupe les traités *oraux* (qui sont donc des traités *exprès*) et *tacites*.

¹¹⁶¹ G. DISTEFANO, « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *op. cit.*, p. 26 : « L'accord tacite lui ressemble beaucoup [à l'acquiescement] presque à s'y méprendre ».

¹¹⁶² *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec. 2014*, pp. 38-39, § 91.

l'accord tacite demeure un acte juridique nécessitant un accord de volonté, tandis que l'acquiescement est un fait juridique ¹¹⁶³. En matière de traités exprès, le *negotium* et l'*instrumentum* sont deux étapes chronologiquement distinctes, les parties s'accordent sur un contenu (*negotium*) qu'elles prennent ensuite la peine de formaliser (*instrumentum*) ¹¹⁶⁴. Ce partage est brouillé tant dans l'accord tacite que dans l'acquiescement : les faits et comportements qui donnent naissance à un accord tacite servent autant à délimiter son contenu qu'à prouver l'échange de volontés ¹¹⁶⁵.

Les traités peuvent souffrir des « pathologies » détaillées dans la partie V de la CVDT (extinction, suspension, nullité). Les causes de terminaison liées aux vices de la volonté sont logiquement absentes de l'acquiescement, celui-ci étant un fait juridique ¹¹⁶⁶. Si la connaissance sur laquelle se fonde un acquiescement est faussée (erreur subie ou provoquée de l'acquiesçant), le tribunal se contentera de ne pas entériner l'acquiescement (les conditions de réalisation de celui-ci ne sont pas réunies). La situation est différente de l'acquiescement agissant comme cause de perte du droit d'invoquer l'erreur, comme dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* ¹¹⁶⁷. L'acquiescement vient y assainir l'erreur initiale. Notons encore que l'acquiescement en général recourt parfois à la notion de connaissance « présumée » et « construite » (*constructive knowledge*). Comme l'acquiescement est un complexe d'action et de réaction, ce qui arrive réciproquement à la connaissance de chaque État sont des comportements et situations créées par l'autre État. Il en découle qu'il reste peu de place pour une « erreur » ou un « dol » ¹¹⁶⁸.

Un traité international doit être enregistré auprès du secrétariat des Nations Unies (art. 102 CNU). Le « traité » est un outil qui permet aux États de régler une large gamme de problèmes. L'acquiescement ne possède ni cette flexibilité dans ses buts, ni

¹¹⁶³ G. DISTEFANO, « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁶⁵ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, 8 octobre 2007, CIJ, *Rec.* 2007, pp. 735-737, §§ 253-258. En matière de pratique subséquente de l'article 31, § 1, lit. b) CVDT, le constat est le même.

¹¹⁶⁶ Erreur (art. 48 CVDT), dol (art. 49 CVDT), contrainte (art. 50 CVDT), etc.

¹¹⁶⁷ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 21 et 26 not.

¹¹⁶⁸ Une erreur dans la perception d'une action retombe sur l'État percevant, quant au dol il n'empêche pas un État de bénéficier de l'acquiescement de l'article 45 CVDT.

cette précision. Il crée des droits et obligations ponctuellement dans le cadre d'une situation préexistante. Ce n'est pas un substitut au traité, l'acquiescement ne permet de remplacer qu'un nombre restreint de traités. Traité et acquiescement peuvent parfois se recouvrir : un différend territorial peut aussi bien trouver une issue en raison du comportement des parties que par un accord exprès ¹¹⁶⁹. Ce chevauchement est l'exception, en règle générale ce qui est fait par acquiescement ne fait pas l'objet de traité et vice-versa : bien des situations terminées par un acquiescement débutent par l'empiètement d'un droit, ce qui n'est pas vrai pour la majorité des traités. Combien d'États ont déjà choisi de conclure un traité afin d'officialiser un transfert de souveraineté sur une île ou une parcelle frontalière ¹¹⁷⁰ ? En cas de volonté initiale claire de transférer un territoire, un traité de cession est conclu.

L'acquiescement n'est pas aussi ouvert à l'interprétation que l'est un traité, il est *constaté* ponctuellement. La distinction peut être malaisée. Suite à ce *constat* les États concernés ne vont interpréter l'acquiescement que de manière médiate. En cas de différend relatif à la situation créée par l'acquiescement, c'est le droit qu'il a modifié qui sera au centre des préoccupations. La *demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar* ¹¹⁷¹ en témoigne : le Cambodge cherchait à préciser la portée exacte du prononcé initial de la Cour. *Expressis verbis*, ce n'est pas l'acquiescement thaïlandais de 1962 qui fut réexaminé dans l'arrêt de 2013, mais l'étendue de la souveraineté et du travail de la CIJ. Les limites géographiques de cette souveraineté attribuée au Cambodge sont débattues dans l'arrêt en interprétation ; or l'acquiescement initial ne portait que sur le Temple. La demande en interprétation au sens de l'article 60 SCIJ limite le rôle de la Cour à « éclaircir le sens et la portée de ce qui a été décidé dans l'arrêt qu'il lui est demandé d'interpréter » ¹¹⁷². Ensuite il faut aussi noter que l'acquiescement – central dans l'arrêt de 1962 – s'est résorbé

¹¹⁶⁹ L'affaire du *Différend maritime entre le Pérou et le Chili* illustre : la CIJ a conclu à l'existence d'un accord tacite, en général les États fixent les délimitations dans des accords exprès après négociation (CIJ, arrêt du 24 janvier 2014, *Rec. 2014*, p. 1).

¹¹⁷⁰ Exemples d'affaires citées en p. 1448, § 2 de H. THIRLWAY, *The Law and procedure of the International Court of Justice*, vol. II, Oxford, OUP, 2013.

¹¹⁷¹ *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, 11 novembre 2013, CIJ, *Rec. 2013*, p. 281.

¹¹⁷² *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962*, CIJ, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec. 2013*, p. 306, § 66.

ou anéanti dans l'*attribution* de la souveraineté sur le Temple en faveur du Cambodge ¹¹⁷³. L'affaire des *Services aériens* illustre également que l'interprétation d'un acquiescement se confond avec celles des limites du droit créé ¹¹⁷⁴.

L'interprétation d'un acquiescement n'a pas lieu d'être lors de son constat : la constitution de l'acquiescement recèle déjà une part de procédé interprétatif ¹¹⁷⁵. Et une fois constaté, l'acquiescement disparaît au profit des droits et obligations qu'il a créés dans le chef des États : c'est l'*étendue* des droits créés qui est soumise à interprétation. Dans l'arrêt de 2013 sur l'interprétation du *Temple de Préah Vihear*, l'enjeu était de déterminer les limites de la souveraineté du Cambodge ¹¹⁷⁶. Des remarques analogues peuvent être faites au sujet des accords tacites ¹¹⁷⁷. La CIJ affirme sans ambiguïté qu'un arrêt ne doit pas être lu par rapport au comportement subséquent des parties ¹¹⁷⁸.

L'acquiescement est (principalement) bilatéral ¹¹⁷⁹, au contraire des traités. Les modes de « conclusion » diffèrent en profondeur : pour le traité le procédé est *essentiel*, l'acquiescement est *exis-*

¹¹⁷³ *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 36, premier point du dispositif.

¹¹⁷⁴ *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, Sentence du 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, pp. 73-74.

¹¹⁷⁵ Quels comportements sont à prendre en compte, quels sont l'amplitude et l'objet de l'acquiescement, etc.

¹¹⁷⁶ Les abords immédiats du Temple selon le point de vue thaïlandais ; l'ensemble de l'éperon rocheux selon le Cambodge. *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962*, CIJ, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec.* 2013, pp. 301-302.

¹¹⁷⁷ L'accord tacite est constaté en même temps que construit. Il ne possède en général pas de contenu détaillé (il fait obligation à une partie dans la mesure où un droit est créé en faveur de l'autre partie). En quoi consisterait l'interprétation d'un accord tacite : est-ce que des comportements d'application de l'accord seront pris en compte au titre de l'article 31, § 3, lit. b CVDT ou comme *mise en œuvre et preuve supplémentaire* de l'existence de l'accord ? Voy. : *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec.* 2014, pp. 37-45.

¹¹⁷⁸ *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962*, CIJ, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec.* 2013, p. 307, § 75. L'arrêt *en soi* ne peut pas varier, mais les parties restent libres de conclure un traité contredisant l'arrêt (*lex posterior derogat generali* : le Cambodge pourrait céder le Temple à la Thaïlande : R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 769 et 771, note n° 2401). Le but du § 75 est d'exclure des éléments externes lors d'une interprétation de l'arrêt au sens de l'article 60 SCIJ, cependant la situation juridique objet de l'arrêt n'est pas figée par celui-ci et peut évoluer indépendamment à sa suite (l'arrêt conservant force obligatoire entre les parties : art. 59 SCIJ, celles-ci devant l'exécuter : art. 94, § 1, Charte ; R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 764-765, 772 et 835-837).

¹¹⁷⁹ Est-il possible d'envisager un acquiescement entre trois États ou plus (dans ou en dehors du cadre contentieux) ? La création d'une baie historique repose sur l'acquiescement de l'ensemble des États de la communauté internationale (R. ABELLO GALVIS, « Eaux et baies

tentiel¹¹⁸⁰ (constaté après sa naissance). Les procédures de dénonciations sont inexistantes, tout comme les dispositions finales sur l'adhésion, la ratification ou la signature. À ce titre l'acquiescement n'est pas un « processus démocratique »¹¹⁸¹. Les effets du traité ne rencontrent pas d'obstacles, ils sont la mise en œuvre de la volonté des parties à la différence de l'acquiescement qui est circonscrit à l'objet du différend soumis au tribunal¹¹⁸².

Quelques traits communs sont à souligner : ils ont tous deux pour effet la création, la modification ou l'extinction de droits et d'obligations, ce qui résulte d'un acquiescement peut aussi bien constituer l'objet d'un traité. L'acquiescement est par contre laconique, il se limite à établir la

historiques en droit international », *op. cit.*, p. 62). Pour la constitution d'une baie historique *partagée* par plusieurs États, le statut de baie historique du golfe de Fonseca a été confirmé par les comportements réciproques des États riverains ayant succédé à l'Espagne : *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras, Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, pp. 590, 593, 598, et 601 ; *The Republic of El Salvador v. the Republic of Nicaragua*, Sentence du 9 mars 1917, *AJIL*, 1917, vol. 11 (3), pp. 701, 705 (possession paisible, continue et ininterrompue), 711 (« This community in the Gulf has continued to exist by virtue of continued and peaceful use of it by riparian States »), et 715 (la « reciprocal acquiescence of the coöwners of the Gulf » implique trois États : El Salvador, le Honduras et le Nicaragua).

¹¹⁸⁰ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 505, note n° 369.

¹¹⁸¹ L'acquiescement lie l'État sans égard à la volonté du peuple. Sur ce sujet, voy. S. BESSON, « State Consent and International Law-Making. Dissolving the Paradox », *LJIL*, 2016, vol. 29, not. pp. 296, 300, 301. Un plébiscite est nécessaire lors d'un transfert de territoire entre États (I. G. ŠEN, *Peoples' constituent power: sovereignty referendums in international and constitutional law*, Thèse, Zürich, 2015, pp. 70-71, favorable à une obligation coutumière de tenir un plébiscite, cf. aussi pp. 47 et 49 ; N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 509, § 353). La plupart des affaires impliquant l'acquiescement concernent une population très réduite : dans la sentence du *Rann of Kutch*, la population du *Kutch* était estimée entre 400'000 et 500'000, mais tombait à zéro dans la zone quasi désertique du *Rann* lui-même bien que celui-ci soit d'une très grande superficie (*The Indo-Pakistan Western Boundary between India and Pakistan*, Sentence du 19 février 1968, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII, p. 302). Cela s'explique facilement vu que plus grande est une population, plus grande est la probabilité que la situation juridique soit déjà claire (impôts, police, santé, transport). Pour une affaire de rectification des frontières ayant un effet sur des résidents, cf. *Décision d'arbitrage relative à la délimitation définitive de la frontière italo-suisse, à l'endroit dénommé Alpe de Cravairola*, Sentence du 23 septembre 1874, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXVIII, spéc. p. 145 (mais en 1874 les plébiscites étaient prévus par traités et n'étaient certainement pas de nature coutumière ; I. G. ŠEN, *Peoples' constituent power: sovereignty referendums in international and constitutional law*, *op. cit.*, pp. 62-64). Des populations nombreuses sont concernées, mais l'acquiescement n'est pas retenu et la Cour appelle à la coopération dans *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 354-355, voy. égal. le dispositif.

¹¹⁸² Comme l'illustre la demande en interprétation relative au *Temple de Préah Vihear* présentée *supra* (*Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962*, CIJ, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec. 2013*, p. 281).

nouvelle situation juridique entre les deux États, sans créer un régime complexe de droits et obligations. Un autre point de contact important est la ressemblance entre un traité tacite (étranger au champ d'application de la CVDT selon son art. 2, § 1, lit. a) et l'acquiescement ¹¹⁸³.

2. *La « codification » et l'utilisation de l'acquiescement dans des traités*

Il existe une seconde dimension de la relation entre traité et acquiescement : la mise par écrit des mécanismes de l'acquiescement ou d'une structure comparable. Cette section est un survol sans caractère exhaustif, elle montre que des traités peuvent *utiliser* la notion d'acquiescement, le *codifier* et/ou en *prévoir* les conditions d'applications.

Les articles premier et deux respectivement de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ¹¹⁸⁴ et de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* ¹¹⁸⁵ utilisent la notion d'acquiescement et de consentement tacite (*acquiescence* dans la version anglaise) :

« Aux fins de la présente Convention, le terme “torture” désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées *par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite*. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ».

« Aux fins de la présente Convention, on entend par “disparition forcée” l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes *qui agissent avec l'autorisation, l'appui*

¹¹⁸³ Cf. *supra*, Ch. 3.II.A.

¹¹⁸⁴ Art. 1^{er}, § 1, Convention du 10 décembre 1984, *RTNU*, vol. 1465 p. 85, nos italiques. Le passage pertinent de la version anglaise de la *Convention* est libellé : « [...] at the instigation of or with the consent or *acquiescence* of a public official or other person acting in an official capacity [...] ». Le texte fait foi dans les six langues officielles (art. 33 de la Convention).

¹¹⁸⁵ Art. 2, Convention du 20 décembre 2006, *RTNU*, vol. 2716, p. 3, nos italiques.

ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi ».

Les deux articles sont construits sur le même modèle : la définition de l'infraction ¹¹⁸⁶ est suivie par le cercle des personnes pouvant la commettre. Dans cette seconde partie intervient l'acquiescement/consentement tacite. La principale hypothèse de torture ou de disparition forcée dans le champ des deux Conventions est le fait des agents de l'État. La commission de l'infraction peut être le fait de privés (« toute autre personne ») pour autant que ceux-ci agissent « avec le consentement tacite d'un agent de l'État » (*Convention contre la torture*) ou « avec l'acquiescement de l'État » (*Convention contre les disparitions forcées*). Le critère pour déterminer si le comportement d'une personne n'appartenant pas à la structure de l'État équivaut à une violation de la Convention dépend de l'acquiescement/consentement tacite de l'État ¹¹⁸⁷.

L'acquiescement n'est pas ici utilisé dans sa dimension interétatique habituelle de création de droits ou d'obligations, mais dans sa dimension d'acceptation (« acquiescer à » dans le langage naturel). L'État qui ne prend pas certaines dispositions pour éviter l'infraction ou qui la tolère est réputé y avoir *acquiescé* ou consenti *comme si ses propres agents avaient perpétré ces actes* ¹¹⁸⁸ (due

¹¹⁸⁶ « Actes de torture » dans l'article 2 de la Convention de 1984 et « crime de disparition forcée » dans l'article 7 de la Convention de 2006.

¹¹⁸⁷ Quelques brèves remarques sur la question de l'attribution dans la responsabilité internationale de l'État (en particulier au sujet des articles 2, 4 et 8 TCDI) trouvent ici leur place : les deux *Conventions* sont des normes primaires, l'acquiescement permet de vérifier la présence d'une infraction et, partant, de remplir la condition de la violation d'une obligation internationale de l'État (art. 2, lit. b TCDI : « Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : [...] Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État »). L'implication de l'État dans l'infraction est examinée sur la base des deux *Conventions*, sans vérification de la totale dépendance (art. 4 du Projet d'article), ou des directives, instructions et contrôle (art. 8 dudit Projet). Néanmoins, la différence entre *attribution* sur la base du Projet d'articles et *violation* en raison de l'acquiescement d'un agent de l'État est ténue dans le cas de la violation d'une obligation en raison d'une omission de l'État (chapeau de l'article 2 du Projet d'articles). Dans cette hypothèse, une infraction est attribuable non en raison de la participation directe de l'État, mais parce que l'État n'a rien fait (omission) pour empêcher la torture ou la disparition forcée commise par un privé (l'inaction de l'État est un *fait catalyseur* : L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, vol. 189, 1984-VI, p. 96).

¹¹⁸⁸ La *Convention relative au statut des réfugiés* du 28 juillet 1951 (*RTNU*, vol. 189, p. 137, telle que modifiée par le *Protocole relatif au statut des réfugiés* du 31 janvier 1967, *RTNU*, vol. 606, p. 267) ne fait pas appel à la notion de consentement tacite ou

diligence/négligence indue). Qu'il soit ou non interétatique, l'acquiescement répond aux mêmes conditions générales : est-ce que l'État était en – ou a eu – *connaissance des comportements*¹¹⁸⁹ des privés et, malgré cette connaissance, est demeuré *passif* face aux violations¹¹⁹⁰ (par ex. : est-ce que l'État aurait pu diligenter

d'acquiescement afin de définir la provenance de la persécution (art. 1, lit. a, § 2 de la *Convention*). La question se pose cependant de déterminer *comment* l'État peut se faire l'auteur d'une persécution (*agents of persecution* ; l'enjeu est de voir si une tolérance ou un acquiescement de l'État sont adéquats). Les documents officiels du UNHCR indiquent que « [w]here serious discriminatory or other offensive acts are committed by the local populace, they can be considered as persecution if they are knowingly tolerated by the authorities, or if the authorities refuse, or prove unable, to offer effective protection » (UNHCR, *Handbook and Guidelines on procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Genève, 2011, p. 15, § 65, nos italiques). Un *statement* de 1995 (UNHCR, *Agents of Persecution – UNHCR Position*, 14 mars 1995, accédé le 22 janvier 2018, www.refworld.org/docid/3ae6b31da3.html) distingue plus clairement ces deux possibilités afin de déterminer si la persécution entre dans le champ de la *Convention* : 1) l'État est impliqué directement ou indirectement car il « facilitated, aided, condoned or tolerated the acts of persecution » (§ 2 du *statement*, nos italiques), 2) l'État n'est pas impliqué, la persécution est le fait de privés mais l'État est « unwilling or unable to offer effective protection » (§§ 4 et 6 du *statement*, nos italiques). Cette approche en deux temps est confirmée dans un *statement* ultérieur de 2010 (UNHCR, *Statement relating to Appeal Case UM 12033-09 before the Stockholm Migration Court*, janvier 2010, consulté le 22 janvier 2018, <http://www.refworld.org/docid/4b4b3d762.html>, §§ 2.2, 4.2 et spéc. § 6.1). Pour des développements plus complets sur cette question : J. C. HATHAWAY et M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2014, pp. 288-331 ; M. TISSIER, *La qualité de réfugié de l'article 1 de la Convention de Genève à la lumière des jurisprudences occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 285-405. La Convention de 1951 ne s'inscrit pas dans une logique d'*attribution de la responsabilité* mais de *protection*. Ce n'est pas l'auteur de la persécution, mais le défaut de protection face à celle-ci qui importe (décision des autorités suisses du 8 juin 2006, *JICRA* 2006/18, § 6.3.1). La Convention érige la persécution en critère d'octroi du statut de réfugié.

¹¹⁸⁹ Des obligations différentes sont en jeu si les violations sont « endémiques » ou « ponctuelles ». Une violation est endémique si elle est répandue, présente un risque élevé de se produire et se produit depuis assez longtemps pour être de notoriété publique (M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 417-420). L'article 2 de la Convention s'applique, l'État acquiesce car il tolère et sait que le risque de survenance de la violation est élevé, ainsi l'État enfreint son devoir de prévention (*duty to prevent*). Une violation est ponctuelle quand l'État ne pouvait pas raisonnablement prévoir (*due diligence*) la survenance d'une disparition forcée. Elle relève alors de l'article 3 de la Convention si l'État enfreint son devoir de mener une enquête (*duty to investigate* ; « Tout État partie prend les mesures appropriées pour enquêter sur les agissements définis à l'article 2, qui sont l'œuvre de personnes ou de groupes de personnes agissant sans l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, et pour traduire les responsables en justice »). Cf. M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, *op. cit.*, pp. 412-424 (*duty to prevent*), 402 et 430 (*duty to investigate*).

¹¹⁹⁰ La jurisprudence indique que l'acquiescement de l'article 2 de la *Convention contre les disparitions forcées* est utilisé à des fins d'attribution de l'acte : M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, *op. cit.*, pp. 252-263. Le standard de l'acquiescement dans cette matière est le suivant : « When applicants could not prove before the Courts that the perpetrators were state agents, omitting to prevent the crimes together with a lack of investigation by the state is not sufficient to substantiate the notion of acquiescence. Instead, solely a failure

une enquête contre ses propres agents)¹¹⁹¹ ? Dans l'affirmative, l'État est réputé avoir enfreint la Convention contre la torture ou les disparitions forcées.

La gradation confirme que le renvoi à l'acquiescement est à percevoir dans le sens d'une « acceptation » de la violation par l'État. À l'instigation, au consentement exprès et tacite (*acquiescence* dans la version anglaise) de la *Convention contre la torture* font écho « l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement » de la *Convention contre les disparitions forcées*. L'implication de l'État décroît pour chacun de ces termes. Le couple instigation/autorisation indique la connaissance préalable doublée du blanc-seing de l'État *avant* la survenance des faits. Le binôme suivant (consentement exprès/appui) met en avant le rôle au minimum d'acceptation de l'État. Le consentement tacite/acquiescement est le plus faible et dernier rattachement avant de considérer que la violation est exclusivement le fait de privés¹¹⁹². La violation est acceptée et commise par l'État si les actes perpétrés par des privés sont doublés de l'acquiescement de l'État.

Dans un autre registre, le terme de « consentement tacite » apparaît dans l'article 252 de la Convention sur le droit de la mer¹¹⁹³ (UNCLOS). La Convention a la particularité de distinguer

to act – or turning a blind eye – has been considered to fall within the duty to prevent as a positive obligation imposed on states » (p. 263). Pour ce qui est de la *Convention contre la torture*, l'acquiescement de l'État va jusqu'à englober la *due diligence* (L. GRANS, « The State Obligation to Prevent Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: The Case of Honour Related Violence », *Human Rights Law Review*, vol. 15, 2015, p. 706).

¹¹⁹¹ Les occasions de réagir n'apparaissent pas dans les articles pertinents de la Convention contre la torture et contre les disparitions forcées. Ces occasions sont implicites dans la notion d'acquiescement : un État qui ouvre une enquête après avoir eu connaissance de cas de torture ou de disparitions forcées commises par des particuliers ne sera pas considéré comme ayant acquiescé. La grandeur de l'appareil d'État et la séparation des pouvoirs rendent possible qu'un acquiescement initial d'une branche de l'État (exécutif) soit annulé par l'enquête ouverte par une autre branche de ce même État (judiciaire).

¹¹⁹² L'État viole la *Convention* s'il n'enquête pas sur les disparitions forcées qui sont exclusivement le fait de privés. L'article 3 de la *Convention* précise que : « Tout État partie prend les mesures appropriées pour enquêter sur les agissements définis à l'article 2, *qui sont l'œuvre de personnes ou de groupes de personnes agissant sans l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État*, et pour traduire les responsables en justice » (nos italiques). Quand les disparitions ne s'inscrivent pas dans l'article 2 faute de lien avec l'État, c'est le défaut d'enquête qui peut mettre en évidence une défaillance de l'État.

¹¹⁹³ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, conclue le 10 décembre 1982 à Montego Bay, *RTNU*, vol. 1833, p. 3.

consentement¹¹⁹⁴, consentement « institutionnel »¹¹⁹⁵, consentement exprès¹¹⁹⁶ et consentement tacite (selon la maxime *expressio unius est exclusio alterius* et le principe de l'effet utile, chacune de ces expressions devrait avoir un sens différent)¹¹⁹⁷. L'article 252 récite :

« Consentement tacite »¹¹⁹⁸

Les États ou les organisations internationales compétentes peuvent mettre à exécution un projet de recherche scientifique marine à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle les renseignements requis en vertu de l'article 248 ont été communiqués à l'État côtier, à moins que, dans un délai de quatre mois à compter de la réception de ces renseignements, celui-ci n'ait fait savoir à l'État ou à l'organisation qui se propose d'effectuer les recherches :

- a) qu'il refuse son contentement, en vertu de l'article 246 ; ou
- b) que les renseignements fournis par cet État ou cette organisation internationale compétente quant à la nature ou aux objectifs du projet ne correspondent pas aux faits patents ; ou
- c) qu'il a besoin d'un complément d'information à propos des renseignements ou des conditions visés aux articles 248 et 249 ; ou
- d) que des obligations découlant des conditions fixées à l'article 249 pour un projet de recherche scientifique marine précédemment exécuté par cet État ou cette organisation n'ont pas été remplies »¹¹⁹⁹.

L'article 252 s'inscrit dans une section de la convention intitulée « conduite de la recherche scientifique marine et action visant à la favoriser »¹²⁰⁰. Le régime du consentement diffère selon si les recherches sont menées dans la mer territoriale (art. 245, consentement exprès) ou dans la ZEE (art. 246 et s., consentement et consentement tacite)¹²⁰¹. L'article 246 prévoit les circonstances dans lesquelles le consentement

¹¹⁹⁴ Art. 246, 249, 253, 254, 297 et 298 (consentement mutuel) de la *Convention sur le droit de la mer*.

¹¹⁹⁵ Art. 247 et M. H. NORDQUIST (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. IV, Dordrecht, Nijhoff, 1990, p. 524, § 247.7(d). L'article 247 est comparable à l'article 252 dans son emploi du consentement tacite : M. H. NORDQUIST (éd.), *op. cit.*, p. 524, § 247.7(e) ; A. H. A. SOONS, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, La Haye, T.M.C. Asser Institut, 1982, p. 178, § 5.3.1.

¹¹⁹⁶ Art. 77, 142 (consentement préalable), 245 et 265 de la *Convention sur le droit de la mer*.

¹¹⁹⁷ A. H. A. SOONS, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 197, § 5.8.1.

¹¹⁹⁸ Dans la version anglaise de la *Convention*, l'article est intitulé *implied consent* (RTNU, vol. 1833, p. 500) mais la formulation française est confortée dans la version espagnole (*consentimiento tácito*).

¹¹⁹⁹ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, RTNU, vol. 1834, pp. 103-104.

¹²⁰⁰ Partie XIII, Section 3 (recherche scientifique marine).

¹²⁰¹ A. H. A. SOONS, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 198.

doit être demandé et les motifs de refus (art. 246, § 5, lit. a) à d))¹²⁰². L'article 248 UNCLOS mentionne les renseignements concernant la recherche devant être fournis à l'État dont le consentement est recherché et l'article 249 énumère les garanties devant être offertes à l'État. L'article 252 prévoit dans quels cas de figure l'État est *réputé avoir accepté* la conduite de recherche scientifique dans sa ZEE. L'article fonctionne comme les délais administratifs en droit interne¹²⁰³, le passage du temps doublé de la passivité de l'État justifie l'intitulé de l'article.

La Convention sur le droit de la mer ordonne le consentement par palier. Le consentement est parallèle à l'irradiation de l'État sur la mer¹²⁰⁴ : il décroît à mesure que l'on s'éloigne du rivage. La recherche scientifique dans les eaux intérieures (art. 8 UNCLOS) n'est pas évoquée, elle est hors des articles de la Convention¹²⁰⁵. Dans la mer territoriale (art. 2 et 245 UNCLOS), le consentement doit être *expressément* recueilli. À partir de la ZEE, la Convention utilise uniquement le terme de consentement (art. 246 UNCLOS), celui-ci pouvant être tacite (art. 252 et 247 UNCLOS). Au-delà de la ZEE, dans la haute mer, la recherche scientifique marine devient libre, le consentement n'existe plus, la Convention détermine simplement la conduite à respecter¹²⁰⁶.

Le consentement se dissout dans l'eau de mer¹²⁰⁷ : la Convention UNCLOS se sert de l'acquiescement dans une logique de décroissance du consentement. La notion est utilisée, mais surtout ses éléments sont

¹²⁰² L'idée est celle de la vérification du refus non arbitraire du consentement. Ce mécanisme se retrouve dans d'autres domaines où la souveraineté de l'État est en jeu, notamment la protection des personnes en cas de catastrophe. Voy. art. 13, § 2 du *Projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2^e partie, 2016, pp. 39-43. Le § 7 du commentaire (p. 41) précise que l'État doit faire connaître sa décision dans un *délai raisonnable*. Le projet ne précise pas si un refus arbitraire permet d'obliger l'État victime à accepter une aide extérieure.

¹²⁰³ Une demande de permis de construire est réputée acceptée si l'administration ne la rejette pas ; voy. par ex. art. 32, § 3 de la Loi cantonale neuchâteloise sur les constructions (« À défaut de réponse ou de demande de prolongation de délai dans le délai imparti initialement, l'autorité ou le service amené à prendre en compte la réponse attendue peut admettre que le retardataire renonce à s'exprimer et que son préavis est positif, si les circonstances le permettent et si le projet ne nécessite pas de décisions spéciales » ; LConstr., n° 720.0). En droit français, voy. la règle dite du « silence vaut accord (SVA) ».

¹²⁰⁴ Selon l'adage « la terre domine la mer » (J.-P. PANCRACIO, *Droit de la mer*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 13, § 16).

¹²⁰⁵ La recherche n'est pas interdite, mais elle ne dépend pas du régime fixé par la Convention (not. les articles 87, § 1, lit. f et 238-241 UNCLOS).

¹²⁰⁶ P. GRAGL, « Marine Scientific Research », in M. FITZMAURICE et N. A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (éds), *The IMLI Manual on International Maritime Law. Volume 1: The Law of the Sea*, Oxford, OUP, 2014, p. 419 ; cf. aussi art. 87, § 1, lit. f et 238-241 UNCLOS.

¹²⁰⁷ P. GRAGL, « Marine Scientific Research », *op. cit.*, p. 398.

codifiés comme des cases que l'on remplit¹²⁰⁸. Les éléments pertinents, sans ordre particulier, sont les suivants : les parties à l'acquiescement (« Les États ou les organisations internationales compétentes » d'un côté, l'État côtier de l'autre), l'acte déclencheur ou comportement auquel l'État côtier devrait répondre (la transmission des « renseignements requis en vertu de l'article 248 », ce moment est le *dies a quo* du délai de quatre mois)¹²⁰⁹, les motifs exhaustifs de protestation¹²¹⁰ (les lit. a) à d) de l'article 252¹²¹¹), la durée du silence (« quatre mois »)¹²¹² et, pour finir, l'effet de l'acquiescement ou le droit créé au bénéfice des États ou organisations compétentes (la possible mise « à exécution [d']un projet de recherche scientifique marine » et l'impossibilité pour l'État côtier de s'y opposer¹²¹³).

Le « consentement » de l'article 252 arbore une dimension fictive : peu importe que l'État ait ou non voulu approuver le projet, l'écoulement du délai emporte l'adhésion de l'État côtier. Une structure administrative défaillante ou peu réactive joue contre l'État côtier trop lent à étudier (et à refuser) le projet de recherche scientifique¹²¹⁴.

L'acquiescement de l'article 252 a une portée extraordinairement réduite, il est instrumentalisé et strictement encadré. Le silence de l'État côtier déploie des effets car il s'inscrit dans un cadre bien délinéé¹²¹⁵. L'énumération exhaustive des motifs de protestation est un élément marquant de l'article, qui tranche avec l'approche de l'article 45 CVDT¹²¹⁶.

¹²⁰⁸ L'article 247 procède de la même logique que l'article 252 ; M. H. NORDQUIST (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. IV, *op. cit.*, p. 524, § 247.7(d).

¹²⁰⁹ La question d'une éventuelle *date critique* dans l'acquiescement sera traitée au Ch. 5. II.C.

¹²¹⁰ La liste de motifs permettant de s'opposer est exhaustive (« à moins que »).

¹²¹¹ La protestation de la lit. d) ne fait que suspendre l'exécution aussi longtemps que l'État qui désire entreprendre des recherches ne satisfait pas aux obligations de l'article 249 pour un précédent programme de recherche : A. H. A. SOONS, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, *op. cit.*, pp. 200-201.

¹²¹² En lien, on peut se poser la question du moment (ou « date critique ») à partir duquel l'État côtier peut ou doit protester.

¹²¹³ Sous réserve des motifs de l'article 253 UNCLOS.

¹²¹⁴ A. H. A. Soons (*Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 198) souligne « the importance for coastal States of having efficient internal administrative procedures for handling requests for consent ». Cf. A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 536-540, § 352.

¹²¹⁵ *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* : le silence est valorisé si – et seulement si – il existe une charge de réagir correspondante, charge créée et définie dans l'article 252 UNCLOS.

¹²¹⁶ Il ne mentionne pas les formes pertinentes de protestation car il se focalise sur l'acceptation donnée par l'État.

Les réserves aux traités obéissent elles aussi à un délai après lequel un État est réputé les avoir acceptées (art. 20, § 5 CVDT)¹²¹⁷. Une catégorisation peut être esquissée : les articles 252 UNCLOS et 20, § 5 CVDT s'opposent à l'article 45, lit. b CVDT. Les deux premiers évitent un blocage (la recherche peut prendre place, la réserve s'applique), le second constate la perte d'un droit (le traité continue à s'appliquer), cette différence trouve un parallèle dans la structure de ces articles. Les articles 252 UNCLOS et 20, § 5 CVDT sont axés autour d'une *protestation* couplée à un délai, tandis que l'article 45, lit. b CVDT est centré sur l'*acceptation* via l'acquiescement¹²¹⁸.

L'article 20, § 5 CVDT prévoit :

« Aux fins des paragraphes 2 et 4 [de l'article 20] et à moins que le traité n'en dispose autrement, *une réserve est réputée avoir été acceptée par un État* si ce dernier n'a pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification, soit à la date à laquelle il a exprimé son consentement à être lié par le traité, si celle-ci est postérieure »¹²¹⁹.

L'article 247 UNCLOS s'appuie sur la formulation similaire : « [R]éputé avoir autorisé l'exécution du projet ». Comme pour l'UNCLOS, le but de l'article 20, § 5 CVDT est de prévoir une conséquence claire au silence pour éliminer incertitudes et doutes sur la situation juridique¹²²⁰. Cette règle est d'une grande importance pratique car dans la plupart des cas les réserves ne suscitent pas d'objections¹²²¹. L'acceptation via l'article 20, § 5 CVDT n'a donc rien d'exceptionnel. L'objection n'est pas définie dans l'article 2 CVDT¹²²² (il faut se reporter à la systématique de la CVDT et au *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités*)¹²²³.

¹²¹⁷ RTNU, vol. 1155, pp. 331 et s. Dans les lignes qui suivent nous ne traiterons que de l'acceptation des réserves entre États déjà parties aux traités.

¹²¹⁸ Les articles 252 et 20 sont un constat d'*absence d'opposition*, l'article 45 demande un constat *positif* d'adoption d'un certain comportement par l'État acquiesçant.

¹²¹⁹ Nos italiques. La règle est reformulée ainsi dans le *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités* :

« 2.8.2 Acceptation tacite des réserves

À moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve dans les délais fixés par la directive 2.6.12 [*i.e.* : 12 mois] » (CDI, Doc. A/66/10/Add.1, 2011, p. 310, § 1).

¹²²⁰ CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités et commentaires y relatifs*, Doc. A/66/10/Add.1, 2011, pp. 311-312, §§ 4 et 5.

¹²²¹ CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 310, § 12 : « [L]acceptation tacite est la règle et l'acceptation expresse l'exception ».

¹²²² Contrairement au terme « réserve » défini à l'article 2, § 1, lit. d CVDT. Au niveau interprétatif, l'« objection » se retrouve notamment dans les articles 65, 66 et 79 CVDT.

¹²²³ CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, règle 2.6.9. (motivation des objections), pp. 261 et s. L'objection étant discrétionnaire,

On retrouve dans cette forme simplifiée d'acquiescement le double rôle du *délai* qui permet à la fois la sauvegarde des droits (l'État dispose du temps nécessaire pour prendre connaissance de la réserve, se forger une opinion et, le cas échéant, formuler et émettre une objection), et sert d'indication du consentement (si l'État ne réagit pas, il est supposé reconnaître la validité de la réserve et accepter l'application du traité tel que modifié par celle-ci).

Les articles 20 CVDT et 252 UNCLOS mettent en lumière la dialectique¹²²⁴ à l'œuvre dans l'acquiescement. Protestation ou objection font obstacle à l'acquiescement, à l'acceptation ou au consentement tacite. Évoquer l'acquiescement, c'est également vérifier si une protestation¹²²⁵ a été émise, *quand* elle aurait dû l'être, et avec *quelle force* elle aurait dû être exprimée. La protestation pertinente est construite *ex post facto* en se replaçant dans les circonstances vécues par les États. Un État qui cherche à éviter un acquiescement peut, par exemple, remettre en cause l'équivalence de ses actes à un prétendu consentement¹²²⁶, ou arguer du fait qu'il n'était pas en mesure de contester en raison des conséquences prévisibles d'une telle protestation¹²²⁷.

Tandis que les définitions (*qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*) insistent sur les conditions positives à remplir¹²²⁸ ou sur la nécessité d'un examen détaillé des circonstances¹²²⁹, les articles 20, § 5 CVDT et 252 UNCLOS associent clairement la

il n'existe pas de liste exhaustive de motifs. L'objection est à mettre notamment (mais pas exclusivement) en lien avec la vérification de la validité des réserves, ce qui nous renvoie à l'examen des motifs de nullité de ces dernières (art. 19 CVDT, en particulier la lit. c : « Que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas a et b, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité »).

¹²²⁴ Inspiré de : CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 313, règle 2.8.2, § 10 (« De l'avis de la Commission, cette formulation présente en outre l'avantage de mettre clairement l'accent sur la dialectique entre l'acceptation (tacite) et l'objection – l'objection exclut l'acceptation et vice versa ». Nos italiques).

¹²²⁵ Au sens large : dans les exemples mentionnés *supra* relatifs au droit international des droits humains (disparitions forcées et torture), le comportement n'est pas attribuable à l'État si celui-ci s'en détache suffisamment.

¹²²⁶ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 23.

¹²²⁷ *Ibid.*, toujours du côté de la Thaïlande, qui insiste sur le « *si loqui debuisset ac potuisset* ». La suite de l'arrêt montre que la Thaïlande a eu l'occasion de protester contre les cartes à de nombreuses reprises, cf. p. 27 not.

¹²²⁸ H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », op. cit., p. 624.

¹²²⁹ *Ibid.*, p. 619 et p. 622, § 2.2.3.

protestation (ou « objection », en fonction de la terminologie employée) au processus d'acquiescement. La protestation ne se trouve cependant pas codifiée strictement, c'est l'obstacle qu'elle constitue qui est présenté distinctement¹²³⁰. La protestation se compte au nombre des actes unilatéraux¹²³¹, elle devrait donc être un acte volontaire de l'État, à la différence de l'acquiescement qui est un fait juridique.

L'acquiescement se caractérise par un continuum, une addition de circonstances et de comportements qui, pris ensemble, ont pour effet de créer, modifier, ou éteindre un rapport de droit. Cette structure particulière n'a pas besoin d'être clairement identifiée comme étant un acquiescement pour en produire les effets (essentialisme). Le nom utilisé n'est pas crucial, certes il influence et corrobore l'interprétation¹²³², mais une analyse au cas par cas est nécessaire pour déterminer ce qui se cache sous une dénomination¹²³³. L'absence de formalisme du droit international public ne signifie pas que les critères sont lâchement appliqués, un constat d'acquiescement nécessite la vérification (implicite ou expresse) de ses principaux éléments¹²³⁴. Quand il se trouve codifié, il en va de même : l'accent est mis sur *plusieurs* de ses points d'ancrage, ces points n'ont pas besoin d'être tous cumulativement présents dans la norme juridique.

Le choix des points d'ancrage (la « configuration externe », par opposition au concept unitaire interne de l'acquiescement) a une influence directe sur la formulation de la norme et, en conséquence,

¹²³⁰ Du reste, elle n'a pas besoin d'être codifiée dans la mesure où l'acquiescement la codifie déjà en creux.

¹²³¹ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 94, lit. a).

¹²³² Confédération suisse, *Guide de la pratique en matière de traités internationaux*, 3^e éd., Berne, 2015, p. 4 et le tableau récapitulatif de la p. 45.

¹²³³ Voy. par analogie et en vertu de l'argument *a maiore ad minus* l'article 2, § 1, lit. a CVDI (« L'expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière »). Si la Cour internationale de Justice peut conclure à la présence d'un traité entre Qatar et Bahreïn en dépit des termes employés, c'est à plus forte raison qu'un processus peu formaliste comme l'acquiescement se doit d'être traqué au-delà de la lettre (*Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, Compétence et recevabilité, 1^{er} juillet 1994, CIJ, *Rec. 1994*, pp. 120-122).

¹²³⁴ Parmi les éléments on peut compter les parties, l'empiétement du droit de l'État, l'absence ou faiblesse de la réaction de protestation, le passage du temps. La vérification est implicite quand l'élément est mentionné *en passant*, par exemple que le comportement pertinent émane d'un agent autorisé à engager l'État sur le plan international, sans plus d'analyse. Elle est expresse quand un point est analysé en détail – généralement à cause de l'argumentation d'une partie – tel que l'étendue du droit concédé à l'autre État (exemple de l'étendue du droit de passage : *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 40-43).

sur la manière de l'appliquer. Caractérisée en général par une relation bilatérale, une partie va perdre un droit au profit de l'adversaire. Ce choix d'ancrage est illustré par l'opposition entre les articles 252 UNCLOS et 20, § 5 CVDT (qui indiquent comment un droit est acquis) et l'article 45 CVDT (perte d'un droit). Si l'acquiescement est appliqué sans référence à un article, la situation est plus fluide, autant la perte que le gain d'un droit peuvent se retrouver conjointement énumérés dans la motivation d'une décision ¹²³⁵.

Est-il possible de rationaliser ces différences et d'expliquer ce qui préside au choix de la forme positive (gain/création) ou négative (perte/extinction) ? Au-delà des négociations et compromis nécessaires à la rédaction d'un article, le concept d'acquiescement doit dans chaque cas être précipité dans une forme (« principe d'individuation »).

Une question liée consiste à déterminer si la forme choisie (gain/perte) influence la satisfaction des conditions. La réponse est assurément positive : c'est une présomption qui est mise en œuvre dans les articles 252 UNCLOS et 20, § 5 CVDT. L'article 45 CVDT repose quant à lui – de manière plus incertaine – sur l'élucidation d'une ligne de conduite. Le silence suffit pour les articles 252 UNCLOS et 20, § 5 CVDT. Le silence *peut suffire* dans le cadre de l'article 45, pour autant qu'il se double du passage du temps et d'occasions de réagir. Le constat de non-opposition des articles 252 UNCLOS et 20, § 5 CVDT est un critère qui tend à l'objectivité, les critères de l'article 45 charrient leur lot de difficultés probatoires.

Un point supplémentaire s'ajoute au tableau : la différence entre codification d'une coutume et développement progressif, voire simple solution négociée. L'article 45 CVDT est une codification ¹²³⁶, il transcrit l'acquiescement dans le domaine conventionnel ¹²³⁷. Pour

¹²³⁵ Les tribunaux se contentent rarement d'une ligne argumentative unique lorsqu'une situation d'acquiescement se présente. La tendance est au dédoublement des points de vue et à la mobilisation d'un faisceau d'indices en faveur de la solution retenue.

¹²³⁶ M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 570, § 12 ; *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Exceptions préliminaires, 2 février 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 24, § 49.

¹²³⁷ Selon K. Odendahl ce qui est de nature coutumière, c'est l'acquiescement, pas l'article 45 qui est trop précis (« Article 45 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 768, § 7). *Contra* : la CIJ a déclaré que l'article 45 CVDT était de nature coutumière : *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Exceptions préliminaires, 2 février 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 24, § 49.

l'article 20, § 5, CVDT, l'aiguille oscille entre négociation et développement progressif¹²³⁸. Et finalement l'article 252 UNCLOS est le résultat d'une négociation où l'aspect pratique est prépondérant¹²³⁹.

Cette comparaison superficielle montre aussi comment le dialogue entre acquiescement et protestation (sans égard aux différences de termes) est encadré par la codification. La prétention susceptible de succès est précise, orientée vers un but clair et les conditions d'un accueil favorable sont délimitées. Lorsqu'il se trouve codifié, l'acquiescement perd quelque peu sa dimension dialectique, l'accent est plus volontiers mis sur le comportement d'un seul des deux États (comportement d'abstention ou d'assentiment).

Des transcriptions plus générales de l'acquiescement existent hors des textes conventionnels. Dans deux travaux de la CDI, la dynamique d'action et de réaction des États est mise en lumière. La portée de la règle est limitée à la pratique subséquente ou à la preuve de l'*opinio iuris* dans le cadre du droit coutumier. Il n'empêche que dans ces deux projets de conclusions datant de 2018, la rédaction prend une forme apte à la généralisation. Il s'agit de la *détermination du droit international coutumier* :

« Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) [...]

3. *L'absence de réaction* s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction »¹²⁴⁰.

Ainsi que des *Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités* :

« Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité

1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), suppose une communauté de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles. Un tel accord peut être juridiquement contraignant, mais n'a pas besoin de l'être pour qu'il en soit tenu compte.

¹²³⁸ Ch. WALTER, « Article 20 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 289, §§ 4 et s. ; M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 324, § 6.

¹²³⁹ A. H. A. SOONS, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, pp. 159 et s. ; M. H. NORDQUIST (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. IV, pp. 562 et s.

¹²⁴⁰ CDI, *Détermination du droit international coutumier. Texte du projet de conclusions tel qu'adopté par le Comité de rédaction en seconde lecture*, Doc. A/CN.4/L.908, 17 mai 2018, Conclusion 10, p. 3, nos italiques (formulation identique dans la version définitive du Projet de conclusion).

2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut varier. *Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction* » ¹²⁴¹.

L'intégration de l'acquiescement dans un texte juridique est donc possible sous une forme ouverte, tendant à la généralisation. Le passage « étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction » fait irrémédiablement penser à *si loqui debuisset ac potuisset*. Toutefois ces textes ne sont pas des traités ¹²⁴². Il demeure que la palette d'expressions textuelles va de l'indication d'un délai d'attente à une rédaction soigneuse du mécanisme. Le dialogue entre États ressort mieux dans ces deux derniers textes qui mentionnent une pratique – autrement dit une prétention ou le début du dialogue – et l'absence de réaction, c'est-à-dire la « réponse » du second État.

3. *Synthèse*

L'acquiescement n'appartient pas à l'article 38, § 1, lit. a SCIJ. Les affinités électives avec l'accord tacite sont certaines, mais elles ne suffisent pas à le faire basculer dans cette catégorie. Quand les conventions emploient et adaptent librement le mécanisme de base de l'acquiescement, elles le font de manière sectorielle, spécialisée, orientée. L'article 45 CVDI, point de référence en matière d'acquiescement, se cantonne à la perte du droit d'invoquer une cause de nullité. Peut-être trouvera-t-on une parenté du côté de la coutume ?

B. Article 38, § 1, lit. b SCIJ : *la coutume internationale*

Nous ne traiterons pas ici – contrairement à *supra* (Ch. 3.II.F) – du rôle de l'acquiescement dans la formation d'une coutume. Cette section est consacrée à la détermination de son éventuelle *nature* coutumière ainsi que de déceler quelques cas d'acquiescements entrés dans la coutume (de la même manière que l'on a

¹²⁴¹ CDI, *Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Texte des projets de conclusion adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture*, Doc. A/CN.4/L.907, ACIDI, 11 mai 2018, Conclusion 10, pp. 3-4, nos italiques (formulation identique dans la version définitive du Projet de conclusion).

¹²⁴² Nous évoquons plus loin leur rôle éventuel en tant qu'« instruments » de *soft law* (Ch. 4.II.E).

précédemment détaillé des occurrences d'acquiescements incorporés dans des traités). Existe-t-il une norme coutumière qui encadre le fonctionnement – en général ¹²⁴³ – de l'acquiescement ? Pour que tel soit le cas, il faudrait (1) que l'on puisse trouver l'attestation de la *formation* d'une coutume et (2) qu'il y ait *perpétuation* de l'existence de ce statut coutumier ¹²⁴⁴. Au vu de la section précédente, on peut d'ores et déjà exclure qu'une codification du rôle général de l'acquiescement ait accédé au rang coutumier ¹²⁴⁵ (effet « générateur » d'un traité). Le sujet « L'acquiescement et ses effets sur les droits et les obligations juridiques des États » avait été inscrit en 2006 à l'ordre du jour des travaux de la CDI ¹²⁴⁶.

1. *Absence d'une coutume générale relative à l'acquiescement*

En reprenant les deux moments de création et d'existence de la coutume, l'acquiescement est clairement attesté et appliqué dans la jurisprudence de la Cour, son existence ne soulève pas de difficultés. Mais avant de se prononcer sur son existence et perpétuation, il faudrait encore que sa création relève du processus coutumier. Si sa création ne relève pas de la coutume, il n'y a pas lieu de s'attarder sur sa perpétuation. Les occurrences jurisprudentielles attestent d'une existence de l'acquiescement (ou d'acquiescements sectoriels) qui peut relever des principes généraux de droit également (*cf.* section suivante).

Les deux éléments de la coutume sont la pratique, et l'acceptation de celle-ci comme étant le droit ¹²⁴⁷. La pratique correspond à des actes positifs (verbaux ou physiques), et parfois omissifs ¹²⁴⁸. À un acte positif ou à une prétention du premier État doit répondre

¹²⁴³ Par opposition à une norme coutumière limitée à un domaine unique, les différends territoriaux par exemple.

¹²⁴⁴ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, pp. 54-56.

¹²⁴⁵ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, 20 février 1969, *Rec. 1969*, § 71 : aucune Convention ne peut pour l'instant être considérée comme étant le point de départ de l'acquiescement dans les normes coutumières. Dans la section précédente il a été démontré qu'aucun traité – à notre meilleure connaissance – ne contenait une formulation générique de l'acquiescement.

¹²⁴⁶ CDI, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session*, ACIDI, vol. II, partie 2, p. 196, § 261. Nous n'avons malheureusement pas réussi à recueillir plus de détails sur les tenants et aboutissants de ce projet. Entre 2006 et 2018, les documents de la Commission ne portent pas trace de développements sur ce sujet.

¹²⁴⁷ Dans les termes de l'article 38, § 1, lit. b SCLJ : « [L]a coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ».

¹²⁴⁸ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 63.

soit un silence du second État, soit un comportement susceptible d'être interprété comme une acceptation, acceptation qui aura pour effet de modifier la situation juridique entre les États concernés. L'*opinio iuris* concordante doit porter sur le fait que, dans certaines circonstances, un enchaînement action-réaction débouche sur une modification de la situation juridique¹²⁴⁹. Les affaires consultées n'évoquent pas de règle coutumière ayant un tel contenu de portée générale. Ça et là des affaires et opinions indiquent en termes plus généraux la structure de l'acquiescement¹²⁵⁰ ou font référence à *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*¹²⁵¹. Mais ces attestations n'indiquent pas si la règle est coutumière. *Si controversa il y a, elle porte sur l'application de la règle au cas et non sur son existence*. Précédemment à la CIJ et à la CPJI, les affaires consultées ne portent pas trace de création de l'acquiescement par voie coutumière¹²⁵².

Par hypothèse, il faudrait que, petit à petit, les États aient tiré parti du silence ou du comportement de leur adversaire après avoir formulé une prétention. Une difficulté immédiate est que l'État acquiesçant n'accepte pas cette conclusion, c'est précisément l'enjeu des affaires portées devant les Cours. Les États invoquent aussi l'acquiescement entre eux¹²⁵³, par voie diplomatique, mais à moins d'une acceptation expresse le bien-fondé de cette invocation est incertain¹²⁵⁴. L'*opinio iuris* est elle aussi problématique puisqu'un

¹²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 72-73.

¹²⁵⁰ *Golfe du Maine*, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130 ; *Plateau continental de la mer du Nord*, Opinion individuelle du juge Fouad Ammoun, CIJ, *Rec.* 1969, pp. 120-121, § 22 ; *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, Opinion individuelle du juge M. Luchaire, CIJ, *Rec.* 1986, p. 654, § II.

¹²⁵¹ *Temple de Préah Vihear*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 23 ; *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, CIJ, *Rec.* 2002, Opinion dissidente de M. le juge Koroma, p. 485, § 27 ; *Affaire du différend territorial*, CIJ, *Rec.* 1994, Opinion individuelle de M. Ajibola, pp. 80 et s., §§ 106 et s. ; ATF 106 Ib 154, 2 juillet 1980, *Canton du Valais c. Canton du Tessin*, consid. 6.dd, p. 167 ; *Affaire du « Hoshinmaru »*, TIDM, 6 août 2007, p. 47, § 87.

¹²⁵² Nous reconnaissons que les affaires qui analysent en détail le statut coutumier d'une règle, telles que *Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ, *Rec.* 1969, sont l'exception (mais elles rejettent ce statut).

¹²⁵³ Cf. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 498-499, § 223 et note n° 348 à propos de la délégation de tâches à des autorités subalternes. Dans cet exemple la Suisse avait conclu que les conditions n'étaient pas réunies.

¹²⁵⁴ Le système international est décentralisé et les États en sont les principaux intermédiaires, des prétentions contraires qui ne sont pas soumises aux tribunaux peuvent perdurer éternellement : G. ABI-SAAB, « "Interprétation" et "Auto-Interprétation" : quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *op. cit.*, p. 218.

État devrait ainsi renoncer à contester une situation juridique en raison de l'écoulement du temps ou de son comportement, pas pour des raisons pragmatiques, mais car il est convaincu avoir perdu un droit en raison de son comportement¹²⁵⁵.

Ces brefs développements rejettent la nature coutumière de l'acquiescement. Dans *Golfe du Maine*, la chambre évite de se prononcer :

« [L]a Chambre constate en tout cas que les notions d'acquiescement et d'estoppel, *quel que soit le statut que leur réserve le droit international*, découlent toutes deux des principes fondamentaux de la bonne foi et de l'équité »¹²⁵⁶.

Toutefois il existe de nombreux courants en matière de sources et de coutume¹²⁵⁷. Pour l'un d'entre eux, les éléments de la pratique et de l'*opinio iuris* doivent être accompagnés d'une consécration judiciaire pour qu'une coutume soit créée¹²⁵⁸. À suivre cette optique, l'acquiescement pourrait être de nature coutumière. Deux réserves sont à émettre : premièrement ce courant est minoritaire en doctrine, les travaux de l'ILA et de la CDI réaffirment l'approche *nécessaire et suffisante* des deux éléments¹²⁵⁹, deuxièmement, l'acquiescement se caractérise par une reconstruction judiciaire. Pour cette dernière raison, le passage devant le tribunal aurait le double rôle de déterminer que l'acquiescement existe en tant que norme coutumière et s'il s'applique ou non dans le cas d'espèce. Dans la jurisprudence consultée, un tel examen semble faire défaut, seule l'*application* est passée en revue. Les sections relatives aux principes généraux et aux actes unilatéraux se profilent comme les meilleures candidates pour la nature de l'acquiescement.

¹²⁵⁵ *Contra* : nous nous heurtons ici à la limite des recueils et autres compilations : un acquiescement non controversé peut survenir, mais il ne laisse pas de traces.

¹²⁵⁶ *Golfe du Maine*, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130, nos italiques.

¹²⁵⁷ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, pp. 199-229.

¹²⁵⁸ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Turin, G. Giappichelli, 2010 [réédition de 1942], pp. 40-45 ; M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 274-275.

¹²⁵⁹ ILA, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Final Report of the Committee* [en ligne], 2000, pp. 8, 13, 32 ; CDI, 3^e rapport sur la détermination du droit international coutumier, Rapporteur Spécial M. Wood, Doc. A/CN.4/682, ACDI, 2015, pp. 2, 7, 11 et 15.

2. *Concrétisations coutumières sectorielles*

À l'image de la section relative aux traités, nous nous concentrerons maintenant sur la présence de l'acquiescement dans des normes coutumières. Le règlement des différends territoriaux et maritimes constitue le domaine phare d'application de l'acquiescement¹²⁶⁰. L'enjeu et l'effet de l'acquiescement sont l'acquisition et la perte de la souveraineté¹²⁶¹ (différends territoriaux) ainsi que l'application d'une méthode de délimitation¹²⁶² (différends maritimes : ligne médiane, équidistance, autre).

a. *L'acquiescement et le territoire*

Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, la Cour estime que :

« [L]es événements [...] montrent que le Cameroun n'a pas acquiescé à l'abandon de son titre sur la région en faveur du Nigéria. La Cour en conclut que, pour l'essentiel, les effectivités invoquées par le Nigéria n'étaient pas conformes au droit et que dès lors "il y a lieu de préférer le titulaire du titre" »¹²⁶³.

L'acquiescement est confronté à un titre conventionnel qu'il ne réussit pas à surmonter. Mais il peut être appliqué sans référence aucune à un titre, ainsi :

« Dans certaines circonstances, la souveraineté sur un territoire peut passer à un autre État en l'absence de réaction de celui qui la détenait face au comportement de cet autre État agissant à titre de souverain, c'est-à-dire, pour reprendre les termes employés par le juge Max Huber dans l'affaire relative à l'Île de Palmas, face à des manifestations concrètes de l'exercice de la souveraineté territoriale [...]. De telles manifestations peuvent appeler une réponse, en l'absence de laquelle elles deviennent opposables à l'État en question. L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement »¹²⁶⁴.

¹²⁶⁰ Quelques affaires parmi les plus emblématiques : *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, CIJ, Rec. 1951, p. 116 ; *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, CIJ, Rec. 1960, p. 6 ; *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, CIJ, Rec. 1962, p. 6 ; *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ, Rec. 1984, p. 246.

¹²⁶¹ M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, [version online], p. 252, § 46 ; G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, [version online], p. 179.

¹²⁶² A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 326-331, §§ 208-209.

¹²⁶³ *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, CIJ, Rec. 2002, pp. 354-355, § 70.

¹²⁶⁴ *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, CIJ, Rec. 2008, p. 50, § 121.

Dans ces deux extraits l'acquiescement est traversé par son but final de vérification d'un transfert de souveraineté¹²⁶⁵. Cette appropriation de l'acquiescement dans le cadre territorial se traduit par la référence aux titres conventionnels, aux effectivités et à l'*animus* d'administration à titre de souverain¹²⁶⁶. Nous examinerons tour à tour l'impact de ces trois éléments dans l'acquiescement territorial.

Au sujet de l'opposition titre/effectivités, nous reproduisons l'incontournable passage de l'affaire du *Différend frontalier Burkina-Faso c. Mali* :

« Le rôle joué en la présente affaire par ces "effectivités" est complexe et la Chambre aura à peser soigneusement leur valeur juridique dans chaque cas d'espèce. Elle doit cependant indiquer dès à présent, en termes généraux, la relation juridique qui existe entre les "effectivités" et les titres servant de base à la mise en œuvre du principe de l'*uti possidetis*. À cet effet plusieurs éventualités doivent être distinguées. [1] Dans le cas où le fait correspond exactement au droit, où une administration effective s'ajoute à l'*uti possidetis juris*, l'"effectivité" n'intervient en réalité que pour confirmer l'exercice du droit né d'un titre juridique. [2] Dans le cas où le fait ne correspond pas au droit, où le territoire objet du différend est administré effectivement par un État autre que celui qui possède le titre juridique, il y a lieu de préférer le titulaire du titre. [3] Dans l'éventualité où l'"effectivité" ne coexiste avec aucun titre juridique, elle doit inévitablement être prise en considération. [4] Il est enfin des cas où le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte. Les "effectivités" peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique »¹²⁶⁷.

Dans la seconde hypothèse de l'extrait, la priorité absolue est donnée au titre sur les effectivités. Cette préséance est valable uniquement dans un contexte particulier : l'application de l'*uti possidetis iuris* lors de l'accession à l'indépendance. Hors de cette situation, un acquiescement peut toujours intervenir face à un titre « colonial » et le modifier ultérieurement comme souligné par A. Marie¹²⁶⁸, et, de manière plus nuancée,

¹²⁶⁵ R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, op. cit., p. 2 : « When we speak, however, of the rules governing the acquisition or loss of territory, we use an elliptical expression which may lead us astray unless we bear constantly in mind that *what is intended here is not merely territory in the physical sense but State sovereignty in respect of territory* », nos italiques.

¹²⁶⁶ L'*animus* est du côté de l'État qui formule une prétention.

¹²⁶⁷ *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, CIJ, Rec. 1986, pp. 586-587, § 63, numérotation ajoutée.

¹²⁶⁸ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 388, § 246 : « [L]'affirmation selon laquelle "il y a lieu de préférer le titulaire du titre" aux effectivités contraires ne peut être lue comme niant toute possibilité de modification d'une situation territoriale du fait d'un accord informel postérieur fondé sur la pratique étatique ».

par P.-M. Dupuy¹²⁶⁹. Le § 63 de la célèbre affaire ne sonne donc pas le glas de l'acquiescement et des effectivités face à un titre¹²⁷⁰. Le titre s'érige comme ce qui doit être renversé par l'acquiescement, et pour y parvenir il doit être de force égale¹²⁷¹. Plus généralement, l'opposition entre les documents écrits et les comportements dépasse le contexte colonial. Dans l'affaire des *Parcelles frontalières*, il a été considéré que :

« Dans une large mesure, les actes invoqués *sont des actes courants et d'un caractère administratif*, accomplis par des fonctionnaires locaux et sont la conséquence de l'inscription par les Pays-Bas des parcelles litigieuses à leur cadastre, contrairement à la Convention de délimitation. *Ils sont insuffisants pour déplacer la souveraineté belge établie par cette Convention* »¹²⁷².

Des raisons de preuves contribuent à la préférence des conventions, titres et documents sur les comportements. Ces derniers doivent être « qualifiés » pour déplacer la souveraineté. On voit aussi en filigrane l'importance de l'*animus* dans cet extrait : l'activité par trop banale des fonctionnaires locaux est exercée sans velléité de souveraineté.

C'est en l'absence d'un titre que les effectivités seront comparées (troisième hypothèse du § 63 cité *supra* : « [D]ans l'éventualité où l'"effectivité" ne coexiste avec aucun titre juridique, elle doit inévitablement être prise en considération »¹²⁷³). On doit distinguer deux situations dans lesquelles les effectivités sont présentes : en cas d'occupation, l'acquiescement ne jouerait prétendument aucun rôle¹²⁷⁴ (1), il n'interviendrait que pour modifier une souveraineté déjà constituée¹²⁷⁵ (2). Dans le premier cas, l'État capable de démontrer *la souveraineté la plus effective* l'emporte (le territoire est *res nullius*, le mode d'acquisition

¹²⁶⁹ P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, pp. 40-41 et note n° 3.

¹²⁷⁰ P. D'ARGENT, « Des frontières et des peuples : l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, arrêt sur le fond », *AFDI*, vol. 48, 2002, pp. 308-313.

¹²⁷¹ *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, CIJ, *Rec.* 2008, p. 50, § 121.

¹²⁷² *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, CIJ, *Rec.* 1959, p. 229, nos italiques.

¹²⁷³ *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, CIJ, *Rec.* 1986, p. 587, § 63.

¹²⁷⁴ R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law, op. cit.*, p. 39 : « [R]ecognition and questions of acquiescence are strictly irrelevant to title by occupation ». Les conditions de l'occupation s'assimilent pourtant largement à celles de l'acquiescement.

¹²⁷⁵ Pour autant que l'on admette que l'acquiescement est un mode d'acquisition du territoire, il s'agit d'un mode dérivé (G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, [version online], pp. 13-14 ; G. DISTEFANO, *Droit international des espaces. Morceaux choisis*, Paris, Pedone, 2017, p. 51).

est originaire). Dans le second, les effectivités sont les comportements adoptés qui dénotent la possession *effective* du territoire à titre de souverain, et ce en contradiction avec le souverain « légitime » du territoire ¹²⁷⁶. Concrètement, les effectivités sont des comportements (d'ordre fiscal, législatif, juridictionnel, administratif, de maintien de l'ordre, scientifique, etc.) ¹²⁷⁷ accomplis par des agents de l'État ¹²⁷⁸ sur le territoire litigieux, et ce pendant une certaine durée ¹²⁷⁹. Ces effectivités sont opposées au titre de l'État adverse, titre dont la robustesse sera corroborée par les actes de souveraineté – comportements eux aussi – accomplis sur le territoire litigieux. L'État susceptible de perdre la souveraineté sur le territoire litigieux peut accomplir des comportements laissant penser qu'il ne considère plus le territoire comme sien (abstention, non-protestation, défaillance des autorités locales). Bien souvent la situation est complexe, l'État fait quelques actes d'administration en conformité avec son titre et en même temps ne s'oppose pas – ou pas suffisamment – aux actes d'empiétements adverses. L'attitude ambiguë de l'État empiété contribue à placer le territoire dans une zone grise quant à sa souveraineté ¹²⁸⁰. Au final, c'est la situation dans sa globalité, la dynamique d'action-réaction qui sera appréciée par le juge. Toutefois, ces comportements effectifs (*corpus possidendi*) ne suffisent pas en eux-mêmes, ils doivent s'accompagner d'un *animus possidendi* pour emporter modification de la souveraineté.

L'*animus possidendi* est l'état d'esprit, la volonté qui chapeaute l'accomplissement des effectivités. Pour reprendre la terminologie de la coutume, il s'agit de l'élément volitif ou subjectif qui accompagne les actes concrets. Dans ce cadre l'*animus* à prendre en

¹²⁷⁶ Quant à l'emploi du terme « effectivités » : il est ici utilisé dans un sens large pour dénoter le comportement des États sur le territoire, aussi en dehors du contexte colonial (H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2, pp. 1461 et s.).

¹²⁷⁷ M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, [version online], pp. 192-198.

¹²⁷⁸ Les actes des particuliers ne sont pas pertinents car ils n'agissent pas à titre de souverain : M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, [version online], pp. 198 et s.

¹²⁷⁹ M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, [version online], p. 221, § 147 : « [S]i l'on veut faire valoir une possession contestée pour pouvoir établir la souveraineté territoriale, la possession – par la force des choses – devra normalement avoir un caractère plus ou moins durable ». Ce dernier élément découle implicitement de l'effectivité de la possession.

¹²⁸⁰ Chronologiquement, les premiers empiétements constituent des violations de la souveraineté. Mais l'État ne proteste pas, ou pas assez, et d'autres violations viennent s'ajouter ou perdurent, tant et si bien que le doute s'installe quant au véritable souverain territorial.

compte est celui de l'État qui formule une prétention, qui empiète sur le territoire adverse. L'État empiété n'a pas à prouver son *animus* vu que sa souveraineté est déjà constituée¹²⁸¹. Du côté de l'État empiété, les actes accomplis sur le territoire suffisent *en eux-mêmes* à nier l'acquiescement. Passé le stade initial de sa constitution, la souveraineté se confirme par l'accomplissement d'actes d'administration, comme la coutume qui, une fois établie, se solidifie par la répétition des mêmes actes¹²⁸². Cédons la parole à M. Kohen : « Comme nous l'avons déjà mentionné, les deux éléments de la possession [*corpus* et *animus possidendi*] peuvent se retrouver – en fait ce sera le cas le plus courant – dans un seul et même comportement »¹²⁸³.

Si l'*animus* doit être établi lors de la constitution de la souveraineté, c'est également le cas lorsqu'un État abandonne (dérélition, *forfeiture*, *abandonment*) un territoire¹²⁸⁴. Dans l'affaire de *l'île de Clipperton*, la France, malgré l'inoccupation de l'île, n'en avait pas perdu la souveraineté¹²⁸⁵. L'île de Saint-Martin fut incontestablement abandonnée par l'Espagne : les travaux de fortifications y furent détruits et les Espagnols se retirèrent de l'île¹²⁸⁶, l'*animus* étant ainsi anéanti. En dessous de la dérélition pure et simple, l'absence de prise de possession effective après la création d'un *inchoate title* empêche un État d'établir définitivement sa souveraineté¹²⁸⁷ : ce n'est certes pas un cas de perte, et plutôt que la réversion de l'*animus possidendi* en *animus derelinquendi*, il y a simple carence en vue de l'appropriation¹²⁸⁸.

¹²⁸¹ Par analogie à la situation de l'affaire des *Parcelles frontalières* (CIJ, *Rec.* 1959, p. 229) : les actes des fonctionnaires ne sont pas doublés d'un *animus possidendi* et donc inaptes à déplacer la souveraineté.

¹²⁸² *L'opinio iuris* y devient alors aproblématique : A. HÊCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, p. 48.

¹²⁸³ M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, [version online], p. 203, § 57.

¹²⁸⁴ M. F. LINDLEY, *The acquisition and government of backward territory in international law*, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁸⁵ Affaire de *l'île de Clipperton* (*Malaisie c. Singapour*), Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1110-1111.

¹²⁸⁶ Ch. SALOMON, *L'occupation des territoires sans maître*, Paris, A. Giard, 1889, pp. 247-248.

¹²⁸⁷ Voy. l'exemple de Sainte-Lucie : M. F. LINDLEY, *The acquisition and government of backward territory in international law*, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁸⁸ M. F. LINDLEY, *The acquisition and government of backward territory in international law*, *op. cit.*, pp. 48 et 51 : « forfeited ».

Pour que la déréliction soit certaine, soit le comportement de l'État est exempt de doute¹²⁸⁹, soit l'État n'administre pas le territoire, s'en retire, et un temps suffisant laisse présumer l'abandon¹²⁹⁰. Selon Lindley :

« [E]ven when the withdrawal has been accompanied by an expression of intention to retake possession, that alone is not sufficient to prevent the physical relinquishment of possession from developing into a full abandonment after a reasonable lapse of time »¹²⁹¹.

Ainsi, une déclaration de non-abandon, si elle n'est pas suivie d'une réappropriation du territoire, pourrait se muer en déréliction complète. Par exemple le dépôt d'une plaque annonçant qu'une île est déjà sous une souveraineté, suivie du retrait de cette île ne peut pas empêcher l'abandon du territoire¹²⁹². La perte de l'*animus* et par suite la réversion à un statut de *terra nullius* s'assimile à un problème d'effet de « seuil » asymétrique : les conditions pour acquérir une souveraineté sont plus aisées à remplir, celles pour la perdre seraient plus sévères¹²⁹³.

Dans la quatrième hypothèse du § 63 de l'affaire *Burkina-Faso c. Mali* :

« Il est enfin des cas où le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte. Les "effectivités" peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique ».

On revient ici à une situation plus classique – vu la présence d'un titre – mais incertaine quant à son tracé précis. Les effectivités sont officiellement reléguées à un rôle d'interprétation, elles servent à éclairer les contours précis du titre. L'interprétation par la pratique subséquente vient à l'esprit (art. 31, § 3 lit. a et b CVDI)¹²⁹⁴ : le droit

¹²⁸⁹ K. PARLETT, « State conduct in territorial disputes beyond *effectivités*: recognition, acquiescence, renunciation and estoppel », in M. G. KOHEN et M. HÉBÉ (éds), *Research Handbook on territorial disputes in international law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. 184.

¹²⁹⁰ M. F. LINDLEY, *The acquisition and government of backward territory in international law*, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 50.

¹²⁹² *Ibid.*, pp. 50-51, à propos des Malouines/Falklands.

¹²⁹³ Cette différence entre acquisition et perte de droits revient dans le domaine du statut d'État ; des conditions d'existence de l'État peuvent disparaître sans pour autant entraîner la disparition de celui-ci. Cf. J. CRAWFORD, *The Creation of States*, *op. cit.*, pp. 720-723 ; O. ILLY, « "L'État en faillite" en droit international », *RQDI*, vol. 28-II, 2015, pp. 68-71. On peut encore penser aux États baltes, « restaurés » en 1991 (J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 393-395) ou à la problématique des États en voie de submersion.

¹²⁹⁴ G. NESI, « Boundaries », in M. G. KOHEN et M. HÉBÉ (éds), *Research Handbook on territorial disputes in international law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. 232.

des traités s'applique aux traités territoriaux¹²⁹⁵. Si le passage de l'affaire *Burkina-Faso c. Mali* concerne en premier lieu la situation au moment de l'accession à l'indépendance, il reste vrai que les effectivités sont aussi présentes en dehors du contexte de décolonisation¹²⁹⁶.

Ici l'acquiescement ne s'exprime pas librement, il est intégré aux exigences d'interprétation des traités ; face à un comportement constituant une effectivité, comment réagira l'État adverse ? S'il se tait, demeure passif, n'agit pas, alors l'effectivité peut être tenue comme étant l'expression exacte du titre. Il y a toutefois un particularisme qui oriente l'interprétation : le principe de stabilité des frontières guide la détermination du but et de l'objet de ces traités¹²⁹⁷ (art. 31, § 1 CVDT). Dans cette acception, ce qui importe ce sont les réactions que les effectivités ont suscitées, il n'y a pas de mise en compétition entre celles-ci, l'optique n'est pas celle de *better* ou *adverse titles*¹²⁹⁸.

Revenons à notre point de départ avant de passer à d'autres exemples d'acquiescements incorporés à la coutume. Comment l'*animus*, les effectivités, les conventions et titres territoriaux influencent l'application de l'acquiescement en matière territoriale ? Comment le but final de transfert de souveraineté traverse-t-il l'acquiescement ?

Nous voyons deux grandes tendances à l'œuvre : premièrement une rigidification des conditions, secondement il n'est souvent qu'*un* des facteurs qui emportent modification de la souveraineté. Vu le principe de stabilité des frontières et l'enjeu terrible de la souveraineté, il se comprend que l'acquiescement ne se présume pas facilement¹²⁹⁹. La rigidification se manifeste par l'assimilation de l'acquiescement au consentement¹³⁰⁰, dans cette veine la réversion d'un territoire au statut de *terra nullius* est peu commune (la déréliction ne survient qu'à des conditions strictes d'*animus*

¹²⁹⁵ G. NESI, « Boundaries », *op. cit.*, p. 230.

¹²⁹⁶ H. THIRLWAY, « Territorial Disputes and Their resolution in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice », *LJIL*, vol. 31, 2018, p. 131 : « A claim to territorial sovereignty may be substantiated essentially in one of two ways: by showing title, or by demonstrating the existence of relevant acts on the ground [...] Such acts are classified as *effectivités* ».

¹²⁹⁷ G. NESI, « Boundaries », *op. cit.*, pp. 231-232.

¹²⁹⁸ F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, p. 95.

¹²⁹⁹ De même, la renonciation (tacite) à un droit doit être interprétée de manière restrictive.

¹³⁰⁰ G. NESI, « Boundaries », *op. cit.*, pp. 203-205.

et de *corpus*), et des actes accomplis sans *animus possidendi* ne peuvent pas déboucher sur un acquiescement ¹³⁰¹ (le comportement doit s'accompagner de la volonté d'acquérir le territoire). Comme facteur de modification territoriale, l'acquiescement n'agit pas en isolation, c'est souvent un des facteurs qui participe, au terme d'une appréciation globale, à la solution du différend territorial ¹³⁰². Les faits juridiques complexes dont il fait partie sont rassemblés en un faisceau qui préside à la conclusion du tribunal ¹³⁰³. Ce qui importe à une cour, c'est qu'il soit suffisamment concret, univoque ¹³⁰⁴, corroboré par d'autres faits ou comportements, et qu'il ressemble à s'y méprendre à un consentement ¹³⁰⁵.

Au crible des différends territoriaux, l'acquiescement figure au rang des instruments de transfert de souveraineté. L'enjeu commande la plus grande prudence dans son établissement, en particulier face à un titre territorial conventionnel. La préférence de l'écrit aux comportements, privilégiée pour des questions de preuves et de stabilité ¹³⁰⁶, s'affirme. L'exigence d'univocité des comportements susceptibles d'entraîner des modifications de frontières s'explique aussi par leur caractère opposable *erga omnes* ¹³⁰⁷. Contrairement aux traités frontaliers qui sont librement négociés entre parties, l'acquiescement dépend du travail d'une cour, il est hors de contrôle des États ¹³⁰⁸, ce qui peut expliquer qu'il ne soit admis qu'avec sévérité.

¹³⁰¹ Ces actes sans envergure internationale sont en règle générale des actes d'administration effectués par des fonctionnaires subalternes (*Parcelles frontalières*, CIJ, *Rec.* 1959, p. 229 ; *Golfe du Maine*, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 307-308, § 139).

¹³⁰² Par exemple, il est souvent présent à côté d'un accord tacite, sans en être toutefois clairement distingué : K. PARLETT, « State conduct in territorial disputes beyond *effectivités* », *op. cit.*, p. 183.

¹³⁰³ On peut s'interroger sur l'articulation des faits juridiques complexes avec l'acquiescement, puisque nous envisageons ce dernier comme étant une reconstruction judiciaire. Il serait donc *construit* par le tribunal tandis que les autres faits juridiques complexes seraient *constatés*. On pourrait y obvier en soutenant que *tous* les faits juridiques complexes sont des reconstructions judiciaires (le tribunal les articule en fonction du résultat à atteindre, ce qui serait tout aussi problématique). Cf. *infra*, Ch. 7.III.B.

¹³⁰⁴ La modification de la frontière doit être la seule interprétation raisonnable des comportements pour valider l'acquiescement.

¹³⁰⁵ G. NESI, « Boundaries », *op. cit.*, p. 203 : « [The parties] can express their consent in treaties or in any other manner that indicates their will concerning the limits of their jurisdiction ».

¹³⁰⁶ La prévisibilité constitue une des valeurs phares de tout ordre juridique.

¹³⁰⁷ À l'inverse d'un acquiescement qui ne déploie d'effets qu'*inter partes* (par exemple en matière de modification tacite d'un traité bilatéral selon l'article 39 CVDT).

¹³⁰⁸ Si un État admet avoir acquiescé à une prétention hors du cadre judiciaire, c'est sa volonté (acte unilatéral) qui est déterminante : peu importe le motif de celle-ci (présence réelle ou non d'un acquiescement). Cf. *infra*, Ch. 7.II.

b. *L'acquiescement et les espaces maritimes*(i) *Méthode de délimitation*

L'acquiescement¹³⁰⁹ ne sert pas à déplacer la frontière ou la « souveraineté »¹³¹⁰, mais, par exemple, à déterminer la méthode de délimitation retenue (équidistance, ligne médiane), dans les mots de A. Marie :

« Dès lors qu'une attitude peut être qualifiée de prétention, *elle est en même temps rattachée à une méthode donnée*. Autrement dit, elle est directement qualifiée de prétention de délimitation de la frontière ou de la limite en application de telle méthode même sans y faire expressément référence »¹³¹¹.

Ainsi, dans l'emblématique affaire de la *Mer du Nord*, la Cour s'est concentrée, en plus de la nature coutumière de la méthode de l'équidistance, sur l'acceptation de cette méthode par la République fédérale d'Allemagne¹³¹².

¹³⁰⁹ Il peut se retrouver à trois moments d'une décision relative à une délimitation maritime : de manière *préalable* en tant qu'accord tacite des parties sur la ligne ou méthode à suivre (exemples du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CIJ, *Rec.* 2014, pp. 36-37, § 91 et du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, TIDM, 2012, p. 47, § 126 ; *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec.* 2021, pp. 227-228, §§ 51-52 [selon nous l'existence d'un accord tacite doit être examinée à ce stade préliminaire plutôt que dans les circonstances pertinentes. J.-P. Pancraccio (*Droit de la mer, op. cit.*, pp. 260 et s.) et Y. Tanaka (*The International Law of the Sea, op. cit.*, pp. 198-208, 210-211) ne mentionnent que les deux stades suivants]. De manière *principale* au stade des comportements comme indication de l'acceptation d'une méthode de délimitation (*l'affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, CIJ, *Rec.* 1993, p. 75, § 82, met en exergue la différence entre ces deux stades. Voy. aussi *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 304, § 128 « premièrement » et « troisièmement »). Et, de manière *subsidaire*, au stade des circonstances pertinentes afin d'ajuster la ligne provisoire (*inter alia* : *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d'Ivoire)*, TIDM, 2017, pp. 129-136, §§ 456-479). On s'intéressera ici aux stades préliminaire et principal.

¹³¹⁰ Le cas des baies et eaux historiques appelle d'autres remarques, cf. art. 10, § 6 UNCLOS.

¹³¹¹ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 218, § 138. Cf. égal. *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ, *Rec.* 1984, p. 307, § 138 : « [L]es faits allégués par le Canada ne permettent pas de conclure que le Gouvernement des États-Unis aurait par là reconnu une fois pour toutes la ligne médiane comme limite des juridictions sur le plateau continental ».

¹³¹² *Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ, *Rec.* 1969, p. 27, § 30 : « [I]l 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 », il s'agit d'un *obiter dictum* de la Cour.

En fonction des affaires le mode de cette acceptation varie (*estoppel*¹³¹³). La tradition (peu fructueuse) d'invoquer l'*estoppel* semble avoir été inaugurée par la CIJ dans *Mer du Nord*¹³¹⁴. Ainsi, il est parfois allégué que « by its acts, [a State] is estopped from objecting to a boundary based on equidistance, and on the customary equidistance line as the maritime boundary »¹³¹⁵. L'élément du dommage, si caractéristique de l'*estoppel*, serait par exemple constitué par le dommage souffert par les compagnies pétrolières¹³¹⁶. L'élément du dommage était absent de l'affaire *Mer du Nord*¹³¹⁷ et a été nié dans l'affaire *Bangladesh/Myanmar*¹³¹⁸. Or rien ne ressemble plus à un acquiescement qu'un *estoppel* sans l'élément du dommage :

« [L]es mêmes faits étant pertinents aussi bien pour l'acquiescement que pour l'estoppel, sauf pour ce qui est de l'existence d'un préjudice, elle [la Cour] peut considérer les deux notions comme *des aspects distincts d'une même institution* »¹³¹⁹.

D'ailleurs, quand l'*estoppel* est invoqué, un autre voisin n'est pas très loin : tant dans l'affaire *Bangladesh/Myanmar*¹³²⁰ que dans *Ghana/Côte d'Ivoire*¹³²¹ son examen fait suite, presque par défaut, à celui d'un accord tacite, lui aussi non retenu. L'affaire du *Plateau continental* condense le sujet en quelques mots :

« La Cour tient à préciser qu'elle ne conclut pas à l'existence d'un accord tacite entre les Parties – ce qui serait impossible, vu la portée plus large et la constance de leurs prétentions – et qu'elle ne pense pas non plus que leur comportement leur interdise de formuler des prétentions contraires, par l'effet d'une sorte d'estoppel »¹³²².

¹³¹³ *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, 2017, p. 76, § 247 ; *Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ, Rec. 1969, p. 27, § 30.

¹³¹⁴ *Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ, Rec. 1969, p. 27, § 30.

¹³¹⁵ *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, 2017, p. 71, § 230.

¹³¹⁶ Grief rejeté par le tribunal dans l'affaire entre le Ghana et la Côte d'Ivoire : *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, 2017, p. 73, § 240.

¹³¹⁷ *Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ, Rec. 1969, p. 27, § 30.

¹³¹⁸ *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, TIDM, 2012, p. 46, § 125.

¹³¹⁹ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ, Rec. 1984, p. 305, § 130, nos italiques. Plus radical encore, le Canada avançait que « l'estoppel est "l'alter ego de l'acquiescement" » (*id.*, p. 304, § 129).

¹³²⁰ *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, TIDM, 2012, pp. 40-45.

¹³²¹ *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, 2017, pp. 33-71.

¹³²² *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, CIJ, Rec. 1982, p. 84, § 118.

(ii) *Mer territoriale, zone économique exclusive, et plateau continental*

La délimitation maritime par accord tacite a été retenue dans l'affaire *Pérou c. Chili* dans des circonstances particulières puisqu'un traité écrit faisait expressément référence à un tel accord¹³²³. En dehors de ce cas, un accord tacite est rarement retenu¹³²⁴. Dans les articles 15, 74 et 83 UNCLOS il est prévu que les États puissent fixer les délimitations par voie d'accord¹³²⁵, qui peut être tacite¹³²⁶. Dans le cadre coutumier, il va de soi qu'un accord tacite peut aussi aboutir à délimiter les zones maritimes des États¹³²⁷. Les articles 15, 74 et 83¹³²⁸ sont reconnus comme reflétant le droit coutumier¹³²⁹.

Voyons de plus près les caractéristiques de ces accords tacites. On retrouve l'opposition entre les comportements et les documents écrits dans l'affaire *Bangladesh/Myanmar* : les moyens de preuve allégués par le Bangladesh furent balayés par le tribunal¹³³⁰. Les documents écrits produits par le Myanmar soulignaient l'absence et les conditions d'un accord sur la délimitation¹³³¹. À quel standard doivent s'élever les *éléments de preuve* pour qu'un accord tacite soit admis ? Les arrêts topiques en la matière sont *Nicaragua c. Honduras* et *Somalie c. Kenya* :

« Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants. L'établissement d'une frontière maritime permanente est une question de grande importance, et un accord ne doit pas être présumé facilement »¹³³².

¹³²³ *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec. 2014*, pp. 37-38, §§ 90 et 91. L'accord tacite étant prouvé par un traité postérieur, la Cour pouvait utiliser un moyen de preuve idéal.

¹³²⁴ Ph. GAUTIER, « Le plateau continental de la Belgique et sa délimitation », *RBDI*, 1995-I, pp. 112-113 et note n° 21. À part le *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, aucun exemple ne nous vient en tête.

¹³²⁵ Respectivement : mer territoriale, zone économique exclusive et plateau continental. *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, 2017, p. 33, § 98.

¹³²⁶ Ph. GAUTIER, « Le plateau continental de la Belgique et sa délimitation », *op. cit.*, p. 122 ; *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, p. 227, § 50.

¹³²⁷ La Colombie, El Salvador et la Libye sont uniquement signataires de la Convention UNCLOS ; les États-Unis d'Amérique, la Turquie, l'Érythrée, le Venezuela et le Pérou, entre autres, ne sont pas parties à la convention ; le Qatar ne l'était pas lors de l'arrêt de la CIJ de 1994 (situation en mars 2019, <https://treaties.un.org/>).

¹³²⁸ *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (fond), arrêt, CIJ, *Rec. 2001*, pp. 93-94, § 175.

¹³²⁹ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 673, § 138.

¹³³⁰ *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, TIDM, 2012, pp. 44-45, §§ 112-115.

¹³³¹ *Ibid.*, p. 44, § 116.

¹³³² *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ, *Rec. 2007*, p. 735, § 253.

« La Cour a fixé à un seuil élevé la preuve requise pour démontrer qu'une frontière maritime a été établie par acquiescement ou accord tacite » ¹³³³.

On retrouve les considérations habituelles liées à l'univocité à laquelle il faut parvenir. Mais à la différence du territoire, ce sont exclusivement des *éléments de preuve* qui sont évoqués. La conceptualisation sous forme d'accord tacite marque toute son importance ici : un *accord* est en principe conclu (de manière informelle) à un moment T, les preuves qui l'attestent doivent s'échelonner postérieurement aux moments T+1, T+2, etc., comme dans la pratique subséquente de l'article 31, § 3, lit. b CVDT. Cette stratégie est peu susceptible de succès vu les attentes en matière de preuve. En particulier, les déclarations sous serment des pêcheurs ou même d'agents étatiques qui peuvent être considérés comme ayant « un intérêt dans l'issue de la procédure » seront rejetées ¹³³⁴.

L'affaire *Nicaragua c. Honduras* illustre comment l'accord tacite doit être prouvé : la pratique des parties doit attester qu'une ligne constitue une frontière maritime (en l'occurrence le 15^e parallèle). Les éléments de pratique sont les suivants ¹³³⁵ : concessions pétrolières de part et d'autre du parallèle ; activités, réglementation et contrôle de la pêche ; patrouilles navales ; pratique d'États tiers ; cartes ¹³³⁶ ; témoignages de pêcheurs et d'agents étatiques. Dans le raisonnement de la Cour, ces éléments doivent refléter la ligne convenue par les parties pour que l'accord tacite existe.

De manière intéressante, le temps n'est pas expressément invoqué comme preuve, les éléments présentent pourtant une chronologie, ils se vérifient sur une période donnée. Le temps revêt une importance fondamentale puisqu'il permet d'évaluer la cohérence des éléments relatifs à la ligne choisie, ainsi :

« La Cour a constaté qu'à certaines périodes, comme le montrent les éléments de preuve, le 15^e parallèle semble avoir joué un certain rôle dans la conduite des Parties. [suit une liste des éléments en question pendant la période 1961-1977] Toutefois, ces événements, survenus sur

¹³³³ *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, p. 228, § 52.

¹³³⁴ *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, TIDM, 2012, p. 44. Cf. aussi *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ, *Rec. 2007*, pp. 731-732, §§ 242-245.

¹³³⁵ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ, *Rec. 2007*, pp. 730-732.

¹³³⁶ Les cartes ne sont pas prises en compte en elles-mêmes. Leur rôle, suivant leur précision, notoriété, auteur, etc., est de vérifier si elles ont provoqué (ou devaient légitimement provoquer) une réaction.

une courte période, ne permettent pas à la Cour de conclure qu'il existait une frontière maritime internationale juridiquement établie entre les deux États »¹³³⁷.

C'est par l'interaction du temps et de la cohérence que les éléments de la pratique se lient en une preuve de l'accord¹³³⁸. La référence au temps pour l'accord tacite a de quoi étonner, un accord est supposé naître en une fois, ou du moins à une date déterminée. Peu importe, c'est de la *preuve dans le temps* de l'accord tacite dont il est question. Si un accord existe, les occasions-preuves de son application seront plus nombreuses. Dans l'affaire *Nicaragua c. Honduras*, la période où la prétention hondurienne se voyait confirmée était trop courte pour attester d'un accord préexistant¹³³⁹.

La délimitation du plateau continental (art. 83 UNCLOS) suit les mêmes principes : les comportements témoignent du choix d'une ligne médiane, de l'équidistance, ou d'une ligne simplement considérée comme « équitable » par les parties au litige. Malte avait, sans succès, présenté le silence libyen face à son intention de suivre une ligne médiane comme un acquiescement¹³⁴⁰. Dans *Tunisie c. Libye*, l'acquiescement fut rejeté en ce qui concerne une loi interne libyenne relative aux ressources du plateau continental qui indiquait également la limite du plateau continental¹³⁴¹. Par contre la Cour considéra que le (très) long respect des parties pour une ligne *de facto* témoignait de son caractère équitable¹³⁴². En ne remettant pas en cause ce *modus vivendi*, les parties entérinèrent cette méthode de délimitation.

¹³³⁷ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ, Rec. 2007, p. 736, § 256. La date critique est 1982 (cf. p. 737, § 257).

¹³³⁸ Et, par la même occasion, de son contenu : *in casu* la ligne du 15^e parallèle comme frontière maritime unique (mer territoriale, ZEE et PC).

¹³³⁹ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ, Rec. 2007, p. 736, § 256.

¹³⁴⁰ *Affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte)*, arrêt, CIJ, Rec. 1985, pp. 28-29, §§ 24-25. Le silence fut gardé environ huit ans (1965 à 1973).

¹³⁴¹ *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, Rec. 1982, p. 69, § 92.

¹³⁴² *Ibid.*, pp. 69-70, §§ 93-95. Long respect puisque la ligne date de 1919, fut réaffirmée en 1931, non contestée lors de l'indépendance, et que la date critique se situe en 1976 au plus tôt : cf. p. 37, § 21.

(iii) *Modus vivendi*

Le *modus vivendi* est une figure particulière du droit des traités¹³⁴³ en général, et des différends territoriaux plus particulièrement. Il est parfois nommé accord *de facto*¹³⁴⁴. Au sens strict, il s'agit d'un accord de nature temporaire qui préserve la situation juridique entre les parties¹³⁴⁵, il est particulièrement indiqué quand les parties sont à la recherche d'une solution provisoire ou quand la nécessité d'avoir une situation juridique claire se fait sentir¹³⁴⁶. Le *modus vivendi* ou accord *de facto* présente l'avantage de reconnaître une situation « sur le terrain » sans impliquer la reconnaissance des droits qui en découleraient pour une partie¹³⁴⁷. Le Bénin soutenait devant la CIJ que :

« [L]e *modus vivendi* était simplement un accord temporaire et pratique dans l'attente d'un règlement définitif de la question frontalière. De par sa nature même, il excluait l'existence de toute intention d'agir de droit [à titre de souverain] et ces actes administratifs ne sauraient donc être invoqués à titre d'effectivités »¹³⁴⁸.

Le *modus vivendi*/accord *de facto* implique que la situation est « gelée » lors de la conclusion du traité¹³⁴⁹. Le Royaume-Uni revendiquait la souveraineté sur les Orcades du Sud¹³⁵⁰. Suite au

¹³⁴³ C'est pour nous un traité à part entière, conclu de manière expresse ou tacite. Cf. les développements de H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1223-1225.

¹³⁴⁴ *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec. 1982*, pp. 69-70.

¹³⁴⁵ W. M. REISMAN, « The supervisory jurisdiction of the International Court of Justice: international arbitration and international adjudication », *RCADI*, vol. 258, 1996, p. 181.

¹³⁴⁶ Voy. la section relative à la différence entre la reconnaissance tacite et *de facto* : Ch. 3. II.D.1 et J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 629-647.

¹³⁴⁷ Par exemple, un État peut reconnaître *de facto* l'emprise russe sur la Crimée aux fins de l'application de conventions de droit international privé (exécution de décisions en matière civile, etc.) sans en même temps reconnaître l'« annexion » russe (cette reconnaissance violerait la responsabilité internationale). Quant à la différence entre *modus vivendi* et accord (ou reconnaissance) *de facto*, si tant est qu'elle existe, elle met en exergue le caractère provisoire (*modus vivendi*) ou l'effectivité d'une situation (*de facto*, par opposition à *de iure*).

¹³⁴⁸ *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, CIJ, *Rec. 2005*, pp. 132-133, § 101.

¹³⁴⁹ L'article IV du Traité sur l'Antarctique de 1959 fournit un exemple très complet de *modus vivendi* multilatéral (*RTNU*, vol. 402, 1961, p. 75). L'effet du *modus vivendi* va au-delà de la « date critique » en ce que les actes accomplis après sa conclusion ne peuvent pas être invoqués par les parties à des fins d'interprétation (D. BARDONNET, « Les faits postérieurs à la date critique dans les différends territoriaux et frontaliers », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 63-66).

¹³⁵⁰ *Affaires relatives à l'Antarctique (Royaume-Uni c. Argentine ; Royaume-Uni c. Chili)*, Requête introductive d'instance et pièces de la procédure écrite, CIJ, *Rec. 1955*, p. 37.

traité sur l'Antarctique, ces îles, situées sous le 60° parallèle, contiennent d'échapper à toute revendication ¹³⁵¹. Certains traités portent expressément la mention « *modus vivendi* » dans leur intitulé ¹³⁵². La terminologie ¹³⁵³ peut bien sûr fluctuer et l'appellation être utilisée à tort sans que l'accord ait réellement un caractère provisoire ¹³⁵⁴, ou ressemble même un tant soit peu à un véritable *modus* ¹³⁵⁵.

Ces brèves considérations opposent *modus vivendi* et acquiescement. Une notion connexe à celle du *modus vivendi* est celle de *tolérance* ¹³⁵⁶ ou de *courtoisie*. Mais ces deux derniers termes n'ont qu'une dimension unilatérale : un État n'élève pas d'opposition face à un comportement tout en ne se prononçant pas sur son caractère licite.

Deux points de contact avec l'acquiescement existent néanmoins : lors de la création et de la perpétuation du *modus vivendi*. En tant qu'accord (souvent bilatéral) ¹³⁵⁷, il peut être créé de manière tacite ¹³⁵⁸. On lit dans l'avis consultatif sur le Danube :

« [L]a pratique d'avant-guerre dans le secteur Galatz-Braila a été l'exercice dans ce secteur des pouvoirs de juridiction par la Commission européenne. À cette pratique, les délégués roumains ont tacitement mais formellement acquiescé, en ce sens qu'un *modus vivendi* était observé de part et d'autre suivant lequel l'action de la Commission européenne s'étendait en fait et en toutes matières jusqu'à l'amont de Braila » ¹³⁵⁹.

¹³⁵¹ Article VI du Traité sur l'Antarctique : « Les dispositions du présent Traité s'appliquent à la région située au sud du 60° degré de latitude Sud [...] ».

¹³⁵² Confédération suisse, *Guide de la pratique en matière de traités internationaux*, op. cit., pp. 6 et 45.

¹³⁵³ Voy. par exemple : art. III du *Modus Vivendi concernant la Convention d'armistice général entre l'Égypte et Israël*, RTNU, vol. 70, 1950, p. 274 ; préambule de l'*Échange de lettres constituant un accord relatif à un modus vivendi concernant la ligne de démarcation maritime*, RTNU, vol. 1153, 1980, p. 8.

¹³⁵⁴ Les accords commerciaux contenant le terme *modus vivendi* conclus par le Canada ne semblent pas être provisoires (une dénonciation en tout temps n'est pas synonyme de caractère temporaire) : cf. l'accord conclu avec l'Italie (« Échange de notes constituant un *modus vivendi* commercial [...] ») et comparer à l'accord conclu avec la Finlande (« Échange de notes constituant un accord [...] ») : RTNU, vol. 231, 1956, pp. 71-79.

¹³⁵⁵ Dans *Golfe du Maine*, le Canada ne mentionne pas le caractère provisoire du *modus* : CIJ, Rec. 1984, p. 304, § 128 ; p. 311, § 151.

¹³⁵⁶ On retrouve la tolérance dans le droit coutumier pour qualifier un usage ou une pratique qui n'a pas (ou pas encore) de force juridique contraignante : K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, op. cit., pp. 127-131.

¹³⁵⁷ Exception : Traité sur l'Antarctique.

¹³⁵⁸ Comme le soutenait le Canada dans *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ, Rec. 1984, pp. 310-311, §§ 149-151. Cf. égal. *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, Rec. 1982, p. 69, §§ 94-95.

¹³⁵⁹ *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braila*, Avis consultatif, 1927, CPJI, Série B, n° 14, p. 17. Voy. aussi : *Droits des ressortissants des*

Dans ces conditions de création par voie tacite, il devient difficile de faire apparaître l'élément caractéristique de tolérance et d'impermanence du *modus vivendi*. L'assimilation totale *modus-acquiescement* ¹³⁶⁰ est proche :

« Il s'agit ici de la question [...] de savoir si la conduite [que les parties] ont suivie pendant une période donnée de leurs rapports n'aurait pas entraîné pour l'une d'elles un acquiescement à l'application à la délimitation d'une méthode spécifique prônée par l'autre Partie, ou une forclusion quant à la possibilité de s'y opposer, ou encore de savoir si cette conduite n'aurait pas eu pour effet d'instaurer autour d'une ligne correspondant à une telle application un *modus vivendi* respecté en fait » ¹³⁶¹.

Quand les mêmes faits donnent lieu à un acquiescement, un *estoppel*, une forclusion, ou encore à un *modus vivendi*, il est légitime de se demander quelle part d'autonomie conserve chacune de ces institutions. Nous sommes d'avis que *modus vivendi* tacite et acquiescement doivent être strictement distingués : leurs finalités sont tellement différentes qu'en présence des mêmes comportements étatiques il ne devrait pas être possible d'arriver à un constat d'acquiescement et/ou de *modus vivendi* ¹³⁶². L'acquiescement se limite à participer à la création du *modus vivendi*, mais ne le remplace pas.

Le second point de contact apparaît en cas de trop longue perpétuation d'un *modus vivendi* comme illustré dans les affaires *Bénin/Niger* (territorial) et *Tunisie c. Libye* (maritime). L'arrangement fut appliqué pendant respectivement au moins 40 ¹³⁶³ et 53 ¹³⁶⁴ ans. Le *modus vivendi* fut ensuite consacré par la Cour dans *Tunisie c. Libye* : « [L]a ligne des 26° que les Parties, aussi bien que les États dont elles sont les successeurs territoriaux, ont considérée comme une limite appropriée » ¹³⁶⁵. La perpétuation du *modus vivendi* après l'accession à l'indépendance est

États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique), arrêt, 27 août 1952, CIJ, *Rec.* 1952, pp. 200-202 (*modus vivendi* tacite).

¹³⁶⁰ Par l'acquiescement ou par toute autre forme de comportements sources de droits et d'obligations.

¹³⁶¹ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 303-304, § 126.

¹³⁶² La question épineuse du *modus vivendi* tacite consiste à déceler dans les comportements l'indication que l'arrangement est temporaire et qu'il sauvegarde la situation juridique des parties. Nous ne réglons pas cette question ici.

¹³⁶³ 1914-1954 : *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, CIJ, *Rec.* 2005, p. 132, § 98.

¹³⁶⁴ 1919-1972 : *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec.* 1982, pp. 66 et 69.

¹³⁶⁵ *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec.* 1982, p. 85, § 120 et dispositif p. 93, 4).

un élément important¹³⁶⁶, ainsi la Cour considéra que de 1914 à 1954 le *modus* fut respecté et que les comportements entre 1954 et 1960 ne le bouleversèrent pas¹³⁶⁷.

Ce second point de contact est plus problématique car il nie et transforme ce qui fait l'essence du *modus vivendi*. D'un simple accord provisoire censé sauvegarder les droits et prétentions des parties on passe à la consécration de la situation au cœur du *modus*. Il nous faut toutefois tempérer nos propres accusations : les affaires montrent que ce n'est pas le *modus* en tant que tel qui est transformé, il est utilisé comme moyen de preuve¹³⁶⁸. En matière territoriale, la Chambre de la Cour s'en sort en indiquant que c'est « sur la base des éléments de preuve soumis »¹³⁶⁹ qu'elle convertit le *modus* en situation de droit. La force de l'argument béninois concernant l'impossibilité de convertir le *modus* au vu de sa nature est estompée par la Chambre :

« En appliquant le principe de l'*uti possidetis juris*, la Chambre n'a d'autre tâche que de rechercher si l'autorité sur les territoires que les Parties revendiquent aujourd'hui en tant qu'États souverains était effectivement exercée par la colonie du Dahomey ou celle du Niger »¹³⁷⁰.

Ce passage n'est pas exempt de critiques : on voit mal pourquoi des actes qui ne pouvaient être accomplis *que* grâce à l'existence préalable du *modus* – d'où ils tiraient leur validité – seraient constitutifs de l'exercice de l'autorité étatique¹³⁷¹. Il y aurait là une pétition de principe : des actes accomplis sur la base d'un *modus* émanent évidemment de l'État et à cette occasion il exerce de manière effective son autorité, mais le cadre de ces actes dépend de l'accord provisoire qu'est le *modus*.

Le raisonnement de la Chambre est plus ample, il justifie une interprétation favorable¹³⁷² de l'arrêt :

« Le dossier de l'affaire ne contient pas d'autres documents datant de cette période et se rapportant à la question frontalière ; le *modus vivendi* de 1914 semble avoir donné satisfaction jusqu'aux événements de 1954 »¹³⁷³.

¹³⁶⁶ On retrouve cette question de poursuite du régime après la succession d'États à propos du Golfe de Fonseca : *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras, Nicaragua intervenant)*, CIJ, Rec. 1992, pp. 599-600, § 401.

¹³⁶⁷ Le Niger devint indépendant en 1954 et le Bénin en 1960 ; *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, CIJ, Rec. 2005, p. 132, § 100.

¹³⁶⁸ On aboutit néanmoins au même résultat : les droits et obligations provisoires du *modus* deviennent pérennes. Les parties ne peuvent plus faire valoir leurs autres prétentions.

¹³⁶⁹ *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, CIJ, Rec. 2005, p. 132, § 100.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 133, § 102.

¹³⁷¹ H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1466.

¹³⁷² Ou interprétation conciliante, afin d'expliquer l'identité entre le *modus* temporaire et le dispositif durable de l'arrêt. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 204-210.

¹³⁷³ *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, CIJ, Rec. 2005, p. 129, § 86.

La dernière période de 1954 et 1960 est trop courte et trop incohérente pour *renverser* la certitude acquise en 1954¹³⁷⁴ : *quieta non movere*¹³⁷⁵. Le *modus* a presque valeur de titre territorial aux yeux de la Chambre, il entraîne en tout cas une très forte présomption.

Passons à ce que nous n'aurions pas dû perdre de vue : le rôle du *modus vivendi* ou ligne *de facto* dans *Tunisie/Libye*. Initié par la France et la Libye et pérennisé par les États successeurs alors que la période suivant l'indépendance pourrait être l'occasion de fixer définitivement les frontières maritimes, la Cour voit dans l'attitude des parties l'indication que le *modus* est une « limite appropriée »¹³⁷⁶ et l'aide donc dans sa tâche qui est de « déterminer quelle méthode de délimitation permettrait d'aboutir à un résultat équitable »¹³⁷⁷. C'est bien dans l'application d'un principe supérieur (la méthode de délimitation) que les comportements des parties viennent s'inscrire. Le *modus* offre à la Cour *l'image* d'une délimitation qui remplit les critères du droit de la mer (règle du résultat équitable). Le *modus* n'est pas directement converti en une situation de droit, il est pris en compte en ce qu'il éclaire la méthode acceptable par les parties.

Un autre point à noter dans cette affaire est l'extension de la solution offerte par le *modus* : la Cour l'arrête au point où les parties ont octroyé les dernières concessions pétrolières¹³⁷⁸. Passé ce point, les règles « subsidiaires » du droit de la mer prennent le relais¹³⁷⁹.

c. *Synthèse sur les espaces maritimes et le territoire*

Dans le domaine maritime on assiste à une multiplication des points de vue et des arguments, examinés en cascade (accord tacite, *estoppel*, acquiescement, ligne *de facto*, *modus vivendi*) :

« D'après le Canada, donc, la conduite des États-Unis peut être prise en considération à trois titres d'importance différente : premièrement, en tant que preuve d'un véritable acquiescement de leur part à l'idée d'une

¹³⁷⁴ *Ibid.*, p. 132, § 100 avec pp. 130-132, §§ 89-97.

¹³⁷⁵ Cf. égal. *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, CIJ, *Rec.* 2002, p. 352, § 65 où la consolidation historique de titre est avancée par le Nigéria.

¹³⁷⁶ *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec.* 1982, p. 85, § 120.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, p. 84, § 118.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, p. 87, § 125.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, p. 88, § 127 et pp. 93-94 pour la différence entre les deux secteurs de la frontière maritime. La Cour a suivi la même approche dans l'affaire entre le Pérou et le Chili en limitant l'effet de l'accord tacite à 80 miles des côtes : *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CIJ, *Rec.* 2014, p. 58, § 151.

ligne médiane comme limite entre les juridictions maritimes respectives et d'un *estoppel* qui en résulterait pour les États-Unis ; deuxièmement, comme indice au moins de l'existence d'un *modus vivendi* ou d'une limite *de facto*, que les deux États auraient laissé s'instaurer ; et enfin, troisièmement, en tant que simple indice du type de délimitation que les Parties elles-mêmes jugeraient équitable »¹³⁸⁰.

Le but est de prouver que telle ou telle méthode de délimitation est appliquée par les parties, ou est considérée comme « équitable »¹³⁸¹.

L'acquiescement n'est pas – comme en matière territoriale – admis ou rejeté une fois pour toutes, mais il peut au contraire être réexaminé à chaque étape du raisonnement. On peut même le retrouver dans les derniers stades de la détermination d'une frontière maritime relatifs aux circonstances pertinentes justifiant l'ajustement de la ligne provisoire¹³⁸² (sous l'intitulé « conduite des parties »)¹³⁸³. Une autre différence avec le différend territorial est l'absence de raisonnement des tribunaux sous la forme d'un « faisceau d'indices »¹³⁸⁴ convergeant dans une solution. Cette absence s'explique par la méthodologie coutumière de fixation des frontières maritimes telle que reflétée dans l'UNCLOS qui ne laisse pas la place à un examen global de la délimitation maritime.

La mer n'étant pas totalement sous la souveraineté des États, la dynamique des « empiétements » adverses propre aux conflits territoriaux disparaît : il n'y a pas de droits préexistants sur la mer au profit de l'un ou l'autre des États parties au différend, pas plus qu'il n'y a une limite qui est censée exister mais dont le tracé est incertain. Dans l'idéal, la délimitation s'opère conjointement par les États concernés et de manière expresse¹³⁸⁵. En matière territoriale, il n'existe pas de méthodologie¹³⁸⁶ comme celle de l'UNCLOS (ce qui s'en rapproche le plus est le paragraphe de l'affaire *Burkina-Faso c. Mali*)¹³⁸⁷.

¹³⁸⁰ *Golfe du Maine*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 304, § 128.

¹³⁸¹ *Ibid.*, p. 304, § 126.

¹³⁸² Par hypothèse cet ajustement pourrait avoir lieu en raison d'une pratique concordante d'octroi de concessions pétrolières qui suivrait une ligne. La jurisprudence est cependant très réticente à admettre qu'une telle pratique reflète une frontière maritime. Voy., entre autres, *ibid.*, p. 310, § 150.

¹³⁸³ *Inter alia* : *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 2017, pp. 129-135, §§ 456-479.

¹³⁸⁴ Ou encore de « fait juridique complexe ».

¹³⁸⁵ Les articles 74 et 83 UNCLOS donnent la priorité à l'accord.

¹³⁸⁶ Le règlement des différends territoriaux n'est pas chaotique non plus, il existe des points de repère importants, comme la « date critique », le rapport entre titre et effectivités, l'interprétation des traités frontaliers. Mais la méthodologie n'obéit pas à un carcan aussi strict que celui de l'UNCLOS.

¹³⁸⁷ *Différend frontalier*, 1986, CIJ, *Rec.* 1986, pp. 586-587, § 63.

Quel est le seuil du « loqui debuiisset », de la charge de réagir, en matière maritime ? Nous soutenons que la lecture de la jurisprudence internationale ci-dessus indique une charge plus élevée qu'en matière territoriale. La comparaison mer/terre, une fois encore, justifie cette hausse. En mer, il n'y a nulle frontière dont le tracé doit être éclairci par le tribunal, pas de villages à placer d'un côté de la ligne, encore moins de thalweg ou autre bras principal du fleuve qui ferait office de limite. La logique des *adverse titles* est absente car les États ne se font pas face, ils sont côte à côte, en compétition pour une étendue. Alors que la souveraineté est très largement présumée sur la terre, la mer procède du postulat inverse et doit être partagée, plutôt que divisée, entre États ¹³⁸⁸.

En conséquence, l'articulation de l'acquiescement subit un changement sur deux points : la notoriété et la charge de réagir (*loqui debuiisset*). Les comportements adoptés dans la mer sont moins nombreux. La notoriété des actes de puissance publique accomplis en mer peut être moindre que pour les actes accomplis sur terre. La charge de réagir en pâtira dans la mesure où les actes accomplis doivent indiquer clairement que l'État estime qu'une limite maritime existe, et qu'elle suit *tel tracé*. En l'occurrence, si un État produit quelques actes épars, même face à une inactivité totale de son adversaire, cela ne signifiera pas qu'une frontière maritime tacite existe. La situation aurait été différente en matière territoriale où l'on se serait satisfait d'effectivités disparates (système des *better* et des *adverse titles*) ¹³⁸⁹. Pour qu'une cour accepte la présence d'une frontière maritime, le seuil à atteindre est celui d'un accord tacite ¹³⁹⁰, accord qui doit être prouvé ¹³⁹¹.

Qu'on soit en présence d'un accord tacite, ou d'un acquiescement, d'un *estoppel* ou encore d'un *modus vivendi* tacite, la réflexion est identique : les actes et comportements des États

¹³⁸⁸ *Différend frontalier*, 1986, CIJ, *Rec.* 1986, p. 578, § 47.

¹³⁸⁹ En matière territoriale toujours, l'argument de la contiguïté, qui devrait normalement être banni puisque la géographie ne dicte pas les frontières, est admis quand il n'existe pas de meilleur argument. Cf. *The Island of Palmas Case (or Miangas)*, CPA, 1928, pp. 853-854/22-23 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, 2001, CIJ, *Rec.* 2001, p. 70 ; M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *RCADI*, vol. 183, 1983-V, p. 147 ; R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, *op. cit.*, pp. 74-76.

¹³⁹⁰ La Convention sur le droit de la mer consacre la primauté de l'accord, formel ou tacite : art. 15, 74 et 83 UNCLOS.

¹³⁹¹ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ, *Rec.* 2007, p. 735, § 253.

prouvent l'accord, l'acquiescement, le *modus*. En matière maritime tous les comportements servent à indiquer quelle méthode de délimitation a été appliquée et tenue pour équitable par les parties ¹³⁹², les comportements ne possèdent pas d'autonomie en dehors de leur connexion finale à la méthode de délimitation. Pourquoi une telle obsession de l'accord (tacite) ? Parce que les articles 15, 74 et 83 de la Convention UNCLOS, qui reflètent le droit coutumier, consacrent la primauté de l'accord. Dans l'idéal, un accord (tacite ou non) ou une délimitation crée une ligne unique pour le plateau continental et la ZEE ¹³⁹³. L'accord tacite qui prétend s'étendre à la fois aux fonds marins et à la surface de la mer doit être constitué de comportements variés ; il est en cela encore plus complexe à établir.

L'accord tacite conjugué au critère de l'équité de la délimitation maritime a pour effet de rehausser drastiquement le seuil du devoir de réaction. Dans la maxime, *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*, le « *loqui debuisset* » est plus exigeant en droit de la mer. L'absence de réaction est plus difficilement assimilable à un acquiescement car la mer n'appartient à aucun État ¹³⁹⁴ et le résultat doit être équitable. Un raisonnement explique ce seuil élevé : si les comportements font défaut, si un accord explicite ou tacite n'a pas été conclu, il existe une méthode de délimitation éprouvée ¹³⁹⁵. Sans aller jusqu'à la présomption de son application, la méthode est très souvent appliquée en cas de différend porté devant les tribunaux ¹³⁹⁶. Sa prééminence vient du fait qu'elle incorpore l'équité ; elle est donc réputée – parfois moyennant ajustement ou prise en compte des circonstances pertinentes – aboutir à un résultat équitable ¹³⁹⁷.

¹³⁹² La notion d'équité est absente du règlement des différends territoriaux.

¹³⁹³ Le cas de la « zone grise » (divergence entre PC et ZEE) est exceptionnel : *The Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration*, CPA, Sentence, 2014, pp. 155-157, §§ 498-508.

¹³⁹⁴ Ils peuvent seulement faire valoir leur prétention de délimitation dans la mesure où celles-ci sont conformes au droit de la mer. De manière unilatérale par contre, un État peut déterminer sa laisse de basse mer (art. 5 et 7 UNCLOS ; J.-P. PANCRACTIO, *Droit de la mer*, op. cit., pp. 155-157) et fixer la limite « vers le large » de sa ZEE (art. 57 UNCLOS ; J.-P. PANCRACTIO, *Droit de la mer*, op. cit., pp. 170-176).

¹³⁹⁵ Méthode qui n'a d'ailleurs rien de subsidiaire tant les États la prennent pour référence lors de différends.

¹³⁹⁶ Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, 1^{re} éd., op. cit., p. 214.

¹³⁹⁷ Sur l'évolution et la place de l'équité dans la méthode de délimitation : Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, op. cit. pp. 192-197. Le juge est libre de s'écarter de l'équidistance comme méthode, ce qui compte est le résultat équitable auquel il doit parvenir : J.-P. PANCRACTIO, *Droit de la mer*, op. cit., p. 268, § 355.

L'onus probandi d'un accord tacite repose sur l'État qui l'allègue¹³⁹⁸. L'aspect essentiellement stratégique de la charge de la preuve n'échappe guère aux plaideurs. L'État qui conteste n'a qu'à donner des éléments de preuve contraires :

« Il s'agissait en effet pour la Libye de simplement démontrer que la ligne ZV 45° proposée par la Tunisie à l'instance n'avait jamais été respectée par aucun des États. En somme, la Libye utilisait l'instruction de manière négative : elle entendait convaincre la Cour de l'incohérence du comportement franco-tunisien à l'égard d'une ligne, d'une part, et de son absence d'acquiescement, d'autre part. Elle n'entendait pas démontrer l'attachement concordant des États à la ligne qui faisait l'objet de l'accord temporaire »¹³⁹⁹.

Cette stratégie est particulièrement efficace en matière maritime : en contestant l'existence d'un accord tacite, l'État ne court pas le risque de perdre un territoire, ou un constat d'absence de souveraineté. La mer retourne à son état naturel d'espace à délimiter. Comme la méthode coutumière de délimitation joue le rôle de filet de sécurité, l'État qui conteste peut se contenter d'utiliser ses archives afin d'inventorier les événements qui *invalident* l'existence d'un potentiel accord.

Un élément supplémentaire éclaire le fardeau de la preuve dans l'affaire Tunisie/Libye, et en général, dans les affaires introduites par compromis :

« Given that in cases of joint seisin there is no applicant and no respondent in the general sense of those terms, the Court will often need to be particularly careful to be clear about requiring each side to establish the facts upon which it seeks to rely »¹⁴⁰⁰.

La saisine par compromis estompe les rôles de demandeur et défendeur, elle place les parties face au différend à trancher, sur un pied d'égalité. Cet élément renforce encore la faible probabilité de voir la Cour établir l'existence d'un accord tacite maritime. Le compromis joue bien évidemment un rôle puisqu'il formule la question à résoudre par la Cour, dans l'affaire précitée par exemple, il était demandé :

« Quels principes et règles du droit international peuvent être appliqués pour la délimitation de la zone du plateau continental [...] la Cour décidera conformément à des principes équitables et aux circonstances pertinentes propres à la région, ainsi qu'aux nouvelles tendances acceptées à la troisième conférence sur le droit de la mer »¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁸ R. KOLB, *The International Court of Justice*, Oxford, Hart, 2013, pp. 931-932.

¹³⁹⁹ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 259, nos italiques.

¹⁴⁰⁰ R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 932.

¹⁴⁰¹ *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, 1982, CIJ, Rec. 1982, p. 23.

Les parties demandent à la Cour de se faire la bouche de la loi plutôt que de rechercher l'opposition frontale¹⁴⁰². La saisine conjointe n'empêche pas chaque partie de formuler des prétentions.

L'existence d'un compromis épure les revendications anecdotiques des États et met un frein à leur inclinaison à se présenter en victime. Le compromis pèse donc sur l'admission d'un accord tacite ou autre acquiescement, *estoppel* car les parties doivent d'autant plus motiver leurs prétentions qu'elles n'endossent pas un rôle de défenseur ou de demandeur.

Au terme de cette immersion dans les délimitations, on est en mesure de répondre à la question : l'acquiescement est-il amphibie ? Se déplace-t-il sur terre comme sur mer. À grands traits, il existe sur les deux surfaces, mais est utilisé à des fins et à un niveau d'autonomie différents. Sur terre, c'est pour déplacer la souveraineté qu'on s'y réfère, en son nom propre ou à travers d'autres institutions (reconnaissance tacite, accord ou cession tacites). En mer, il doit indiquer l'acceptation d'une méthode équitable par les parties, on le voit déjà plus distant, il existe quelques références directes à l'acquiescement, mais c'est plutôt à travers l'accord tacite et les circonstances pertinentes qu'il se concrétise. La dimension d'acquisition ou perte d'un droit est moins présente en mer, l'acquiescement porte *sur* quelque chose dont les deux parties vont bénéficier (la délimitation finale).

La question qui nous occupe est de savoir s'il s'agit du même acquiescement en terre et en mer, et, de manière plus large, d'un acquiescement *unique* et de *rang coutumier*. Deux différences majeures sont apparues : tout d'abord quant à la finalité de l'acquiescement (souveraineté ou application d'une méthode), puis quant à ses exigences intrinsèques (plus élevées en droit de la mer quant à la charge de réagir).

On n'a certes examiné que deux domaines internationaux ci-dessus, mais nous aurions tendance à généraliser les conclusions suivantes à l'ensemble du droit international : l'acquiescement est utilisé, calibré, subordonné à chaque domaine¹⁴⁰³. Dans *Golfe du Maine*, la Cour catégorise l'acquiescement¹⁴⁰⁴ comme « une sorte de consentement de fond »¹⁴⁰⁵. La conséquence est une multiplication des acquiescements par domaine¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰² Les parties pourraient aller encore plus loin et demander au tribunal de choisir entre plusieurs lignes de délimitations.

¹⁴⁰³ Nous voyons le droit international comme un système unitaire, « fermé » (cf. Ch. 1.I). Sur le concept d'unité et ses limites, voy. les développements de M. PROST, *Unitas Multiplex*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 31-33.

¹⁴⁰⁴ Avec l'*estoppel*, le *modus vivendi* et la limite de *facto* (*Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, Rec. 1984, p. 304, § 128).

¹⁴⁰⁵ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, Rec. 1984, p. 304, § 127.

¹⁴⁰⁶ Sans pour autant impliquer une perte d'unité au sein de ses conditions d'application (fragmentation).

d. *L'acquiescement en droit des traités*

Le droit des traités est utilisé en guise de raccourci pour accéder à la coutume. On gardera cependant à l'esprit les passages de l'affaire *Nicaragua* relatif au parallélisme des obligations coutumières et conventionnelles :

« Quand bien même la norme coutumière et la norme conventionnelle auraient exactement le même contenu, la Cour n'y verrait pas une raison de considérer que l'incorporation de la norme coutumière au droit conventionnel doive lui faire perdre son applicabilité distincte »¹⁴⁰⁷.

« Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique »¹⁴⁰⁸.

Ainsi l'article 45 CVDT est à la fois conventionnel et coutumier, on peut l'étudier aussi bien dans la présente section que dans celle relative à l'article 38, § 1, lit. a SCIJ. Toujours dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour indique que « sur plusieurs points, les domaines réglementés par les deux sources de droit [conventionnel et coutumier] ne se recouvrent pas exactement et les règles substantielles qui les expriment n'ont pas un contenu identique »¹⁴⁰⁹. Bien que cette remarque concernait des domaines étrangers au droit des traités, cela n'en reste pas moins vrai pour ce corps de règles, on peut en particulier faire référence au malheureux projet d'article 38 de la CVDT¹⁴¹⁰ (*modification* d'un traité par voie de pratique subséquente).

L'affaire des *services aériens*¹⁴¹¹ nous offre un parfait exemple de cette ubiquité de l'acquiescement¹⁴¹². Le tribunal devait décider si un accord entre les États-Unis et la France avait, notamment, été modifié par voie de pratique subséquente. Il faut tout d'abord noter que la sentence a été rendue en 1963, quelques années avant la conclusion de la CVDT. La CVDT ne permet que l'*interprétation* par voie de pratique subséquente (art. 31, § 3 lit. a et b CVDT). Une *modification* par voie tacite (ou « amendement ») peut se ranger dans l'article 39 CVDT¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, 1986, CIJ, *Rec.* 1986, pp. 94-95, § 177.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 96, § 179.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 94, § 175.

¹⁴¹⁰ G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 55-61.

¹⁴¹¹ *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, Sentence du 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, pp. 5-74.

¹⁴¹² Avec la réserve suivante : la sentence n'aborde nulle part la nature de l'acquiescement. Sur cette question, cf. I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 164-166. K. ODENDAHL affirme la nature coutumière de l'article 39 CVDT, cf. « Article 39 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 703, § 11.

¹⁴¹³ L'article 39 est libellé comme suit : « RÈGLE GÉNÉRALE RELATIVE À L'AMENDEMENT DES TRAITÉS. Un traité peut être amendé par accord entre les parties. Sauf dans la mesure où le

Dans l'affaire des *services aériens*, le tribunal suit un ordre d'examen bien précis pour les comportements, il commence par vérifier leur possible adéquation à une interprétation par voie de pratique subséquente (l'actuel art. 31, § 3, lit. b CVDT). Devant l'impossibilité de colloquer les comportements dans cette catégorie ¹⁴¹⁴, il se tourne alors vers la modification « tacite » :

« [The] course of conduct [adopted by the parties] may, in fact, be taken into account not merely as a means useful for interpreting the Agreement, but also as something more: that is, as a possible source of a subsequent modification, arising out of certain actions or certain attitudes, having a bearing on the juridical situation of the Parties and on the rights that each of them could properly claim » ¹⁴¹⁵.

L'attitude des autorités aériennes françaises était telle qu'elle équivalait à un accord tacite modifiant l'*Agreement* initial de 1946 ¹⁴¹⁶.

À première vue, cela peut paraître paradoxal que des comportements incapables de s'inscrire dans la pratique subséquente puissent modifier un accord. Deux éléments l'expliquent : tout d'abord les parties ont conclu des accords écrits ¹⁴¹⁷ lorsqu'elles souhaitaient modifier les routes aériennes, ensuite la procédure explicitement prévue dans le traité ne permettait pas de modifier les routes, la pratique des parties relative à cette procédure le confirmait ¹⁴¹⁸. Il

traité en dispose autrement, les règles énoncées dans la partie II s'appliquent à un tel accord ». La référence finale aux « règles énoncées dans la partie II », i.e. les règles relatives à la conclusion et à l'entrée en vigueur des traités, ne signifie pas que l'accord *doit* obligatoirement être écrit (cette exigence découle de la partie I : art. 2, § 1, lit. a CVDT). Cette référence s'applique uniquement si l'accord est écrit. P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3^e éd., revue par Ph. CAHIER, Paris, PUF, 1995, p. 123, § 211 ; M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 514, § 9. La thématique de l'article 39 sera analysée *infra* (Ch. 6.III.C.2.b).

¹⁴¹⁴ « A definite difference of opinion having thus clearly come to light, it follows, that from the moment that this occurred, the practice of the Parties in the application of the Agreement can no longer be used as a supplementary means of interpreting the Agreement itself, because it would only be of import for this purpose if it brought to light the same positions of principle or, at least, positions that were not directly opposed » : *Interpretation of the air transport services agreement*, 1963, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 62.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, pp. 62-63.

¹⁴¹⁶ « Thus an analysis of the conduct of the Parties leads the Tribunal to conclude that, as a result of the attitude adopted by the French authorities from and after May 14, 1955, the right to serve Tehran via Paris, Rome, Beirut and Damascus had been established » : *ibid.*, p. 66, nos italiques.

¹⁴¹⁷ Écrits, donc exprès : « All the modifications made have been adopted by virtue of a consensual procedure and have been sanctioned in Exchanges of Notes between the two Governments », *ibid.*, p. 62, nos italiques.

¹⁴¹⁸ « [T]he Tribunal's conviction that the unilateral procedure provided for in the said Section cannot be used to modify the general path of a route [...] seems to find further confirmation in the practice of the Parties ». *Ibid.*, p. 62.

ne restait donc pas de place pour l'interprétation de l'accord au vu du comportement des parties. Lorsqu'ils souhaitaient modifier le traité les parties le faisaient de manière explicite, mais *en dehors de celui-ci*. La procédure prévue par le traité n'allant pas jusqu'à la modification. Comme de surcroît les autorités françaises avaient commencé par s'opposer, avant d'acquiescer, aux prétentions américaines, la voie de l'interprétation par voie de pratique subséquente était fermée ¹⁴¹⁹.

Quelle est la portée de cette affaire pour l'acquiescement dans ses rapports avec le droit des traités ? L'affaire des *services aériens* atteste que l'acquiescement peut être utilisé – au moins – afin de vérifier l'existence d'une pratique subséquente ou d'une modification du traité, et ce en dehors de toute référence à la CVDT. L'acquiescement existe aussi bien sous forme coutumière que conventionnelle en droit des traités. Son usage suit même une gradation, priorité est donnée à l'interprétation, puis, subsidiairement, l'examen de la modification est mené. Cette gradation obéit à une logique « d'économie de procédure » ¹⁴²⁰.

Un extrait précédemment cité de l'affaire *Nicaragua* mettait en lumière la discrepance qui peut exister entre droit conventionnel et coutumier ¹⁴²¹. En droit des traités, une petite subtilité entre amendement des traités (la règle de l'article 39 CVDT) et modification tacite (telle que vue dans l'affaire des *services aériens*) se fait jour ¹⁴²². L'amendement d'un traité par voie tacite doit émaner *conjointement* des parties ¹⁴²³, les comportements des parties indiquent une direction commune. Par contre la modification tacite – au moins dans le cas des *services aériens* – est « conflictuelle » : la prétention est devenue opposable à la France en raison de son comportement, et malgré son opposition initiale ¹⁴²⁴. La sentence

¹⁴¹⁹ Puisqu'on ne pouvait pas réconcilier ce qui était initialement considéré comme un empiètement américain sur les termes du traité avec une pratique subséquente conjointe. *Ibid.*, pp. 61-66.

¹⁴²⁰ Voy. *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, 1952, CIJ, *Rec.* 1952, p. 114.

¹⁴²¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, 1986, CIJ, *Rec.* 1986, p. 94, § 175.

¹⁴²² On ne s'attarde pas ici sur le projet d'article 38 (modification par la pratique subséquente des parties) qui avait été rejeté en 1968. G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, p. 61.

¹⁴²³ Dans ce sens : K. ODENDAHL, « Article 39 », *op. cit.*, p. 703, § 11.

¹⁴²⁴ *Interpretation of the air transport services agreement*, 1963, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 61.

porte même un embryon d'*estoppel* quand elle évoque le dommage hypothétique qu'occasionnerait une réversion de la position des autorités aériennes ¹⁴²⁵.

L'extrait de l'affaire *Nicaragua* trouverait donc application pour caractériser la différence entre article 39 et modification tacite. Il reste que la portée concrète de ces nuances est moindre, voire inexistante. Les amalgames entre interprétation et modification par voie de pratique subséquente sont courants, la coutume entre parfois également en ligne de compte ¹⁴²⁶. La CVDI, applicable ou non aux rapports entre les parties, demeure la référence incontournable et le point de départ.

L'acquiescement en droit des traités est doté d'une vigueur coutumière et ne se limite pas – loin s'en faut – au cas phare de l'article 45. Il faudrait analyser l'ensemble des occurrences de l'acquiescement en droit des traités pour délinéer ses particularités dans ce domaine. Toutefois, au terme de cet examen plus que sommaire, on voit que le droit des traités l'utilise comme un substitut au consentement permettant l'adaptation informelle des traités (interprétation, modification).

Dans *services aériens* en particulier, l'effectivité ¹⁴²⁷ de la situation joue un rôle conséquent pour conclure à la présence d'un acquiescement. L'adaptation paraît quelque peu subie par la France dans cette affaire au vu des protestations initiales ¹⁴²⁸, ce qui indiquerait que le silence joue un plus grand rôle en droit des traités. Puisqu'un traité existe, il sert de point d'appui à l'acquiescement, les empiétements et comportements contraires seront jaugés à l'aune de la précision du texte ¹⁴²⁹. Pour en terminer avec le rôle du silence

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 65 : « [O]ne cannot take the responsibility of granting an air carrier the authorization to operate a new service requiring important installations and investments, one day, only to withdraw it the next without a weighty reason ».

¹⁴²⁶ I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 169-170, 367.

¹⁴²⁷ Le tribunal a privilégié la situation telle qu'elle apparaissait sur le terrain puisque la France avait commencé par s'opposer clairement à l'établissement de la nouvelle route : *ibid.*, pp. 61-66.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, p. 61. Dans la logique de l'acquiescement, une protestation isolée ou non suivie d'actes concrets peut être insuffisante. I. MCGIBBON, « Some observations on the part of protest in international law », *op. cit.*, pp. 311-312 ; D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive prescription in international law », *BYBIL*, vol. 27, 1950, p. 346 ; P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 91-92.

¹⁴²⁹ Plus un traité est précis en ce qu'il stipule des droits et obligations détaillés, plus des comportements qui s'écartent du texte nécessiteront une réaction de la part de l'État lésé, sous peine d'acquiescement en cas de silence (avec en point de mire une modification tacite du traité). À l'inverse, dans un traité programmatique au texte lâche et reposant sur

dans les traités, on notera que l'article 31, § 3, lit. b CVDT admet qu'une pratique subséquente soit le résultat du comportement d'un État couplé au silence des autres parties ¹⁴³⁰. Quand un traité existe, le volet de connaissance (« constructive knowledge ») de l'acquiescement est plus facilement retenu si des mécanismes de suivi de son application ou des communications au sein d'un forum existent.

e. *L'acquiescement en droit de la responsabilité internationale*

La codification ¹⁴³¹ de la responsabilité internationale emploie l'acquiescement sous la forme de l'article 45 TCDI :

« RENONCIATION AU DROIT D'INVOQUER LA RESPONSABILITÉ

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si :

a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande ; ou

b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande » ¹⁴³².

La lit. a ¹⁴³³ ne sera pas discutée ici. Le Texte d'article n'est pas de rang conventionnel ¹⁴³⁴, les interactions entre convention et coutume n'ont pas prise ici.

Au niveau systématique, l'article 45 se trouve dans le chapitre I de la partie III du Texte (invocation de la responsabilité de l'État, partie relative à la mise en œuvre). Cela signifie qu'un comportement illicite s'est – ou est encore ¹⁴³⁵ – réalisé. Un État peut perdre le droit d'obtenir réparation

des notions juridiquement indéterminées, les comportements donneront, au mieux, lieu à de la pratique subséquente.

¹⁴³⁰ R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, *op. cit.*, pp. 235-236 : « Participation of all the parties in the practice is not required. What is required is their manifested or imputable agreement » ; I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 63-64.

¹⁴³¹ L'article reflète la coutume : *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, CIJ, *Rec. 2005*, p. 266, § 293.

¹⁴³² *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Résolution de l'Assemblée générale A/56/10 du 12 décembre 2001.

¹⁴³³ C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, p. 1036. J. Crawford souligne qu'une renonciation implicite ressemble à s'y méprendre à un acquiescement mais réserve la possibilité qu'une renonciation implicite s'inscrive dans la lit. a de l'article 45 (*State Responsibility: The General Part*, *op. cit.*, pp. 72-73 et 559 : « Where the waiver is not explicit, any conduct or statement from which waiver is inferred must be clear and unequivocal [...] »).

¹⁴³⁴ En avril 2019. Une éventuelle convention internationale est périodiquement discutée devant l'AG de l'ONU.

¹⁴³⁵ Les stades de l'attribution, de la violation et des circonstances excluant l'illicéité devraient donc déjà avoir été vérifiés par un tribunal avant de conclure à l'abandon de la demande. Ce qui pose la question de la nécessité d'une première demande avant son abandon. Cette remarque est en fait loin d'être triviale dans le cas d'un illicite à caractère continu (art. 14, § 2 et 30, lit. a du Texte) : comment distinguer un consentement au comportement selon l'article 20 du Texte et une perte du droit d'invoquer selon l'article 45 ?

à raison de son comportement postérieur à l'illicite. L'article 45 ne guérit pas le comportement illicite initial, son effet est limité, il empêche (au sens d'une forclusion) la réparation après un illicite avéré. L'acquiescement « à l'abandon de la demande » ne constitue pas un blanc-seing en faveur de l'État auteur de la violation. Si ce dernier réitère le comportement illicite, la réparation pourra être exigée : ce n'est pas parce que l'État lésé a abandonné une fois sa demande que pour une même violation postérieure le comportement deviendra licite ou non susceptible de réparation¹⁴³⁶.

Nous avons précédemment détaillé la prescription (*cf.* Ch. 3.II.C). L'article 45 n'utilise pas ce terme, ni ne prescrit une durée maximum de présentation de la demande, il met en avant que c'est « à raison de son comportement » que l'État sera considéré avoir « acquiescé à l'abandon de la demande ». La question de la prescription est délicate, les travaux de la CDI indiquent qu'une proposition prévoyant une notification de la demande « dans un délai raisonnable après que l'État lésé eut pris connaissance de la lésion »¹⁴³⁷ fut rejetée. *Expressio unius est exclusio alterius*¹⁴³⁸ ? Tant s'en faut : l'article 45 est suffisamment large pour accueillir la prescription extinctive¹⁴³⁹ et la CIJ n'a pas exclu son application¹⁴⁴⁰ :

« La Cour reconnaît que, même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur peut rendre une *requête* irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas

Avant de clore cette note, rappelons que l'article 20 ne s'applique pas en cas de violation du *Ius Cogens* (art. 26 – Respect des normes impératives), contrairement à l'article 45 qui s'applique aussi à ces violations (A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 96, § 56 ; F. VOEFFRAY, *L'« actio popularis » ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 260, § 44).

¹⁴³⁶ La même logique préside à l'article 45 CVDT. L'effet de cet article est par contre plus nébuleux pour ce qui est de la guérison, assainissement ou validation de l'illicite initial, il semblerait que la cause de nullité, extinction, etc., soit « effacée ». Cela s'explique à raison de l'effet *pro futuro* de l'article 45 CVDT : en cas de perte du droit d'invoquer le traité, celui-ci reste en vigueur et sera exécuté par les parties. Ce dernier élément ne se retrouve pas dans la responsabilité internationale : un comportement illicite *doit* prendre fin (art. 30 TCDI). La question des réparations (art. 45 TCDI) est déconnectée de celle de la cessation de l'illicite.

¹⁴³⁷ J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, *op. cit.*, p. 560 ; CDI, 3^e Rapport sur la responsabilité des États, Rapporteur spécial J. Crawford, Doc. A/CN.4/507 et Add. 1 à 4, ACDI, 2000, p. 76, § 259.

¹⁴³⁸ R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 312.

¹⁴³⁹ C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, p. 1046 ; H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, OUP, 2011, pp. 101-102.

¹⁴⁴⁰ Pour la prescription acquisitive, *cf.* *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, p. 1105, §§ 96-97 ; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, Opinion dissidente commune de MM les juges Simma et Abraham, CIJ, *Rec.* 2008, pp. 119-122.

à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite se demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une *requête* irrecevable »¹⁴⁴¹.

Une lecture attentive de ce passage fréquemment cité nous retient cependant d'assimiler totalement la prescription et le cas de l'article 45 TCDI. La nuance est que cet extrait (et, plus généralement, les affaires relatives à la protection diplomatique)¹⁴⁴² concerne la « forclusion », c'est-à-dire une exception préliminaire¹⁴⁴³ à la *compétence d'un tribunal*. Le mot « requête » a toute son importance dans cette optique. L'article 45 est configuré différemment car il intervient *après* la constatation d'une violation et l'attribution de celle-ci à un État, il ne porte que sur le droit d'invoquer la responsabilité, et non sur le droit d'action en justice¹⁴⁴⁴.

Pourtant, la même affaire des *Phosphates à Nauru*, porte la trace de ce que serait une authentique renonciation selon l'article 45, lit. a du Texte¹⁴⁴⁵ :

« La deuxième exception de l'Australie est tirée du fait que les autorités nauruanes auraient renoncé avant même l'indépendance à toute revendication concernant la remise en état des terres à phosphates. [...] Il suffira [à la Cour] de constater qu'en fait ces autorités n'ont jamais renoncé à leurs prétentions de manière claire et non équivoque »¹⁴⁴⁶.

La renonciation concerne ici le *fond* de la responsabilité, pas les conditions de recevabilité de la demande. Pour Kolb, les questions de « respect for certain time limits » et « lateness or otherwise of a claim in light of the general principle that claims should be

¹⁴⁴¹ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, 1992, CIJ, Rec. 1992, pp. 253-254, § 32, nos italiques.

¹⁴⁴² J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, op. cit., p. 561. Cf. égal. les cas cités *supra* dans la section relative à la prescription : Ch. III.2.C.

¹⁴⁴³ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, 1992, CIJ, Rec. 1992, p. 253, § 31 : « L'Australie soutient [que] la demande de Nauru est irrecevable, au motif qu'elle n'a pas été présentée dans des délais raisonnables ».

¹⁴⁴⁴ *L'Affaire Chypre c. Turquie* (Cour eur. D.H., Gde ch., req. n° 25781/94, 12 mai 2014) traite de la question du délai pour la recevabilité d'une demande et de l'abandon d'une réclamation, cf. en particulier pp. 4-10 ; opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie le juge Vučinić pp. 28-29 ; opinion dissidente de la juge Karakaş pp. 49-52.

¹⁴⁴⁵ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 332, § 5. Stratégiquement cependant, et en l'absence d'un document écrit, il vaut mieux plaider la renonciation tacite qu'expresse car le seuil probatoire est moins élevé.

¹⁴⁴⁶ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, 1992, CIJ, Rec. 1992, p. 247, §§ 12-13.

presented diligently »¹⁴⁴⁷ sont examinées au stade préliminaire de l'admissibilité d'une demande auprès de la CIJ, ce ne sont pas des problèmes de fond – contrairement à la renonciation découlant de l'article 45.

La ligne est certes fine entre empêchement à l'admissibilité d'une demande et renonciation au droit d'invoquer la responsabilité, mais elle existe¹⁴⁴⁸, et est lourde de conséquences si elle est strictement suivie puisque la renonciation ne peut être examinée qu'au fond, après l'établissement de la responsabilité de l'État¹⁴⁴⁹.

L'affaire *Barcelona Traction* illustre la différence entre admissibilité et prononcé sur le fond de la demande¹⁴⁵⁰. L'enjeu en était la portée d'un désistement d'instance ; la Cour devait trancher si son effet portait que sur l'introduction d'une demande, ou s'il s'étendait au fond du litige. Ce double niveau apparaissait ainsi : « [U]n désistement ne peut à la fois être un acte purement procédural et "neutre" et [en même temps, *prima facie* et en principe,] opérer renonciation à la réclamation »¹⁴⁵¹. Formulé autrement, les parties peuvent ou non saisir une cour, et ensuite retirer l'affaire à trancher, ce désistement d'instance n'est pas un abandon de la réclamation initialement portée devant la cour.

Les mêmes remarques valent pour la prescription¹⁴⁵² en raison d'un trop long temps à soumettre une affaire à un tribunal et la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité, qui doit être tranchée au fond. Nous ne reviendrons pas ici sur les affaires ayant trait au trop long délai pour présenter une demande auprès d'une cour et jugées irrecevables pour cette raison¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁷ R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., pp. 220-221.

¹⁴⁴⁸ Dans notre sens, K. HOBÉR : « The crucial question in distinguishing between extinctive prescription, on the one hand, and waiver and abandonment on the other, is whether lapse of time in and of itself is sufficient to constitute a waiver or abandonment of a claim. This is so because in relation to extinctive prescription the typical situation is that the claimant state has remained inactive, silent, for a certain period of time » (*Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Uppsala, Iustus Förlag, 2001, p. 308).

¹⁴⁴⁹ Le commentaire de la CDI mentionne en passant la différence entre « la notification d'une réclamation et l'introduction de l'instance » : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 334, § 10, note n° 739.

¹⁴⁵⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962), Exceptions préliminaires, 1964, CIJ, Rec. 1964, pp. 17-26.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁴⁵² Ou forclusion, et « preclusion » en anglais : H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, op. cit., pp. 40-42.

¹⁴⁵³ Cf. not. les affaires citées dans : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., pp. 333-334.

Les deux affaires principalement citées pour l'article 45 TCDI concernent le délai trop long pour présenter une *demande* en justice¹⁴⁵⁴. Car c'est bien de la *demande* qu'il s'agit, pas de la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Ainsi dans l'affaire *Lagrand* :

« L'Allemagne reconnaît pour sa part que le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable, mais soutient que le droit international ne fixe aucun délai spécifique en la matière »¹⁴⁵⁵.

On peut donner une interprétation favorable de ce renvoi à la *demande* : par économie de procédure, le retard à présenter une demande est confondu avec le retard – et donc la perte – à invoquer la responsabilité internationale. Cette interprétation ne nous satisfait pas sur le plan du raisonnement juridique¹⁴⁵⁶ pour toutes les raisons évoquées *supra*. Elle n'en est pas moins soutenable. Si une affaire ne concerne qu'une demande pour des réparations, il existe une connexion intime entre perte du droit d'invoquer la responsabilité et trop long délai pour saisir un tribunal.

La jurisprudence porte pourtant trace de véritables renonciations à invoquer la responsabilité internationale, comme dans l'affaire des *Phosphates à Nauru* vue plus haut¹⁴⁵⁷ et dans l'affaire des *Activités armées*. Dans cette dernière, la Cour fait la différence entre la tardiveté à présenter des prétentions (selon l'art. 45 TCDI) et tardiveté de la demande, les deux sont cependant examinées au stade de la recevabilité de la demande reconventionnelle¹⁴⁵⁸... Pour la Cour :

« Une période de bonnes relations, voire de relations amicales, entre deux États ne saurait, à elle seule, être interprétée comme empêchant l'un d'eux de soulever une réclamation préexistante contre l'autre, que les relations entre les deux États se soient dégradées à nouveau ou que les deux États continuent d'entretenir de bonnes relations. Le climat politique entre des États ne porte pas atteinte à leurs droits »¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁴ Affaires des *Phosphates à Nauru* et *Lagrand* : *ibid.*, pp. 332-334.

¹⁴⁵⁵ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, CIJ, *Rec.* 2001, p. 487, § 56.

¹⁴⁵⁶ Au stade de la recevabilité, c'est un droit procédural qui est touché, tandis qu'au stade de l'examen de la responsabilité, c'est un droit substantiel qui est concerné nous a fait remarquer le Professeur Giovanni Distefano.

¹⁴⁵⁷ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, 1992, CIJ, *Rec.* 1992, p. 247, §§ 12-13 à propos de la deuxième exception de l'Australie : « [L]es autorités nauruanes auraient renoncé avant même l'indépendance à toute revendication [...] Il suffira [à la Cour] de constater qu'en fait ces autorités n'ont jamais renoncé à leurs prétentions de manière claire et non équivoque ».

¹⁴⁵⁸ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 2005, CIJ, *Rec.* 2005, pp. 266-267, §§ 293-296.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 266-267, § 294.

La durée de cette période fut également très courte, ne s'étendant que sur une année¹⁴⁶⁰. Le comportement à prendre en compte doit être en lien direct avec la demande, l'acquiescement ne se nourrit pas d'un bon climat politique, il lui faut un terreau d'interactions en lien étroit avec la réclamation. Un autre enseignement de valeur de l'arrêt est la référence à une « réclamation *préexistante* ». En suivant une approche stricte, cela signifierait que l'abandon de l'article 45 TCDI ne s'applique que si la demande d'invoquer la responsabilité a été émise au moins une fois au préalable¹⁴⁶¹. La sentence rendue dans l'*Indemnité russe* s'inscrit dans cette lecture : la Russie avait débuté par faire valoir la somme due *et* les intérêts auprès de la Sublime-Porte¹⁴⁶². Au cours de la correspondance diplomatique, les intérêts ne furent plus demandés par la Russie. En conséquence, le tribunal arbitral jugea :

« Il y a donc eu renonciation aux intérêts de la part de la Russie, puisque son ambassade a successivement accepté sans discussion ni réserve et reproduit à maintes reprises dans sa propre correspondance diplomatique les chiffres du reliquat de l'indemnité comme identiques aux chiffres du reliquat en capital »¹⁴⁶³.

L'existence d'une première demande relative aux intérêts paraît importante. Ce n'est qu'à la suite de l'écrasement des intérêts par la correspondance diplomatique que la prétention russe disparaît.

Cette sentence se caractérise par un raisonnement méthodique du tribunal, conforme au schéma qui veut un examen de chaque étape de la responsabilité internationale avant de se prononcer sur l'éventuelle perte du droit d'invoquer la responsabilité. Ce n'est qu'à la toute fin de son raisonnement que le tribunal prend en compte la défense turque de la renonciation russe, le dispositif suit immédiatement¹⁴⁶⁴. La sentence est significative à un autre titre : la Russie n'a perdu qu'une partie de la réclamation¹⁴⁶⁵. Ni l'article 45, ni son commentaire ne précise qu'une seule partie de la demande puisse être concernée par l'abandon¹⁴⁶⁶. La condition pour qu'une partie seulement de la demande soit abandonnée est que cette renonciation soit claire et univoque¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁰ De mai 1997 à juillet 1998.

¹⁴⁶¹ Si la prétention concernant la responsabilité n'a pas été invoquée avant la saisine d'une cour, alors l'examen du caractère recevable ou non de la demande en raison du trop long délai pour agir se justifie.

¹⁴⁶² *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, pp. 435-438.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, p. 446.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*

¹⁴⁶⁵ Il faut tempérer cette affirmation vu que la seule question posée au tribunal était celle des intérêts : cf. le libellé du compromis (*ibid.*, p. 430).

¹⁴⁶⁶ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., pp. 330-335.

¹⁴⁶⁷ En d'autres termes : que cet abandon partiel corresponde aux conditions pour l'abandon total d'une demande.

On l'a compris, selon la CDI le passage du temps joue un rôle important pour constater la perte du droit d'invoquer la responsabilité ¹⁴⁶⁸ ; le *caveat* habituel s'applique, ce n'est pas le temps en soi, mais sa dimension d'acceptation couplée aux occasions de réagir qui crée l'acquiescement à l'abandon de la demande. Il existe un réel écosystème du temps long dans le TCDI, si la durée ne suffit pas pour l'application de l'article 45, l'article 39 peut entrer en scène ¹⁴⁶⁹ :

« Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée » ¹⁴⁷⁰.

L'article clôt le chapitre relatif à la réparation du préjudice, il permet de diminuer la réparation ou d'en modifier la forme ¹⁴⁷¹. Un retard à *demande* la réparation peut être considéré comme une « contribution au préjudice » ; c'est bien ici le moment de l'introduction de l'instance qui est déterminant, c'est-à-dire le délai entre le préjudice et la demande y relative ¹⁴⁷².

L'affaire topique en la matière est *LaGrand*, la tardiveté de l'Allemagne à introduire sa demande aurait pu être prise en compte au stade de la réparation ¹⁴⁷³. De même dans l'affaire des *Phosphates à Nauru*, sans que cela apparaisse explicitement lié au montant de la compensation, le retard à invoquer le dommage aurait pu jouer un rôle :

« L'écoulement du temps n'a pas rendu la requête de Nauru irrecevable. Toutefois, il appartiendra à la Cour, le moment venu, de veiller à ce que le retard mis par Nauru à la saisir ne porte en rien préjudice à l'Australie [...] » ¹⁴⁷⁴.

En présence d'un long délai, l'examen se fait en cascade : priorité est donnée à l'article 45 – qui a pour effet de bloquer totalement la demande selon le commentaire de la CDI ¹⁴⁷⁵. L'article 39 n'intervient qu'à titre subsidiaire, si d'aventure le délai et les circonstances du cas ne sont pas de nature à empêcher toute réclamation ¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁶⁸ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., pp. 333-335, not. § 11.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 335, § 11 *in fine*.

¹⁴⁷⁰ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Résolution de l'Assemblée générale A/56/10, op. cit., p. 398.

¹⁴⁷¹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 298, § 5.

¹⁴⁷² *Ibid.*, pp. 297-298.

¹⁴⁷³ *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), 2001, CIJ, Rec. 2001, p. 487, § 57 ; p. 508, § 116.

¹⁴⁷⁴ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australie), 1992, CIJ, Rec. 1992, pp. 255-256, § 36.

¹⁴⁷⁵ On retrouve une manifestation « d'économie de procédure » puisqu'on examine en premier l'article qui a l'effet le plus radical.

¹⁴⁷⁶ L'acquiescement connaît une cascade similaire dans le droit des traités, plus spécifiquement pour l'interprétation au titre des articles 31, § 3, lit. b CVDT et 32 CVDT. Si un

Du reste, les distinctions sont loin d'être claires dans la responsabilité internationale, qu'elles aient trait à la différence entre responsabilité et introduction de l'instance, ou, pour élargir la perspective, à l'instauration d'une coutume bilatérale dans le cas d'un acte illicite continu. Dans une affaire opposant le Costa Rica au Nicaragua, la question s'était posée de vérifier l'existence d'un droit de pêche à des fins de subsistance en faveur de riverains, et ce en contradiction avec le texte d'un traité de 1858¹⁴⁷⁷. Sans préciser si la coutume préexistait au traité ou non, la Cour trancha :

« [L]e fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. La Cour conclut dès lors que le Costa Rica jouit d'un droit coutumier »¹⁴⁷⁸.

Par hypothèse, et dans une lecture *a contrario* de l'extrait, le Nicaragua aurait pu contester la pratique après l'entrée en force du traité de 1858 ou lors des premiers cas de pêche de subsistance. Cette contestation aurait eu un impact au niveau de la responsabilité internationale, le Nicaragua aurait en particulier pu invoquer une violation de sa souveraineté. La pratique s'est prolongée, ce qui empêche l'invocation de la responsabilité – au sens de l'article 45 TCDI tout d'abord. Au-delà encore de la prolongation de la pêche de subsistance, que la Cour décrit comme un fait « révélateur », c'est une coutume bilatérale qui s'est finalement établie entre les deux États et dont la Cour constate l'existence¹⁴⁷⁹. Le temps joue un rôle crucial dans ce cadre puisque selon le moment de la protestation on passe de l'application de l'article 39, à l'article 45, puis, hors de la responsabilité internationale, c'est du droit objectif qui se crée.

Dans la responsabilité internationale, l'acquiescement s'exprime avant tout dans l'article 45 et se caractérise par la perte d'un droit ou par un « gain manqué », formulé en une « renonciation au droit

accord sur la pratique subséquente ne se réalise pas, les éléments tels que les réactions et comportements des parties peuvent entrer en ligne de compte aux fins de l'article 32 (moyens complémentaires d'interprétation). I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 75-77.

¹⁴⁷⁷ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 265, § 140. L'instance a été introduite en 2005.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 266, § 141.

¹⁴⁷⁹ Sans avoir recours à la coutume bilatérale, on pourrait soutenir qu'un « régime objectif » attaché au territoire est reconnu par l'arrêt. Certaines obligations « run with the land » en dehors de tout traité (G. DISTEFANO, « Article 12 », *op. cit.*, p. 402, § 3).

d'invoquer la responsabilité » dans le TCDI. La vérification de l'acquiescement ne débouche pas sur de nouveaux rapports de droits et d'obligations permanents comme c'est le cas en matière territoriale. L'État victime, par son comportement, est empêché d'obtenir des réparations sans qu'il y ait un réel gain pour l'État auteur. En fin de compte l'obtention de réparations dépend de l'engagement d'un processus diplomatique ou judiciaire, et c'est dans ce cadre que l'application de l'article 45 sera vérifiée. Le cas échéant c'est une situation d'*abandon* qui est constatée, l'État victime se plaçant par sa négligence dans cette situation désavantageuse.

3. *Synthèse*

L'acquiescement n'est pas une institution coutumière autonome, il n'existe pas *un* acquiescement, mais *des* acquiescements en droit coutumier. Sa versatilité lui permet d'être incorporé dans de nombreux domaines, et chacune de ces incorporations est, elle, de nature coutumière. Un concept « unitaire »¹⁴⁸⁰ de l'acquiescement ne se trouve pas tel quel en droit coutumier, il y est distillé, chaque domaine l'utilise avec une inflexion particulière dans les conditions d'applications (importance de la connaissance, du devoir de réaction) et dans l'effet final (perte ou gain d'un droit). En retour, chaque domaine contribue à l'unité de l'acquiescement. Donnons la parole à Marco Polo et Kubilai Khan :

« Marco Polo descrive un ponte, pietra per pietra.
 – Ma qual è la pietra che sostiene il ponte? – chiede Kublai Kan.
 – Il ponte non è sostenuto da questa o quella pietra, – risponde Marco, – ma della linea dell'arco che esse formano. Kublai Kan rimane silenzioso, riflettendo. Poi soggiunge: – Perchè mi parli delle pietre? E solo dell'arco che m'importa.
 Polo risponde: – Senza pietre non c'è arco »¹⁴⁸¹.

¹⁴⁸⁰ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 202-203.

¹⁴⁸¹ I. CALVINO, *Le città invisibili*, Turin, Einaudi, 1972, Chapitre V, p. 38, italiques dans l'original.

*C. Article 38, § 1, lit. c SCIJ :
les principes généraux de droit*

1. *Principes de droit, du droit, et principes logiques*

L'article porte la marque de son temps¹⁴⁸² : « [1. La Cour applique :] les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Selon une définition autorisée, constituent des principes généraux les règles non écrites de caractère général qui sont reconnues au niveau interne et dont la transposition en droit international est possible¹⁴⁸³. C'est par un mouvement d'élévation que les principes des ordres juridiques nationaux aptes à la transposition seraient reçus en droit international public. Une condition importante est donc la vérification de leur présence dans les grands systèmes juridiques¹⁴⁸⁴. Une identité parfaite entre le contenu des différents droits nationaux n'est cependant pas exigée¹⁴⁸⁵.

Malgré son libellé restreint, l'article 38 englobe d'autres principes que ceux provenant des ordres nationaux. Tant les principes généraux applicables aux relations juridiques internationales que les principes généralement applicables aux relations juridiques seraient inclus dans le SCIJ¹⁴⁸⁶. Les formules suivantes tomberaient aussi dans la catégorie de l'article 38 : « general conception[s] of law », « rule[s] of law generally accepted », « general and well recognized principles », « principle[s] universally accepted »¹⁴⁸⁷. En français on utilise plus généralement la disjonction entre principes généraux *de* droit et principes généraux *du* droit. Les premiers émanent des droits nationaux. Les seconds sont propres au droit international en tant que système ou ordre juridique autonome¹⁴⁸⁸, ils « se définissent alors comme propositions juridiques générales *inhérentes à la notion même de droit* »¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸² À propos des « nations civilisées » : A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 836, § 261.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, p. 834, § 254.

¹⁴⁸⁴ Sur cette notion et le droit comparé, cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, pp. 307-320. La Cour ne s'embarrasse pas forcément de mener cette vérification : A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 837, § 263, p. 839, § 266 ; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 357, § 331.

¹⁴⁸⁵ A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 837, § 262.

¹⁴⁸⁶ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁴⁸⁷ Pour toutes ces expressions : A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 836, § 259.

¹⁴⁸⁸ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 356-358 ; G. PROTIÈRE, « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle », *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Etranger*, 2008, pp. 3-4.

¹⁴⁸⁹ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, [online], *op. cit.*, p. 44, § 112, italiques dans l'original.

L'existence d'une troisième et dernière catégorie de principes est parfois évoquée, il s'agirait d'un noyau dur de principes de « nature suprême » :

« Leur supériorité tient soit à leur nature intrinsèque, messagère de postulats de justice objective (droit naturel), soit à des considérations d'ordre logique, soit à leur lien indissoluble avec les données structurelles d'une société dont ils sont la traduction normative. La présence de ces principes dans l'ordre juridique est axiomatique, c'est-à-dire qu'aucune preuve inductive ne peut leur être administrée ; ils constituent eux-mêmes une base pour d'éventuelles déductions. On cite souvent comme exemple les principes *pacta sunt servanda*, *consuetudo est servanda*, la bonne foi [...]. Ces normes doivent être logiquement présumées par rapport au reste du corps normatif international »¹⁴⁹⁰.

Cette conception se rattache au courant naturaliste, à l'objectivisme juridique et aux considérations de justice et d'équité¹⁴⁹¹. Hart, plutôt tenant du positivisme juridique, admet néanmoins que certains principes moraux ou sociaux d'importance capitale soient concrétisés en principes juridiques¹⁴⁹².

Les principes *du* droit et les principes « suprêmes » ne sont pas dépendants des ordres juridiques nationaux¹⁴⁹³. Ils sont propres à la logique du droit international et/ou à la logique du droit en tant que système juridique¹⁴⁹⁴. La référence à la bonne foi est d'une importance capitale à nos yeux car elle est souvent présentée comme le fondement de l'acquiescement¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 45, § 128, nos italiques.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, pp. 45-46.

¹⁴⁹² H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 3^e éd. (1^{re} éd. 1961), Oxford, Clarendon Law Series, 2012, pp. 86-87 et p. 175. Exemples de la restriction de l'usage de la violence, de la nécessité de se comporter honnêtement, de dire la vérité, et le respect de la parole donnée (« keeping of promises », qui correspond à *pacta sunt servanda*).

¹⁴⁹³ On peut aussi les retrouver dans les ordres nationaux, mais ce n'est pas en raison de leur présence dans ceux-ci qu'ils sont transposés en droit international. Ils appartiennent en propre au raisonnement juridique qui préside à la constitution, au développement et au fonctionnement de chaque *ordre juridique*, peu importe que l'ordre soit national ou international. Ces principes sont liés au droit conçu comme un système. Voy. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. de l'italien, Paris, Dalloz, 2002, pp. 43-44 : « De même que le droit étatique apparaît avec l'existence même de l'État, le moment étant unique où naissent l'État et son ordre juridique, de même le droit international apparaît avec l'existence de la communauté des États, laquelle postule qu'un ordre juridique la constitue et la régit », nos italiques.

¹⁴⁹⁴ On peut faire appel à la « notion logique de non-contradiction », Ch. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 381. *Pacta sunt servanda* et la bonne foi en sont les exemples les plus criants.

¹⁴⁹⁵ Not. R. KOLB, « Principles as sources of international law », *NILR*, vol. 53 (1), 2006, p. 8 ; *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 130, § 305 ; P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 302-305.

Lorsqu'il doit vérifier s'il est en présence d'un principe général *de* ou *du* droit, l'interprète, qu'il soit juge ou publiciste, se trouve confronté à un dilemme si le matériel brut abonde. Un principe comme la bonne foi pourrait se retrouver aussi bien dans les ordres juridiques nationaux (principe *de* droit) qu'appartenir au système international ou à la logique de tout ordre juridique (principe *du* droit).

Pour l'acquiescement, qui est une émanation du principe de la bonne foi¹⁴⁹⁶, se pose donc la question de savoir s'il figure au nombre des principes généraux grâce à une entrée par le « bas » (ordres nationaux) ou par le « haut » (principe inhérent au droit), ou, éventuellement, les deux à la fois. On pourrait aussi résoudre cette question en investiguant uniquement l'entrée de la bonne foi dans l'ordre international et en postulant que l'acquiescement suit le même chemin. On signale que la doctrine n'est pas *unanime* quant au fondement unique de l'acquiescement dans la bonne foi, la stabilité des relations internationales entrerait aussi en jeu¹⁴⁹⁷. C'est une indication utile car la stabilité des relations *internationales* ne peut qu'appartenir aux principes généraux du droit.

Avant d'esquisser une réponse quant à l'origine de l'acquiescement comme principe *de/du* droit, signalons brièvement la question des rapports entre principes généraux et droit coutumier. Certains principes sont de nature coutumière et appartiennent à cette source, ils ne sont donc pas des principes généraux au sens de l'article 38, § 1, lit. c, leur formation et application appartiennent à la coutume¹⁴⁹⁸. Les liens entre coutume et principes sont loin d'être clairs et mériteraient une analyse nuancée qui n'a pas lieu d'être ici¹⁴⁹⁹. L'acquiescement ne semble cependant pas être un principe de rang coutumier, nous en avons déjà fait l'analyse dans la section précédente¹⁵⁰⁰. Ses nombreuses invocations dans la

¹⁴⁹⁶ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 234.

¹⁴⁹⁷ Pour P. Martin-Bidou, la bonne foi est le fondement obligatoire de l'acquiescement et la stabilité des relations internationales en est le fondement ultime : *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 304-305. La stabilité peut être exprimée par la maxime « *quieta non movere* » ou le respect de la situation acquise sur le terrain : *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Taba*, Sentence, 1988, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, opinion dissidente de la Prof. R. Lapidoth, p. 79, § 42.

¹⁴⁹⁸ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit., p. 94.

¹⁴⁹⁹ Se reporter aux belles pages de P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., op. cit., pp. 359-362.

¹⁵⁰⁰ Un autre argument (d'autorité) est que les auteurs et la jurisprudence le rangent dans les principes généraux : R. KOLB, « Principles as sources of international law », *NILR*, vol. 53

jurisprudence plaident cependant pour son statut coutumier étant donné que la relation qui existe entre les sources « prioritaires » que sont le traité et la coutume et la source subsidiaire des principes généraux¹⁵⁰¹. Mais comme nous avons postulé l'existence de nombreux acquiescements coutumiers, l'existence d'un principe général d'acquiescement, qui serait, elle, unique, n'est pas compromise. Au contraire, cela renforce ce point de vue, l'acquiescement-principe se concrétiserait au travers d'acquiescements sectoriels de rang coutumier. Retournons à la catégorisation de l'acquiescement dans les principes de/droit.

Nous formulons trois hypothèses. Soit l'acquiescement est un principe général *de* droit, il faut tracer son existence dans les ordres juridiques nationaux selon une démarche de droit comparé¹⁵⁰² (section 2). Soit l'acquiescement est un principe *du* droit, il est en parenté directe avec l'ordre juridique international (section 3). Soit l'acquiescement est une émanation de la bonne foi et c'est à la nature de celle-ci qu'il faut se référer (section 4). Nous examinerons chacune de ces alternatives avant de voir plus généralement à quels autres principes et considérations l'acquiescement est lié en droit international (section 6). Ce n'est malheureusement qu'après avoir écrit ces lignes que nous avons pris connaissance des rapports sur les principes généraux du droit de la CDI¹⁵⁰³.

(1), 2006, p. 8 ; *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 130, § 305.

¹⁵⁰¹ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 140 : « [General principles] are called upon only when the rules derived from treaty or custom do not resolve the legal issue ».

¹⁵⁰² *Ibid.*, p. 95 ; G. PROTIÈRE, « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle », *op. cit.*, pp. 11-12 ; R. KOLB, « Principles as sources of international law », *op. cit.*, p. 4, note n° 8.

¹⁵⁰³ CDI, *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, Rapporteur spécial M. Vázquez-Bermúdez, Doc. A/CN.4/732, *ACDI*, 2019, 76 p. ; CDI, *Deuxième rapport sur les principes généraux du droit*, Rapporteur spécial M. Vázquez-Bermúdez, Doc. A/CN.4/741, *ACDI*, 2021, 62 p. ; CDI, *Troisième rapport sur les principes généraux du droit*, Rapporteur spécial M. Vázquez-Bermúdez, Doc. A/CN.4/753, *ACDI*, 2022, 58 p. Les rapports se concentrent principalement sur l'identification des principes généraux et leur transposition en droit international public. Ils contiennent des raisonnements pertinents pour l'acquiescement, voy. not. les projets de conclusion n°s 10 et 11 qui énoncent respectivement : « [L]es principes généraux du droit contribuent à la cohérence du système juridique international. Ils peuvent servir, *inter alia* : [...] b) De fondement à des droits et obligations primaires, ainsi qu'à des règles secondaires et procédurales » et « un principe général du droit peut coexister avec une règle de contenu identique ou similaire dans un traité ou en droit international coutumier » (CDI, *Texte du projet de conclusions provisoirement adopté par le Comité de rédaction en première lecture*, Doc. A/CN.4/L.982, 12 mai 2023, 3 p.).

2. *L'acquiescement comme principe général de droit ?*

L'acquiescement aurait-il fait son entrée dans l'ordre international dans la première moitié du XX^e siècle, période où les attestations jurisprudentielles se multiplient ? À cette période, les deux traditions les plus influentes pour le droit international public sont la *common law* et le droit continental¹⁵⁰⁴. Dans l'idéal, les prochaines lignes seraient consacrées à leur analyse¹⁵⁰⁵. En *common law*, c'est la figure de l'*estoppel* qui se dégage avec netteté¹⁵⁰⁶. L'*estoppel* est certes maintenant appliqué en son nom propre en droit international public¹⁵⁰⁷, mais cela n'a pas toujours été le cas¹⁵⁰⁸. La figure de *common law* de l'*estoppel by representation*¹⁵⁰⁹ serait parvenue en droit international à un double titre : elle aurait influencé la reconnaissance de l'acquiescement et elle se serait manifestée en son nom propre¹⁵¹⁰. Les décisions qui mentionnent l'*estoppel* mentionnent souvent aussi l'acquiescement, que ce soit dans deux catégories séparées¹⁵¹¹ ou comme des principes liés¹⁵¹².

¹⁵⁰⁴ Le droit international est alors eurocentrique ; les arbitres, praticiens, juges et membres d'associations proviennent en majorité de pays de droit de tradition anglo-saxonne (États-Unis, Royaume-Uni) et de tradition continentale romano-germanique (États d'Amérique du Sud, France, Italie, Allemagne). Les individus – car ce sont eux en dernier recours qui *font* le droit international – sont influencés par leur éducation juridique qui comprend habituellement l'étude du droit national.

¹⁵⁰⁵ Par gain de temps, ce seront les deux grands systèmes choisis comme représentants des traditions juridiques européennes. Nous sommes pleinement conscients que le droit comparé est une discipline à part entière, qui requiert de la rigueur, qui a ses codes et ses étapes – que nous brûlons allégrement pour les besoins de notre propos. Cf. not. A. F. RUSCH, « Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung », *Jusletter*, 13 février 2006, pp. 1-11.

¹⁵⁰⁶ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., pp. 15-62. Cet auteur situe l'apparition de l'*estoppel* dans le courant du XIX^e siècle (p. 70), néanmoins les affaires importantes pour cette doctrine appartiennent à la première moitié du XX^e siècle (pp. 68-69, spéc. 1923-1936 avec sept affaires sur dix-huit appartenant à cette période).

¹⁵⁰⁷ Par exemple : *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, 2018, CIJ, Rec. 2018, pp. 48-50, §§ 153-159.

¹⁵⁰⁸ *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, 1962, CIJ, Rec. 1962, p. 12. Un dommage est aussi évoqué par la Cour, *ibid.*, p. 32. C'est l'acquiescement seul qui est mentionné par la Cour bien qu'il semble que c'est tout un faisceau d'indices qui a conduit à la décision (*ibid.*, p. 23).

¹⁵⁰⁹ Il existe aussi l'*estoppel by deeds*, *by res judicata* en *common law*, etc. : A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., pp. 11, 13, 49-62.

¹⁵¹⁰ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., p. 240.

¹⁵¹¹ *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, 2018, CIJ, Rec. 2018, pp. 47-48, §§ 149-153.

¹⁵¹² *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, Rec. 1984, p. 304, § 129 : « Le Canada a dit en plaidoirie que l'*estoppel* est "l'alter ego de l'acquiescement" ».

Dans la *common law*, l'*estoppel by representation* est structuré ainsi : celui qui s'en prévaut doit prouver l'existence d'une « représentation » univoque provenant d'un auteur capable, cette « représentation » l'incite à modifier son comportement, ce qui donne lieu à un dommage, et pour finir, l'auteur de la « représentation » initiale émet une seconde « représentation » qui contredit la première¹⁵¹³. La « représentation » comprend :

« Des déclarations (*statements*) aussi bien écrites qu'orales, des actes (*acts*) – actes de commission et omissions – et des attitudes ou du comportement (*conduct*) d'une personne d'où découle une certaine représentation des choses susceptibles de déterminer une autre personne, qui s'y fie, à agir à son tour [...] »¹⁵¹⁴.

Son rôle se cantonne généralement à la procédure judiciaire¹⁵¹⁵. Les fondements de cette forme d'*estoppel* en droit anglais sont la bonne foi (le principe *allegans contraria non audiendus est*¹⁵¹⁶ avait été évoqué) et la théorie du contrat implicite (une forme d'accord tacite ou par actes concludants)¹⁵¹⁷. Encore plus instructif, il existe une forme d'*estoppel by acquiescence* dans laquelle la violation – de bonne foi – d'un droit conduit à l'impossibilité pour le lésé d'invoquer son droit face à l'auteur de l'empiétement¹⁵¹⁸.

L'exigence d'une *representation* univoque, claire et exempte d'ambiguïté

« [D]oes not necessarily mean that the language must be such that it cannot possibly be open to different constructions, but that it must be such as will be reasonably understood in a particular sense by the person to whom it is addressed »¹⁵¹⁹.

L'univocité est ici *subjective* en ce qu'elle se réfère à la situation et aux protagonistes du cas, la conclusion à laquelle le tribunal parvient doit être la seule qui soit soutenable au vu de l'ensemble des

¹⁵¹³ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., p. 19.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 17, selon la célèbre formule, il est utilisé « as a shield, and not as a sword ».

¹⁵¹⁶ Les formules varient, nous préférons l'expression *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, cf. A. X. FELLMEYER et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, Oxford, OUP, 2009, p. 193.

¹⁵¹⁷ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., pp. 37-39.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, pp. 46-47 et notes citées. Il ne ressort pas du texte si le droit est transféré du lésé à l'auteur. On lit dans G. H. Treitel à propos de l'*estoppel* et de la *waiver* que « neither is capable in itself of giving rise to new rights », ce qui ne règle pas la question du transfert (nos italiques).

¹⁵¹⁹ A. C. CAPORN, *Selected cases illustrating the law of contracts*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1914, p. 102. C'est à dessein que nous consultons un livre du début du XX^e étant donné que le transport de l'*estoppel* en droit international doit s'être matérialisé à cette période.

circonstances. La référence au raisonnable ouvre la comparaison sur la conduite qui aurait dû être adoptée par une personne diligente placée dans la même situation, et, dans une moindre mesure, sur les attentes légitimes créées par des comportements (*legitimate expectations*)¹⁵²⁰.

L'*estoppel* peut jouer un rôle dans la conclusion d'un contrat, les actes clairs d'une partie peuvent lui être opposés : la partie sera alors *estopped* de contester la conclusion du contrat¹⁵²¹. Cela rejoint le fondement de l'*estoppel* dans la théorie du contrat implicite¹⁵²². Hors de l'*estoppel*, le droit anglais admet la conclusion d'un contrat à titre exceptionnel en cas de silence d'une partie¹⁵²³, le partage entre le silence et le comportement (ou « actes concluants ») n'est pas toujours limpide¹⁵²⁴. C'est en dernier ressort une question de liberté de la forme quant à la conclusion du contrat¹⁵²⁵.

La renonciation est aussi connue en droit anglais (*waiver*), elle obéit à des conditions similaires à celles de l'*estoppel* : une promesse ou représentation claire et univoque, sur laquelle l'autre partie s'est appuyée (*reliance*) et l'iniquité qui résulterait de ne pas tenir compte de la promesse initiale¹⁵²⁶. L'analogie existante entre *waiver* et *estoppel* n'est pas restée inaperçue dans la doctrine anglo-saxonne¹⁵²⁷.

Si nous nous sommes cantonnés à l'*estoppel* de la *common law*, les séparations sont loin d'être définitivement arrêtées : un arrêt de 2009 de la Cour de cassation fait explicitement référence à l'*estoppel*¹⁵²⁸. Les

¹⁵²⁰ Invoquées sans succès dans *Obligation de négociier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 50, §§ 160-161.

¹⁵²¹ J. C. SMITH et J. A. C. THOMAS, *A Casebook on Contract*, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1973, p. 11.

¹⁵²² A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁵²³ G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 9^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 31.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵²⁵ En droit continental, le droit Suisse prévoit à l'article 11, § 1 du Code des obligations : « La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi ». La règle est la liberté de la forme, l'exception est la forme prescrite. En droit international, l'absence de formalisme est également la règle : « En revanche, et c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties, lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement » (*Temple de Préah Vihear*, Exceptions préliminaires, 1961, CIJ, *Rec. 1961*, p. 31).

¹⁵²⁶ G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, pp. 102-106.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, pp. 109-110.

¹⁵²⁸ Cass., Ass. plén., arrêt n° 573, 27 février 2009, p. 3; Cass., Rapport annuel 2009, Ass. plén., 27 février 2009, Bulletin 2009, n° 1, pourvoi n° 07-19.841, p. 419 (https://www.courde-cassation.fr/IMG/pdf/rapport_CC_2009.pdf, consulté le 7 juin 2019).

rapports du conseiller rapporteur et de l'avocat général consacrent de longs développements à l'irruption de cette notion en droit français¹⁵²⁹. La Cour de cassation met en exergue cette innovation :

« [La] notion même d'*estoppel* n'était pas ignorée de la Cour de cassation, qui l'avait déjà mise en œuvre, à l'occasion de décisions fort remarquées rendues par la première chambre civile [...]. Toutefois, ces décisions étaient restées cantonnées au domaine très spécifique de l'arbitrage international »¹⁵³⁰.

La portée exacte de l'*estoppel* est celle d'une interdiction des comportements contradictoires, la Cour d'Orléans avait décidé de sanctionner le :

« Comportement procédural, qui consiste pour un plaideur, tout en étant parfaitement informé de la situation, à soutenir en même temps deux positions incompatibles, [...] en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'*estoppel*) [...] »¹⁵³¹.

Finalement cassée par l'assemblée plénière, la Cour de cassation n'a pas exclu, qu'en principe, l'*estoppel* dans cette forme *allegans contraria non audiendus est* puisse trouver application en droit procédural¹⁵³².

Le traitement réservé par A. Martin à la nature de l'*estoppel* est enrichissant : il écarte tout d'abord les principes généraux du droit dans la définition de l'article 38¹⁵³³. Au sens large et assimilé à la maxime *allegans contraria non audiendus est*¹⁵³⁴, Martin accepte la transmission de l'*estoppel* en tant que principe général de droit. Mais au sens strict de l'*estoppel by representation*, Martin s'y oppose en raison des trop grandes divergences existant entre les ordres nationaux¹⁵³⁵. Si l'*estoppel* n'est pas un principe, quelle est

¹⁵²⁹ Cass., Ass. plén., arrêt n° 573, 27 février 2009, rapports et avis disponibles sur <https://www.courdecassation.fr> (consulté le 7 juin 2019).

¹⁵³⁰ Cour de cassation, Rapport annuel 2009, Assemblée plénière, 27 février 2009, Bulletin 2009, n° 1, pourvoi n° 07-19.841, p. 419.

¹⁵³¹ *Ibid.*

¹⁵³² *Ibid.*, p. 420.

¹⁵³³ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., pp. 219-225.

¹⁵³⁴ B. Cheng est d'opinion que cette maxime est une émanation de la bonne foi et qu'elle a été largement appliquée en droit international, peu importe son appellation : *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit., pp. 141-149. De même pour Lauterpacht, l'*estoppel* est reconnu en droit international comme un principe général : *Private Law Analogies in International Law*, op. cit., pp. 203-207 (l'*estoppel in pais* auquel il est fait référence a évolué en *estoppel by representation* : A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., pp. 11-14). Lauterpacht confirme son opinion par la suite : H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons Ltd, 1958, pp. 168-170.

¹⁵³⁵ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., p. 240.

sa nature ? La solution avancée par cet auteur est qu'il constitue une coutume créée – ou reconnue – par le juge¹⁵³⁶. L'*opinio iuris* émergerait de la façon suivante :

« En consacrant de façon répétée la même solution dans leurs décisions, les arbitres et les juges internationaux témoignent à l'évidence qu'ils acceptent cette pratique "comme étant le droit". [...] l'invocation par les Parties en litige elles-mêmes de précédents arbitraux et judiciaires internationaux pour établir l'existence de la règle, et le fait qu'en acceptant sans réserve une décision rendue par un tribunal international sur la base d'une "règle jurisprudentielle", les États agissent dans la conviction du bien-fondé de l'application que ce tribunal a fait de cette règle et contribuent, par là même, à sanctionner cette application par une coutume internationale »¹⁵³⁷.

Le problème serait, en analyse finale, reporté sur la *première* consécration jurisprudentielle¹⁵³⁸ : celle-ci serait-elle une erreur judiciaire ? D'autre part, on a quelques difficultés à admettre que les positions défendues par les plaideurs soient d'une si grande importance tant ils font feu de tout bois afin de défendre un État. Défendre une position juridique peut s'avérer être un exercice d'éristique, c'est aussi pour cette raison que nous éprouvons une certaine réticence à admettre l'obtention d'*estoppel*, d'acquiescement, ou d'autres pratiques subséquentes par un jeu de croisement entre plaidoiries ou mémoires dans des affaires différentes¹⁵³⁹. Ne pouvant accepter une réception de l'*estoppel* par voie coutumière, on retomberait, faute de mieux, dans un principe général *de* ou *du* droit¹⁵⁴⁰.

En droit français, l'acquiescement existe en son nom propre. C'est également au stade procédural (extinction de l'instance ou incident de procédure)¹⁵⁴¹ qu'il se manifeste. Il peut y avoir acquiescement à la

¹⁵³⁶ Un courant doctrinal postulait que la reconnaissance par le juge constituait la troisième condition de la création d'une coutume : N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, *op. cit.*, pp. 45-46. Ce n'est pas ce que soutient Martin.

¹⁵³⁷ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, pp. 245-246.

¹⁵³⁸ Sur la problématique de la reconnaissance des principes généraux de droit, *cf.* CDI, *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, Rapporteur spécial M. Vázquez-Bermúdez, Doc. A.CN.4/T32, ACDI, 2019, pp. 50-54.

¹⁵³⁹ Voy. K. MAGRAW, « Investor-State Disputes and the Rise of Recourse to State Party Pleadings As Subsequent Agreements or Subsequent Practice under the Vienna Convention on the Law of Treaties », *ICSID Review*, 2015, vol. 30 (1), pp. 142-171.

¹⁵⁴⁰ Les références à la bonne foi et à la maxime *allegans contraria non audiendus est* comme fondements indiqueraient qu'il s'agit d'un principe *du* droit : A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, pp. 37-38 ; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, pp. 141-149 ; H. LAUTERPACHT, *Private Law Analogies in International Law*, *op. cit.*, pp. 203-207.

¹⁵⁴¹ C'est à nouveau à dessein que nous faisons référence à des traités du début du XX^e siècle. R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1949,

demande ou au jugement, le premier concerne l'acceptation des prétentions du demandeur, le deuxième est une renonciation aux voies de recours, les deux hypothèses peuvent emprunter la voie expresse, implicite ou tacite¹⁵⁴². *A priori*, l'acquiescement présente un intérêt réduit étant donné qu'on pourrait parvenir au même résultat par le simple écoulement du temps sans former un recours contre la décision à venir (acquiescement à la demande) ou déjà rendue (acquiescement au jugement). L'effet de l'acquiescement à la demande – qui a lieu en cours d'instance – est de reconnaître le bien-fondé des prétentions adverses et entraîne renonciation à l'action¹⁵⁴³. La partie se coupe tout moyen d'action. Un jugement est rendu ensuite, mais la partie qui a acquiescé a déjà accepté de l'exécuter et ne peut plus recourir¹⁵⁴⁴. Suite à une décision, c'est l'acquiescement au jugement qui est possible : la partie accepte le jugement et renonce à exercer son droit de recourir, ou exécute volontairement (acquiescement tacite) le jugement rendu en sa défaveur¹⁵⁴⁵. L'acquiescement au jugement englobe aussi le cas où une partie se désiste du recours interjeté¹⁵⁴⁶.

L'acquiescement est *express* quand il résulte d'une déclaration formelle du renonçant, *implicite* quand il s'agit du non-exercice d'une voie de recours en laissant simplement le délai s'écouler, et *tacite* quand un acte d'une partie suppose l'intention d'acquiescer¹⁵⁴⁷. C'est évidemment l'acquiescement tacite qui nous intéresse, il consiste en « l'exécution *volontaire* par la partie du jugement qui lui fait grief »¹⁵⁴⁸. Il semble que cette situation soit assez exceptionnelle, la doctrine consultée n'y consacre pas de développements conséquents, elle précise sobrement qu'« il peut y avoir, dans la pratique, des incertitudes sur la *détermination des actes susceptibles de révéler l'intention d'acquiescer* »¹⁵⁴⁹. On est là au cœur du problème de l'acquiescement propre au droit international.

p. 476. G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 16^e éd., Paris, Sirey, 2011, p. 422 confirme que l'acquiescement existe toujours en droit français.

¹⁵⁴² M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1939, pp. 495-496 ; J. VINCENT, *Procédure civile*, 19^e éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 1004.

¹⁵⁴³ J. VINCENT, *Procédure civile*, op. cit., p. 1004 ; M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 496.

¹⁵⁴⁴ J. VINCENT, *Procédure civile*, op. cit., p. 1006.

¹⁵⁴⁵ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 476 ; M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, op. cit., pp. 495-496.

¹⁵⁴⁶ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 477, § 610.

¹⁵⁴⁷ Pour les trois formes : J. VINCENT, *Procédure civile*, op. cit., p. 1004 ; M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 495.

¹⁵⁴⁸ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 476, italiques dans l'original.

¹⁵⁴⁹ J. VINCENT, *Procédure civile*, op. cit., p. 1004, nos italiques. Note omise, avec référence à sept décisions.

L'acquiescement est un acte unilatéral en droit procédural français, il découle d'une volonté (« intention ») et sa validité n'est pas soumise à réception¹⁵⁵⁰. Son effet est la renonciation à un droit¹⁵⁵¹ (ou aliénation d'un droit, qui nécessite la capacité de disposer de ce droit)¹⁵⁵². Concrètement, il se traduit par la perte du droit de contester les prétentions ou le jugement, la situation est proche de l'*estoppel by representation* et de la perte du droit d'invoquer la responsabilité dans la mesure où une partie s'empêche d'user d'un droit sans qu'un droit soit transféré à son adversaire. Ce dernier est avantagé (par l'absence d'un recours, l'empêchement d'invoquer certains faits, l'absence de réparations à fournir), mais ne se verra pas transférer un droit comme c'est le cas dans les différends territoriaux.

C'est volontairement que l'on se cantonne à l'acquiescement procédural en droit français¹⁵⁵³, il existe probablement des modes d'acceptation tacite en droit des contrats¹⁵⁵⁴, des renonciations ou acceptations implicites¹⁵⁵⁵ dans d'autres domaines ou encore la constitution de droits réels par prescription¹⁵⁵⁶. Ce qui est instructif pour la recherche d'un principe général de droit, c'est que l'acquiescement existe en droit français *quasi* dans sa dimension de langage naturel défini comme un consentement, un assentiment donné par le silence¹⁵⁵⁷ ou par des gestes. C'est davantage le *terme* à un niveau de généralité élevé qui a passé en droit international public que sa substance, limitée au volet procédural d'un différend¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵⁰ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 477.

¹⁵⁵¹ J. VINCENT, *Procédure civile*, op. cit., p. 1005.

¹⁵⁵² R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 477 ; M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, op. cit., p. 496. La question de l'auteur de l'acquiescement se pose en d'autres termes en droit français : il faut qu'il puisse disposer du droit et on ne peut acquiescer que pour autant que l'ordre public ne soit pas en jeu.

¹⁵⁵³ Il résulte des articles 408 (« L'acquiescement à la demande emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation à l'action [...] »), 409 (« L'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours [...] ») et 410 (« L'acquiescement peut être exprès ou implicite [...] ») du Code de procédure civile, version consolidée du 29 janvier 2019, consultation à l'adresse www.legifrance.gouv.fr. En droit suisse également la présence de l'acquiescement en son nom propre est anecdotique, cf. par ex. P. DIETSCHY-MARTENET, *Bail à loyer et procédure civile*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, p. 95 ; J. HALDY, *Procédure civile suisse*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014, p. 158.

¹⁵⁵⁴ Une recherche superficielle dans le Code civil français donne de nombreux résultats : art. 1133 (consentement dans la formation du contrat), 1215 (durée du contrat et renouvellement), etc. C. civ., version consolidée du 25 mars 2019, consultation à l'adresse www.legifrance.gouv.fr.

¹⁵⁵⁵ Art. 183 (mariage), 782, 784 et 809 (succession) C. civ.

¹⁵⁵⁶ En droit français : art. 2251 C. civ. En droit suisse voy. art. 661, 662, 728 et 731, § 3 C. civ.

¹⁵⁵⁷ L'expression « qui ne dit mot consent » est synonyme d'acquiescement.

¹⁵⁵⁸ Une autre manière de voir serait de soutenir qu'on a retenu en droit international public uniquement ce qui faisait l'essence de l'acquiescement du droit interne, c'est-à-dire *faire droit aux prétentions de la partie adverse et renoncer à les contester*. Ce principe d'acceptation informelle se serait ensuite disséminé dans l'entier du droit international.

La traduction en anglais et dans d'autres langues européennes se fait par un mot très ressemblant, ce qui a certainement contribué à la réception de l'acquiescement¹⁵⁵⁹. Nous renvoyons au chapitre introductif (Ch. 1.II ; 1.III et 2.I).

Les similitudes entre l'*estoppel by representation* et l'acquiescement d'instance ne sont pas nombreuses, il faudrait fouiller plus profondément dans les ordres juridiques et dans d'autres institutions pour dénicher un véritable « fonds commun » international de l'acquiescement, en première ligne les consentements tacites devraient être comparés. Il y a toutefois des points de contact intéressants : c'est un instrument qui ne s'applique qu'au cours de l'instance, qui ne crée pas de droit en faveur de la partie victorieuse, et surtout, qui est provoqué par le comportement des parties ou leur silence. En droit international, l'acquiescement retient certains de ces éléments : c'est avant tout en cours de procédure qu'il est invoqué, il ne transfère pas toujours un droit à la partie victorieuse et c'est bien l'examen des comportements réciproques des parties qui déclenche son application.

Sans s'embourber dans la comparaison des ordres juridiques nationaux, Kolb affirme l'existence d'un principe général *de droit* pour ce qui est de l'acquiescement normatif défini comme :

« 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 »¹⁵⁶⁰.

Dans cette acception, l'acquiescement dérive de la bonne foi objective et est déconnecté d'une expression de volonté (et donc du « tacite »)¹⁵⁶¹. La nature de la bonne foi objective, dont le but est la protection d'attentes légitimes (*legitimate expectations*) nées chez

On retrouve néanmoins la trace de l'acquiescement « d'instance » dans la déclaration du juge Moreno Quintana en l'affaire *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec. 1960*, p. 218 : « L'arrêt aurait eu par conséquent avantage à établir la régularité intrinsèque de la sentence, après avoir analysé sa régularité extrinsèque, au lieu – comme le fait l'arrêt – de faire reposer d'avance la solution de l'affaire sur l'acquiescement donné à la sentence par les Parties », nos italiques.

¹⁵⁵⁹ Pour les principales : acquiescence (anglais), acquiescenza (italien), aquiescencia (espagnol). En allemand, on utilise le terme « qualifiziertes Stillschweigen » (par ex. : W. KÄLIN *et al.*, *Völkerrecht*, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2016, p. 71). « Stillschweigende » signifie tacite, implicite.

¹⁵⁶⁰ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 326, § 4, italiques dans l'original.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 326, §§ 4-6.

autrui (suite à un comportement par ex.) ou d'intérêts collectifs, est elle-même double chez Kolb, puisqu'elle provient autant des ordres internes qu'elle appartient en « propre à tout ordre juridique par implication nécessaire »¹⁵⁶².

Comme principe général de droit et contrairement aux ordres interne, l'acquiescement normatif touche à la substance, pas seulement à la procédure¹⁵⁶³. Une caractéristique partagée avec le droit français¹⁵⁶⁴ est qu'il ne peut pas s'appliquer si des intérêts publics sont en jeu (l'article 45 CVDT ne peut pas guérir une nullité absolue¹⁵⁶⁵). Cette restriction est aussi présente dans l'*estoppel by representation* : cette forme d'*estoppel* ne s'applique qu'entre particuliers, l'ordre public est hors d'atteinte¹⁵⁶⁶. L'ordre public est également protégé de manière directe puisque l'*estoppel* « [ne peut pas avoir] pour résultat d'empêcher l'auteur d'une *representation* de porter à la connaissance du tribunal le caractère illégal de tel acte ou de telle situation »¹⁵⁶⁷.

Même si la transposition des droits nationaux au droit international n'a pas besoin de conserver l'identité parfaite de l'institution interne, cette première hypothèse s'avère à moitié convaincante : on perçoit que ce n'est qu'à un degré de généralité élevée que l'acquiescement existe. Il se camoufle sous d'autres appellations ou est agencé de manière différente. Son *passage* en droit international au seul titre de reflet partagé par les ordres juridiques nationaux est sujet à caution.

3. *L'acquiescement comme principe général du droit ?*

Après cette plongée peu concluante dans les principes de droit, passons aux principes *du* droit international (deuxième hypothèse). Ils sont de deux types : soit ils appartiennent à l'ordre juridique international en raison des particularités intrinsèques de celui-ci (droit de coopération, de coordination, de coexistence ; les sujets

¹⁵⁶² *Ibid.*, p. 124, § 133.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, p. 333, § 34.

¹⁵⁶⁴ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, p. 477 : « L'acquiescement n'est valable que dans les matières qui ne touchent pas à l'ordre public [...] ».

¹⁵⁶⁵ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 335, § 44.

¹⁵⁶⁶ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, *op. cit.*, pp. 45-48 : l'*estoppel by representation* s'applique par ex. en droit des contrats (bail, mandat), en droits réels, de la faillite, et en droit des sociétés.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 44 : est illégal un acte qui est directement interdit par la loi, par ex. une entrave à la circulation ; *id.*, p. 43, note n° 196.

sont principalement des États et des organisations internationales ; absence de gouvernement supérieur, décentralisation ; section a) ¹⁵⁶⁸, soit ils existent par « implication nécessaire » ¹⁵⁶⁹ et sont propres à tout ordre juridique (section b).

a. *Un principe autonome au droit international ?*

Dans cette première subdivision, on passera en revue les idiosyncrasies de l'ordre international qui contribuent à l'intelligence de l'acquiescement. Le territoire est d'une importance fondamentale en droit international ¹⁵⁷⁰, assise matérielle de l'État, il en constitue aussi une condition d'existence. D'un côté l'égalité souveraine des États (art. 2, § 1 de la Charte) empêche la détermination unilatérale des frontières, de l'autre un juge doit être en mesure d'établir les limites de chaque État. L'acquiescement est un heureux compromis qui sauvegarde les souverainetés ¹⁵⁷¹ en donnant une justification satisfaisante à la frontière ¹⁵⁷². Les États étant égaux, le système des sources s'en trouve affecté : il n'y a pas de législateur unique, supérieur aux États. L'implication de la décentralisation est triple :

« Étant les seuls maîtres des normes dont ils sont les auteurs [1], ils en apprécient eux-mêmes la signification et la portée. Ils sont ainsi les interprètes [2] des obligations auxquelles eux-mêmes comme leurs autres partenaires, les États, sont soumis. Ce sont eux qui se prononcent sur la légalité de leur propre conduite ou de celle de tiers [3] à leur propre égard » ¹⁵⁷³.

(1) Les États créent les normes auxquelles ils se conforment : c'est vrai pour les traités qui procèdent quasi exclusivement de la volonté des États, l'affirmation mérite d'être nuancée pour la coutume. La formation de la coutume a acquis une part d'objectivité et ne répond plus au paradigme de l'accord tacite ¹⁵⁷⁴. L'acquiescement

¹⁵⁶⁸ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, pp. 131-134 ; G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI*, *op. cit.*, pp. 67-83, pp. 319-321.

¹⁵⁶⁹ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 124, § 133 et p. 52, § 158.

¹⁵⁷⁰ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI*, *op. cit.*, pp. 67-69.

¹⁵⁷¹ L'acquiescement emporte modification des frontières à condition que les actes soient accomplis à titre de souverain et qu'ils soient suffisamment notoires. Pour G. Abi-Saab, l'acquiescement est un « voile consensuel » dans le contentieux territorial (« Cours général de droit international public », *RCADI*, *op. cit.*, p. 73).

¹⁵⁷² L'acquiescement fait partie de la panoplie du juge pour justifier le choix final.

¹⁵⁷³ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 16, § 21.

¹⁵⁷⁴ Pour l'accord tacite : D. ANZILOTTI, *Cours de droit international* (trad. de l'italien par G. GIDEL), *op. cit.*, pp. 73-74. Pour le rôle de la volonté dans la théorie de l'objecteur

y occupe une part importante pour permettre la transformation d'une pratique en règle de droit ¹⁵⁷⁵. Les traités, multilatéraux en particulier, sont parfois difficiles à amender ¹⁵⁷⁶, la coutume est un mode souple de production des normes. Via l'acquiescement, une part d'assentiment des États est préservée dans la création de la coutume tout en conférant à celle-ci une application universelle. La *décentralisation* de la production normative légitime que l'acquiescement accompagne la création des règles coutumières.

(2) Les États sont les exécutés du droit international. À la fois juges et parties, ils indiquent comment le droit international général est appliqué et la portée des traités internationaux. L'instrument de l'interprétation par la pratique subséquente (art. 31, § 3, lit. b CVDT) est le canal privilégié de l'adaptation des traités ¹⁵⁷⁷. La négociation et l'amendement formel de traités multilatéraux existent, certains prévoient expressément un système où la non-opposition suffit pour l'entrée en vigueur de modifications ¹⁵⁷⁸. Bien que le droit des traités se fonde sur le consentement des parties à conclure ¹⁵⁷⁹, et par la suite, à modifier un traité, la pratique subséquente n'est pas conditionnée à l'adhésion expresse de tous les États parties ¹⁵⁸⁰. L'incorporation de l'acquiescement dans la pratique subséquente fournit un mode souple d'adaptation des traités. Cette flexibilité s'avère cruciale en droit international car des conventions peuvent s'appliquer de très nombreuses années, la tension permanente entre *lex lata* et *lex ferenda* trouve un exutoire dans ce mode d'adaptation ¹⁵⁸¹.

(3) États-juges, États-bourreaux : « Il n'y a pas d'autorité ou d'instance au-dessus de l'État ou dont la compétence oblige l'État. [...] s'il y a conflit d'interprétation entre les sujets, le système n'en fournit pas une

persistant dans le cadre de l'opposabilité de la coutume : L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., pp. 224 et s. et p. 247 : « En théorie un État peut objecter contre une coutume générale, ce qui introduit la volition dans l'inopposabilité. [...] en pratique, le droit international rend difficile toute protestation ».

¹⁵⁷⁵ A. HÈCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », op. cit., p. 41.

¹⁵⁷⁶ L'article 109 de la Charte des Nations Unies prévoit un processus *formel* d'amendement qui coexiste aux amendements ou interprétations informels d'adaptation : J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, 3^e éd., op. cit., pp. 77-79.

¹⁵⁷⁷ I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 363 et 372.

¹⁵⁷⁸ « Opting-out » : A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 183-196 ; L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., p. 178.

¹⁵⁷⁹ A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., p. 6.

¹⁵⁸⁰ I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 148-154.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, pp. 138-139. Si le texte du traité le permet, la solution moins radicale de l'interprétation évolutive permet au juge d'assurer l'effectivité d'un traité : G. DISTEFANO, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *RGDIP*, vol. 115, 2011 (2), pp. 395-396.

issue obligée »¹⁵⁸². En d'autres termes, les États sont les « maîtres du jeu »¹⁵⁸³ par la création (1, *supra*), l'interprétation (2, *supra* et 3), et la mise en œuvre (3) des règles. La décentralisation du système international implique l'absence de détermination objective de la légalité. Les différends peuvent se conserver indéfiniment¹⁵⁸⁴. Chaque État peut favoriser son interprétation d'une règle internationale et de son application (formulation d'une prétention). Si ces prétentions étatiques parviennent à s'inscrire dans un mode de création du droit (en particulier la coutume) l'interprétation quitte l'état latent et modifie le droit. Les interprétations et auto-interprétations sont susceptibles de rencontrer une large gamme de réactions, positives (acceptation, imitation, acquiescement, affirmation du caractère légal), neutres (silence, indifférence) ou négatives (contestation, opposition, comportement contraire). Le risque en cas de contestation timide est de voir, à terme, sa position rejetée. Le même constat guette l'absence de réaction (neutralité). Dans ces deux cas l'État qui ne fait pas valoir sa position avec suffisamment d'énergie risque *d'acquiescer* à l'interprétation opposée. Le caractère décentralisé de l'ordre juridique international a pour effet d'émousser les contestations modérées, l'acquiescement sert de vecteur justificatif de l'effacement des voix dissidentes.

L'absence de détermination objective de la légalité ne signifie pas que le chaos règne : c'est bien souvent les domaines aux franges du droit international public qui sont sujets à l'incertitude et qui, en réaction, concentrent l'attention de la doctrine, d'où l'impression erronée d'un ordre juridique constamment en proie au doute. Tout au contraire : le droit international est un système, les États engagent leur responsabilité en cas de violations¹⁵⁸⁵. Cependant *la mise en œuvre* de la responsabilité internationale n'a rien d'automatique : « Non seulement le constat de l'illicite est ordinairement subjectif mais encore ses conséquences sont, pratiquement, incertaines »¹⁵⁸⁶. Ce ne sont là que les effets en aval du caractère

¹⁵⁸² G. ABI-SAAB, « "Interprétation" et "Auto-Interprétation" : quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁸³ Cf. not. : M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, 268 p. ; M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le jeu, un paradigme pour le droit ?*, Paris, LGDJ, 1992, 300 p.

¹⁵⁸⁴ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 17, § 21 ; G. ABI-SAAB, « "Interprétation" et "Auto-Interprétation" : quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *op. cit.*, p. 218 (exemple des Falklands/Malouines).

¹⁵⁸⁵ J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, pp. 92-93.

¹⁵⁸⁶ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 17, § 22.

décentralisé de l'ordre international ; les normes sont sujettes à interprétation et dépendent des États, les conséquences, sous la forme de la responsabilité, le sont également.

L'attitude d'un État face à une violation ne dépend que de lui, elle peut aller de l'absence totale de réaction à la prise de contre-mesures, voire la saisine d'un tribunal. Le risque est d'être considéré comme ayant renoncé au droit d'invoquer la responsabilité en cas de passivité¹⁵⁸⁷. Rien n'oblige l'État victime à invoquer la responsabilité ou à prendre des contre-mesures envers le perpétrateur¹⁵⁸⁸, c'est une simple faculté dont il dispose. Dans ces interactions entre constatation d'une violation et invocation de la responsabilité internationale, l'acquiescement trouve de nouveau une place : au premier degré il empêche l'État lésé d'invoquer la responsabilité¹⁵⁸⁹, au deuxième il sert de cause d'irrecevabilité de la demande, au troisième il constitue une justification d'une coutume bilatérale¹⁵⁹⁰. En cas de violation du *ius cogens*, le TCDI prévoit une double obligation à charge de l'ensemble des États de mettre fin à l'illicite et de ne pas le reconnaître¹⁵⁹¹. Dans la pratique cependant les États ne cherchent pas toujours activement à mettre fin à la violation et s'engagent parfois dans des comportements de reconnaissance¹⁵⁹². Le *ius cogens* devrait être immunisé contre l'acquiescement puisqu'il consacre des valeurs importantes de la communauté internationale, *a priori* on ne pourrait pas soutenir que l'inaction seule l'affecte, pas plus qu'une protestation devrait être nécessaire lors de sa violation¹⁵⁹³. Sa nature particulière, fruit des valeurs fondamentales de l'ordre international, le

¹⁵⁸⁷ Art. 45 TCDI.

¹⁵⁸⁸ Chapitre II, art. 49-54 TCDI.

¹⁵⁸⁹ Art. 45, lit. b TCDI : « La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si [...] l'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande ».

¹⁵⁹⁰ *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 138-139 ; *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 42-43.

¹⁵⁹¹ Art. 41, §§ 1 et 2 TCDI.

¹⁵⁹² R. KOLB, *The International Law of State Responsibility*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 58-60, ex. de l'invasion de l'Irak en 2003. On peut ajouter le déplacement par les États-Unis de leur ambassade à Jérusalem, imités par le Guatemala (voy. l'affaire relative au *Transfert de l'ambassade des États-Unis à Jérusalem (Palestine c. États-Unis d'Amérique)*, Requête introductive d'instance, 28 septembre 2018, CIJ, *Rec. 2018*). L'affaire pose en filigrane la question de la mise en œuvre de la résolution de l'AG 181(II) du 29 novembre 1947 qui prévoyait le plan de partage initial.

¹⁵⁹³ G. P. BUZZINI, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*, Thèse (manuscrit), Genève, I.U.H.E.I., 2007, pp. 227-232, les mêmes considérations sont valables pour les obligations *erga omnes* et le *ius cogens*.

placerait hors de portée de la pratique contraire et violatrice¹⁵⁹⁴. Par exemple, l'absence d'opposition lors d'actes menés en violation du droit de recourir à la force ne devrait pas créer de nouvelles exceptions.

À la suite d'une violation d'une obligation de nature *erga omnes* ou du *ius cogens*, l'ensemble de la communauté internationale *peut* prendre des contre-mesures¹⁵⁹⁵. En cas de violation du *ius cogens*, l'article 41 prévoit deux séries de mesures :

« CONSÉQUENCES PARTICULIÈRES D'UNE VIOLATION GRAVE D'UNE OBLIGATION EN VERTU DU PRÉSENT CHAPITRE

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.
2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation [...] ».

Les « États » au sens de l'article 41 sont ceux qui ne sont pas auteurs de la violation. Dans le paragraphe premier, dont la nature coutumière était incertaine lors de l'adoption du texte¹⁵⁹⁶, le comportement demandé est *a minima*. La coopération n'équivaut pas à des protestations, ni à des contre-mesures, des discussions au sein de forums internationaux suffisent¹⁵⁹⁷. Le deuxième paragraphe est formulé de manière négative et vise essentiellement un comportement d'abstention¹⁵⁹⁸.

Si une violation – ou des violations répétées – d'une norme impérative du droit international général¹⁵⁹⁹, n'est pas suivie par des protestations, et cela à de multiples reprises et sur de nombreuses années, la question

¹⁵⁹⁴ G. ABI-SAAB, « La notion de "pratique" en droit international : la pratique et la théorie des sources du droit international », in M. G. KOHEN et M. J. LANGER (éds), *Le développement du droit international*, op. cit., p. 95 : « [Les règles de droit] que la société considère comme particulièrement importantes sont entourées, au cours du processus de cristallisation, par des couches supplémentaires de garantie pour accroître leur densité et leur résistance à l'assaut des violations. C'est cela l'essence de l'idée du *ius cogens*. La pratique violatrice, même quand elle est persistante, ne défait pas nécessairement la règle, si celle-ci a été consolidée et blindée par la volonté sociale (ou collective des États) ».

¹⁵⁹⁵ Dites « contre-mesures collectives », cf. art. 48 et 54 TCDI ; R. KOLB, *The International Law of State Responsibility*, op. cit., pp. 173-174 et 183-184.

¹⁵⁹⁶ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 308, § 3.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, pp. 308-309. L'avis consultatif relatif aux *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* (2019, CIJ, Rec. 2019, § 180) semble indiquer que l'ONU est le forum privilégié de ces discussions.

¹⁵⁹⁸ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 309, § 4. Réaffirmé dans l'avis consultatif *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, 2019, CIJ, Rec. 2019, § 176 *in fine*.

¹⁵⁹⁹ Art. 40 TCDI.

se pose tout de même de la modification de la norme primaire. Comme les États sont juges et parties, l'absence de réaction vaut, pour le *ius cogens* comme pour la coutume, pratique et indication de l'*opinio iuris*. L'acquiescement est une forme privilégiée de pratique/*opinio iuris* dans ce cas : largement partagé, il permet d'infléchir la norme pour la faire correspondre à la situation effective. L'acquiescement se trouve à la jonction entre légalité et effectivité, objectivité et subjectivité. Le choix *discrétionnaire* des États de ne pas s'opposer à une violation (par ex. par des contre-mesures) se mue en changement de la légalité s'il se perpétue. L'assainissement d'une situation violant le *ius cogens* ainsi que le changement d'une norme de *ius cogens* par le jeu de l'acquiescement sont envisageables dans des cas exceptionnels dénotant une *opinio iuris* favorable au changement¹⁶⁰⁰. Encore une fois l'acquiescement se démarque par la flexibilité qu'il offre aux relations internationales ; le vecteur de transformation offert par les instruments informels est d'une importance capitale dans un système décentralisé.

Une dernière caractéristique nous est utile afin de jauger la spécificité de l'acquiescement au droit international : la compétence des cours et tribunaux, obtenue sur une base consensuelle¹⁶⁰¹. En dehors d'un jugement, les États disposent de moyens diplomatiques pour résoudre leurs différends (négociation, médiation, bons offices, etc.)¹⁶⁰². En tant que tel, l'acquiescement est essentiellement *constaté* par un tribunal ; le recours à des modes non juridictionnels de règlement des différends ne permet pas de vérifier ses conditions. Certes un État peut unilatéralement invoquer l'acquiescement dans ses échanges diplomatiques, mais ce qui sera déterminant pour la solution du conflit sera l'acceptation de la *prétention* par la partie adverse, peu importe qu'elle se base sur l'acquiescement.

Ce passage obligé devant une instance freine-t-il ou confirme-t-il l'appartenance de l'acquiescement au système international ? Les cours constatent les occurrences de l'acquiescement *stricto sensu*¹⁶⁰³, *lato sensu* au contraire, et comme on l'a vu plus haut, il existe hors des juri-

¹⁶⁰⁰ Plus nuancé et en faisant référence aux similitudes de l'acquiescement avec la coutume : A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, op. cit., pp. 403-404.

¹⁶⁰¹ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., op. cit., p. 17, § 21. Pour le *forum prorogatum*, qui est une forme d'acquiescement : R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., pp. 380-391.

¹⁶⁰² P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., op. cit., pp. 591-601 ; cf. *infra*, Ch. 7.II.

¹⁶⁰³ Quand il y a correspondance du fond (*qui loqui...*) et de la forme (nom donné au processus) ; spéc. pour les différends territoriaux.

dictions des processus qui, structurellement, emploient l'acquiescement (changement du droit, adaptation informelle de traités). Nous ne pensons pas que cette toute-puissance du constat judiciaire diminue l'importance de l'acquiescement ; c'est là une caractéristique commune aux modes informels ¹⁶⁰⁴.

Nous concluons cette première sous-hypothèse relative aux principes généraux du droit en affirmant que l'acquiescement, s'il n'est pas une création originale du système international, y est en tout cas d'une importance bien plus marquée que dans les ordres nationaux. Au vu des conséquences de la décentralisation, les modes informels d'adaptation du droit et les alternatives au consentement exprès ¹⁶⁰⁵ occupent un rôle de pivot dans l'ordre international.

b. *Un principe logique ?*

Selon la seconde subdivision, l'acquiescement appartiendrait aux principes généraux du droit existant par « implication nécessaire » dans tout ordre juridique (nationaux, transnationaux, international). On trouve dans cette catégorie des axiomes (*pacta sunt servanda*) et des principes universels (interdiction de l'abus de droit). Cette seconde subdivision ne se focalise plus sur les particularités de l'ordre international, mais sur sa communauté avec les autres ordres.

Le paradoxe de ces principes « logiques » est qu'ils devraient être corroborés dans de nombreux ordres juridiques internes ; il y aurait alors confusion entre principes généraux *de* droit, communs aux ordres nationaux et transposés en droit international pour cette raison, et principes généraux *du* droit, soubassements des systèmes juridiques. Si l'acquiescement n'a pas été localisé avec précision dans les principes de droit, il ne devrait pas plus l'être dans les principes « logiques » du droit. La différence entre normes primaires et secondaires au sens de Hart ¹⁶⁰⁶ s'avère-t-elle de quelque secours pour nuancer ces deux principes ? Notre hypothèse serait de voir dans l'acquiescement ou *estoppel* des droits nationaux des normes primaires prescrivant des obligations et dans l'acquiescement international (au sens de principe logique) une norme

¹⁶⁰⁴ Une reconnaissance tacite, un accord tacite, une renonciation tacite doivent aussi être constatés par le juge.

¹⁶⁰⁵ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 141.

¹⁶⁰⁶ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 79 et s. ; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 13, § 17.

secondaire¹⁶⁰⁷. Mais est-ce bien la place de l'*estoppel* et de l'acquiescement dans les ordres nationaux ? On peut en douter : l'acquiescement est constaté lors de l'instance en droit français, l'*estoppel* empêche de faire valoir une prétention. Ni l'un ni l'autre n'indiquent une ligne de conduite à tenir, l'enjeu de l'institution est la conséquence d'un comportement : au sens de Hart, les normes primaires équivalent à une obligation de faire ou de s'abstenir.

En fait, tout dépend du *moment* où l'on se place. Au stade initial du pur processus, l'acquiescement est une norme secondaire qui va permettre la « creation or variation of duties or obligations »¹⁶⁰⁸. Ensuite, une fois l'acquiescement constitué (ou constaté), il prévoit de nouveaux droits et obligations à charge des parties, et correspond à la définition d'une norme primaire qui « *require[s] to do or abstain from certain actions* »¹⁶⁰⁹. Hart avait mis en évidence la possible superposition des règles primaires et secondaires¹⁶¹⁰.

Considéré en amont, l'acquiescement est une norme secondaire, une « procédure spécifique », similaire à la vérification des conditions de conclusion et de validité d'un traité¹⁶¹¹ ou d'un acte unilatéral. En aval par contre, le point focal est sur son *effet*, c'est-à-dire le droit perdu ou l'obligation créée. À travers le prisme de la responsabilité, il est patent qu'un acquiescement ne puisse pas être violé comme l'est une obligation usuelle, l'interdiction du recours à la force par exemple. Ce qui est violé suite à un acquiescement, c'est la nouvelle situation de droits et d'obligations¹⁶¹².

Une difficulté supplémentaire surgit : il n'existe pas un acquiescement, mais *des* acquiescements. L'acquiescement type, reconstituit à partir de ses manifestations dans les nombreux domaines du droit international¹⁶¹³, est une matrice vide : l'obligation correspon-

¹⁶⁰⁷ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 13, § 17. Les principes généraux du droit « logiques » peuvent inclure autre chose que des normes secondaires. Par ex. *pacta sunt servanda*. *Contra* : H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 233-235 qui voyait dans *pacta* la règle faïtière de reconnaissance valable pour *tout* le droit international. On sait maintenant avec la coutume et sa dimension objective que le paradigme de l'affaire du *Lotus* est dépassé. Cf. K. SCHMALENBACH, « Article 26 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 432-437, §§ 11-22.

¹⁶⁰⁸ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 81.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶¹¹ Selon P.-M. Dupuy, la majeure partie de la CVDI est composée de normes secondaires : *Droit international public*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 13, § 17.

¹⁶¹² L'acquiescement est une « cause efficiente » qui s'efface dès qu'elle a déployé ses effets.

¹⁶¹³ A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, p. 398 : « There is so far no general theory of acquiescence; it has not yet been constructed on the basis of existing

dante serait le devoir générique de réagir (protestation, opposition) pour éviter qu'il ne se réalise. Dans cette perspective il s'agit d'une norme primaire imposant un devoir. Au-delà de cette matrice vide, le potentiel d'application de l'acquiescement est quasi illimité¹⁶¹⁴, l'ensemble des domaines et obligations peuvent être modifiés par son opération, et, à ce titre, il correspond à une norme secondaire :

« Rules of the first type impose duties [...] rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, *but to the creation or variation of duties or obligations* »¹⁶¹⁵.

Un argument subsidiaire pour rattacher exclusivement l'acquiescement aux normes secondaires se focalise sur la charge de réagir. Cette « obligation » ne survient que dans le cadre plus large du processus d'acquiescement. Ainsi, la protestation ou opposition n'est pas une obligation indépendante, mais une « incombance » : c'est-à-dire un élément et une condition de fonctionnement de la norme secondaire¹⁶¹⁶.

La distinction entre normes primaires/secondaires devait nous éclairer sur l'appartenance de l'acquiescement aux principes généraux du droit du type logique. Le recours à cette distinction n'est pas concluant, les deux arguments sont possibles. En chemin, d'autres enseignements ont pu être glânés : cela a permis de mettre en évidence le caractère « mixte » de l'acquiescement : la classification est essentiellement une question de choix du point de vue et de l'instant déterminant pour l'examen. Les acquiescements présents dans les ordres internes ne peuvent, eux, pas atteindre le niveau d'abstraction d'un principe général du droit de type logique. Ces tâtonnements confirment le caractère de principe général de l'acquiescement, peu importe sa nature exacte en tant que principe.

Du reste, ce n'est guère parce qu'une institution juridique est présente dans de nombreux ordres nationaux qu'elle constitue un principe logique, axiomatique du droit et qu'à ce titre elle se retrouvera également en droit international. La transposabilité¹⁶¹⁷ est fonction du caractère du droit international. Certes la constatation d'une communauté de règles est la première étape, mais il faut encore qu'elles soient susceptibles

practice. Such a theory should be based not only on individual manifestations of acquiescence, but also with due account to the general framework ».

¹⁶¹⁴ Sauf dans le cas du *ius cogens* et des « droits de pure faculté ».

¹⁶¹⁵ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 81, nos italiques.

¹⁶¹⁶ Le devoir de réduire le dommage (art. 39 TCDI) présente une configuration similaire : il ne survient que suite à un acte illicite.

¹⁶¹⁷ A. PELLET, « Article 38 », op. cit., p. 840, § 267.

de s'acclimater au droit international. En matière d'aménagement du territoire, certains principes sont éligibles à la transposition, en particulier l'étude d'impact environnementale (*environmental impact assessment*), émanation du principe de précaution¹⁶¹⁸. Cette obligation a d'abord existé en droit interne¹⁶¹⁹, il s'agit de prévoir quelles seront les conséquences d'un projet. Cette obligation est transposable selon la Cour :

« On peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière [...] »¹⁶²⁰.

Cependant l'obligation de mener une étude d'impact n'existe pas en isolation¹⁶²¹ :

« Il revient à chaque État de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, *ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise* »¹⁶²².

Une autre institution connexe est la responsabilité pour les dommages résultant d'activités licites¹⁶²³. *Due diligence*, prévention et étude d'impact sur l'environnement s'entremêlent en droit international¹⁶²⁴.

Le passage d'une institution nationale au niveau international offre un triple enseignement¹⁶²⁵. 1 : Il n'est pas nécessaire qu'un principe général soit de niveau « logique » ou « systémique » pour intégrer

¹⁶¹⁸ Ou principe de prévention. U. BEYERLIN, « Different Types of Norms in International Environmental Law », in D. BODANSKY, J. BRUNNÉE et E. HEY (éds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, OUP, 2010, p. 440.

¹⁶¹⁹ En droit suisse : art. 10 et s. de la Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983, RS 814.01 ; F. JUNGO, *Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse. Avec des perspectives de droit international et de droit européen*, Genève, Schulthess, 2012, 370 p. ; N. CRAIK, « Principle 17: Environmental Impact Assessment », in J. E. VIÑUALES (éd.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, pp. 451-469.

¹⁶²⁰ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, 2010, CIJ, *Rec. 2010*, p. 83, § 204.

¹⁶²¹ N. CRAIK, « Principle 17: Environmental Impact Assessment », *op. cit.*, p. 466-468.

¹⁶²² *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, 2010, CIJ, *Rec. 2010*, p. 83, § 205, nos italiques.

¹⁶²³ L'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, 2010, CIJ, *Rec. 2010*, p. 82, § 203) cite le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté en 2001.

¹⁶²⁴ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière, etc.*, 2015, CIJ, *Rec. 2015*, p. 45, § 104.

¹⁶²⁵ Voy. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition, *op. cit.*, p. 123, § 129 : « Nombre de propositions que nous appelons principes généraux de droit sont

l'ordre international, des principes largement partagés dans les ordres nationaux qui prévoient des obligations (normes primaires) peuvent être transposés en droit international (principes généraux *de* droit). 2 : Les principes ainsi reçus n'existent pas en isolation, ils se croisent et se renforcent mutuellement. 3 : Une fois reçu en droit international, le principe général subit un processus de spécification.

Il en va de même pour l'acquiescement : une fois reçu en droit international, il s'y incorpore selon ses propres critères et en fonction des autres institutions contiguës du droit international. Ses occurrences en tant que norme primaire peuvent aussi avoir été directement transposées en droit international en tant que principe général *de* droit, parallèlement à la création autonome d'un principe général *du* droit ¹⁶²⁶.

Ces réflexions n'assignent pas l'acquiescement à un type de principe en particulier. Cependant elles éclairent toute la complexité du processus de réception et de création d'un principe au sein du système des sources ¹⁶²⁷. En rétrospective, ce qui plaide le plus pour voir dans l'acquiescement un principe du droit « logique » est son caractère d'alternative au consentement ; il s'insinue là où les formes écrites ou exprès n'ont pas l'exclusivité. Ce faisant, il contribue à garantir la souplesse de tout ordre juridique ¹⁶²⁸.

4. *L'acquiescement comme mise en œuvre de la bonne foi ?*

Il est temps de passer à l'examen de la troisième et dernière hypothèse ; la nature de l'acquiescement comme dépendante de celle de la bonne foi ¹⁶²⁹. La doctrine assigne-t-elle la bonne foi aux principes généraux *de* ou *du* droit ? Cette entreprise de classification est un peu vaine, l'acquiescement étant déjà complexe à définir, la bonne foi, encore plus diffuse, représente un vrai casse-tête ¹⁶³⁰. Kolb distingue trois rameaux

issues de la consolidation progressive de maximes juridiques ou de la condensation en catégories d'une pratique développée autour de notions standards ».

¹⁶²⁶ Une telle réception serait « mixte », principes *de* et *du* droit se côtoyant. Les interactions qui en résulteraient sont complexes à définir. Cependant, l'importance de la distinction diminue en pratique : l'application de l'acquiescement est fragmentée dans les divers domaines du droit. Les tribunaux font l'économie d'assigner une source à l'acquiescement et se concentrent sur sa réalisation ou non.

¹⁶²⁷ On examinera dans la section 6 les autres principes entourant l'acquiescement.

¹⁶²⁸ L'acquiescement permet la création d'obligations sans passer par *pacta sunt servanda* : R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition, *op. cit.*, p. 99, § 37.

¹⁶²⁹ Ou l'acquiescement comme une émanation de la bonne foi ; c'est en dernier lieu à la nature de celle-ci qu'il faut se référer.

¹⁶³⁰ Déjà parce que la bonne foi connaît différentes acceptations et ensuite car à ce niveau de généralité, les critères d'appartenance aux principes généraux perdent de leur pertinence.

de la bonne foi¹⁶³¹ : subjective (aspect factuel de l'état d'esprit interne), semi-objective (standard de comportement « raisonnable ») et objective (subdivisée en trois sous-principes : protection d'attentes, de finalités, ou du droit lui-même)¹⁶³².

La bonne foi objective est un principe de droit, mais avec un *caveat* important :

« La bonne foi en tant que principe général de droit, *qu'il soit tiré par analogie des droits internes ou qu'il soit un principe général propre à tout ordre juridique par implication nécessaire* [...] »¹⁶³³.

Comme pour l'acquiescement l'espoir de cantonner la bonne foi objective à un principe *de* ou *du* droit disparaît. Pire, si la bonne foi est un principe du droit, elle est à considérer comme faisant partie du *ius cogens* car elle est indérogeable¹⁶³⁴. Toutefois ni l'*estoppel*, ni l'acquiescement ne seraient automatiquement élevés au rang de *ius cogens* car les États peuvent en rejeter l'application¹⁶³⁵. La bonne foi objective est la source la plus directe pour l'acquiescement, dans sa première subdivision elle a pour but de :

« [P]rotéger la confiance légitime qu'un sujet de droit a fait naître chez un autre par ses actes, omissions, déclarations ou comportements. [...] Cet aspect domine en de nombreuses matières : l'acquiescement normatif, l'estoppel, la prescription, certaines modalités de la formation coutumière, les actes unilatéraux, les actes concertés non conventionnels, la théorie de l'apparence, etc »¹⁶³⁶.

Cette forme met en lumière l'aspect interactif et extérieur de l'acquiescement, déconnecté des intentions étatiques¹⁶³⁷. Les comportements adoptés, peu importe leur motivation, et pour autant qu'ils remplissent certains critères¹⁶³⁸, sont opposables à leur émissaire.

¹⁶³¹ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition, *op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁶³² *Ibid.*, p. 107, § 71.

¹⁶³³ *Ibid.*, p. 124, § 133, nos italiques.

¹⁶³⁴ *Ibid.*, p. 133. Il s'agirait d'un principe « impératif ». *Contra* : les normes de *ius cogens* appartiennent à une autre source, *i.e.* la coutume : H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, pp. 158-163. *Synthèse* : le processus coutumier et celui des principes généraux éclairent la création du *ius cogens* : A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, *op. cit.*, pp. 125-126.

¹⁶³⁵ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition, *op. cit.*, p. 133, § 181. Le *ius cogens* est partiellement immunisé contre l'acquiescement : G. ABI-SAAB, « La notion de "pratique" en droit international : la pratique et la théorie des sources du droit international », in M. G. KOHEN et M. J. LANGER (éds), *Le développement du droit international*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁶³⁶ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition, *op. cit.*, p. 124, § 135.

¹⁶³⁷ La similitude acquiescement-consentement tacite serait-elle le fruit d'une *convergence évolutive*, convergence réalisée en dehors de toute parenté directe ? A. MESOUDI *et al.*, « Perspective: is human cultural evolution Darwinian? Evidence reviewed from the perspective of the Origin of Species », *Evolution*, 2004, vol. 58 (1), p. 9.

¹⁶³⁸ C'est la limite « de bonne foi » au principe de la confiance : R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition, *op. cit.*, p. 129, § 158 : « Le sujet en question

Qu'en est-il dans la bonne foi subjective¹⁶³⁹ et semi-objective (« raisonnable ») ? La première marque son importance dans la prescription acquisitive, sans être pour autant une condition à la constitution d'un titre valable¹⁶⁴⁰. Il s'agit de vérifier « l'état d'esprit » d'une partie, ce *serait*¹⁶⁴¹ la bonne foi de l'État qui, sans s'en rendre compte, empiète sur un territoire dont il n'a pas la souveraineté. Quant à la bonne foi semi-objective, elle a pour but de donner un standard souple et indéterminé, une référence pour jauger la conduite « de bonne foi » des États. L'acquiescement utilise ce standard du comportement « raisonnable », « de bonne foi » afin de déterminer quel aurait été le comportement adéquat à adopter pour *éviter* un acquiescement : à quel moment une protestation aurait dû être formulée, est-ce qu'il y a eu tardiveté à réagir, et, surtout est-ce que l'État aurait pu être averti de l'empiètement (*constructive knowledge*)¹⁶⁴².

Quelle lumière la bonne foi jette-t-elle sur notre sujet ? Son rameau le plus pertinent est la bonne foi objective, ou confiance légitime, dont la nature de principe est certaine, mais la qualification exacte reste floue. Pour Thirlway également, la bonne foi est un principe général sans préciser *de* ou *du* droit¹⁶⁴³. Cet auteur n'entre pas plus dans le débat de la bonne foi objective ou subjective, néanmoins il indique que « [good faith is] not creative of obligations, but rather governs the way in which existing obligations are carried out or existing rights exercised »¹⁶⁴⁴. Dans cette veine, la bonne foi est candidate à être un principe général *du* droit, voire même un principe au sens logique. L'acquiescement dépend de la bonne foi sans doute possible, mais cette conclusion n'apporte pas de solution autre que confirmer l'appartenance de l'acquiescement aux principes généraux. Tout au plus ce sont les principes *du* droit international qui semblent le mieux correspondre à la bonne foi.

doit avoir pu honnêtement faire confiance aux comportements d'autrui. Tel n'est pas le cas s'il y a négligence. Tel n'est pas le cas non plus si le comportement était trop équivoque pour pouvoir fonder une confiance ».

¹⁶³⁹ *Ibid.*, p. 108, § 75 : « Liée à la connaissance d'un sujet de faits particuliers, la bonne foi est ici une notion psychologique d'ordre purement subjectif ».

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 109, § 81.

¹⁶⁴¹ Dans notre lecture du droit international et de Kolb, la bonne foi subjective n'est pas une condition à l'acquiescement, c'est en termes de bonne foi objective que la question se résout : *ibid.*

¹⁶⁴² H. Thirlway souligne : « When the Court takes into consideration an alleged rules or principle of law, it is doing so, as it were, retrospectively, *in order to measure against it the conduct or the claims of a State* » (*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1, *op. cit.*, p. 233, nos italiques).

¹⁶⁴³ *Ibid.*, pp. 9 et s.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 20.

5. *Bilan des hypothèses*

Il s'exprime avant tout par un contraste : la doctrine penche pour une classification parmi les principes, en excluant les traités et la coutume. Le détail de l'appartenance aux principes de ou du droit, ou aux principes existant par « implication nécessaire » est inextricable : le niveau de généralité, conjugué à la dimension chronologique, exclut toute possibilité de raisonnement linéaire. On conclut à l'approche postulée par *ubi societas ibi ius*¹⁶⁴⁵ : l'acquiescement¹⁶⁴⁶ serait contenu en germe dans l'ADN de la société internationale¹⁶⁴⁷.

Envisager le détail de son apparition en le reconduisant à l'article 38 SCIJ est une chimère. L'article 38 ne se prononce pas sur le mode de formation des principes, la vérification ne porte que sur le caractère juridique ou non du principe¹⁶⁴⁸. La CDI s'est emparée du sujet et analyse de manière détaillée les principes généraux¹⁶⁴⁹.

La nature de l'acquiescement en tant que principe possède une autre implication, il devient peu sujet à la modification¹⁶⁵⁰ par voie de désuétude¹⁶⁵¹ ou de « coutume contraire ». Les principes se situent à un haut niveau d'abstraction, ils consacrent une idée. À l'exception notable de la

¹⁶⁴⁵ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, op. cit., pp. 46-47 ; R. AGO, « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956-II, pp. 928-929, § 15.

¹⁶⁴⁶ L'acquiescement en tant que concrétisation de la bonne foi-confiance légitime et d'autres principes apparentés. Sa substance est nécessaire, mais sa forme définitive est contingente (E. GILSON, *L'esprit de la philosophie médiévale*, Paris, Vrin, 1998, pp. 65-66).

¹⁶⁴⁷ Ce qui ne signifie pas qu'il constitue un principe au sens « logique » ou « par implication nécessaire », *ubi societas ibi ius* se distancie de l'approche formaliste des sources : « [Certaines] normes sont logiquement dépourvues de toute "source formelle". Il est donc absurde de se poser, à leur égard, le problème de la recherche des "faits normatifs" qui auraient dû les créer, tout comme *il est absurde de penser que la preuve de leur existence en tant que règles de droit serait atteinte simplement parce qu'on aurait trouvé une prétendue "source" à laquelle on les attribuerait* » (nos italiques), R. AGO, « Science juridique et droit international », op. cit., p. 929.

¹⁶⁴⁸ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit., pp. 208-209 ; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit., p. 24 ; A. PELLET, « Article 38 », op. cit., p. 835, § 257.

¹⁶⁴⁹ CDI, Texte du projet de conclusions provisoirement adopté par le Comité de rédaction en première lecture, Doc. A/CN.4/L.982, 12 mai 2023, 3 p. Les projets de conclusion n^{os} 5 et 7 distinguent l'émergence des principes *de* et *du* droit.

¹⁶⁵⁰ La voie de l'interprétation, qui se distancie peu de leur application dans le cas des principes, reste ouverte (par analogie à l'interprétation du droit coutumier, voy. : A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 496-510, spéc. p. 503). Déceler une modification d'un principe général nécessiterait de le suivre sur de longues années et, si une modification apparaît, on devrait encore exclure que cette adaptation soit commandée par les circonstances (R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 241, § d).

¹⁶⁵¹ A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, op. cit. ; G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *RGDIP*, vol. 111, 2007, pp. 609-642.

bonne foi¹⁶⁵² et de la « notion of estoppel, with its companions or linked ideas of acquiescence and preclusion, derived [...] from “fundamental principles of good faith and equity” »¹⁶⁵³, les principes ne sont pas souvent appliqués en leur nom propre¹⁶⁵⁴. Quand ils le sont, ils restent cantonnés à un domaine en particulier, *i.e.* les délimitations maritimes, les différends territoriaux, et cela, en retour, influe sur les conditions définitives d'application.

Certains principes ne sont pertinents que dans un domaine, c'est en tout cas l'image qui apparaît à la lecture d'un arrêt de la CIJ :

« La Cour note qu'il est fait référence aux attentes légitimes dans certaines sentences arbitrales concernant des différends entre un investisseur étranger et l'État hôte dans lesquelles ont été appliquées des dispositions conventionnelles prévoyant un traitement juste et équitable. Il n'en découle pas qu'il existerait en droit international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime »¹⁶⁵⁵.

La Cour se défausse de manière fort économe en sous-entendant que les attentes légitimes, parce qu'elles sont incorporées *expressis verbis* dans des traités¹⁶⁵⁶, ne peuvent être des principes de droit international général. Le standard du FET, dont découlent les attentes légitimes, serait-il donc un principe « sectoriel »¹⁶⁵⁷ attaché au régime des investissements ? Une autre explication à la conclusion – selon nous correcte – à laquelle parvient la CIJ est que le FET n'est pas différent de l'acquiescement, de l'*estoppel* et qu'il constitue une incarnation de la bonne foi¹⁶⁵⁸. Dans un passage de l'affaire *Norstar*, que nous reproduisons en anglais, le Panama affirme que :

« Italy does not deserve protection by means of “the principle of legitimate expectations, which are a core of extinctive prescription, acquiescence and estoppel” »¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵² H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 9-27.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, p. 27.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 232.

¹⁶⁵⁵ *Obligation de négociier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 50, § 162.

¹⁶⁵⁶ La référence aux FET dans les traités est lapidaire et tautologique, ce qui incite à penser qu'il s'agit de principes. Voy. les exemples de clauses dans R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pp. 131-136. Pour une analyse empirique des FET, qualifiées de « super normes », ou encore de « most open-ended of standards », cf. M. WAIBEL, « Fair and Equitable Treatment as Boilerplate », *American Review of International Arbitration*, vol. 30(1), 2019, pp. 85-111.

¹⁶⁵⁷ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 173 (« Self-contained régimes » and their limits).

¹⁶⁵⁸ L'arrêt est placé tout entier sous le signe de l'obligation de négociier de bonne foi l'accès à la mer (*Obligation de négociier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, 2018, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 31-32, §§ 84-90). L'*estoppel* (*id.*, p. 48, § 153), l'acquiescement (*id.*, p. 47, § 149) et les déclarations et autres actes unilatéraux (*id.*, p. 44, § 40) ayant été rejetés il va de soi que les attentes légitimes le seront aussi.

¹⁶⁵⁹ *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt sur les exceptions préliminaires du 4 novembre 2016, p. 70, § 299.

Le TIDM ne se prononce pas tout en estimant utile de reproduire l'argument dans son jugement. Cela démontre suffisamment que les principes qui concrétisent la bonne foi peuvent se recouvrir et ne sont pas homogènes à travers le droit international.

À l'inverse, le FET ne laisse de place ni à l'acquiescement, ni à l'*estoppel* en droit des investissements¹⁶⁶⁰. Ce constat n'est pas isolé : dans le droit de l'OMC, l'*estoppel* ne trouverait pas application¹⁶⁶¹. Ainsi l'expression de l'acquiescement-principe varie selon les domaines, la concrétisation finale peut emprunter différentes voies tout en restant fidèle à l'idée maîtresse.

Quel jeu s'établit entre les acquiescements coutumiers de la section précédente et l'acquiescement-principe ? Selon Kolb : « Avec l'évolution du droit international, les principes généraux se transforment d'ailleurs souvent en règles conventionnelles ou coutumières »¹⁶⁶². Les principes se disséminent dans les domaines du droit international, ils s'y concrétisent et trouvent une application directe, apte à répondre à la situation de fait¹⁶⁶³. L'acquiescement obéit au même schéma, du principe mère de la bonne foi qu'il concrétise, c'est dans les coutumes (différend territorial, maritime, droit des traités) qu'il se matérialise. Le principe de l'acquiescement est à disposition des États, c'est ensuite par leur *pratique* qu'ils choisissent dans quel domaine et avec quelle configuration il va s'appliquer. Dans la concrétisation d'ordre coutumier, l'*opinio iuris* devrait encore être prouvée, dans l'idéal la pratique de chaque domaine devrait être étudiée et mise en corrélation avec elle. Un raccourci envisageable serait d'utiliser l'acquiescement-principe comme preuve de l'*opinio iuris*. Au final la situation paraît un peu plus délicate : suivant le domaine, l'acquiescement se perd ou s'exprime déjà à travers d'autres institutions de rang coutumier ou conventionnel, il n'a pas de place propre¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶⁰ Les *legitimate expectations* expriment un acquiescement taillé à la mesure des investissements, il faut notamment tenir compte des acteurs impliqués (États et entreprises ; but de l'opération qui oriente la protection) : F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., pp. 86-87 (« At first glance, the rationale behind the principle of legitimate expectations rests on the need to protect the individual's reliance on the conduct of another party »).

¹⁶⁶¹ P. C. MAVROIDIS, « No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts », *AJIL*, vol. 102 (3), 2008, p. 441 : « Following the AB's decision in *EC-Export Subsidies on Sugar*, it seems safe to conclude that, as things stand, the estoppel principle, as we know it in public international, has no current place in the WTO legal regime ».

¹⁶⁶² R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 240.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 233.

¹⁶⁶⁴ Il en va ainsi du droit des investissements qui utilisent le critère des FET et, dans celui-ci, des *legitimate expectations*.

6. *L'acquiescement confronté à l'ordre juridique international et aux autres principes généraux*

Hors des trois hypothèses précédemment traitées¹⁶⁶⁵, il sied encore de parcourir les occurrences de l'acquiescement lorsqu'il est évoqué comme principe. Ensuite, et afin de se faire une idée de son écosystème normatif, les principes généraux *de* ou *du* droit voisins et apparentés seront passés en revue.

a. *L'affirmation de l'acquiescement comme principe général*

Dans l'affaire *Norstar*, l'Italie soutenait que « [les] principes d'acquiescement, d'estoppel et de prescription extinctive, [...] sont tous, d'après elle, des principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ »¹⁶⁶⁶. Plus loin, le tribunal confirmait l'argumentation italienne : « Le Tribunal relève que la question de la recevabilité d'une demande peut être appréciée au regard *des principes bien établis du droit international relatifs à l'acquiescement*, l'estoppel et la prescription extinctive »¹⁶⁶⁷. Au final l'exception d'irrecevabilité ne fut pas retenue¹⁶⁶⁸. Le tribunal ne se perd pas dans de longs développements quant à la nature de l'acquiescement normatif, il rejoint la position italienne¹⁶⁶⁹, et l'applique à un domaine bien particulier : la recevabilité. Vu que plusieurs arguments complémentaires sont avancés, le TIDM examine pour chacun son élément « caractéristique » : pour l'acquiescement le silence¹⁶⁷⁰, pour l'*estoppel* le dommage¹⁶⁷¹, et pour la prescription l'écoulement du temps entre les communications¹⁶⁷². Dans ce cas l'acquiescement est véritablement utilisé dans son rôle de principe destiné à être appliqué de manière générique à toute matière du droit international¹⁶⁷³, sa seule particularisation est l'insistance du TIDM sur le silence comme condition prédominante¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁶⁵ L'acquiescement comme 1) principe général de droit, 2) principe du droit, 3) comme dépendant de la bonne foi.

¹⁶⁶⁶ *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt sur les exceptions préliminaires du 4 novembre 2016, p. 66, § 274.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 71, § 301, nos italiques.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 74, § 314.

¹⁶⁶⁹ D'ailleurs le Panama n'avait contesté ni l'existence, ni la nature de ces principes, mais leur satisfaction dans le cas d'espèce : *ibid.*, p. 71, § 302.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 72, § 304.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 73, § 307.

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 74, § 313.

¹⁶⁷³ R. KOLB, « Principles as sources of international law », *NILR*, vol. 53 (1), 2006, p. 23 : « Estoppel and [...] normative acquiescence, as previously discussed [are] directed to a completely open-ended array of facts [...] ».

¹⁶⁷⁴ *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt sur les exceptions préliminaires du 4 novembre 2016, p. 72, § 304.

L'affaire du *Golfe du Maine* confirme le lien de l'acquiescement avec la bonne foi :

« La Chambre constate en tout cas que les *notions d'acquiescement et d'estoppel, quel que soit le statut que leur réserve le droit international*, découlent toutes deux des principes fondamentaux de la bonne foi et de l'équité » ¹⁶⁷⁵.

La chambre de la CIJ fait l'économie de la nature exacte des deux institutions ; elle applique ces « notions » en les liant à la bonne foi et à l'équité (« equity »). La reconnaissance par la chambre de l'application d'un principe tient du passage en force, il suffit d'identifier le principe mère dont il découle pour en justifier l'application.

La session de l'IDI de 1995 relatif aux « conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers » affirme également le statut de principe de l'acquiescement :

« [...] b) dans des circonstances particulières, les membres d'une organisation internationale peuvent être responsables à raison des obligations de l'organisation en application d'un principe général pertinent du droit international *tel que l'acquiescement ou l'abus de droit* [...] » ¹⁶⁷⁶.

Le détail de l'inclusion de l'acquiescement est un peu obscur, il semblerait qu'un amendement mentionnant le comportement des États en soit à l'origine ¹⁶⁷⁷. L'article 5 de la résolution de l'IDI délimite les modes d'engagements de la responsabilité dans le cas exceptionnel où le *membre* d'une organisation internationale est responsable.

Postérieurement, la CDI s'est elle aussi saisie de la question de la responsabilité des organisations internationales ¹⁶⁷⁸. C'est à l'article 62 du projet que le cas de la responsabilité de l'État membre est traité :

« 1. Un État membre d'une organisation internationale est responsable à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation dans le cas où :
a) Il a accepté la responsabilité pour ce fait envers la partie lésée ; ou
b) Il a amené le tiers lésé à se fonder sur sa responsabilité [...] » ¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁵ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130, nos italiques. Dans le même paragraphe la CIJ renonce à entrer « dans un débat théorique ».

¹⁶⁷⁶ IDI, *Les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers*, Session de Lisbonne, 1995, p. 3, art. 5, nos italiques.

¹⁶⁷⁷ IDI, *Annuaire*, vol. 66, t. II, 1995, p. 288 : « Outre les cas de responsabilité stipulés dans les règles de l'organisation, la responsabilité d'un État membre envers un tiers peut, sur base des principes généraux du droit, être engagée en raison du comportement de cet État ».

¹⁶⁷⁸ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2^e partie, 2011, 114 p.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 104.

De l'aveu du commentaire, cette disposition fait écho à l'article 5 précité de l'IDI, en distinguant deux cas (lit. a et b). La lit. a englobe l'hypothèse d'une acceptation tacite¹⁶⁸⁰, tandis que la lit. b vise les attentes légitimes. Comme la démarcation entre acceptation tacite et confiance du tiers (attentes légitimes) est ténue, le commentaire précise que « [l]a confiance des tiers ne repose pas nécessairement sur une acceptation tacite »¹⁶⁸¹. La référence au *principe* disparaît dans le texte de la CDI au profit de deux facettes de l'acquiescement. L'acceptation tacite en est sa dimension « interne » qui prend le point de vue de l'État membre, les attentes légitimes¹⁶⁸² sont « externes », elles protègent la représentation créée auprès des États tiers¹⁶⁸³. La CDI opte pour une spécialisation du principe d'acquiescement en deux branches. Cette vision de l'acquiescement est donc assez ouverte : bien que cantonné à une question de responsabilité, le texte de la CDI indique qu'il peut aussi bien englober le consentement sous sa forme tacite¹⁶⁸⁴ (absence de formalisme) et la protection de la bonne foi objective-confiance légitime¹⁶⁸⁵.

Ce glissement vers d'autres principes se manifeste clairement dans la jurisprudence ; dans *Temple de Préah Vihéar*, *estoppel* et acquiescement sont conjointement appliqués comme principes¹⁶⁸⁶. Cette superposition trouve deux raisons : les tribunaux consolident leurs décisions en recourant à un faisceau de justifications, en omettant d'indiquer la plus pertinente, et, en deuxième lieu, les plaideurs font feu de tout bois, quitte à affaiblir leur argumentation.

L'acquiescement est rarement présent en isolation, les situations dans lesquelles il s'applique nécessitent une part de sélection, de construction, et d'interprétation des faits¹⁶⁸⁷. Comme principe,

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 106, § 6.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 107, § 10.

¹⁶⁸² Qui tendent vers la fiction de l'*estoppel* : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 107, §§ 9-10 et note n° 357.

¹⁶⁸³ Dans sa version anglaise, l'alinéa b prévoit : « It has led the injured party to rely on its responsibility [...] ».

¹⁶⁸⁴ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 106, § 6 : « L'acceptation n'est soumise à aucune condition. Ceci vise à indiquer qu'elle peut être expresse ou tacite et intervenir avant ou après le moment où la responsabilité de l'organisation est engagée ».

¹⁶⁸⁵ R. KOLB, « Principles as sources of international law », op. cit., p. 8.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁸⁷ J. SALMON : « Les faits juridiques insérés dans la règle juridique ne se réfèrent que très imparfaitement à la réalité qu'ils ont pour objet de régir [...]. Le plus souvent il s'agit d'une création propre, d'une vision limitée et partielle du réel, voire d'une fiction » (« Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, vol. 175, 1982-II, p. 294).

l'acquiescement n'est pas reductible à une construction unitaire, monolithique. Le juge Ammoun donne un aperçu des courants qui peuvent, dans un cas d'espèce, imprégner son application :

« L'acquiescement découlant d'un acte juridique unilatéral, ou déduit de la conduite ou de l'attitude de la personne à laquelle il est opposé – soit par application de la notion d'*estoppel by conduct* relevant de l'*equity* anglo-américaine, soit en vertu du principe *allegans contraria non audiendus est* du droit occidental, qui a son pendant dans le droit musulman – figure au nombre des principes généraux du droit accueillis par le droit international comme faisant partie du droit des nations et obéissant aux règles d'interprétation y afférentes. Aussi, lorsque l'acquiescement allégué est tacite [sic !]¹⁶⁸⁸, ainsi qu'il le serait dans la présente cause en tant que déduit du comportement de la partie contre laquelle il est invoqué, il exige la recherche de l'intention manifestant une volonté certaine dépourvue d'ambiguïté »¹⁶⁸⁹.

Les affinités électives de l'acquiescement avec le consentement sont ici soulignées¹⁶⁹⁰, affinité dans l'effet juridique tout d'abord¹⁶⁹¹, plus problématique est l'affinité dans l'exigence d'une *intention*. Cette dernière est résolue par l'exigence d'univocité (« une volonté certaine dépourvue d'ambiguïté ») qui permet d'assimiler l'acquiescement au consentement¹⁶⁹². L'assimilation acquiescement-consentement plonge aussi ses racines dans la dilection d'une partie des juristes pour les traités et la toute-puissante volonté étatique au détriment des sources non formalistes que sont la coutume et les principes généraux¹⁶⁹³. Une part de ruse des tribunaux internationaux n'est pas à exclure dans le choix d'ancrer l'acquiescement dans le consentement : c'est une manière à la fois de rassurer l'ensemble des États qu'ils restent les maîtres du jeu (de la production normative) et de favoriser la bonne réception *inter partes* d'une décision¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁸⁸ Un acquiescement ne peut être que tacite, s'il est « exprès », on entre dans l'acceptation, le consentement, l'accord.

¹⁶⁸⁹ *Plateau continental de la mer du Nord*, Opinion individuelle du juge Fouad Ammoun, CIJ, *Rec.* 1969, pp. 121-122, § 22.

¹⁶⁹⁰ *Contra*, R. Kolb qui nie toute assimilation au consentement : *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 318, § 39.

¹⁶⁹¹ G. DISTEFANO, *Droit international des espaces. Morceaux choisis*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁹² Cette exigence procède d'une série d'équivalences : consentement ≡ intention de se lier ≡ comportement + univocité.

¹⁶⁹³ C'est un lointain écho de l'école volontariste qui reconduisait toute création du droit international à une manifestation de volonté des États. Dans son *Cours de droit international*, D. Anzilotti ne différencie pas la coutume internationale des principes généraux (*op. cit.*, pp. 73-79).

¹⁶⁹⁴ Voy. R. Kolb au sujet de la compétence consensuelle de la CIJ : *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 573, § 121.

b. *L'acquiescement et les principes voisins et apparentés*

On l'aura compris, extirper l'acquiescement hors de son terreau, en isolation, n'est pas chose aisée – voire comporte une part d'artifice. Comme annoncé, c'est pourquoi l'on se tourne maintenant spécifiquement vers son « écosystème » : c'est-à-dire les principes parents ou voisins. *L'estoppel* ne sera pas traité car nous lui avons déjà consacré assez de place.

Dans les lignes suivantes, c'est principalement les mains propres (« clean hands »), *allegans contraria non audiendus est* (« to blow hot and cold »), *nemo turpitudinem suam allegans auditur*, les attentes légitimes (« legitimate expectations ») et *quieta non movere* qui seront brièvement scrutés.

(i) *Quieta non movere*

Dans *Grisbadarna* le tribunal déclara que « [c]'est un principe bien établi, qu'il faut s'abstenir autant que possible de modifier l'état des choses existant de fait et depuis longtemps »¹⁶⁹⁵. Autrement dit : *quieta non movere*¹⁶⁹⁶, principe qui a pour but de prendre en compte les effectivités en leur donnant un statut licite. D'autres affaires s'inspirent implicitement du même principe, l'enjeu est celui de la stabilité de la situation, en particulier quand des frontières sont concernées¹⁶⁹⁷. Les éléments de *quieta non movere* font curieusement penser à ceux de l'acquiescement en matière territoriale¹⁶⁹⁸, dans *Grisbadarna* le tribunal s'est appuyé sur les comportements, la passivité (non-opposition, non-contestation, non-protestation) et le caractère souverain des démarches effectuées¹⁶⁹⁹. La grande différence de ce principe avec l'acquiescement est qu'il insiste sur la situation de fait, tandis que l'acquiescement se focalise sur les prétentions et leur réception (« claims and counter-claims »). La prescription acquisitive n'est pas très éloignée : un délai de 30 ans s'étant écoulé dans *Grisbadarna* ; de même ce cas évoque la consolidation

¹⁶⁹⁵ *Grisbadarna*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 161.

¹⁶⁹⁶ P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *op. cit.*, p. 213.

¹⁶⁹⁷ D. BARDONNET, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *RCADI*, vol. 153, 1976-V, p. 27.

¹⁶⁹⁸ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, *op. cit.*, p. 419.

¹⁶⁹⁹ *Grisbadarna*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 161-162.

historique de titre avant la lettre¹⁷⁰⁰, voire les conditions de l'*usucapion* du droit romain¹⁷⁰¹. *Quieta* ne semble pas avoir acquis une réelle indépendance en tant que principe général.

(ii) *Les « mains propres »*

D'application générale, la doctrine des mains propres (« clean hands ») partage quelques points communs¹⁷⁰² avec l'acquiescement et *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Cette doctrine¹⁷⁰³ a émergé dans le contexte de la protection diplomatique, elle consiste, au stade de l'examen de la recevabilité d'une demande, à exiger une « conduite [antérieure] correcte (*clean hands*) d'un ressortissant lésé »¹⁷⁰⁴. Mais les mains propres peuvent sortir du cadre de la protection diplomatique et se lier aux questions d'application ou d'interprétation d'un traité. Dans *Prises d'eau à la Meuse*, la CPJI refusa d'admettre un traitement différencié au profit des Pays-Bas, ces derniers ayant mené des travaux de construction d'une écluse identique à celle dont ils faisaient grief à la Belgique¹⁷⁰⁵. Les mains propres ne furent pas appliquées en tant que telles, la CPJI considéra que la construction d'écluses ne constituait pas une violation du traité¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 162 ; D. BARDONNET, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁰¹ H. LAUTERPACHT, *Private Law Analogies in International Law*, p. 264, § 125 (*nec vi, nec clam, nec precario*).

¹⁷⁰² Dans l'*Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*, 2019, CIJ, *Rec. 2019*, p. 435, § 59, le Pakistan les avait invoquées aux côtés des « principes "*ex turpi causa [non oritur actio]*" et "*ex injuria jus non oritur*" » [italiques et crochets dans l'original]. Voy. B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 157 ; A. LAGERWALL, *Le principe « ex injuria jus non oritur » en droit international public*, *op. cit.*

¹⁷⁰³ En 2007, un tribunal considérait que « No generally accepted definition of the clean hands doctrine has been elaborated in international law » et ajoutait que « Its application in the instances in which it has been invoked has been inconsistent » : *Delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*, Sentence arbitrale, 17 septembre 2007, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. XXX, pp. 115 et 117.

¹⁷⁰⁴ J. SALMON, « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, vol. 10, 1964, p. 227.

¹⁷⁰⁵ *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, 28 juin 1937, CPJI, *Série A/B*, n° 70, p. 25 ; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁷⁰⁶ *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, 1937, CPJI, *Série A/B*, n° 70, p. 25.

Une nouvelle salve d'invocation des « mains propres » a été inaugurée par l'affaire *LaGrand* ¹⁷⁰⁷. Dans *Avena*, la CIJ déclara :

« Même s'il était démontré que la pratique du Mexique en ce qui concerne l'application de l'article 36 [de la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963] n'était pas exempte de critique, les États-Unis ne pourraient s'en prévaloir comme exception à la recevabilité de la demande mexicaine » ¹⁷⁰⁸.

En dehors des questions consulaires ou de protection diplomatique, la doctrine a été invoquée par le Kenya à titre d'exception préliminaire ¹⁷⁰⁹. Dans les affaires *Certains actifs iraniens* et *Jadhav* ¹⁷¹⁰, la Cour rejette à nouveau l'application de la doctrine ¹⁷¹¹. Factuellement, les USA alléguaient que l'Iran, du fait de son soutien au terrorisme, ne pouvait voir sa demande reçue auprès de la CIJ. La demande iranienne auprès de la CIJ avait précisément été motivée par le blocage de biens iraniens, blocage effectué par les USA en vertu d'une loi interne réprimant le soutien au terrorisme. Cette affaire met bien en évidence la dynamique des mains propres : l'État qui ne respecte pas une obligation internationale ne bénéficie pas de protection judiciaire.

Cette affaire apporte néanmoins quelques éclaircissements sur l'idée que les parties et la CIJ se font des mains propres. Tout d'abord de la part de la Cour : elle refuse de se prononcer sur cette doctrine ¹⁷¹² sans y fermer totalement la porte ¹⁷¹³. Ensuite les parties : l'Iran limite les mains propres à un double titre : 1) « [La doctrine] ne s'applique que lorsque le demandeur accomplit un "acte qui est précisément semblable, en droit et en fait" à celui dont il se plaint » ¹⁷¹⁴, et 2) « [L]a doctrine [...] ne saurait trouver application au stade des exceptions préliminaires et qu'elle ne peut servir de base à l'irrecevabilité d'une demande » ¹⁷¹⁵. Ce dernier argument est secondé par la Cour : les actes de terrorisme peuvent servir

¹⁷⁰⁷ *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 2001, CIJ, *Rec.* 2001, p. 61, § 488 et p. 63, § 489.

¹⁷⁰⁸ *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt, 31 mars 2004, CIJ, *Rec.* 2004, p. 38, § 47.

¹⁷⁰⁹ *Délimitation maritime dans l'océan indien* (Somalie c. Kenya), Exceptions préliminaires, 2 février 2017, CIJ, *Rec.* 2017, p. 51, § 139 et p. 53, § 142.

¹⁷¹⁰ Respectivement février et juillet 2019.

¹⁷¹¹ *Certains actifs iraniens* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), Exceptions préliminaires, 13 février 2019, CIJ, *Rec.* 2019, pp. 43-44, § 121 ; *Affaire Jadhav* (Inde c. Pakistan), arrêt, 17 juillet 2019, CIJ, *Rec.* 2019, p. 435, § 61.

¹⁷¹² *Certains actifs iraniens* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), 2019, CIJ, *Rec.* 2019, p. 44, § 122.

¹⁷¹³ Comparer avec le traitement réservé aux attentes légitimes dans *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique* (Bolivie c. Chili), 2018, CIJ, *Rec.* 2018, p. 50, § 162.

¹⁷¹⁴ *Certains actifs iraniens* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), 2019, CIJ, *Rec.* 2019, pp. 43-44, § 121.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 36, § 119. Confirmé dans *Jadhav* (Inde c. Pakistan), 2019, CIJ, *Rec.* 2019, p. 435, § 61.

lors de la défense au fond¹⁷¹⁶. Le premier argument fait penser à plusieurs principes : *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, *allegans contraria non est audiendus*¹⁷¹⁷, *nullus commodum capere de sua injuria propria*¹⁷¹⁸. Un dernier élément restreint le champ d'application de la doctrine. Dans un arbitrage de 2007, il est affirmé que :

« The fact that a violation must be ongoing for the clean hands doctrine to apply is consistent with the doctrine's origins in the laws of equity and its limited application to situations where equitable remedies, such as specific performance, are sought »¹⁷¹⁹.

Seule une violation à caractère continu¹⁷²⁰ donnerait lieu à l'application de la doctrine. Il s'agirait d'empêcher l'État qui a les « mains sales » de tirer parti de son comportement et de protéger l'État qui, en second, s'est engagé dans le même comportement de voir sa responsabilité engagée.

Limitée de la sorte, est-ce que cette doctrine a encore une autonomie ? Quand un État viole le droit international public¹⁷²¹ (action) et que son « adversaire », non seulement ne réagit pas, mais en plus s'engage dans le même comportement (réaction), il est possible d'y voir un acquiescement au premier comportement (ou un *estoppel* si cela cause un dommage). Dans cette acceptation, les mains propres ont potentiellement un rôle d'interprétation par voie de pratique subséquente si elles s'inscrivent dans le cadre d'un traité¹⁷²² (comme c'était le cas dans *Prises d'eau à la Meuse*)¹⁷²³.

La CDI a précisé le rôle des « clean hands »¹⁷²⁴. Dans le commentaire sur le texte d'articles relatif à la responsabilité internationale¹⁷²⁵, elles apparaissent aux côtés du principe selon lequel

¹⁷¹⁶ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 2019, CIJ, *Rec.* 2019, p. 44, § 123.

¹⁷¹⁷ B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 149.

¹⁷¹⁹ *Delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*, 2007, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. XXX, p. 118, § 421.

¹⁷²⁰ Selon la terminologie de l'article 14 TCDI. Voy. aussi le caractère continu du non-respect de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques dans *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, 2019, CIJ, *Rec.* 2019, pp. 445-451, §§ 99-120 et les remèdes en pp. 458-459, §§ 147-148.

¹⁷²¹ On réserve le cas du *ius cogens* et des obligations *erga omnes*.

¹⁷²² H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁷²³ *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, 1937, CPJI, *Série A/B*, n° 70, p. 25.

¹⁷²⁴ Cf. par ex. *Cases of the Good Return and the Medea*, Commission établie par la Convention conclue entre les États-Unis d'Amérique et l'Équateur le 25 janvier 1862, opinion du Commissaire M. Hassaurek, 8 août 1865, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 99-108 ; *Delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*, Sentence arbitrale, 17 septembre 2007, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. XXX, pp. 115-118.

¹⁷²⁵ Les mains propres diffèrent des contre-mesures (art. 49 et s. TCDI) en ce qu'elles ne visent pas à la cessation d'un fait illicite et ne sont pas précédées par une notification des mesures envisagées (art. 52, § 1, lit. b) TCDI).

un État ne saurait tirer avantage de son propre fait illicite¹⁷²⁶. La section concerne les circonstances excluant l'illicéité, il s'agirait donc bien d'une défense au fond¹⁷²⁷, mais le commentaire n'inclut pas la doctrine et précise qu'elle a été « rarement appliquée »¹⁷²⁸.

Au final, les mains propres sont d'une application extrêmement limitée¹⁷²⁹. Elles constituent un bourgeon d'acquiescement, immédiatement broyé par la saisine d'un tribunal (ce qui ne laisse pas de doute sur le caractère illicite des comportements). Si au contraire la situation à la base de l'invocation des mains propres se perpétue (doubles actes illicites semblables dans sa version *stricto sensu*), il peut en résulter une modification des rapports de droit entre les États, par exemple une perte du droit d'invoquer la cause d'extinction d'un traité¹⁷³⁰, un amendement tacite au traité¹⁷³¹, une modification par voie de pratique subséquente¹⁷³² ou encore une perte du droit d'invoquer la responsabilité¹⁷³³.

(iii) *Allegans contaria non audiendus est*

Étroitement apparenté à l'*estoppel*, le principe *allegans contraria non audiendus est*, ou en anglais « to blow hot and cold »¹⁷³⁴, sanctionne les comportements incohérents. Il est d'interprétation stricte et se limite au cas où les comportements ont donné lieu à la création de droits ou que des obligations ont été contractées¹⁷³⁵. Il

¹⁷²⁶ *Usine de Chorzów*, Compétence, 26 juillet 1927, CPJI, *Série A*, n° 9, p. 31. Ce principe se distingue des mains propres par son *unilatéralité* : le même État commet un acte illicite et cherche à en tirer profit. Les mains propres se déroulent en quatre temps, voire plus : A commet un acte, B commet un acte similaire ou en réponse, A/B ouvre une instance, A/B reproche à B/A l'acte initial.

¹⁷²⁷ Une utilisation pour faire obstacle à la réparation semble compromise : *Delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*, 2007, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. XXX, p. 116, nos italiques : « The doctrine was therefore neither used as a bar to admissibility of the DRC's claim, nor as a ground to deny recovery ».

¹⁷²⁸ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, p. 184, § 9.

¹⁷²⁹ Pour un article sur les mains propres en tant que principe : P. DUMBERRY, « The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (4), 2020, p. 489.

¹⁷³⁰ Par ex. une double violation substantielle du traité selon l'article 60 CVDT en conjonction avec l'article 45, lit. b CVDT.

¹⁷³¹ Art. 39 CVDT.

¹⁷³² Art. 31, § 3, lit. b CVDT.

¹⁷³³ Art. 45, lit. b TCDI.

¹⁷³⁴ *Différend entre Maurice et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'aire marine protégée des Chagos*, Sentence arbitrale, 18 mars 2015, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 542.

¹⁷³⁵ *Temple de Préah Vihear*, Opinion séparée du juge Fitzmaurice, CIJ, *Rec.* 1962, p. 63.

peut aussi être plus lâche et viser à éviter qu'un État tire parti de ses propres incohérences¹⁷³⁶. Contrairement aux mains propres¹⁷³⁷, on se situe en deçà d'un comportement qui constituerait la violation d'une obligation internationale¹⁷³⁸.

Au nombre des principes voisins, on trouve l'*estoppel*¹⁷³⁹, la forclusion¹⁷⁴⁰, *nullus commodum capere de sua injuria propria*¹⁷⁴¹, *venire contra factum proprium (non valet)*¹⁷⁴², la prescription¹⁷⁴³. La bonne foi est à la source d'*allegans contraria*¹⁷⁴⁴, ce qui explique l'amalgame possible avec quantité d'autres principes. Le principe au cœur de cette maxime est de nature substantielle¹⁷⁴⁵, et non procédurale.

Bien que l'acquiescement ne vise pas directement à interdire un comportement incohérent, il est en lien étroit avec cette maxime. La distinction est subtile : dans *allegans*, un État se verra opposer ses actions ou omissions dans le but de l'empêcher d'adopter une position contraire¹⁷⁴⁶. Avec l'acquiescement, il s'agit de tirer les conclusions d'un comportement (perte ou acquisition d'un droit), et, en fonction du résultat, l'État sera, par suite du comportement adopté, empêché de revenir sur sa position¹⁷⁴⁷. Cet empêchement est le simple résultat de l'acquiescement,

¹⁷³⁶ *Ibid.*, Opinion séparée de M. Alfaro, vice-président, CIJ, *Rec.* 1962, p. 40.

¹⁷³⁷ Dans son opinion individuelle, le juge Alfaro fait d'ailleurs référence à *Prises d'eau à la Meuse* (*ibid.*, Opinion séparée de M. Alfaro, vice-président, CIJ, *Rec.* 1962, p. 51).

¹⁷³⁸ Cf. les cas cités dans B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, pp. 141-149.

¹⁷³⁹ *Temple de Préah Vihear*, Opinion séparée du juge Fitzmaurice, CIJ, *Rec.* 1962, p. 63 ; *id.*, Opinion séparée de M. Alfaro, p. 39 ; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 141 ; *Différend entre Maurice et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'aire marine protégée des Chagos*, Sentence arbitrale, 18 mars 2015, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 542.

¹⁷⁴⁰ *Temple de Préah Vihear*, Opinion séparée de M. Alfaro, CIJ, *Rec.* 1962, p. 39 ; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, pp. 148-149.

¹⁷⁴¹ *Temple de Préah Vihear*, Opinion séparée de M. Alfaro, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 39-40.

¹⁷⁴² B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁷⁴³ *Temple de Préah Vihear*, Opinion séparée de M. Alfaro, CIJ, *Rec.* 1962, p. 42.

¹⁷⁴⁴ Voy. aussi : H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, *op. cit.*, p. 172.

¹⁷⁴⁵ *Temple de Préah Vihear*, Opinion séparée de M. Alfaro, CIJ, *Rec.* 1962, p. 41. Ce qui n'empêche pas qu'une demande puisse être irrecevable en raison d'un comportement incohérent, par ex. en agissant de manière à privilégier les négociations, au point de laisser augurer qu'un tribunal ne sera jamais saisi : *The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China)*, arrêt sur la compétence et la recevabilité, 29 octobre 2015, PCA Case n° 2013-19, pp. 95-97, §§ 247-251 (pp. 122-124 de 170 ILR 1).

¹⁷⁴⁶ H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁷⁴⁷ *Temple de Préah Vihear*, Opinion séparée de M. Alfaro, CIJ, *Rec.* 1962, p. 40 : « Le silence d'un État en présence de faits contraires ou préjudiciables à des droits revendiqués

ce n'en est pas le point focal, tandis qu'*allegans* se place du point de vue du résultat (interdiction du comportement contraire ; d'où le lien fort avec l'*estoppel*).

(iv) *Nemo turpitudinem suam allegans auditur*

Le principe est aussi connu sous la formulation *nullus commodum capere de sua injuria propria*¹⁷⁴⁸. C'est dans *Usine de Chorzów* que l'on en trouve l'expression canonique :

« 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 »¹⁷⁴⁹.

Contextuellement, ce principe est à la croisée des mains propres¹⁷⁵⁰ et d'*allegans contraria* : un acte illicite ou « inéquitable »¹⁷⁵¹ a été commis, mais par un seul des États, qui ne doit pas en tirer profit. De plus, « un lien de causalité doit exister entre la faute et la requête spécifique du sujet »¹⁷⁵². Le principe est également applicable quand il y a eu violation d'une disposition de droit interne¹⁷⁵³. On retrouve ce principe lié, notamment¹⁷⁵⁴, à l'omniprésent *estoppel*¹⁷⁵⁵ et à une autre maxime : *ex delicto non oritur actio*¹⁷⁵⁶. C'est une concrétisation de la bonne foi et

ultérieurement par cet État devant un tribunal international ne peut être interprété que comme une reconnaissance tacite donnée antérieurement au litige ».

¹⁷⁴⁸ B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit., p. 149 ; Temple de Préah Vihear, Opinion séparée de M. Alfaro, CIJ, Rec. 1962, p. 40 ; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], op. cit., p. 423.

¹⁷⁴⁹ *Usine de Chorzów*, Compétence, 26 juillet 1927, CPJI, Série A, n° 9, p. 31.

¹⁷⁵⁰ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], op. cit., p. 427, § 266 : « La doctrine des *clean hands* est parfois présentée comme relevant de notre maxime ». Dans l'*Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*, 2019, CIJ, Rec. 2019, pp. 435-436, §§ 59-63, les mains propres et le célèbre passage de l'*Usine de Chorzów* étaient invoqués à la suite.

¹⁷⁵¹ R. KOLB, « La maxime "*nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*" (nul ne peut profiter de son propre tort) en droit international public », *RBDI*, 2000-1, p. 131.

¹⁷⁵² *Ibid.*, p. 132.

¹⁷⁵³ B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit., p. 150.

¹⁷⁵⁴ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], op. cit., p. 423, § 243.

¹⁷⁵⁵ B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit., p. 151.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 155. Comparer avec *ex injuria ius non oritur* qui peut s'appliquer hors de rapports bilatéraux (R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], op. cit., p. 427, § 269, p. 429, § 277 ; *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*, 2019, CIJ, Rec. 2019, pp. 435-436, §§ 59-65).

en particulier de l'interdiction de l'abus de droit ¹⁷⁵⁷. Ce principe trouve des expressions concrètes à travers le droit international, de nombreux exemples sont cités par Kolb ¹⁷⁵⁸.

Le principe connaît deux conceptualisations : « Interdire qu'un sujet tire des *droits* de ses actes fautifs » et « [u]ne espèce de forclusion, qu'elle soit formelle (irrecevabilité) ou matérielle (par interprétation) » ¹⁷⁵⁹. Quels sont les points de contact (évanescents) avec l'acquiescement ? La perspective diffère radicalement : avec *nemo turpitudinem* on s'oppose à l'État auteur de l'illicite, le comportement de l'État destinataire (« lésé ») n'importe pas. La similitude est dans l'effet, *i.e.* l'État auteur de l'illicite perd un droit ¹⁷⁶⁰ (le droit de faire valoir) en raison de son comportement passé. Consent-il à cette perte ? Non, elle n'a rien de volontaire ¹⁷⁶¹, elle lui est opposée pour des raisons d'équité et de bonne foi. On se situe aux antipodes de l'acquiescement dans lequel l'État qui empiète sur un droit peut être protégé. À la différence de l'acquiescement, le comportement va au-delà d'un simple empiètement, il est illicite (ou constitutif d'abus de droit). Parce que l'acte est illicite, il n'y a pas lieu d'en protéger son auteur. Additionnellement l'État lésé ne se comporte pas de manière à accepter la violation ; le principe indique seulement que l'État lésé ne peut pas utiliser un droit en raison de l'acte antérieur de l'État auteur.

Conceptuellement, le principe *nemo turpitudinem suam allegans auditur/nullus commodum capere de sua injuria propria* est aussi une limite à l'acquiescement dans la configuration particulière où la violation initiale de A empêche B de remplir une obligation ou d'utiliser un droit ¹⁷⁶². Hors de ce cas, un empiètement – même illicite – peut donner lieu à un acquiescement pour autant que B ne s'oppose ou ne proteste pas. Le point focal de *nemo turpitudinem/nullus commodum* est l'empêchement à se prévaloir d'un droit créé par l'État fautif et dont il chercherait à tirer parti, c'est en soi une forme « déséquilibrée » d'acquiescement, et qui est prohibée pour cette raison.

¹⁷⁵⁷ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 423, § 242, p. 415, § 166 : un dommage, même moral, est nécessaire pour qu'il y ait abus de droit – cette notion tisse des liens avec l'estoppel.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, pp. 424-429.

¹⁷⁵⁹ R. KOLB, « La maxime "nemo ex propria turpitudine commodum capere potest" », *op. cit.*, respectivement pp. 128 et 129, italiques dans l'original.

¹⁷⁶⁰ *Usine de Chorzów*, Compétence, 26 juillet 1927, CPJI, *Série A*, n° 9, p. 31.

¹⁷⁶¹ Cette absence d'intention est la raison pour laquelle le principe est rapproché de l'estoppel qui possède une dimension fictive.

¹⁷⁶² Dans les différends territoriaux par exemple, l'empiètement initial n'empêche pas l'État « lésé » d'effectuer à son tour des actes souverains sur le territoire contesté. La limite dans la réaction du lésé est celle du *ius cogens* (A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 557, § 360).

(v) *Les attentes légitimes ou « legitimate expectations »*

Le terme se décline en deux variantes, celle relative au droit des investissements et aux droits humains (*legitimate expectations* dans le cadre du *fair and equitable treatment* et dans celui de la protection de la propriété) et celle de portée plus générale – dont la nature (ou non) de principe doit être précisée.

En droit des investissements, le principe-roi¹⁷⁶³ est celui du *fair and equitable treatment* (traitement juste et équitable, abrégé « FET »). Son but est de protéger les investissements (et donc l'investisseur) et également de pallier les éventuelles lacunes du traité bilatéral d'investissement (*bilateral investment treaty*)¹⁷⁶⁴. Globalement, le FET vise à favoriser un climat propice à la bonne foi et à la prévisibilité et sécurité juridique¹⁷⁶⁵. Les *legitimate expectations* s'inscrivent dans les FET, c'est un des versants¹⁷⁶⁶ de ce principe-cadre. Plus qu'un versant, elles sont parfois qualifiées de « bedrock » des FET au vu de leur invocation quasi systématique en droit des investissements¹⁷⁶⁷. La nature de principe général des attentes légitimes est corroborée en doctrine¹⁷⁶⁸. Elles sont difficiles à cerner :

« [Legitimate expectations] sometimes make up an object of protection, at the same time they provide a rule that determines a violation of the fet related to that object, at other times they are used as an organizing intellectual framework used by a tribunal, or still, they are used as an interpretative principle for the fet »¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶³ Sa nature exacte est sujette à débat, voy. par. ex R. Kläger pour qui il est de nature conventionnelle, ses concrétisations constituant par contre des principes généraux : *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2011, pp. 278-280. Not. : « All principles of fair and equitable treatment have a footing in the sources of international law and [...] the principles do not exist in isolation from their footing », p. 278. Selon F. M. Palombino, les FET s'orientent vers les principes : *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., p. 53. Pour R. Islam, il s'agirait d'un « standard » : *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, op. cit., pp. 9-10.

¹⁷⁶⁴ R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 132.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, pp. 142-144.

¹⁷⁶⁶ Avec, entre autres, la souveraineté, la non-discrimination, le développement durable, la transparence, etc., cf. R. KLÄGER, *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, op. cit., pp. 154 et s., p. 256.

¹⁷⁶⁷ J. OSTRÁNSKÝ, « An exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », in A. GATTINI, A. TANZI et F. FONTANELLI (éds), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill, Nijhoff, 2018, p. 344 ; F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., p. 90, note n° 16 pour la jurisprudence.

¹⁷⁶⁸ J. OSTRÁNSKÝ, « An exercise in Equivocation », op. cit., pp. 351 et s., p. 376 ; F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., p. 86.

¹⁷⁶⁹ J. OSTRÁNSKÝ, « An exercise in Equivocation », op. cit., p. 369. Sur le rôle du tribunal, voy. aussi : R. KLÄGER, *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, op. cit., p. 186.

Les attentes légitimes peuvent naître de trois chefs : « (i) contractual commitment; (ii) unilateral promise, and (iii) legislation »¹⁷⁷⁰. Les premiers et derniers points ne nous retiendront pas. Par contre, les « unilateral promises » recouvrent les « representations made explicitly or implicitly by the host state »¹⁷⁷¹, on notera que les « Undertakings made explicitly or implicitly by the host state are the strongest basis of legitimate expectations »¹⁷⁷². Au-delà de la seule promesse unilatérale, les « representations » peuvent faire naître des attentes légitimes qu'il appartiendra au tribunal de protéger¹⁷⁷³.

L'analogie avec l'*estoppel* est réfutée par Ostřanský au motif que ce principe « presupposes interaction between equal parties, i.e. it is a private law doctrine »¹⁷⁷⁴. Au niveau interne, l'*estoppel* s'applique entre des privés, au niveau international, entre États. La critique émise par cet auteur n'a rien d'isolée¹⁷⁷⁵. Le droit des investissements oppose l'État-hôte à l'investisseur, les institutions comme l'*estoppel* ou l'acquiescement qui sont invoquées entre États n'ont donc pas été entérinées dans ce domaine. Il n'en demeure pas moins que les *legitimate expectations* s'articulent selon une structure similaire¹⁷⁷⁶, mais c'est *uniquement* l'investisseur qui

¹⁷⁷⁰ F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., p. 86. Voy. aussi : R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, op. cit., pp. 164-165.

¹⁷⁷¹ R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, op. cit., p. 164 et pp. 175-180 (« Stability in the administrative conduct »).

¹⁷⁷² R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 145.

¹⁷⁷³ R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, op. cit., p. 186.

¹⁷⁷⁴ J. OSTŘANSKÝ, « An exercise in Equivocation », op. cit., p. 352.

¹⁷⁷⁵ F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., pp. 97, 100 et 106.

¹⁷⁷⁶ Sur la base d'un comportement ou d'une représentation créée par l'État hôte, l'investisseur fonde des attentes sur le comportement futur de l'État. Si l'État frustre ces attentes, l'investisseur pourra s'en prévaloir. On protège la confiance créée dans le chef de l'investisseur. Les points d'achoppements sont, entre autres, de savoir *qui* peut créer ces attentes (autorité compétente), à quelle occasion (une promesse concrète selon la maxime *acta sunt servanda* ; un simple renseignement ne suffit pas), et la nécessité d'un dommage pour être protégé. Cette dernière condition ne rejait pas de nos lectures superficielles relatives aux *legitimate expectations*, mais elle semble néanmoins implicite au vu de la jurisprudence (F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., p. 108, p. 119 *in fine* pour le dommage ; R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 248 : un investissement doit exister afin que le CIRDI soit compétent ; *id.*, pp. 293-298 : les réparations sont la plupart du temps pécuniaires). Les attentes légitimes procèdent d'une pesée des intérêts entre la nécessité d'un environnement stable pour l'investisseur et la nécessité pour l'État hôte de pouvoir

peut les invoquer. Les attentes légitimes sont objectives, c'est sur la base de faits tangibles que le tribunal les admet, la perception interne de l'investisseur n'est pas protégée¹⁷⁷⁷.

Si au niveau du droit interne l'analogie avec l'*estoppel* n'est pas permise, la doctrine emprunte une autre voie : « The idea that private persons need to know if they can rely on statements or decisions notified to them by officials or public agencies »¹⁷⁷⁸. L'administration est tenue par ses promesses, pour autant que certaines conditions soient remplies : l'autorité doit être compétente et les informations propres à créer des attentes légitimes¹⁷⁷⁹. Le non-respect des attentes légitimes constitue une violation du traité bilatéral d'investissement¹⁷⁸⁰. La bonne foi est omniprésente, si elle ne se manifeste pas sous la forme de l'acquiescement en raison de la relation hiérarchique entre l'État-hôte et l'investisseur, elle rejaillit dans les *legitimate expectations* qui accordent une protection équivalente.

Ce qui est par contre crucial est l'*unilatéralité* de l'opération des attentes légitimes puisque seuls des comportements de l'État-hôte peuvent en générer, et seul l'investisseur peut s'en prévaloir¹⁷⁸¹. Ce déséquilibre doit néanmoins être tempéré : au stade de l'interprétation du traité bilatéral d'investissement et du FET, la marge nécessaire existe afin de contrecarrer l'invocation unilatérale des *legitimate expectations*. Cet outil s'appelle « the doctrine of reasonable expectations » ; il s'agit de permettre aux « tribunaux to consider the host-State's expectations and potentially preserve its regulatory space »¹⁷⁸². Il faut noter que cette doctrine n'est pas le pendant des *legitimate expectations*, elle n'est pas aussi raffinée, et n'a pas la même portée, elle s'affirme au stade de l'interprétation uniquement. En particulier cette doctrine ne dépend pas du

appliquer ses lois et d'en créer de nouvelles (R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 149).

¹⁷⁷⁷ R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 148.

¹⁷⁷⁸ R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, op. cit., p. 165.

¹⁷⁷⁹ F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., pp. 97-98 ; J. OSTRÁNSKÝ, « An exercise in Equivocation », op. cit., p. 356.

¹⁷⁸⁰ A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, op. cit., p. 282.

¹⁷⁸¹ F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, op. cit., p. 86.

¹⁷⁸² M. WAIBEL, « Fair and Equitable Treatment as Boilerplate », op. cit., p. 105.

comportement adopté par l'investisseur. L'idée phare est d'opérer une balance des intérêts entre la stabilité propice à l'investisseur et le besoin de modifier le cadre légal de l'État-hôte ¹⁷⁸³.

Le droit des investissements n'est pas le seul à utiliser les « legitimate expectations », on les retrouve dans le Premier protocole additionnel à la CEDH ¹⁷⁸⁴. La notion se décline en deux variantes : elle peut soit constituer une partie d'un droit réel ¹⁷⁸⁵, soit être « [a]n indicator for the way in which the claim that qualifies as an "asset" would be treated under domestic law and for the existence of reliance [...] » ¹⁷⁸⁶. Dans cette seconde acception, la notion de propriété est très large puisqu'elle englobe les demandes en justice. La protection des attentes légitimes joue en faveur des individus, l'État ne peut pas s'en prévaloir.

Comme en droit des investissements, un simple espoir ¹⁷⁸⁷ n'est pas protégé, il faut que les attentes se basent, par exemple, sur une loi ou sur une décision, voire sur un plan d'affectation ¹⁷⁸⁸. Plus pertinentes pour notre propos, les attentes peuvent résulter des « actions and actual conduct » ¹⁷⁸⁹ des autorités. Les types de conduites qui peuvent créer des attentes légitimes sont, par exemple, le traitement à titre de propriétaire d'un individu, le

¹⁷⁸³ *Ibid.*, p. 25, par ex. : « [S]tates might argue that they did not expect the FET provision to limit their ability to introduce certain health regulations. Once the respondent State convinces the tribunal it has such an expectation, the investor would have to prove that expectation was unreasonable ». Pour un exemple hors du cadre des investissements, cf. la sentence arbitrale des *Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga (Pakistan c. Inde)*, Sentence partielle, 18 février 2013, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 141, § 233 dans laquelle l'Inde argumentait que l'interprétation du traité devait garantir ses attentes légitimes quant à l'utilisation des eaux du fleuve.

¹⁷⁸⁴ *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11*, Paris, 20 mars 1952. L'article 1^{er} dispose : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ». On retrouve la balance des intérêts entre la protection du particulier (investisseur ou propriétaire) et l'intérêt de l'État(-hôte) à pouvoir légiférer.

¹⁷⁸⁵ Par ex. un terrain est acheté dans le but de bâtir. Suite à la vente l'État annule le permis de construire (M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 83).

¹⁷⁸⁶ M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 84 et 139.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, pp. 215-218 et le cas limite de l'espoir continuellement alimenté par les autorités.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 85.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, pp. 142-159.

paiement d'impôts relatif à la propriété, le traitement passé d'un cas similaire¹⁷⁹⁰. La tolérance des autorités face à une situation (illégale) crée elle aussi des attentes légitimes, mais à des conditions plus strictes. Il faut que les autorités aient *connaissance* de la situation et qu'elles *n'agissent pas* (la passivité étant distinguée de l'inertie), la *durée* entre en ligne de compte pour établir de manière globale s'il y a ou non tolérance et création d'attentes légitimes¹⁷⁹¹. Finalement, les actes accomplis *ultra vires* par des autorités ou qui sont entachés de vice¹⁷⁹² peuvent donner lieu à des attentes légitimes. Similairement à la protection de la bonne foi en droit suisse, l'individu ne doit pas être au fait du caractère *ultra vires* ou du vice, vice qui ne doit pas non plus être dû à sa conduite¹⁷⁹³. Les conduites (actions, comportements, tolérance et actes viciés) sont considérées en combinaison avec la loi, les décisions administratives et les précédents judiciaires. Les conduites apportent un éclairage supplémentaire mais sont rarement la base unique des *legitimate expectations*¹⁷⁹⁴.

Les exemples du paragraphe précédent illustrent le lien fort entre les attentes légitimes créées par des comportements et l'acquiescement. L'appel aux conditions de connaissance, de passivité et de durée font pleinement écho à l'acquiescement¹⁷⁹⁵. L'effet est comparable à l'acquiescement : si les « *legitimate expectations* » sont retenues, l'État devra soit perpétuer la situation, soit verser d'une compensation financière¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*, pp. 144, 145 et 148 respectivement.

¹⁷⁹¹ Voy. les belles pages de M. SIGRON, *ibid.*, pp. 153-155.

¹⁷⁹² « *Ultra vires* and deficient acts », *ibid.*, p. 155.

¹⁷⁹³ Expression de *nemo turpitudinem suam allegans auditur* ! M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 156-157 (*ultra vires* acts) et pp. 231-233 (non-official acts and political statements). Les actes accomplis *ultra vires* suscitent immanquablement une référence à la « lettre Hoffman » : *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 307-308, § 139. Voy. aussi A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 297-300.

¹⁷⁹⁴ M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 158 : « The role of the authorities' conduct, which is not reflected in a legal act, is of a supportive nature ».

¹⁷⁹⁵ La distinction entre acquiescement et simple tolérance (voire *modus vivendi* ou courtoisie) existe aussi en droit international public général. Un État tolère une situation quand il se refuse à la condamner ou à en demander la cessation tout en réservant son appréciation sur son caractère licite ou non. Sur la transformation de la tolérance en acquiescement : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 405-407, § 255.

¹⁷⁹⁶ M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 69.

Comme pour l'acquiescement, la conduite des deux parties est passée au crible avant de conclure à la présence d'attentes légitimes. L'État peut les empêcher en démontrant que sa conduite était irréprochable. Du côté de l'individu, il doit être de bonne foi et mettre tout en œuvre afin de faire valoir ses droits (utilisation des voies de droit à sa disposition, contacts répétés avec les autorités selon les circonstances, épuisement des recours internes)¹⁷⁹⁷. Avec le principe de sécurité juridique¹⁷⁹⁸, la bonne foi est à la source des *legitimate expectations*¹⁷⁹⁹. Cela confirme encore, au vu du mécanisme des attentes légitimes, que l'acquiescement est adaptable et émane de la bonne foi.

Ce qui ressort de ces domaines, c'est – comme le met en évidence Orakhelashvili – que les attentes légitimes n'ont pas d'autonomie¹⁸⁰⁰. Elles constituent seulement un critère afin d'évaluer si le FET est respecté ou si le droit de la propriété ou possession n'est pas violé. Par conséquent, les attentes légitimes n'ont jusqu'à maintenant pas connu une bonne fortune hors de ces domaines. La CIJ les a ainsi lapidairement rejetées :

« [De la] référence aux attentes légitimes dans certaines sentences arbitrales [...] Il [ne] découle pas qu'il existerait en droit international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime »¹⁸⁰¹.

Dans l'affaire *Norstar* l'Italie avait également invoqué les attentes légitimes en plus de la prescription extinctive, de l'acquiescement et de l'*estoppel*. Le TIDM n'a pas pris position sur ce principe¹⁸⁰².

Les développements du droit des investissements et des droits humains permettent de mieux appréhender ce rejet des attentes légitimes comme principe autonome de droit international public général. On a vu que les *legitimate expectations* diffèrent peu de l'acquiescement lorsqu'elles se fondent sur la conduite des autorités. Les éléments caractéristiques qui divisent acquiescement et attentes légitimes sont la relation de subordination et l'unilatéralité.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, pp. 172-174.

¹⁷⁹⁸ Pour les attentes légitimes en général : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 582.

¹⁷⁹⁹ M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 257.

¹⁸⁰⁰ A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, op. cit., p. 282.

¹⁸⁰¹ *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, 2018, CIJ, Rec. 2018, p. 50, § 162.

¹⁸⁰² *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, Exceptions préliminaires, 2016, p. 70, § 299.

Comme annoncé en introduction (C.6.b.v), les attentes légitimes se déclinent en deux variantes, nous allons consacrer quelques lignes à ce terme dans son acception générale. Cette variante constitue un des trois rameaux de la bonne foi objective :

« L'aspect le plus marqué de la bonne foi objective réside dans la protection de la *confiance légitime* ou des attentes légitimes. La bonne foi-confiance fait naître une série de droits et d'obligations particuliers de l'interaction sociale afin de protéger la confiance légitime qu'un sujet de droit a fait naître chez un autre par ses actes, omissions, déclarations ou comportements »¹⁸⁰³.

Ce type d'attentes légitimes s'incorpore dans un raisonnement juridique lié à un autre principe ou institutions. Ainsi, relativement à l'article 18 CVDT¹⁸⁰⁴ :

« La bonne foi commande de s'inspirer, dans la démarche d'induction implicative, des attentes légitimes d'autres parties quant à la protection du régime conventionnel contre des actes propres à le priver de sa substance. Toute obligation raisonnablement impliquée selon le critère des attentes légitimes et nécessaire à l'accomplissement des engagements entrepris par le traité doit être considérée comme étant mise à la charge des parties contractantes »¹⁸⁰⁵.

Ces attentes peuvent informer, de l'intérieur, l'*estoppel* et l'acquiescement mais elles n'ont pas d'autonomie en dehors¹⁸⁰⁶. Il s'agit d'un *facteur*, sous le seuil normatif, incorporé dans une institution juridique¹⁸⁰⁷. Orakhelashvili les classe dans la catégorie du « quasi-normative non-law » qui regroupe des concepts qui ont une vocation d'application générale¹⁸⁰⁸. Comme facteur, on retrouve aussi les attentes légitimes à l'œuvre dans le processus coutumier¹⁸⁰⁹. Les *legitimate expectations* ne sont pas des

¹⁸⁰³ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 124, § 135, italiques dans l'original. Les deux autres rameaux étant la protection de « finalités ancrées dans l'intérêt collectif » et l'interdiction qu'un « sujet [de droit] puisse tirer profit d'un comportement déloyal » (p. 125).

¹⁸⁰⁴ Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur.

¹⁸⁰⁵ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 238, § 291.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 326, § 2 (« L'acquiescement normatif et l'estoppel rattachent [...] à des comportements d'une certaine constance et uniformité et aux attentes légitimes qu'ils font naître des conséquences juridiques. Ils réalisent l'idée inhérente à la bonne foi dont ils relèvent »).

¹⁸⁰⁷ A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 105. Par ex. la marge d'appréciation, la nécessité, la proportionnalité. Ces concepts appartenant au « quasi-normative non-law » concrétisent des valeurs, des intérêts et des considérations de faits.

¹⁸⁰⁹ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 303, § 2, p. 304, § 6.

legitimate interests (intérêts légitimes, et en particulier économiques) : ces derniers visent à protéger un intérêt de l'État, par exemple en tenant compte de l'importance économique de la pêche pour la subsistance d'une population¹⁸¹⁰. Le but des attentes est de protéger un État, par le prisme de la bonne foi, contre une frustration des croyances suscitées par un comportement. Extérieurement, cette protection prend notamment la forme de l'*estoppel* et de l'acquiescement en droit international général, et celle des *legitimate expectations* en droit des investissements.

Selon A. Marie, les attentes prennent naissance suite au comportement des États, et c'est également une condition pour que celui-ci soit pertinent¹⁸¹¹. Cet auteur rejette également toute autonomie des attentes légitimes : elles sont soit liées à l'examen de l'univocité du comportement (acquiescement), soit à l'existence d'un dommage (*estoppel*)¹⁸¹².

La bonne foi et la sécurité juridique se réclament la paternité des attentes légitimes¹⁸¹³. La sécurité juridique impose qu'après avoir créé des attentes – raisonnables et objectives – dans le chef d'un autre État, l'État à l'origine des attentes ne puisse plus s'en défaire¹⁸¹⁴. L'absence de formalisme inhérente au droit international soubasse les attentes légitimes : rien n'oblige un État à se positionner de manière expresse face à un comportement, il peut se taire et tirer parti du comportement de l'État à l'origine des attentes légitimes¹⁸¹⁵.

Ces attentes légitimes incorporées dans une autre institution¹⁸¹⁶ sont attestées en lien avec l'*estoppel* dans une des affaires relatives à l'archipel des Chagos (République de Maurice) :

« [Estoppel] stems from the general requirement that States act in their mutual relations in good faith and is designed to protect the legitimate expectations of a State that acts in reliance upon the representations of another »¹⁸¹⁷.

¹⁸¹⁰ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, op. cit., pp. 46-47 ; M. J. AZNAR, « The human factor in territorial disputes », op. cit., pp. 323-329 ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence, 1973, CIJ, Rec. 1973, p. 19.

¹⁸¹¹ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 581-582.

¹⁸¹² *Ibid.*, p. 582.

¹⁸¹³ A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, op. cit., p. 282 évoque aussi *pacta sunt servanda* et l'équité.

¹⁸¹⁴ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 584-585.

¹⁸¹⁵ Voy. les développements d'A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 585.

¹⁸¹⁶ A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, op. cit., p. 105.

¹⁸¹⁷ *The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, CPA, Sentence, 18 mars 2015, p. 172, § 435.

La même année ce passage est repris presque à l'identique dans l'affaire de la *Mer de Chine*¹⁸¹⁸.

Sous cette forme, les attentes légitimes ne sont pas contestées. Le holà de la CIJ dans l'affaire de l'*Accès à la mer* entre la Bolivie et le Chili se comprend mieux à l'aune de cette seconde forme d'attentes. Les attentes sont déjà vérifiées *lors* de l'évaluation d'un acquiescement ou d'un *estoppel*, si ces deux premiers sont écartés, les probabilités sont fortes qu'elles ne soient pas satisfaites.

Les domaines où les attentes légitimes existent de manière autonome (droit des investissements, protection de la propriété) se caractérisent par une absence (réciproque) ou un faible impact de l'acquiescement et de l'*estoppel*. Il y a entre ces institutions une logique de vases communicants¹⁸¹⁹ : chaque part prise par les attentes légitimes diminue d'autant le champ de l'*estoppel*/acquiescement. L'analogie est d'ailleurs plus directe avec l'*estoppel* car un dommage – au sens large – semble être une condition¹⁸²⁰ des domaines qui consacrent les attentes légitimes.

Les attentes légitimes ne sont donc *pas* un principe général *de* ou *du* droit international, leur portée n'est que sectorielle¹⁸²¹. Elles sont tout au plus un principe de droit des investissements ou du droit régional de la protection de la propriété (Premier protocole de la CEDH). Au niveau international, il s'agit de « quasi-normative

¹⁸¹⁸ *The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China)*, arrêt sur la compétence et la recevabilité, 29 octobre 2015, p. 96, §§ 250 (pp. 122-124 de 170 ILR 1). Il est aussi indiqué que : « Estoppel may be invoked where [suit la liste des conditions] (d) such reliance was legitimate, as the representation was one on which the State was entitled to rely ».

¹⁸¹⁹ Ou « jeu à somme nulle ».

¹⁸²⁰ Voir une précondition, examinée de manière implicite ou permettant d'admettre la recevabilité d'une demande.

¹⁸²¹ Cela n'empêche pas les auteurs de vérifier le mode de création des *legitimate expectations* dans chaque domaine. Investissements : J. OSTRANSKÝ, « An exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », *op. cit.*, pp. 351-364 ; R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, *op. cit.*, pp. 271 et s. ; F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, *op. cit.*, pp. 86-90. Propriété : M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 43 et s. Droit de l'OMC : M. PANIZZON, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, *op. cit.*, pp. 21, 38, 40 et 107 (« The general principles of good faith and its corollaries, namely the PLE [Protection of Legitimate Expectations], colour the interpretation and arguably form part of the "applicable law" of the WTO »). Le droit de l'OMC s'appuie sur les principes généraux à des fins interprétatives (P. C. MAVROIDIS, « No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts », *op. cit.*, p. 443 et T. MANU, « Interpreting the doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence », *op. cit.*, pp. 77-87).

non-law » facteur ou condition à prendre en compte dans le cadre de l'application d'une norme à valeur juridique ¹⁸²². Les attentes légitimes *tendent* à s'émanciper de leurs domaines, mais la place est déjà prise par l'*estoppel* et l'acquiescement.

7. *Synthèse*

Plusieurs pistes ont été suivies : les principes généraux *de* ou *du* droit (C.2 ; C.3) et, dans ces derniers, les principes logiques ou systémiques de l'ordre international (C.3.b). Aucune de ces pistes ne suffit, seule, à fonder l'acquiescement. Une tendance peut toutefois être observée : les principes du droit ainsi que les principes systémiques cadrent mieux avec l'importance de l'acquiescement en droit international. Ces principes insistent sur les particularités du système international et sur la nécessité de certaines normes (*pacta sunt servanda*, protection de la bonne foi). L'acquiescement est un mode informel de modification des rapports de droit et d'obligations. Le droit international, non formaliste, accorde une plus grande place à ces modes. Un rôle d'échappatoire est aussi rempli par l'acquiescement ; il rend le consentement possible de manière tacite et implicite. L'analyse de la bonne foi en tant que principe général confirme aussi cette tendance : l'acquiescement en est une concrétisation, c'est donc également un principe. À la différence de la partie précédente relative à la coutume (Ch. 4.I.B), l'acquiescement-principe est *unitaire*, il n'en existe pas un pour chaque domaine ¹⁸²³.

De l'étude d'autres institutions parentes ou voisines ¹⁸²⁴ on peut aussi déduire sa nature de principe général. Ces principes proches nous indiquent que l'acquiescement n'existe pas en isolation, il n'est ni le seul principe à pouvoir prendre en compte certains faits, ni l'unique à concrétiser la bonne foi ou la sécurité juridique. Il existe une constellation de principes ayant pour centre la bonne foi, l'acquiescement résulte de la coalescence d'intérêts, de valeurs et de

¹⁸²² A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, op. cit., pp. 195-196.

¹⁸²³ L'acquiescement-principe donne les grandes conditions d'opération, la structure. L'acquiescement-coutumier précise son opération dans chaque domaine, par ex. en accordant plus de poids à une condition, ou en indiquant un effet.

¹⁸²⁴ Qui sont pour la plupart bien attestées en droit international et constituent des principes (à l'exception, par ex., des mains propres qui sont assez limitées, ou des attentes légitimes qui ne sont pas un principe).

faits, il a pour point de fuite d'autres institutions, comme *nemo auditur, venire contra factum proprium*, l'expression par voie tacite ou implicite d'un consentement.

La piste des principes généraux est pour l'heure l'hypothèse la plus pragmatique et satisfaisante. *De* ou *du* droit, peu importe qu'on ne sache pas exactement où le colloquer, ce qui est déterminant est de voir que l'étude de ces deux branches affermit l'ancrage de l'acquiescement dans sa nature de principe. La jurisprudence ne porte que des traces discrètes de l'analyse de la nature juridique, le raisonnement est souvent assertif, l'acquiescement *est*, qu'il soit principe ou coutume¹⁸²⁵.

Dans les sections suivantes nous examinerons les moyens auxiliaires de l'article 38 SCIJ avant de passer brièvement au *ius cogens* ainsi qu'aux actes unilatéraux par voie tacite, catégorie prometteuse dont l'acquiescement pourrait en partie relever¹⁸²⁶.

D. Article 38, § 1, *lit. d* SCIJ :
les décisions judiciaires et la doctrine
des publicistes les plus qualifiés

L'article 38 SCIJ est libellé comme suit :

« 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
[...] d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit [...] ».

L'article 59 SCIJ indique :

« La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés sont des « sources » subsidiaires, auxiliaires, dont l'effet est de prouver ou renforcer une source préexistante. Ces « sources »

¹⁸²⁵ Cette assertivité rencontrée en jurisprudence justifie la position d'auteurs qui voient dans la consécration judiciaire une condition à la création d'un principe général ou d'une coutume (N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, *op. cit.*, pp. 40-45 ; M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 274-275 ; plus nuancé, K. WOLFFE, *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, pp. 71-74).

¹⁸²⁶ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, *op. cit.* p. 420 : « As tacit acceptance justifying an assumption of consent over time, however, it [acquiescence] falls within the broader category of unilateral acts ».

ne créent pas du droit ¹⁸²⁷. On débutera cette section par les décisions (D.1), puis par la doctrine (D.2), et on terminera par un bref aperçu de l'équité – ou faculté de statuer *ex aequo et bono* (D.3).

1. *Les décisions judiciaires*

Dans les parties précédentes nous nous sommes déjà appuyés sur les décisions judiciaires et une partie de la doctrine. Il est donc peu probable que cette présente section apporte de nouveaux développements. Toutefois, la lettre et l'application diffèrent ; les cours peuvent créer du droit sous couvert d'application ou d'interprétation et certains domaines sont hautement tributaires de l'affinage jurisprudentiel ¹⁸²⁸. La position extrême de voir dans la reconnaissance judiciaire une condition de création de la coutume ou d'un principe est néanmoins désuète ¹⁸²⁹. Pour l'acquiescement, l'intérêt de cette partie sera de vérifier une éventuelle « jurisprudence constante » de la CIJ, et d'autre part, d'évaluer si la jurisprudence a contribué à l'affinage des conditions ou de la notion (que ce soit pour l'acquiescement ou l'*estoppel*).

La règle de la « jurisprudence constante » ou de *stare decisis* n'a pas lieu d'être auprès de la CIJ ; la lecture de l'article 59 SCIJ exclut que la Cour se lie par ses propres décisions ¹⁸³⁰. La Cour tient toutefois compte de ses propres arrêts et avis ¹⁸³¹. Les références à sa jurisprudence se font sous plusieurs formes, la Cour a par exemple estimé qu'un jugement pouvait être pris en compte :

« Comme un énoncé de ce que la Cour a jugé être la situation juridique exacte [...] » ¹⁸³².

¹⁸²⁷ A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 853, § 304. Pour H. Thirlway, la lit. d énumère des sources « matérielles » par opposition à « formelles » (lit. a, b, et c) : *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁸²⁸ G. ABI-SAAB, « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », in M. G. KOHEN et M. J. LANGER (éds), *Le développement du droit international*, *op. cit.*, pp. 98, 102 ; A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 865, § 329.

¹⁸²⁹ G. ABI-SAAB, « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, pp. 98-99. A. Pellet note néanmoins que « [q]uite often, the Court's pronouncement on the existence (and content) of a particular rule of customary law is seen as the final proof for it » (« Article 38 », *op. cit.*, p. 864, § 327).

¹⁸³⁰ H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1208 ; A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 855, § 307 ; A. ORAISON, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" », *RBDI*, 1991/2, p. 521.

¹⁸³¹ A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 855, § 308.

¹⁸³² *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Exceptions préliminaires, 1961, CIJ, *Rec.* 1961, p. 27. Le raisonnement concernait l'interprétation de l'article 36, § 5 SCIJ, c'est un cas particulier car il y va de l'interprétation de son propre statut (G. ABI-SAAB, « De

Ailleurs, elle a déclaré :

« Il est vrai que, conformément à l'article 59, les arrêts de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. *Il ne saurait être question d'opposer au Nigéria les décisions prises par la Cour dans des affaires antérieures.* La question est en réalité de savoir si, dans la présente espèce, *il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents* »¹⁸³³.

La Cour prend soin d'en appeler à son raisonnement juridique, et non à la décision comme source d'autorité. Ces techniques permettent de dévier la question du précédent (de son autorité et de son éventuel revirement) sur celle de la similitude entre les affaires (et sur l'opportunité de les distinguer)¹⁸³⁴.

a. *Les décisions des autres tribunaux internationaux*

L'article 38, § 1, lit. d SCIJ permet à la CIJ de se référer aux décisions des autres tribunaux internationaux, par exemple arbitraux¹⁸³⁵, ou les anciens Tribunaux pénaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie¹⁸³⁶. Aux antipodes de cette révérence entre organes de règlement des différends, on connaît la passe d'armes relative au contrôle global (art. 8 du Texte de 2001 relatif à la responsabilité internationale) entre la CIJ et le TPIY¹⁸³⁷. Quoi qu'il en soit, l'acquiescement ne semble – pour l'instant – pas avoir donné lieu à des fluctuations jurisprudentielles, ni à une « cross-fertilization » explicite entre tribunaux internationaux.

la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 102, lit. a, « droit judiciaire » ; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 122).

¹⁸³³ *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, 1998, CIJ, *Rec.* 1998, p. 292, § 28, nos italiques.

¹⁸³⁴ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁸³⁵ H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 248-250, spéc. en matière de délimitation maritime (G. ABI-SAAB, « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 102, lit. c). Par ex., *Île de Palmas*, citée in *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 50, § 121.

¹⁸³⁶ Pour le TPIY : *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, 3 février 2015, CIJ, *Rec.* 2015, pp. 75-80, §§ 177-199 (critère d'établissement de la preuve et mode de preuve). Sur cette question, voy. : P. PALCHETTI, « The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition? », *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, 2018, pp. 107-121.

¹⁸³⁷ Parmi une littérature abondante : G. DISTEFANO et A. HÊCHE, « L'organe de facto dans la responsabilité internationale : *Curia, quo vadis* ? », *AFDI*, vol. 61, 2015, pp. 15-28.

b. *Phylogénie jurisprudentielle de l'acquiescement et de l'estoppel*

On note une tendance de la Cour à la phylogénie jurisprudentielle, la décision « inaugurale » sera religieusement reprise, et parfois précisée, dans les décisions postérieures. Un exemple évident est la notion de différend consacrée par la CPIJ en 1924 dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis* et reprise, notamment, dans le différend opposant les Îles Marshall au Royaume-Uni¹⁸³⁸. Une telle parenté est-elle possible pour l'acquiescement et l'*estoppel*¹⁸³⁹ ? En s'appuyant sur la décision la plus récente¹⁸⁴⁰ qui reprend ces notions, on peut ébaucher un arbre généalogique¹⁸⁴¹.

Dans *Délimitation maritime dans l'océan Indien*¹⁸⁴² (2021), l'acquiescement est construit grâce aux affaires *Pêcheries norvégiennes*¹⁸⁴³ (1951) ; *Temple de Préah Vihear*¹⁸⁴⁴ (1962) ; *Golfe du Maine*¹⁸⁴⁵ (1984) ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*¹⁸⁴⁶ (1992) ; *Souveraineté sur Pedra Branca*¹⁸⁴⁷ (2008). Le travail jurisprudentiel tient à la fois de l'affinement graduel et de la reconstruction. Les « considérations générales » de l'acquiescement sont proposées dans *Golfe du Maine* et reprise peu après par la Chambre de la CIJ

¹⁸³⁸ *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, 2016, CIJ, *Rec.* 2016, p. 849, § 37.

¹⁸³⁹ On laisse volontairement de côté les affaires qui matériellement en font application sans se référer explicitement aux termes (par ex. *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, 1960).

¹⁸⁴⁰ En date du 21 juin 2023.

¹⁸⁴¹ Il s'agit de tracer les citations d'anciennes décisions plutôt que chaque occurrence du terme.

¹⁸⁴² *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec.* 2021, pp. 227-228, § 51.

¹⁸⁴³ *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 138-139.

¹⁸⁴⁴ *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 32.

¹⁸⁴⁵ « [L]'acquiescement équival[aut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement », *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130.

¹⁸⁴⁶ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 1992, CIJ, *Rec.* 1992, p. 577, § 364.

¹⁸⁴⁷ « [U]n silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse », *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 51, § 121. Dans la même veine : « Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants » (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, 2007, CIJ, *Rec.* 2007, p. 735, § 253).

« [l]e comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation »¹⁸⁴⁸. À cette époque la Cour ne s'aventure pas à énumérer les conditions de l'acquiescement. Il ressort néanmoins que, même rudimentaire, une interaction avec les décisions précédentes se manifeste lorsque la Cour est confrontée à l'acquiescement (territorial ou maritime). Dans *Délimitation maritime*, la Cour franchit un pas supplémentaire et achalande les éléments à prendre en compte pour déterminer l'existence d'un acquiescement :

« La Cour rappelle que "l'acquiescement équiva[ut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement" [...] Si les circonstances sont telles que le comportement de l'autre État appelle une réponse dans un délai raisonnable, l'absence de réaction peut valoir acquiescement. [...] sur le fondement du principe "[q]ui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset" [...]. Afin de déterminer si le comportement d'un État appelle une réponse d'un autre État, il convient de rechercher si l'État a persisté dans ce comportement de manière constante. [...] Dans l'appréciation de l'absence de réaction, le temps peut être un facteur important »¹⁸⁴⁹.

L'enchaînement des deux premières phrases est repris de *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique* (2018)¹⁸⁵⁰ (cet arrêt n'est pas cité) ; les deux dernières constituent une « addition ».

En comparaison, la généalogie de l'*estoppel* s'enracine plus profondément¹⁸⁵¹ : la Cour énonce ses conditions en 1969¹⁸⁵² déjà dans *Mer du Nord* :

« 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

¹⁸⁴⁸ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 1992, CIJ, Rec. 1992, p. 577, § 364.

¹⁸⁴⁹ *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, Rec. 2021, pp. 227-228, § 51, notes omises, italiques dans l'original. Le raisonnement ne cite pas les affaires dans l'ordre chronologique.

¹⁸⁵⁰ *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 2018, CIJ, Rec. 2018, p. 556, § 152.

¹⁸⁵¹ De l'aveu même d'une chambre : « C'est l'arrêt dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* qui paraît avoir énoncé dans les termes les plus précis les conditions permettant d'invoquer la doctrine de l'*estoppel* » (*Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, Rec. 1984, p. 309, § 145).

¹⁸⁵² Quelques années auparavant, l'*estoppel* avait déjà été évoqué par la Cour, sans la même précision : la Cour y accole le terme de « notion » et se contente de faire écho aux arguments avancés par l'Espagne. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), Exceptions préliminaires, arrêt, 1964, CIJ, Rec. 1964, pp. 24-25.

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 »¹⁸⁵³.

Sans citer *Mer du Nord*, l'arrêt relatif à *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique* reprend les mêmes éléments. La Cour y répète des décisions de 1990 et 1998¹⁸⁵⁴. En 1984, l'*estoppel* et l'acquiescement sont assimilés dans *Golfe du Maine*¹⁸⁵⁵. L'arbitrage relatif à l'*Aire marine protégée des Chagos* rendu en 2015 avant *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique* énonce quatre conditions pour l'*estoppel*¹⁸⁵⁶. On peut parier que cette formulation rencontrera un grand succès auprès des plaideurs, sinon auprès des tribunaux. La phylogénie de l'*estoppel* est assurée, la Cour a fait véritablement œuvre d'accoucheuse de principe en l'extirpant de la *common law* et en lui donnant corps en droit international¹⁸⁵⁷.

À vol d'oiseau, la jurisprudence relative à l'acquiescement n'a pas atteint un stade de fermeté comparable à celle relative, par exemple, à la définition du différend. La Cour est encline à amalgamer sa jurisprudence antérieure mais ne semble pas avoir figé les conditions d'application, des compléments sont toujours possibles. Une autre considération relative au seuil

¹⁸⁵³ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, 1969, CIJ, *Rec.* 1969, p. 26, § 30.

¹⁸⁵⁴ « [U]ne déclaration qu'une partie a faite à une autre partie ou une position qu'elle a prise envers elle et le fait que cette autre partie s'appuie sur cette déclaration ou position à son détriment ou à l'avantage de la partie qui l'a faite ou prise » : *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, 1990, CIJ, *Rec.* 1990, p. 92, p. 118, § 63 (l'*estoppel* est lié à la définition du *Golfe du Maine* : « [Aucun comportement des parties n'équivaut à un] acquiescement, à une reconnaissance ou à une déclaration », p. 119, § 63) ; « L'existence d'une telle situation supposerait que le Cameroun ait adopté un comportement ou fait des déclarations qui auraient attesté d'une manière claire et constante qu'il avait accepté de régler le différend de frontières [...] » (*Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, 1998, CIJ, *Rec.* 1998, p. 303, § 57).

¹⁸⁵⁵ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130.

¹⁸⁵⁶ *Différend entre Maurice et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'aire marine protégée des Chagos*, Sentence arbitrale, 2015, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 544, § 438 : « [...] (a) a State has made clear and consistent representations, by word, conduct, or silence; (b) such representations were made through an agent authorized to speak for the State with respect to the matter in question; (c) the State invoking estoppel was induced by such representations to act to its detriment, to suffer a prejudice, or to convey a benefit upon the representing State; and (d) such reliance was legitimate, as the representation was one on which that State was entitled to rely ».

¹⁸⁵⁷ G. ABI-SAAB, « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *op. cit.*, pp. 99 et 101. En matière arbitrale, voy. : *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, pp. 164-166.

probatoire complète le passage dans le cadre des délimitations maritimes : « Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants »¹⁸⁵⁸. Certes l'acquiescement n'est pas formellement considéré comme un accord tacite, néanmoins l'univocité à atteindre est semblable pour les délimitations¹⁸⁵⁹. Comme c'est en dernière analyse les plaideurs ou le tribunal qui choisissent de construire un acquiescement, seul ou en conjonction¹⁸⁶⁰ avec d'autres institutions, les décisions antérieures sont utilisées à titre argumentatif, plus que dans l'optique d'une égalité de traitement requise par des situations comparables¹⁸⁶¹.

Les décisions judiciaires occupent une place paradoxale pour l'acquiescement : étant essentiellement une constatation judiciaire, l'acquiescement est livré à et dépend *de* l'appréciation du juge. Toutefois, loin d'imprimer une lignée claire, d'élaborer des conditions exhaustives ou encore de préciser sa nature de principe, les décisions jouent sur son caractère flexible afin de l'adapter aux circonstances. On peut tout au plus estimer que *Délimitation maritime* (2021)¹⁸⁶² est apte à amorcer un « considérant type »¹⁸⁶³ pour l'acquiescement.

2. *La doctrine des publicistes les plus qualifiés*

Le rôle de « [l]a doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, [...] » est, à nouveau, d'éclairer les trois sources précédentes¹⁸⁶⁴. La « doctrine » englobe également les textes, résolutions et projets d'associations ou d'organes tels que le CICR, l'IDI, et la CDI¹⁸⁶⁵. La doctrine pertinente à utiliser par la Cour devrait être celle énonçant l'état du droit international positif (*lex lata*)¹⁸⁶⁶.

¹⁸⁵⁸ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, 2007, CIJ, *Rec. 2007*, p. 735, § 253.

¹⁸⁵⁹ Il ne doit pas s'agir de la seule conclusion possible, mais de celle qui paraît la plus probable au vu des circonstances ; celle qui s'impose avec le plus de force en comparaison des autres solutions envisageables (*infra*, Ch. 5.VII.C).

¹⁸⁶⁰ Complexe de faits ou faits complexes, il y a interaction entre l'acquiescement et les autres candidats (*estoppel*, accord tacite, principe général) dans chaque cas d'espèce.

¹⁸⁶¹ *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Exceptions préliminaires, 1961, CIJ, *Rec. 1961*, p. 27 ; *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, 1998, CIJ, *Rec. 1998*, p. 292, § 28.

¹⁸⁶² *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, pp. 227-228, § 51.

¹⁸⁶³ On emprunte ce terme à la pratique jurisprudentielle suisse ; il s'agit de répéter le raisonnement juridique rendu dans une affaire de principe.

¹⁸⁶⁴ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, pp. 126-128.

¹⁸⁶⁵ A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, pp. 869-870.

¹⁸⁶⁶ M. PEIL, « Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice », *Cambridge Journal of International Law*, vol. 1 (3), 2012, p. 143.

L'enjeu est de voir si, en premier lieu, une décision cite un ouvrage ou un auteur au sujet de l'acquiescement. Dans un second temps on estimera l'apport potentiel de la « doctrine des publicistes ». Coupons court à l'insoutenable suspense, à l'exception d'une référence très indirecte¹⁸⁶⁷, la doctrine n'apporte rien de manière explicite à l'acquiescement dans les décisions de la Cour¹⁸⁶⁸. Cela n'a rien de surprenant : en 2012 Peil indiquait avoir recensé 59 références à la doctrine dans 139 décisions et avis consultatifs de la CIJ¹⁸⁶⁹. L'écrasante majorité de ces références renvoie aux travaux de la CDI (45 sur 59 occurrences)¹⁸⁷⁰. Par contraste, les juges citent volontiers la doctrine dans leurs opinions¹⁸⁷¹.

Les travaux de la CDI occupent une place particulière dans le système de référence de la Cour. La Commission du droit international est un organe subsidiaire de l'AG, créé en application et pour la mise en œuvre¹⁸⁷² de l'article 13 CNU :

« 1. L'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de :

a. développer la coopération internationale dans le domaine politique et encourager le développement progressif du droit international et sa codification ; [...] ».

La CIJ est quant à elle un organe principal des Nations Unies¹⁸⁷³. La CDI est une institution indépendante, les membres ne sont pas censés être sous l'influence ou aux ordres de l'AG ou de leur État de nationalité¹⁸⁷⁴. Néanmoins, le nombre élevé de références à la

¹⁸⁶⁷ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec.* 1992, pp. 593-594, § 394 : les huit premières éditions d'*Oppenheim* (1905-1955) et un ouvrage de Gidel (*Le droit international public de la mer*, Paris, Sirey, 1934, vol. 3, pp. 626-627) sont cités pour confirmer que le golfe de Fonseca est une baie historique et les conditions générales pour la constitution de ce type de situation (mais sans référence au processus d'acquiescement).

¹⁸⁶⁸ En date du 9 juillet 2019. On réserve l'apport implicite de la doctrine *en général* dans la suite du texte. Jusqu'en 2012 on se base sur les affaires citées dans M. PEIL, « Scholarly Writings as a Source of Law », *op. cit.*, pp. 151-152, note n° 73.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 152.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, pp. 151-152, note n° 73 pour le détail des arrêts et avis avec la doctrine citée.

¹⁸⁷¹ A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 869, § 337 ; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 119. On laisse volontairement de côté les opinions car les juges s'y confondent parfois avec les plaideurs dans leur manière d'argumenter. Ces opinions pourraient certes éclairer d'avantage les ouvrages qui ont construit le raisonnement de la Cour.

¹⁸⁷² Nations Unies, *The Work of the International Law Commission*, 8^e éd., vol. 1, New York, Nations Unies, 2012, pp. 4-6.

¹⁸⁷³ Art. 7 CNU.

¹⁸⁷⁴ Nations Unies, *The Work of the International Law Commission*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 8, 70-72 ; A. ORAISON, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" », *op. cit.*, p. 541.

CDI dans la jurisprudence de la Cour implique une relation privilégiée ; par exemple la Cour est friande de renvoyer aux travaux et Conventions élaborées par la CDI afin d'établir le caractère coutumier d'une norme ¹⁸⁷⁵.

Dans le futur il est improbable (mais pas impossible) que la Cour renvoie aux travaux d'un auteur ou d'une association internationale pour élucider les conditions de l'acquiescement. Néanmoins l'hypothèse la plus prometteuse est une référence au travail de la CDI, en cours ou achevé ¹⁸⁷⁶. L'année 2018 a livré deux projets de conclusion promis à un bel avenir : *Détermination du droit international coutumier* ¹⁸⁷⁷ ainsi que *Les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités* ¹⁸⁷⁸. L'homogénéité des deux projets dans le traitement de l'acquiescement sectoriel mérite d'être souligné :

« Conclusion 10 – Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

[...] 3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction » ¹⁸⁷⁹.

Pour la pratique subséquente :

« Conclusion 10 – Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité

[...] 2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction » ¹⁸⁸⁰.

¹⁸⁷⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, 1997, CIJ, *Rec. 1997*, p. 38, § 46 (CVDI), pp. 39-41 (responsabilité). Le Texte final de la CDI date de 2001. De même : *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 2007, CIJ, *Rec. 2007*, p. 202, § 385 ; p. 208, § 401 (responsabilité).

¹⁸⁷⁶ A. ORAISON, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" », *op. cit.*, p. 540.

¹⁸⁷⁷ CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2^e partie, 2018.

¹⁸⁷⁸ CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2^e partie, 2018.

¹⁸⁷⁹ CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 149.

¹⁸⁸⁰ CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 79. Voy. égal. la Conclusion n° 7, § 3 relatif à la différence entre modification et interprétation (*id.*, pp. 53 et 64).

Toutes proportions gardées, la CDI a procédé à ce qui pourrait s'avérer une petite codification de l'acquiescement à travers ces deux textes (silence ou absence de réaction, écoulement du temps, réaction possible¹⁸⁸¹, circonstances nécessitant une réaction, effet d'acceptation). Le succès de ces deux « projets de conclusions » sera mesuré par les décisions futures de la CIJ. Les deux formulations pourraient bourgeonner en une énonciation des conditions *générales et abstraites* de l'acquiescement en tant que principe général.

En deçà de la citation d'un ouvrage, la Cour et sa devancière¹⁸⁸² ont parfois fait référence à la « doctrine » dans un sens très large. Ainsi on peut lire par exemple que « [t]elle est aussi la tendance qui domine chez la doctrine des publicistes et dans la pratique »¹⁸⁸³, ou simplement un renvoi à « [l']opinion des juristes [...] »¹⁸⁸⁴. La doctrine est utilisée dans un sens positif ou confirmatoire, pour établir l'existence d'une règle de droit. L'article 38 SCIJ ne précise pas quelle doit être l'utilisation de la doctrine. Intuitivement, on pourrait penser que la doctrine est citée uniquement lorsqu'elle permet de trouver une règle applicable et utile à la résolution du différend¹⁸⁸⁵. Sur la base des travaux préparatoires¹⁸⁸⁶ et de l'économie générale de l'article 38 SCIJ, il semble que l'énumération des normes applicables vise à éviter un *non liquet*¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸¹ « Être en mesure de réagir » (*loqui... potuisset*) n'apparaît pas explicitement dans le projet relatif à la pratique subséquente car cette condition y est déjà contenue en germe. La Conclusion 10, § 2 est à mettre en lien avec la n° 9, § 2 (*Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation*) : « En outre, le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), dépend, entre autres, de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée » (CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, p. 74). La pratique doit être suffisamment consistante et cohérente pour qu'il n'y ait pas de doute sur l'acceptation des États silencieux (extrapolé de *id.*, pp. 76-78). La condition de la notoriété des faits à la base de la réaction est à prendre en compte ici. Pour l'écoulement du temps, il s'estime par rapport à sa densité, c'est-à-dire aux occasions de réagir (nombre de cas d'application de la pratique subséquente sur une période donnée).

¹⁸⁸² A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 869, § 336 ; A. ORAISON, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" », *op. cit.*, pp. 539-540. Voy. aussi : M. LACHS, « Teachings and Teaching of International Law », *RCADI*, vol. 151, 1976-III, p. 218 et les notes n°s 28 à 30 en p. 231.

¹⁸⁸³ *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, p. 22.

¹⁸⁸⁴ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, 1969, CIJ, *Rec. 1969*, p. 35, § 55.

¹⁸⁸⁵ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁸⁸⁶ M. PEIL, « Scholarly Writings as a Source of Law », *op. cit.*, p. 139.

¹⁸⁸⁷ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 8. Cf. aussi R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 745 ; A. PELLET, « Article 38 », *op. cit.*, p. 734, § 1.

« Déterminer » est un terme vague, sujet à interprétation, qui comporte en plus de son aspect positif d'*établissement* du droit (*law-ascertainment*) une indissociable dimension négative, vérifiable ligne de partage des eaux entre droit et non-droit¹⁸⁸⁸. La CPJI avait suggéré une telle utilisation de la doctrine et des décisions dans un *dictum* :

« C'est une question vivement controversée dans la doctrine des auteurs et dans la jurisprudence des principaux États, que celle de savoir si la litispendance, qui a pour objet de prévenir un conflit de choses jugées, peut être invoquée dans les rapports internationaux [...] »¹⁸⁸⁹.

Une conséquence de la négation de l'existence d'une règle est la consolidation des normes avoisinantes ou alternatives. Cet aspect de la « détermination des règles de droit » ressort dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* :

« La Cour note que la théorie de la consolidation historique *a fait l'objet de nombreuses controverses* [*is highly controversial*] et estime que cette notion ne saurait se substituer aux modes d'acquisition de titre reconnus par le droit international, qui tiennent compte de nombreux autres facteurs importants de fait et de droit »¹⁸⁹⁰.

Une référence aussi oblique entre-t-elle dans le champ de l'article 38 SCIJ ? La doctrine n'est pas directement visée, et, en admettant que les « nombreuses controverses » soient doctrinales, sans l'indication d'ouvrages ou d'auteurs, on ignore si ces derniers appartiennent au cercle des « publicistes les plus qualifiés ». D'ailleurs ce passage n'est pas pris en compte par Peil dans sa très complète recension alors même qu'il cite cette affaire¹⁸⁹¹. On se situe peut-être « sous le radar » de la doctrine telle qu'elle résulte de l'article 38 SCIJ, la CIJ faisant un usage purement argumentatif de la doctrine.

Le passage précité de *Frontière terrestre et maritime* n'est pas anodin, la consolidation historique de titre doit beaucoup à Charles de Visscher. Juge dans l'affaire des *Pêcheries*, il peut être considéré comme le champion de cette théorie, et, potentiellement,

¹⁸⁸⁸ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 207, « [d]istinguish law from non law » (se référant aux travaux de J. D'ASPREMONT).

¹⁸⁸⁹ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, Exceptions préliminaires, 1925, CPJI, Série A, n° 6, p. 20.

¹⁸⁹⁰ *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 2002, CIJ, Rec. 2002, p. 352, § 65.

¹⁸⁹¹ M. PEIL, « Scholarly Writings as a Source of Law », *op. cit.*, p. 152, note n° 73.

appartenir aux publicistes les plus qualifiés¹⁸⁹². La quantité serait-elle préférable à la qualité pour nier une institution ? La question du *non liquet* ne se posait pas dans cette affaire, il s'agissait au contraire de déterminer quel mode d'acquisition sélectionner (ou rejeter) au vu des circonstances. L'énumération de l'article 38 SCIJ est utilisée « à rebours » dans *Frontière terrestre et maritime* : la consolidation ne résulte pas d'un traité, dans le droit coutumier elle se confronte aux autres modes d'acquisition, sa qualité de principe général n'est pas plausible, la Cour met hors-jeu sa précédente décision en la limitant à l'espace maritime¹⁸⁹³, et, *in fine*, même la doctrine est controversée en la matière.

Cette utilisation de la doctrine tranche de la révérence avec laquelle la Cour cite ses propres décisions ou les travaux et commentaires de la CDI. L'utilisation de la doctrine à des fins de rejet correspondrait à un standard moins élevé que pour l'établissement d'une norme, le nombre compenserait la qualité des publicistes cités. La Cour est l'interprète privilégiée¹⁸⁹⁴ du champ positif et négatif recouvert par la « détermination des règles de droit » de l'article 38, § 1, lit. d SCIJ.

À la lecture des décisions, la doctrine semble reléguée à un rang totalement accessoire. En réalité les ouvrages jouent un grand rôle dans l'élucidation du droit, la CIJ se refuse simplement à les citer¹⁸⁹⁵. Pour un principe comme l'acquiescement et ses déclinaisons coutumières, la doctrine joue un rôle majeur. Elle indique ses cas d'application et les institutions concurrentes. La préférence des plaideurs va toutefois aux décisions judiciaires, elles jouissent d'une plus grande autorité argumentative. Le raisonnement est circulaire puisque les décisions judiciaires reposent au moins en partie sur la doctrine. On ne s'engagera pas dans une *probatio diabolica*. Un développement envisageable est la reprise d'un considérant type

¹⁸⁹² *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 116 ; Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953, 467 p. (il est significatif pour l'appartenance de l'auteur à la doctrine la plus qualifiée que l'ouvrage soit traduit : *id.*, *Theory and reality in public international law*, (trad. par P. E. CORBETT), Princeton, Princeton University Press, 1968, 527 p.) ; *id.*, « Cours général de principes de droit international public », *RCADI*, vol. 86, 1954-II, p. 490. Voy. aussi : Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, not. pp. 335-336.

¹⁸⁹³ *Pêcheries. Cf. Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 2002, CIJ, *Rec.* 2002, p. 352, § 65.

¹⁸⁹⁴ G. ABI-SAAB, « De la jurisprudence », *op. cit.*, p. 102.

¹⁸⁹⁵ A. ORAISON, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" », *op. cit.*, pp. 541-542.

par la CIJ chaque fois que l'acquiescement apparaît¹⁸⁹⁶. Dans deux importants projets de conclusion datant de 2018, la CDI procède à un embryon de codification, embryon qui pourrait acquérir une portée générale¹⁸⁹⁷.

On a noté que la « détermination des règles du droit » possède un versant négatif qui consiste à se servir d'une controverse doctrinale pour rejeter une institution. L'acquiescement, bien qu'il semble solidement ancré dans la jurisprudence de la Cour au vu du nombre d'occurrences, pourrait se voir touché par une telle controverse ou incertitude. En deçà d'une négation de son application, il serait possible qu'un courant doctrinal le considérant – par exemple – comme une modalité de preuve du consentement soit favorisé au gré des affaires¹⁸⁹⁸. Par ricochet, le consentement, l'accord tacite, l'*estoppel*, ou encore le titre dans le contentieux territorial seraient renforcés et favorisés¹⁸⁹⁹. Un autre facteur à prendre en compte pour le développement de l'acquiescement est l'interaction constante entre la jurisprudence, la doctrine et les travaux de la CDI et d'associations telles que l'IDI ou l'ILA. Une avancée dans un de ces pôles (en particulier la CDI) peut rapidement être reprise en chœur par les autres acteurs.

3. *L'équité contra legem*

In fine, l'article 38, § 2 SCIJ prévoit que : « [L]a présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ». On retient trois axes pour la suite : 1) les cas de jugements rendus *ex aequo et bono*, 2) si de tels cas concernent l'acquiescement, et 3), la portée de l'article 38, § 2 SCIJ pour l'acquiescement. « L'équité » ici évoquée n'est pas une source de droit, même auxiliaire, mais un mode de règlement

¹⁸⁹⁶ Cf. *supra*, addition de Golfe du Maine et Souveraineté sur Pedra Branca : Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili), arrêt, 2018, CIJ, Rec. 2018, p. 556, § 152.

¹⁸⁹⁷ Cf. *supra* et CDI, Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *op. cit.*, conclusion 10, § 3, p. 149 ; CDI, Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs, *op. cit.*, conclusion 10, § 2, p. 79.

¹⁸⁹⁸ Cette technique évite une négation frontale de l'acquiescement mais aurait pour effet de le rétrograder de son statut de mode informel *alternatif au consentement* à un rang subalterne de serviteur du consentement.

¹⁸⁹⁹ En conformité avec une tendance qui conçoit le traité (et l'expression de la volonté) comme l'étalon pour les sources du droit.

des différends¹⁹⁰⁰. L'équité en question est *contra legem*, la Cour *peut* se départir du droit et prononcer un jugement en équité sur certains points¹⁹⁰¹. Quant à l'équité *infra legem* et *praeter legem*, elles sont déjà absorbées dans les normes juridiques¹⁹⁰².

Aucune décision rendue en application de l'article 38, § 2 SCIJ n'ayant été recensée¹⁹⁰³, aucune ne peut concerner l'acquiescement. À ce stade, un arbitrage en matière territoriale rendu sur la base de l'équité *contra legem*¹⁹⁰⁴ peut nous éclairer sur les considérations pertinentes. Les facteurs équitables pris en compte furent notamment : la population, les voies de communication, les intérêts économiques et ceux de la communauté des États¹⁹⁰⁵. En matière territoriale, il existe de nombreux

¹⁹⁰⁰ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit., p. 104 ; R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 360.

¹⁹⁰¹ A. PELLET, « Article 38 », op. cit., p. 792, § 160 et p. 796, § 171 : « An authorization to decide *ex aequo et bono* certainly does not prevent the Court from applying international law [...] ». Probablement que l'équité interviendra dans la mesure où les parties en font usage dans leurs plaidoiries bien que : « The judges are not bound by the pleadings or legal arguments of the parties » (R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 369).

¹⁹⁰² L'équité *infra legem* et *praeter legem* sont déjà absorbées dans les normes juridiques, par ex. en matière de délimitation maritime. H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit., p. 106 ; A. PELLET, « Article 38 », op. cit., p. 795, § 169 ; R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 364.

¹⁹⁰³ En date du 15 juillet 2019. H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit., p. 104 ; A. PELLET, « Article 38 », op. cit., p. 797, § 175 ; R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 342.

¹⁹⁰⁴ Contra : R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 875 : « Un exemple évocateur d'une sentence arbitrale rendue sur la base de l'équité *praeter legem* [comblement de lacune] est celle de la Zone de Brcko [...] ». Dans la sentence, on lit : « In considering the parties' command to "apply relevant legal and equitable principles" (emphasis added) in resolving the dispute presented, the Tribunal finds that such a clause must require, at a minimum, that equitable considerations be used to render an award that gives effect to considerations of fairness, justice and reasonableness ». *Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area (The Republika Srpska v. The Federation of Bosnia and Herzegovina)*, arrêt, 1997, § 88. Ce passage penche plus dans le sens de l'équité *infra* ou *praeter legem*, déjà contenue dans le droit international, l'usage fait par le tribunal est par contre « mixte » en ce que les considérations d'équité dépassent les bornes généralement assignées (hypertrophie de l'équité *infra* et *praeter legem* plutôt qu'une application directe de l'équité *contra legem*). Toujours dans la sentence, et penchant nettement pour l'équité *contra legem*, on lit également : « [A]rticle V(3)'s specific reference to "equitable principles," [...] allows the arbitrators to give effect to considerations of fairness, justice and reasonableness in the award. Not being required to proceed solely on the basis of legal rules, the Tribunal is authorized to render an award that, in its view, best reflects and protects the overall interests of the parties and that has the strongest likelihood of promoting a long-term peaceful solution » (*id.*, § 97, nos italiques). Ce dernier paragraphe indiquerait que le tribunal arrime les considérations d'équité de manière téléologique, afin que la sentence garantisse la paix. Kolb estime d'ailleurs que « [l]a sentence était à la limite de l'excès de pouvoir [...] » (*id.*, p. 175).

¹⁹⁰⁵ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 174 ; *Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area (The Republika Srpska v. The Federation of Bosnia and Herzegovina)*, arrêt, 1997, §§ 88-94.

facteurs qui ne sont pas toujours pris en compte dans la décision (historiques, politiques, économiques, sociaux)¹⁹⁰⁶. Ces brèves observations nous amènent au dernier point : l'éventuelle interaction de l'équité avec l'acquiescement dans un jugement rendu en application de l'article 38, § 2 SCLJ.

L'acquiescement étant juridique, des motifs d'équité *contra legem* permettraient soit d'en faire abstraction, soit d'en moduler les conditions. Dans les deux cas, cette adaptation serait commandée car les valeurs mises en œuvre par l'acquiescement se heurteraient aux considérations d'équité *contra legem*. À part renvoyer aux notions de « fairness, justice and reasonableness »¹⁹⁰⁷, on ne peut pas établir une liste exhaustive de l'équité *contra legem*, celle-ci dépend des intérêts en jeu. Il en va différemment de l'acquiescement, et c'est une énième fois que l'on se tourne vers *Golfe du Maine* :

« La Chambre constate en tout cas que les notions d'acquiescement et d'estoppel, quel que soit le statut que leur réserve le droit international, découlent toutes deux des principes fondamentaux de la bonne foi et de l'équité »¹⁹⁰⁸.

En tant que droit positif, l'acquiescement ne peut incorporer que des considérations d'équité *praeter* ou *infra legem*. *Praeter legem*, l'acquiescement viendrait combler une lacune, il serait le moyen d'atteindre un résultat équitable, par exemple en matière de délimitation maritime en tenant compte du comportement des parties¹⁹⁰⁹. *Infra legem*, l'équité inhérente¹⁹¹⁰ à l'acquiescement est

¹⁹⁰⁶ M. J. AZNAR, « The human factor in territorial disputes », *op. cit.*, pp. 307-329 ; G. NESI, « Boundaries », *op. cit.*, pp. 215-219. Y fait écho le § 88 de *Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area (The Republika Srpska v. The Federation of Bosnia and Herzegovina)*, arrêt, 1997.

¹⁹⁰⁷ *Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area (The Republika Srpska v. The Federation of Bosnia and Herzegovina)*, arrêt, 1997, § 88. En matière territoriale, il s'agit des « [c]onsideration of the factual context of the dispute – the unique political, economic, historical and geographical circumstances surrounding the dispute – and the balancing of the interests of the disputants in light of these factors; and (2) a set of equitable doctrines associated with fairness, such as the doctrine of “unclean hands,” by which the inequitable conduct of one of the parties may be taken into account in the decision » (*ibid.*).

¹⁹⁰⁸ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130.

¹⁹⁰⁹ R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 365 ; *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriyah Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec.* 1982, pp. 69-70, §§ 93-95 (par analogie).

¹⁹¹⁰ R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 364 : « Here, equity is [...] inherent in that rule ».

mise en œuvre : le passage précité de l'affaire du *Golfe du Maine* peut être interprété en ce sens, l'acquiescement venant corriger une autre norme dans un cas d'application, ou en supplantant la violation initiale (assainissement de l'illicite), ou encore en tenant compte de la situation effective et des intérêts en présence (*quieta non movere*). En lui-même, l'acquiescement procède déjà de considérations d'équité ; il met en balance le respect de ses conditions face à sa conséquence.

Pour que l'équité inhérente à l'acquiescement soit supplantée, il faudrait donc que les valeurs de l'équité *contra legem* soient considérées comme prioritaires dans le cas d'espèce. Cela pourrait être le cas si le droit en question est jugé comme trop important¹⁹¹¹ pour être atteint par l'acquiescement malgré la réalisation de ses conditions¹⁹¹², ou, à l'inverse, que ses exigences sont trop strictes par rapport aux enjeux¹⁹¹³. Si l'équité ne va pas jusqu'à faire abstraction de l'acquiescement, elle pourrait en modifier les conditions dans un cas habituel d'application ; par hypothèse une condition qui ne serait pas satisfaite n'entraverait pas la perte ou le gain d'un droit¹⁹¹⁴. Dans un différend territorial, les considérations politiques, sociales, économiques, historiques pourraient intervenir, soit librement, soit dans le cadre d'un acquiescement « en équité » afin de décider du tracé d'une frontière¹⁹¹⁵.

Ces modulations de l'acquiescement au gré de l'équité font ressortir les valeurs à réaliser ; protection de la bonne foi, des attentes légitimes, avantage aux situations effectives et aux faits accomplis. Si les conditions de l'acquiescement empêchent l'expression d'une de ces valeurs, l'équité *contra legem* permet de redonner la priorité aux impératifs de justice et d'égalité¹⁹¹⁶.

¹⁹¹¹ Tout en se situant en deçà du cas des obligations de *ius cogens* (qui, elles, sont en principe immunisées contre l'acquiescement).

¹⁹¹² Par ex. les droits et obligations qui, tout en découlant d'obligations de *ius cogens* et permettant leur mise en œuvre, n'ont pas eux-mêmes cette nature.

¹⁹¹³ Par ex. en soutenant une modification de droits et obligations dans le cadre d'un traité (pratique subséquente) car elle irait dans le sens de l'équité.

¹⁹¹⁴ Par ex. au vu des nombreuses occasions de réagir, un temps court n'empêcherait pas un constat d'acquiescement.

¹⁹¹⁵ Dans *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 2002, CIJ, *Rec. 2002*, les arguments nigériens faisaient état de considérations qui ne tombaient pas dans le champ du titre ou des effectivités (p. 349, § 62), mais la Cour se fit l'écho de la situation de la population nigérienne se trouvant « désormais » en territoire camerounais (p. 452, §§ 316-317).

¹⁹¹⁶ L'équité *contra legem* permet de faire fi de l'acquiescement malgré le comportement des parties. À la place peuvent s'exprimer les considérations d'équité générale inhérentes à l'acquiescement (bonne foi), ou des considérations externes.

4. *Synthèse*

La moisson des § 1, lit. d et § 2 de l'article 38 SCIJ est ambivalente, et à première vue plutôt maigre pour l'acquiescement. En apparence et officiellement, doctrine et jurisprudence sont des sources auxiliaires, ce qui signifie qu'elles ne peuvent pas créer du droit. En réalité et officieusement il s'agit de greniers normatifs à disposition des plaideurs et du juge. Les tribunaux sont *nécessairement* sous l'influence de ces ingrédients, que ce soit au travers de recherches ou en raison des plaidoiries qui s'en font elles-mêmes l'écho. Grâce en particulier à la doctrine, les sources « principales » sont précisées et le droit international est conceptualisé et systématisé¹⁹¹⁷. L'interaction entre doctrine et jurisprudence est particulièrement féconde, par la critique et la complétion des décisions, les normes applicables acquièrent une plus grande finesse.

Un cas à souligner est celui de la chaîne d'établissement de la coutume, initiée par la CDI, puis reprise par la CIJ. Tant en raison de sa composition¹⁹¹⁸ que de son rôle d'institution des Nations Unies, la CDI jouit d'une position privilégiée pour déterminer quelles règles accèdent au statut coutumier. La CIJ s'appuie donc volontiers sur les travaux de la CDI. La Cour pourrait ainsi faire écho au traitement réservé à l'acquiescement par les projets de la CDI¹⁹¹⁹.

Par contre, la faculté pour la Cour de juger *ex aequo et bono* n'a pas – officiellement ou officieusement – une grande signification, à part mettre en relief l'équité inhérente à certaines règles ou ses applications *infra* et *praeter legem* en vertu d'une norme. L'acquiescement procède déjà de considérations de justice et d'égalité, si l'équité *contra legem* le supplante, c'est en raison d'un conflit sous-jacent de valeurs protégées.

¹⁹¹⁷ A. ORAISON, « Réflexions sur “la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations” », *op. cit.*, p. 527 : « Le droit en général ne serait qu'un capharnaüm ou un magma de matériaux épars sans la doctrine dont l'un des rôles principaux est de passer du cas concret à l'abstraction ».

¹⁹¹⁸ À savoir 34 membres issus des 5 continents selon une clé devant assurer la représentation des grandes traditions juridiques. (Nations Unies, *The Work of the International Law Commission*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 11, 17 et 266, voy. l'article 8 du règlement de la CDI, rés. 174 (II), AG du 21 novembre 1947).

¹⁹¹⁹ Par ex. : CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2^e partie, 2018 ; CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2^e partie, 2018.

Jusqu'en 2023, l'impact sur l'acquiescement des « décisions judiciaires » et de la « doctrine des publicistes les plus qualifiées des différentes nations », au sens de l'article 38, § 1, lit. d SCIJ, s'est fait plutôt discret. Une accentuation ou pérennisation de la jurisprudence de la Cour n'est pas à écarter (à l'exemple de *Délimitation maritime dans l'océan Indien*)¹⁹²⁰. Si une inflexion dans les conditions de l'acquiescement devait se produire, quelle que soit sa direction, elle risque fort d'être l'œuvre de la Cour¹⁹²¹. On va maintenant se tourner vers les sources apocryphes, jugées indignes (ou simplement postérieures) du modèle canonique de l'article 38 SCIJ. Il s'agira notamment des actes juridiques unilatéraux et des résolutions de l'ONU, et du *Ius Cogens*.

II. Les autres sources du droit international public

Il s'agit de s'attacher, dans l'ordre, à trois « sources » : les actes unilatéraux des *États* (II.A), des *organisations internationales* (II.B ; résolutions de l'ONU prises par l'AG ou le CS), et le *Ius Cogens*¹⁹²² (II.C). Pour finir, nous évoquerons l'utilité de la *soft law* (II.D).

A. Les actes unilatéraux étatiques

D'emblée, on rappelle que la source la plus à même de définir la nature de l'acquiescement est à chercher dans les principes généraux de/du droit. À titre subsidiaire, l'alternative digne d'intérêt est celle d'une assimilation aux actes unilatéraux. La jurisprudence internationale a « [r]econnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques »¹⁹²³. Les points saillants de la définition de ces actes sont : un État auteur de l'acte (attribution), la *volonté* de s'engager, un objet, l'expression

¹⁹²⁰ Cf. *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, pp. 227-228, § 51.

¹⁹²¹ Les décisions constituent le matériel privilégié de toute étude de l'acquiescement. L'impact d'une décision de la CIJ fixant sa nature et/ou ses conditions serait retentissant, par ricochet, dans la doctrine en général (hors art. 38, § 1, lit. d SCIJ).

¹⁹²² Dans la mesure où sa création diffère de celle des règles coutumières. G. M. DANILENKO, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 214.

¹⁹²³ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec. 1974*, p. 472, § 46.

publique de l'acte (déclaration)¹⁹²⁴. En miroir, « [a]ucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet [...] »¹⁹²⁵. La forme étant libre, des actes unilatéraux peuvent aussi survenir *tacitement*¹⁹²⁶. Les actes unilatéraux sont encore tributaires de deux considérations importantes : les actes unilatéraux qui limitent le domaine réservé sont à interpréter restrictivement¹⁹²⁷. Et deuxièmement la bonne foi – elle encore – sert de fondation au caractère obligatoire découlant de ces engagements¹⁹²⁸.

1. *Les travaux de la CDI*

Le premier principe directeur de la CDI relatif aux actes unilatéraux¹⁹²⁹ prévoit :

« Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Lorsque les conditions pour qu'il en soit ainsi sont réunies, le caractère obligatoire de telles déclarations repose sur la bonne foi ; les États intéressés peuvent donc en tenir compte et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées »¹⁹³⁰.

On retrouve dans ce principe les éléments clés des *Essais nucléaires*. Les autres principes précisent les aspects accessoires de ces déclarations : l'auteur doit être un État (principes n^{os} 2 et 4)¹⁹³¹ et les circonstances dans lesquelles la déclaration intervient sont cruciales pour en comprendre le sens, l'objet et la portée exacte (principes n^{os} 3 et 7)¹⁹³². En revanche, le principe n^o 5, en limitant les déclarations aux formes orales et écrites, va au-delà de l'affaire des *Essais nucléaires*¹⁹³³. La question d'un acte unilatéral par voie tacite avait été examinée par le rapporteur spécial avant d'être exclue du champ d'étude¹⁹³⁴. Il avait certes été reconnu

¹⁹²⁴ *Ibid.*

¹⁹²⁵ *Ibid.*

¹⁹²⁶ *Ibid.*, p. 472, § 48.

¹⁹²⁷ *Ibid.*, p. 472, § 47.

¹⁹²⁸ *Ibid.*, p. 472, § 49 ; C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law* », *op. cit.*

¹⁹²⁹ *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2^e partie.

¹⁹³⁰ *Ibid.*, p. 386.

¹⁹³¹ *Ibid.*, pp. 389 et 391.

¹⁹³² *Ibid.*, pp. 390 et 396.

¹⁹³³ *Ibid.*, p. 393.

¹⁹³⁴ Not. dans : CDI, 3^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505, p. 279, §§ 126-133.

qu'une renonciation ou une reconnaissance¹⁹³⁵ peuvent s'accomplir dans le silence. Toutefois, ce type d'actes unilatéraux est, selon le rapporteur spécial, conditionné à un comportement *précédent*, ce qui plaçait les actes « tacites » en dehors du champ d'étude¹⁹³⁶. Effectivement, on lit dans le premier rapport que la déclaration unilatérale est au centre des préoccupations de la CDI, le type même en est la promesse. Dès le départ, le trio silence, *estoppel* et acquiescement est exclu¹⁹³⁷.

Le rapporteur spécial est pleinement conscient de l'intérêt – et des difficultés – posé par le silence et l'acquiescement¹⁹³⁸. Trois arguments servent à justifier cette exclusion : 1) la nécessité d'une action précédant le silence/acquiescement, 2) l'encadrement conventionnel des conséquences du silence, 3) le cadre complexe d'application de l'acquiescement.

En premier lieu et dans l'optique du travail de la CDI, un acte unilatéral se définit comme un acte « non sollicité », dont la validité n'est pas soumise à réception¹⁹³⁹. Si une chaîne d'actions et de réactions survient, l'acte unilatéral tel qu'envisagé par la CDI en constitue le maillon initial¹⁹⁴⁰. Chronologiquement, et par essence, la reconnaissance est une réaction face à une situation (de droit ou de fait) qui lui préexiste. On peut formuler une interprétation réconciliatrice : une reconnaissance (tacite) est un *acte* juridique, qui prend appui sur un *fait* juridique antérieur (existence ou non d'un État, d'hostilités, d'un nouveau gouvernement).

¹⁹³⁵ Au contraire d'une promesse (*ibid.*, p. 279, § 129).

¹⁹³⁶ *Ibid.*, p. 279, § 131.

¹⁹³⁷ CDI, 1^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/486, p. 334, §§ 48-51.

¹⁹³⁸ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, pp. 266-269.

¹⁹³⁹ CDI, 3^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 273, § 100 : « Les actes unilatéraux ne dépendent pas d'un acte antérieur, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté antérieure [...] [et ils] produisent des effets juridiques indépendamment du fait qu'eux-mêmes soient ou non acceptés par le destinataire », nos italiques.

¹⁹⁴⁰ Cf. par ex. le principe n° 3 : « Pour déterminer les effets juridiques de telles déclarations, il convient de tenir compte de leur contenu, de toutes les circonstances de fait dans lesquelles elles sont intervenues et des réactions qu'elles ont suscitées », *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 390, nos italiques. CDI, 3^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 279, § 131 : « [Le silence est] un comportement adopté en réaction à un acte ou à une incitation préexistante, ce qui nous éloigne du concept d'acte unilatéral que nous examinons ».

Deuxièmement, le rapport mentionne qu'« on ne saurait négliger le fait que, dans certaines conventions multilatérales, le silence emporte des conséquences juridiques pertinentes »¹⁹⁴¹. Les articles 20, § 5 et 65, § 2 CVDT en sont de parfaites illustrations¹⁹⁴² : le silence (ou acquiescement) vient s'inscrire dans un cadre prédéterminé¹⁹⁴³. Il n'y a dès lors pas d'incertitudes sur le traitement à lui réserver et ses effets juridiques. En dehors des conventions, le doute règne car le silence n'a pas d'effet en soi. Au vu du but de la CDI, qui était de formuler des principes et de vérifier l'existence de normes applicables aux actes unilatéraux¹⁹⁴⁴, l'exclusion du silence et de l'acquiescement est compréhensible. Déduire une renonciation tacite d'un silence n'en est pas moins possible¹⁹⁴⁵, mais tombe hors des prévisions du projet. Plus que les autres actes unilatéraux, la renonciation est perçue comme une limitation du domaine réservé. En conséquence, l'exigence d'une situation univoque pour déduire une renonciation tacite est soulignée¹⁹⁴⁶. La diabolisation de la renonciation comme une limitation au domaine réservé est en fin de compte étonnante : la promesse et la reconnaissance restreignent tout autant la liberté d'action future d'un État. Le rapporteur spécial souligne également que les catégories sont perméables : une renonciation – quand elle est exprès – peut être convertie en une promesse « de ne pas faire »¹⁹⁴⁷. Par contre, une promesse tacite, implicite ou silencieuse est un cas extrêmement rare, voire jamais documenté : « [S]ilence, where legally relevant, will be so either as tacit acceptance or tacit recognition ; *tacit promises are hardly conceivable* »¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴¹ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 267, § 190.

¹⁹⁴² Respectivement : acceptation tacite des réserves après un délai de 12 mois ; autorisation de prendre la mesure envisagée trois mois après une notification.

¹⁹⁴³ Pour des exemples de cadre de signification prédéterminée et les actes tacites, voy. : A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, *op. cit.*, p. 134 ; M. DECLEVA, *Gli accordi taciti internazionali*, chapitre 2 ; G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, *op. cit.*, pp. 259-260 et 283-287.

¹⁹⁴⁴ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 271, § 230.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 251-252, §§ 84-87.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 251, § 84.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 231, § 15 ; p. 252, § 87 ; Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁹⁴⁸ Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, *op. cit.*, p. 35, p. 184, nos italiques. En dehors de la promesse tacite de ne pas faire qui peut être convertie en une renonciation à un droit, la doctrine ne fait pas état d'un exemple de promesse tacite (R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 318, §§ 38-39). Une promesse tacite est à différencier des attentes légitimes, la promesse est un acte juridique. CDI, 3^e rapport

En troisième et dernier lieu, le cadre complexe d'application de l'acquiescement justifie sa mise à l'écart. L'acquiescement est présent dans une section du 7^e rapport intitulée « Le silence et l'estoppel comme principes modulateurs de certains actes étatiques »¹⁹⁴⁹. L'analyse nuancée du rapporteur insiste sur deux éléments : un acquiescement ne peut prendre place qu'après la connaissance de faits notoires¹⁹⁵⁰ (cet argument insiste sur la *dépendance* de l'acquiescement). Et il est souligné que l'acquiescement est un fait complexe¹⁹⁵¹ procédant d'une évaluation globale des actions et omissions d'un État¹⁹⁵². Dans l'optique du rapporteur spécial, il peut parfois être utilisé à titre probatoire ou interprétatif¹⁹⁵³. Bien que ses effets soient analogues aux actes unilatéraux, c'est un comportement plutôt qu'un acte¹⁹⁵⁴.

L'œuvre de la CDI s'est limitée à plusieurs égards¹⁹⁵⁵. Le but étant de formuler des principes susceptibles de généralisation, c'est volontairement que le silence et les actes tacites (renonciation, reconnaissance) ne sont pas approfondis. Le type idéal d'acte unilatéral pour lequel ces principes ont été édictés est une déclaration-promesse. Autre indice que la porte reste ouverte à admettre l'acquiescement comme un acte unilatéral : il tombe hors du champ des principes directeurs¹⁹⁵⁶, qui ne s'opposent donc pas à son existence. Le travail de la CDI s'avère en définitive assez neutre, voire même paradoxalement positif vis-à-vis de l'acquiescement car il identifie des problématiques communes avec les actes unilatéraux¹⁹⁵⁷.

sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 279, § 129 : la promesse tacite apparaît comme « impossible ».

¹⁹⁴⁹ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 266.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 266, § 189 ; p. 267, § 192.

¹⁹⁵¹ G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 369, 380.

¹⁹⁵² CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 267, § 194.

¹⁹⁵³ *Ibid.*, p. 268, § 195 ; CDI, 8^e rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/557, p. 141, § 166.

¹⁹⁵⁴ CDI, 8^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 140, §§ 158-159.

¹⁹⁵⁵ CDI, 1^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, pp. 332-333, §§ 29-38. Voy. aussi le principe n° 2 (*Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 389).

¹⁹⁵⁶ CDI, 1^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 327.

¹⁹⁵⁷ Notamment les questions de la capacité à engager l'État (par analogie à l'article 7 CVDT), des limites (*ius cogens*), et des sujets aptes à formuler de telles déclarations (États, organisations, acteurs non étatiques). Voy. not. les principes nos 2, 3, 4, et 8.

2. *L'acquiescement en tant qu'acte unilatéral : le nœud de la volonté*

a. *La position doctrinale de Martin-Bidou et Marie*

L'obstacle fondamental qui empêcherait de considérer l'acquiescement comme un acte unilatéral est la condition de la volonté. L'acquiescement, dans les travaux de la CDI, est désigné comme un *comportement*¹⁹⁵⁸. Les actes pris en compte par la CDI sont conditionnés par l'expression d'une volonté¹⁹⁵⁹ non équivoque¹⁹⁶⁰. Volonté et intention sont d'une importance cruciale pour les actes unilatéraux, bien que difficilement dissociables¹⁹⁶¹, on peut rapporter la première à la constitution de l'acte juridique lui-même, tandis que la seconde est à mettre en relation avec le contenu de l'acte :

« Le représentant de l'État peut exprimer la volonté de celui-ci en son nom, avec l'intention d'engager cet État en droit international [...] L'intention est une considération fondamentale dans l'interprétation de l'acte d'État. [...] L'expression de la volonté rend manifeste l'intention de son auteur de faire naître une obligation juridique »¹⁹⁶².

L'acte juridique unilatéral est ainsi modelé sur son grand frère le traité¹⁹⁶³. En l'absence de volonté en tant que condition à son existence, l'acquiescement doit être considéré comme un *fait juridique*. On présentera brièvement les solutions retenues dans la doctrine à ce propos.

En dehors des différends territoriaux et en tant qu'« acceptation tacite », Crawford et Brownlie classent l'acquiescement parmi les actes unilatéraux¹⁹⁶⁴. En droit international, le « tacite » signifie

¹⁹⁵⁸ CDI, *1^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États*, *op. cit.*, p. 334, §§ 49-50 : si l'inaction ne peut pas être considérée comme un acte juridique, elle peut néanmoins constituer une « forme de manifestation de volonté ».

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 343, § 133.

¹⁹⁶⁰ CDI, *2^e rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/500 et Add.1, p. 223, §§ 49-51.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 230, § 120. La volonté fait plus particulièrement référence à la dimension de libre arbitre de l'État, de choix librement « consenti » de formuler, ou non, un acte unilatéral (M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 57, « La volonté est un pouvoir de dire oui ou non, d'accepter ou de refuser. L'acte propre de la volonté est le consentement »).

¹⁹⁶² CDI, *2^e rapport sur les actes unilatéraux des États*, *op. cit.*, pp. 230-231, §§ 120-122.

¹⁹⁶³ La volonté concerne l'expression définitive du consentement à être lié (P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, p. 45, § 3/90) tandis que l'intention se rapporte au contenu du traité (*id.*, p. 29, § 90/74).

¹⁹⁶⁴ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 419-420. La tradition de *common law* n'est pas friande de la distinction acte/faît juridique (W. N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *op. cit.*, pp. 25-28).

qu'une volonté existe, mais qu'elle est passée sous silence¹⁹⁶⁵. Certains manuels anglophones dédiés à la question des sources ne mentionnent pas les actes unilatéraux, et encore moins l'acquiescement¹⁹⁶⁶. Ce positionnement est en adéquation avec la jurisprudence de la Cour puisqu'il n'y a jusqu'à présent aucune indication quant à la nature de l'acquiescement¹⁹⁶⁷. Par contraste, les manuels de tradition continentale acceptent à part entière l'existence des actes unilatéraux¹⁹⁶⁸. Le travail de la CDI a suscité un regain d'attention en doctrine, des auteurs proposent des études approfondies ou une refonte de la classification des actes unilatéraux¹⁹⁶⁹.

La thèse de Martin-Bidou s'empare de cette problématique dont elle pose clairement l'équation : « [C]'est au moment d'identifier, dans le comportement de la partie, une intention claire de produire des effets de droit qu'apparaît toute la difficulté de l'acquiescement »¹⁹⁷⁰. Après avoir écarté l'hypothèse de l'acquiescement comme partie d'un accord¹⁹⁷¹, l'auteure parvient à la conclusion que « [l]'acquiescement apparaît bien comme un acte unilatéral par lequel un État manifeste seul sa volonté de s'engager »¹⁹⁷².

C'est au prix d'un détour par la volonté fictive que Martin-Bidou prononce ce verdict¹⁹⁷³. Le curseur est déplacé sur la représentation que se fait un observateur de bonne foi des comportements de l'État (les « attentes légitimes » créées par l'attitude de l'État). Ce n'est donc pas une volonté « interne » à l'État qui est présente, mais une volonté déduite, dont le juge est le principal investigateur¹⁹⁷⁴. La

¹⁹⁶⁵ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 612.

¹⁹⁶⁶ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit. (qui présente les actes unilatéraux dans la section dévolue aux traités) ; G. M. DANILENKO, *Law-Making in the International Community*, op. cit. En matière d'interprétation, les actes unilatéraux sont mentionnés : A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, op. cit., pp. 465-486.

¹⁹⁶⁷ Cf. *supra*, Ch. 4.I.C.6.a.

¹⁹⁶⁸ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., pp. 243-255 ; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., pp. 363-370 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, op. cit., pp. 93-108.

¹⁹⁶⁹ Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, op. cit. ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit. ; E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, op. cit.

¹⁹⁷⁰ P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 248.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 274.

¹⁹⁷² *Ibid.*, p. 285.

¹⁹⁷³ *Ibid.*, p. 256.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 260 : « Les comportements divers de l'État, déclarations, silences, dont le juge déduit un acquiescement, apparaissent davantage comme des faits juridiques. Par conséquent, c'est la théorie de la fiction qui permet de retenir la seule volonté déclarée de l'État ».

volonté « déclarée » ou fictive, que l'on peut opposer à l'État, est prise en considération¹⁹⁷⁵, et ce « même si elle est probablement contraire à l'intention réelle de la partie en cause »¹⁹⁷⁶.

Un argument nous paraît spécialement faire obstacle à la présence de la volonté dans l'acquiescement : ce dernier pourrait être vicié en raison d'une erreur, d'un dol, ou de toute autre cause touchant à l'expression de la volonté. Martin-Bidou conclut par ailleurs à l'irrévocabilité de l'acquiescement¹⁹⁷⁷.

Dans sa thèse consacrée au *Silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Marie affirme que le silence peut consister en un acte juridique et relève le gant du problème de vices du consentement :

« En ce qui nous concerne, nous comprenons que l'affirmation selon laquelle le silence est une manifestation de la volonté consisterait en une inacceptable fiction juridique s'il était impossible de retrouver dans son appréhension par le droit les critères d'identification de cette dernière, i.e. ce qui est classiquement nommé les "vices du consentement" »¹⁹⁷⁸.

De manière volontairement partielle et cavalière – et avant de revenir sur le traitement réservé à ces vices dans le cas du silence – nous mettons ce passage en résonance avec des extraits de sa conclusion :

« L'attachement à la volonté, comme source unique du droit n'implique en rien qu'il doive s'agir d'une volonté réelle. [...] Ce constat impose en effet nécessairement de s'attacher à ce qui est manifesté et non à ce qui reste interne au sujet de droit »¹⁹⁷⁹.

Comment Marie traite-t-il le cas de vices du consentement en lien avec le silence ? Nous envisageons l'enjeu dans les termes suivants¹⁹⁸⁰ : à supposer que le silence (ou l'acquiescement) constitue un acte juridique,

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 279 et 283.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 255.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 286-289.

¹⁹⁷⁸ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 418, § 262.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 655, § 426. La volonté fictive sort par la grande porte pour mieux faire son retour par la fenêtre. Au final, pourquoi invoquer la volonté si c'est pour faire si peu cas d'elle ? Si le silence et l'acquiescement peuvent produire des effets juridiques sans avoir recours aux actes unilatéraux ou à la volonté, l'explication la plus « économe » suffit. La bonne foi et ses effets en cascade est satisfaisante à cet égard ; l'explication qui en découle fait d'emblée usage des apparences créées et de la nécessité de les protéger. La solution dont Martin-Bidou et Marie se font les champions arrive d'ailleurs à un résultat matériellement comparable.

¹⁹⁸⁰ C'est incontestablement contraire au *fair-play* de formuler une question en connaissant par avance la réponse de Marie.

la volonté-condition d'existence pourrait être viciée¹⁹⁸¹. Il serait dans ce cas possible d'annuler un acquiescement qui a déjà été considéré comme valide et qui a commencé à produire ses effets. À notre connaissance, cette situation ne s'est jamais présentée dans la jurisprudence¹⁹⁸², et ce pour une raison simple, l'acquiescement est le fruit d'un constat sur une période, constat monolithique formulé par le tribunal. Marie articule avec brio le constat en bloc de l'acquiescement d'une part, et la présence d'un vice du consentement¹⁹⁸³ d'autre part :

« *Le raisonnement ne consiste pas à établir un acquiescement éventuellement vicié et à laisser la possibilité de le dénoncer a posteriori mais à retenir l'acquiescement dès lors qu'il est raisonnable de considérer que l'État a pu s'assurer de l'existence d'une erreur, qu'il a pris conscience de la portée de son acquiescement. En somme les éléments permettant d'identifier la légitimité de l'erreur servent davantage à dégager le caractère raisonnable de la durée au terme de laquelle l'État pourra être considéré comme ayant valablement manifesté sa volonté* »¹⁹⁸⁴.

En faisant intervenir la condition de la durée (qui sert, notamment, à s'assurer de la prise de connaissance des faits donnant lieu à l'acquiescement), Marie forge une solution élégante au problème des vices du consentement. Cette solution est compatible avec une vision de l'acquiescement comme étant un « procédé existentiel » et une « cause efficiente », c'est-à-dire un processus qui fait naître une nouvelle situation de droit et d'obligation, mais qui disparaît ensuite. Un autre temps fort du raisonnement de Marie explique le passage obligé par la volonté :

« Si la *ratio legis* des règles (écrites ou non) qui attribuent des effets au silence étatique consiste toujours en la sauvegarde de la sécurité juridique des rapports de droit, les conditions de leur "production" posées par les règles en cause sont celles des actes juridiques »¹⁹⁸⁵.

Le silence et l'acquiescement sont placés sous les auspices de Janus. En amont, les actes juridiques et la volonté (conditions de production). En aval, la bonne foi et les attentes légitimes « objectivistes » (*ratio legis*).

¹⁹⁸¹ En raison d'une erreur, d'un dol ou de contrainte, et, plus généralement, des causes de nullité énumérées aux articles 46 à 53 CVDT.

¹⁹⁸² Il n'est pas impossible qu'elle se présente selon A. Marie (*Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 450, § 285).

¹⁹⁸³ L'extrait ne concerne que l'erreur mais est généralisable aux autres vices du consentement. Concernant le dol : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 448-450, § 285.

¹⁹⁸⁴ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 446, § 283, nos italiques.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 651, § 425. Dans le même sens, cf. M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 58.

Voir dans cet extrait une défense acharnée du volontarisme serait une erreur, l'auteur – ouvertement syncrétique¹⁹⁸⁶ – contre-carre adroitement cette attaque et construit une vision cohérente :

« L'adoption d'une conception volontariste ne conduit pas, par ailleurs, à défendre à tout prix la volonté réelle même si celle-là s'accommode, il est vrai, davantage avec les hypothèses pratiques où les règles et méthodes d'interprétation permettent à la volonté légale de se rapprocher le plus de ce qui semble être la prétendue volonté réelle. C'est précisément ce détachement par rapport à la volonté réelle qui leur vaut d'ailleurs le reproche de la fiction. *Ce qui n'est néanmoins pas toujours compris est que ce détachement est conscient ; les auteurs les plus critiques envers les volontaristes se trouvent ainsi parfois être les plus ardents défenseurs de la volonté (réelle) étatique* »¹⁹⁸⁷.

De même que les plus fervents critiques de l'efficacité du droit international sont ceux qui le tiennent en plus haute estime. En définitive, c'est une vision nuancée et équilibrée qui est proposée chez Marie. L'explication des conditions, causes et circonstances dans lesquelles le silence produit des effets de droit est le but premier de cette démonstration¹⁹⁸⁸. C'est une différence significative des développements précédents : Marie s'intéresse au *silence* alors que nous jetons notre dévolu sur l'*acquiescement*.

Mais est-il possible d'identifier une fois pour toutes l'élément qui crée, modifie ou éteint une obligation juridique ? Est-il véritablement possible de dissocier, en amont, les conditions de production (où la « volonté » intervient) et, en aval, l'attribution d'effets de droit (qui correspond à la sauvegarde de la sécurité juridique, autrement dit le versant objectiviste du raisonnement)¹⁹⁸⁹ ? Vaste question que nous ne traiterons que brièvement en cédant d'abord

¹⁹⁸⁶ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 652-654, l'auteur cherche à concilier les thèses objectivistes et subjectivistes.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 655, § 426, nos italiques. Nous reconnaissons volontiers être un « crypto-volontariste » concerné par cette critique, la volonté est « pure » dans notre idéal, elle est clairement exprimée et son objet est limpide. Son type même en est le traité et la promesse explicite. Par contre, nous sommes prêts à en faire fi dans certaines situations, comme les actes unilatéraux tacites, les accords tacites, la pratique subséquente et, bien évidemment, l'acquiescement. Un État peut être lié sans avoir exprimé sa volonté (réelle ou fictive), ou même en dépit de celle-ci en raison des circonstances.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 654, § 425 : « L'essentiel pour nous est de souligner que c'est bien à la volonté de l'État dont le silence est envisagé que l'effet de droit est attribué et que la démarche théorique, de même que celle du tiers impartial, consistant à s'appuyer sur elle pour expliquer la formation et l'opposabilité des règles et situations juridiques n'a plus rien de scandaleusement fictif ou invraisemblable », nos italiques.

¹⁹⁸⁹ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, p. 651, § 425.

la parole à Giordano Bruno : « C'est par une seule et même échelle que la nature descend pour produire les choses et que l'intellect monte pour les connaître, tous deux allant de l'unité à l'unité en passant par la multitude des moyens termes »¹⁹⁹⁰. Que l'on soit objectiviste ou subjectiviste, la perspective est faussée dès le départ puisque le regard n'embrasse pas l'échelle dans son entièreté.

Au-delà de cette citation, on peut orienter la réflexion sur la différence entre acte et fait juridique, le moment de leur perfection ainsi que leurs rapports. Le *fait juridique*¹⁹⁹¹ (*operative fact*) correspond à « [n]importe quel événement formulé en langage auquel le droit rattache des conséquences »¹⁹⁹². Dès que l'événement (ou le « fait ») correspondant à une norme juridique se produit, le droit y rattache des conséquences.

b. *L'acquiescement : acte juridique ou fait juridique ?*

L'*acte juridique* « [e]st constitué par l'ensemble des comportements volontaires qui ont provoqué un certain résultat, juridiquement important, ou, à l'opposé, l'ont laissé se réaliser sans s'y opposer »¹⁹⁹³. L'acte juridique se perfectionne et déploie des effets de droit¹⁹⁹⁴ dès que la volonté est exprimée (accompagnée, éventuellement, d'autres conditions). Virally détaille la nature de la *causalité juridique* à l'œuvre : les effets juridiques sont *automatiquement* créés dès que les conditions sont remplies, comme dans les lois de la physique¹⁹⁹⁵.

Les actes juridiques constituent un *type particulier* de faits juridiques¹⁹⁹⁶. Leur particularité *supplémentaire* est d'être conditionné à l'expression d'une volonté¹⁹⁹⁷. Il faut encore préciser que

¹⁹⁹⁰ G. BRUNO, *De la cause, du principe et de l'un*, Paris, Les Belles Lettres, 1996, p. 290.

¹⁹⁹¹ J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 274 ; J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, p. 367.

¹⁹⁹² J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 274 ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 16, § 2 ; G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 195.

¹⁹⁹³ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 90 ; l'abstention est aussi un acte s'il y a une possibilité de (ré)agir, ce qui laisserait *a priori* la porte largement ouverte à conceptualiser l'acquiescement comme un acte juridique (non-opposition délibérée face aux circonstances). Mais l'acquiescement peut tout de même être retenu même en cas de protestation, ce qui démontre son indifférence à la volonté (voy. Ch. 5.VII.D.3). Pour G. Abi-Saab : « L'acte juridique est un acte entrepris consciemment par le sujet de droit en vue de produire un certain effet juridique » (« Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 195).

¹⁹⁹⁴ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 13-14 et p. 96.

¹⁹⁹⁶ Sous forme logique : (actes juridiques ∈ faits juridiques) tandis que (faits juridiques ∉ actes juridiques).

¹⁹⁹⁷ J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 275.

la volonté n'est en elle-même rien d'autre qu'un fait juridique¹⁹⁹⁸, l'histoire du droit et le raffinement des notions ont conduit à séparer, d'un côté, les faits juridiques n'incluant pas la volonté comme condition d'existence et, de l'autre, à regrouper les faits juridiques qui incorporent la volonté sous la dénomination « d'actes juridiques »¹⁹⁹⁹.

Virally exprime la même réalité lorsqu'il délimite les contours des normes et des actes juridiques : les normes juridiques indiquent *dans quelle mesure* la volonté est pertinente pour faire naître des effets de droit. La volonté s'exerce ensuite – et est prise en compte – dans le cadre prédéterminé par la norme²⁰⁰⁰. Par exemple l'article 2, § 1, lit. a CVDT est une norme juridique. Pour créer un « traité » qui réponde à cette norme, les États doivent exprimer la volonté de conclure un accord *et* se conformer à la forme écrite²⁰⁰¹.

Concevoir l'acte juridique comme une sous-catégorie du fait juridique est plus qu'un tour de passe-passe académique. Pour l'acquiescement, les conséquences sont d'inclure ou d'exclure la volonté de ses conditions d'existence²⁰⁰² (volonté d'acquiescer/volonté de ne pas s'opposer). La vérification de l'acquiescement est donc soumise à un standard de preuve plus élevé s'il s'agit d'un acte juridique (même en admettant que la volonté puisse être fictive ou objectivée)²⁰⁰³. La distinction fait/acte juridique conduit à admettre moins aisément un acquiescement puisque la volonté doit être vérifiée, en ce sens le système juridique international s'en trouve rigidifié, les modifications, créations et extinctions de

¹⁹⁹⁸ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 45-46 ; J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, p. 374. Un fait juridique consiste à définir les conditions dans lesquelles un « événement », au sens large, produit des effets de droit. L'encadrement juridique de cet événement (sa définition, ses caractéristiques, ses limites) est donc crucial car il *crée* le fait juridique (J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, pp. 265, 287 et 294). Partant, la volonté constitue un fait juridique. Pour une opposition nette entre fait et acte juridique/volonté : J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, pp. 372-384.

¹⁹⁹⁹ M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 55 et les références.

²⁰⁰⁰ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 93.

²⁰⁰¹ J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, p. 377.

²⁰⁰² En procédant à rebours et en privilégiant la volonté, on pourrait formuler la théorie suivante : l'acquiescement est un acte volontaire, les conditions pour déterminer la présence d'une volonté sont la notoriété de la situation, l'empiétement d'un droit, le passage du temps, la nécessité de réagir, la capacité de l'auteur. Les conditions de l'acquiescement seraient alors *converties* en condition de vérification de la volonté.

²⁰⁰³ P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 279 et 283 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 655-656, § 426.

droit seraient plus rares²⁰⁰⁴. Selon nous, catégoriser l'acquiescement comme appartenant en totalité aux actes ou faits juridiques présente un avantage pour la cohérence du raisonnement. Ainsi, l'explication du phénomène est à mettre en totalité en relation soit avec l'expression d'une volonté, soit avec la protection de la bonne foi (et, en particulier, le versant des attentes légitimes de la bonne foi-confiance).

Écarter la volonté ne signifie pas qu'il est *impossible* que les États produisent volontairement une situation d'acquiescement²⁰⁰⁵. L'enjeu est uniquement de ne pas la prendre en compte afin de vérifier son existence : « La volonté de l'État n'est nécessaire que là où elle est exigée par le droit international »²⁰⁰⁶. Une volonté d'acquiescer peut parfaitement exister *en plus* du fait juridique, mais elle n'est pas pertinente dans le cadre de l'application du droit et de la production d'effets juridiques²⁰⁰⁷.

L'article 20, § 5 CVDT peut être mis sur le banc d'essai : il prévoit qu'« [u]ne réserve est réputée avoir été acceptée par un État si ce dernier n'a pas formulé d'objection à la réserve [...] à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification [...] ». Le fait juridique à vérifier est composé de trois éléments au minimum²⁰⁰⁸ : la réception de la notification, un délai de douze mois,

²⁰⁰⁴ Dans notre compréhension du droit international, l'objectivisme, en se défaisant de la volonté comme condition, rend le système juridique plus malléable, plus ouvert (pour une vision différente : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 654-656, § 426).

²⁰⁰⁵ Pris individuellement, les comportements positifs qui constituent l'acquiescement sont voulus par l'État. Choisir de percevoir des impôts sur une partie du territoire est volontaire, construire un phare, procéder à des contrôles de police, répondre à des fonctionnaires étrangers... sont des actes délibérés de l'État. M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 427 : « Au demeurant, on a pu noter l'existence d'une certaine forme de volonté même dans le fait juridique, quand bien même sa finalité ne serait pas normative ».

²⁰⁰⁶ *Ibid.* ; J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, p. 374 : « La volonté est sans aucune conséquence sur les effets déclenchés par la survenance du fait, même si ceux-ci ont été recherchés ».

²⁰⁰⁷ Par analogie, dans le cadre de la responsabilité internationale : « Le comportement de l'État génère des faits juridiques dont certains peuvent être intentionnels et d'autres pas ; les deux catégories de faits juridiques existent en sorte qu'il est contestable de distinguer le fait juridique de l'acte juridique pour la raison que celui-là arrive en dehors de toute intention du sujet à cet égard alors que celui-ci est essentiellement un acte volontaire. [...] *La question n'est donc pas de savoir si l'élément intentionnel, et donc volontaire, existe dans le fait juridique. Ce qui importe de relever c'est que cet élément volontaire est généralement considéré comme n'étant pas nécessaire sur le terrain de la responsabilité* ». M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 376, nos italiques.

²⁰⁰⁸ La régression dans l'énumération des conditions est potentiellement infinie et englobe l'entier du régime juridique des réserves (validité, opposabilité) et des traités (un traité mis

et l'absence d'objection. Le destinataire de la norme est un État partie à une Convention au sujet de laquelle une réserve a été exprimée. L'effet juridique est l'acceptation de la réserve. La volonté d'accepter la réserve n'est pas nécessaire, il peut même se produire une acceptation en dépit de la volonté de l'État. La seule manière d'éviter l'acceptation de la réserve est la formulation d'une objection : si l'État ne veut pas d'une réserve (volonté réelle), mais n'objecte pas (ou pas dans les formes prévues ; art. 23, § 1 CVDT), la réserve est réputée acceptée. Cet exemple démontre comment la volonté est totalement *en marge* du fait juridique. À l'inverse, un État peut avoir la volonté d'accepter une réserve, mais ne pas le faire de manière expresse (art. 23, § 1 CVDT) et « vouloir », en connaissance du cadre légal, que par l'écoulement du temps, son silence ait la valeur d'une acceptation. Cette volonté conforme à l'article 20, § 5 CVDT n'ajoute rien au fait juridique. Elle est intéressante pour notre propos car elle démontre que le fait juridique peut se doubler d'une volonté concernant la production d'effets.

L'exemple de l'acceptation des réserves est intéressant à un autre égard : l'acceptation peut prendre place de manière expresse (art. 20, § 4, lit. a et 23, § 1 CVDT). Un État qui souhaite accepter une réserve peut choisir ; accepter expressément ou attendre douze mois. La volonté interne d'acceptation est la même dans les deux cas, mais elle devra se plier aux conditions de formes si elle est expresse. La volonté juridiquement pertinente n'existe que dans l'article 23, § 1 CVDT. Une équivalence peut être formulée :

[Volonté + Forme écrite] = [Notification + Absence d'objection + Délai]
= Acceptation de la réserve

Acceptation expresse = Acceptation tacite = Acceptation de la réserve

Ou, en faisant un pas de plus dans l'abstraction :

Acte juridique = Fait juridique = Production d'effets de droit

Revenons au problème principal de la nécessité ou de l'utilité de faire dépendre l'acquiescement des fondations théoriques des actes juridiques. Un dernier argument que l'on peut opposer à ce point de vue est le « rasoir d'Ockham »²⁰⁰⁹ ou principe d'économie. Cet

par écrit, qui est entré en vigueur, etc.). Le seul fait juridique de l'acceptation de la réserve s'inscrit dans un ensemble beaucoup plus large de faits et d'actes juridiques (nécessité d'être en présence d'une réserve, d'un traité, d'États...). On s'est, de plus, volontairement limité à une des deux hypothèses de l'article 20, § 5 CVDT.

²⁰⁰⁹ La formule « *pluralitas non est ponenda sine necessitate* » est attestée dans G. D'OCCAM, *Quaestiones et decisiones in quatuor libros Sententiarum cum centilogio*

axiome²⁰¹⁰ postule que l'explication la plus simple, qui nécessite le moins de notions différentes, doit être préférée. Dans cette optique, peut-on écarter la volonté et concevoir l'acquiescement comme un fait juridique à part entière ? Si la réponse est positive, on serait tenté de préférer cette voie plus économe et soustraite à l'écueil de devoir appliquer les vices du consentement à l'acquiescement²⁰¹¹.

En coupant l'acquiescement de la volonté, on se contente de faire reposer sa vérification sur les critères de notoriété des faits (connaissance), de passivité, de situation nécessitant une réaction, d'auteur ayant la capacité à engager l'État, d'opposition inexistante ou insuffisante. C'est l'addition de ces éléments-conditions qui constituera un acquiescement en tant que fait juridique²⁰¹². Dès la naissance du fait juridique, des effets de droit sont causés (création, modification, extinction d'un rapport de droit)²⁰¹³. En se défaisant de la volonté, la *ratio legis* de l'acquiescement repose entièrement dans la protection des attentes légitimes (bonne foi-confiance ; protection des apparences créées). La volonté d'acquiescer n'entre pas en ligne de compte ; en particulier, une protestation²⁰¹⁴ n'est pas un gage assuré d'échec à l'acquiescement. L'acquiescement est un procédé existentiel, il se constate en une fois²⁰¹⁵. Dans la jurisprudence consultée, nous n'avons pas trouvé d'affaires dans lesquelles un acquiescement est annulé en raison d'un vice du consentement²⁰¹⁶, ni d'affaire dans laquelle une volonté d'acquiescement ait été considérée comme viciée et assainie par la suite²⁰¹⁷. Les faits juridiques fonctionnent de manière unitaire, tous les éléments qui les composent doivent être

theologico, Livre II. Elle tire vraisemblablement ses origines de la *Physique* d'Aristote (Livre I, 4, § 188a17).

²⁰¹⁰ Il s'agit d'un *axiome*, donc d'une affirmation indémontrable. Son utilité dans les sciences – humaines en particulier – peut être sujette à caution. L'objet de ces sciences est à la fois un champ de connaissance (ici, le phénomène juridique) et le discours nécessaire à capturer ce champ. Le rasoir d'Ockham s'accommode plutôt mal des révolutions puisqu'il incite à se servir de notions préexistantes.

²⁰¹¹ Bien qu'A. Marie formule une solution remarquable à ce problème (*Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 446, § 283).

²⁰¹² M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 13.

²⁰¹³ *Ibid.*

²⁰¹⁴ La protestation est un acte juridique unilatéral, la volonté y est donc une condition. Seule une protestation bien établie et répétée peut à coup sûr faire *obstacle* à l'acquiescement.

²⁰¹⁵ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 505, note n° 36.

²⁰¹⁶ Les vices du consentement des articles 46-52 CVDT sont visés. L'affaire du *Temple* concerne une situation différente : la Thaïlande a perdu le droit d'invoquer l'erreur (art. 48 CVDT avec art. 45 CVDT). Cf. *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 6.

²⁰¹⁷ Par analogie à l'article 8 CVDT qui permet la confirmation ultérieure d'un acte accompli sans autorisation.

cumulativement réunis pour provoquer des effets de droit²⁰¹⁸. Une fois vérifié, l'acquiescement fait naître une nouvelle situation juridique, mais il ne dispose pas d'une existence propre qui se prolongerait au-delà de la modification qu'il a provoquée²⁰¹⁹.

L'exigence de faits notoires pour conclure à un acquiescement est un indice supplémentaire de l'absence de volonté²⁰²⁰. L'acquiescement nécessite une connaissance (réelle, supposée, ou reconstruite) de la part de l'État auquel il est attribué. En cas de notification, la connaissance est assurée²⁰²¹. En l'absence de notification, seuls des faits notoires sont susceptibles de provoquer un acquiescement. Que l'on ne s'y méprenne pas, les faits notoires n'équivalent pas à des faits dont la connaissance par les États est certaine, mais il s'agit de faits *dont les États ne peuvent pas prétendre ignorer l'existence*²⁰²². Bien plus que d'assurer une quelconque connaissance dans les chefs des autres États, ils permettent de s'en passer²⁰²³. Pourquoi insister sur l'exigence de faits notoires pour être en présence d'un acquiescement ? Si l'acquiescement est analogue dans ses effets au consentement, l'acquisition de la connaissance (via les faits notoires) est une étape indispensable²⁰²⁴.

L'équation {Acte juridique $\equiv$ Fait juridique = Production d'effets de droit} prend tout son sens. En l'absence d'expression d'une volonté, le fait juridique se cristallise autour de conditions de substitution. Une fois acquise, la connaissance d'une situation permet la prise en compte de l'inaction, du passage du temps, des occasions de réagir. La volonté de l'acte juridique est scindée dans le fait juridique en éléments articulés

²⁰¹⁸ C'est évidemment possible qu'un ou plusieurs de ses éléments soient difficiles à établir, mais c'est alors une question d'interprétation et d'application du droit. En l'absence d'un juge (obligatoire), les États ont le pouvoir de qualifier la situation (G. ABI-SAAB, « "Interprétation" et "Auto-Interprétation" », *op. cit.*, pp. 218-219).

²⁰¹⁹ L'acquiescement est une « cause efficiente ». Des acquiescements en chaîne et contradictoires sont possibles au sujet d'une même situation, par contre, un acquiescement, une fois vérifié, ne peut plus être renversé.

²⁰²⁰ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 267, § 192. Par ces faits on évite de vérifier ce que l'État savait *réellement*, on se contente de l'effet de publicité de ces faits, apprécié objectivement. L'absence de volonté de l'État qui acquiesce est caractérisée, car on ne se soucie pas de la réception réelle de ces faits, mais on se focalise sur l'impossibilité de les ignorer.

²⁰²¹ P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 65-68. La connaissance ne peut en tout cas plus être remise en cause, ce qui revient au même pour notre propos.

²⁰²² *Ibid.*, p. 72.

²⁰²³ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 508-511, §§ 335 et 337.

²⁰²⁴ H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement », *op. cit.*, p. 620, § 2.2.1.

chronologiquement : les faits notoires provoquent la connaissance, qui à son tour permet de valoriser le comportement ultérieur de l'État. Ce mécanisme de « consentement par équivalence » est attesté dans différentes Conventions et codifications²⁰²⁵.

L'importance de la protestation apporte un dernier éclairage sur le caractère non volitif de l'acquiescement. Pour faire obstacle de manière nette à un acquiescement en voie de formation, une – ou plusieurs – protestations peuvent être émises par l'État « acquiesçant »²⁰²⁶ :

« Il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction de la part des autorités siamoises, au cas où celles-ci auraient voulu contester la carte ou auraient eu de graves questions à soulever à son égard. Or, elles n'ont réagi ni à l'époque ni pendant de nombreuses années et l'on doit, de ce fait, conclure à leur acquiescement »²⁰²⁷.

La Cour réexamine les faits en se posant une question : est-ce que l'État aurait pu protester ? Si la réponse est positive, un pas vers l'acquiescement est fait. En matière d'intérêts pécuniaires, de différends territoriaux, etc., les tribunaux prennent en compte la possibilité d'émettre une protestation et l'absence de celle-ci²⁰²⁸. Chaque occasion de réagir est en même temps une occasion de protester et d'éviter ainsi un acquiescement²⁰²⁹. Comme sur une scène de crime, le tribunal reconstitue les faits, évalue les positions réciproques des parties et énonce les réactions attendues et nécessaires²⁰³⁰.

La protestation ne suffit pas, le moment auquel elle intervient importe aussi :

« La Chambre considère que cette protestation du Honduras, qui a été élevée après une longue série d'actes de souveraineté d'El Salvador à Meanguera, a été formulée trop tard pour dissiper la présomption

²⁰²⁵ Voy. art. 45 CVDI, 45 TCDI, 252 UNCLOS.

²⁰²⁶ L'alternative est de se comporter de manière à empêcher l'acquiescement, par ex. en administrant de manière concurrente le territoire disputé. La protestation, en tant qu'acte officiel et volontaire de l'État, est une preuve plus facile à administrer.

²⁰²⁷ *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 23.

²⁰²⁸ Par ex. : *Alpe de Cravairola*, Sentence du 23 septembre 1874, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXVIII, pp. 153-154 ; *Postal Claim*, p. 328 (absence de mention des intérêts) ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 657-658.

²⁰²⁹ Voy. *The Venezuelan Preferential Case*, Sentence, 22 février 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pp. 109-110, dans laquelle le tribunal relève chaque étape où une protestation aurait pu être formulée.

²⁰³⁰ *Honduras borders (Guatemala, Honduras)*, Sentence, 23 janvier 1933, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 1328.

d'acquiescement de la part du Honduras. Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation »²⁰³¹.

Une fois constituée, la nouvelle situation juridique créée par l'acquiescement est immunisée contre les protestations tardives²⁰³². Une ou des protestations d'ampleur insuffisante ne font pas obstacle à un acquiescement en cours de formation²⁰³³.

Une protestation couronnée de succès peut faire échec, au moins temporairement²⁰³⁴, à l'acquiescement :

« *The protest made by a consul under such circumstances is merely an act which reserves the right of the protesting party for future discussion, and which is intended to deprive the opposing party of the argument he might derive from presumed acquiescence, were the question of right not saved by some formal act* »²⁰³⁵.

Vis-à-vis de l'acquiescement, la protestation maintient l'inopposabilité d'une situation²⁰³⁶. En soi, une protestation est un acte juridique unilatéral dont les effets de droit varient de cas en cas²⁰³⁷. L'effet juridique fondamental est de sauvegarder la liberté d'action future d'un État, en cela la protestation est le négatif de la reconnaissance²⁰³⁸. La protestation porte à la connaissance de son destinataire qu'une situation

²⁰³¹ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec.* 1992, p. 230, § 364, nos italiennes. Passage cité et analysé in A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 569, § 369.

²⁰³² Des acquiescements en chaîne sont possibles : si les protestations tardives sont accompagnées d'actes sur le terrain et que l'État lésé ne s'y oppose pas, un retour à la situation initiale via un second acquiescement est envisageable.

²⁰³³ *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 62 (repris depuis A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 569, § 369).

²⁰³⁴ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 574-575, § 375.

²⁰³⁵ *Affaire concernant Pacific Mail Steamship Company c. Colombia*, décision du surarbitre, 8 août 1865, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXIX, p. 119, nos italiennes.

²⁰³⁶ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 566, § 369.

²⁰³⁷ La protestation peut porter sur toute situation, y compris licite : G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 433 ; E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, *op. cit.*, p. 37.

²⁰³⁸ G. SCHWARZENBERGER, « The Fundamental Principles of International Law », *RCADI*, vol. 87, 1955-I, p. 256.

factuelle ou juridique est perçue comme illégale²⁰³⁹. Au-delà d'empêcher l'acquiescement dans certains cas, la protestation notifie et crée la contradiction de vue.

Selon Venturini, la protestation n'est pas un acte juridique car elle n'atteint pas à coup sûr son objectif d'empêcher l'opposabilité d'une situation²⁰⁴⁰. Cette affirmation nous paraît méconnaître une différence entre l'*existence* d'un acte (le « *Rechtsgeschäft* »)²⁰⁴¹ et son *entéléchie*²⁰⁴². La protestation peut manquer son but, comme une promesse peut ne pas être respectée²⁰⁴³ ou un traité être imparfaitement exécuté. Aussi longtemps qu'un juge ne tranche pas une situation, le succès d'une protestation est aléatoire. Il faut aussi rappeler qu'en plus de faire obstacle à une présomption d'acceptation (au sens large), la protestation – selon ses termes et son objet – permet de cristalliser un conflit. Il est néanmoins vrai qu'elle occupe une place particulière dans la constellation des actes unilatéraux : la protestation est un acte hybride dont le succès dépend du comportement des autres États. Par opposition, l'accomplissement d'une promesse, d'une reconnaissance, d'une renonciation et d'une notification dépend uniquement de l'État qui en est l'auteur²⁰⁴⁴. Dans la protestation, la volonté de produire des effets de droit porte sur l'opposition à une situation²⁰⁴⁵, elle est « parfaite » aussitôt que la volonté de s'opposer à une situation est émise.

Dans notre analyse des rapports entre protestation et acquiescement, nous partons du présupposé suivant : deux volontés contraires ne peuvent être exprimées simultanément par un seul État. Par conséquent, si l'acquiescement était un acte juridique, il ne serait pas concevable qu'une protestation puisse en même

²⁰³⁹ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 572-574, § 373.

²⁰⁴⁰ G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 434 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 566-567, § 369.

²⁰⁴¹ G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 434, note n° 18.

²⁰⁴² Ou la différence entre l'acte et la puissance. G. Venturini fait coïncider l'acte et son succès avéré.

²⁰⁴³ Voy. : *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, Rec. 1974, p. 457.

²⁰⁴⁴ Les actes énumérés sont portés à leur perfection par leurs auteurs, les autres États peuvent en exiger le respect.

²⁰⁴⁵ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 572, § 372.

temps émaner de l'État acquiesçant²⁰⁴⁶. En dehors du cas d'une protestation exprimée *simultanément* à un acquiescement, il existe des situations où deux actes juridiques contraires peuvent coexister dans le temps²⁰⁴⁷. Deux traités successifs portant sur la même matière peuvent coexister. En cas d'impossibilité d'appliquer simultanément les deux traités, les règles de conflit de l'article 30 CVDT indiquent les solutions²⁰⁴⁸. Si les parties n'ont pas réglé la question, la règle de l'article 30, § 3 CVDT s'applique ; la priorité est accordée au traité postérieur²⁰⁴⁹. La volonté la plus récente triomphe, la maxime d'interprétation *lex posterior derogat anteriori* est applicable. Une seule protestation devrait ainsi provoquer un conflit direct avec l'acquiescement si ce dernier est également un acte juridique. La volonté de protester se heurterait frontalement à la volonté d'acquiescer. Or, la jurisprudence, et à sa suite la doctrine, révèlent qu'une seule protestation ne suffit pas à faire obstacle à l'acquiescement²⁰⁵⁰. Une explication avancée par Marie est qu'un verdict d'acquiescement est constaté de manière globale, en scrutant tous les comportements survenus pendant la période critique (y compris la ou les protestations)²⁰⁵¹. Notre lecture est divergente ; cette absence de mise en opposition directe indiquerait l'indifférence de l'acquiescement à la volonté et qu'il ne constitue pas un acte juridique. Dans la jurisprudence consultée, la *volonté*

²⁰⁴⁶ *Allegans contraria non est audiendus* ou un principe similaire s'appliquerait. B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit., pp. 141-149.

²⁰⁴⁷ Comme la ratification et la dénonciation d'un traité – encore que cet exemple soit inadéquat car ces actes s'inscrivent en général dans les dispositions pertinentes du traité. On vise plutôt des actes contradictoires, au sens d'une impossibilité d'appliquer simultanément les actes A et B sans violer l'un des deux (R. KOLB, *The Law of Treaties*, op. cit., pp. 182-183, à propos de la notion de « conflit » normatif).

²⁰⁴⁸ Priorité est donnée à la volonté des parties (art. 30, § 2, CVDT).

²⁰⁴⁹ « [3.] Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur [...] ».

²⁰⁵⁰ Entre autres : *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 62 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 569, § 371 ; P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 91-94.

²⁰⁵¹ « L'essentiel est qu'il soit possible de dégager une volonté étatique d'accepter ou de refuser l'opposabilité d'un acte ou d'une situation à partir des diverses attitudes étatiques au terme de la période durant laquelle le sens de la réaction est apprécié » (A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 574-575, § 375).

d'acquiescer n'est pas mise en opposition avec la *volonté de protester*. Les arguments justifiant d'écarter l'acquiescement de l'écurie des actes unilatéraux existent et sont vraisemblables²⁰⁵².

3. *La critique des cinq catégories traditionnelles*

Il nous reste à explorer deux autres pistes qui se recoupent partiellement : la remise en cause des catégories classiques d'actes unilatéraux²⁰⁵³, et la présence de l'acquiescement de manière transversale aux actes unilatéraux (A.4). La partition en cinq actes unilatéraux (promesse, reconnaissance, renonciation, notification, protestation)²⁰⁵⁴ est parfois perçue comme dépassée, ou à tout le moins inapte à représenter adéquatement la réalité des relations internationales²⁰⁵⁵. Une tendance commune chez Saganek et Kassoti est de se focaliser sur les caractéristiques des actes unilatéraux plutôt que sur leur dénomination²⁰⁵⁶ (auteur de l'acte, effets, expression de la volonté).

Ce décloisonnement souligne la nécessité de l'expression de volonté. Cette condition s'accommode mal de l'acquiescement²⁰⁵⁷. Chez Saganek l'acquiescement est principalement traité en lien avec la protestation²⁰⁵⁸. Ou alors il est rattaché à la forme – tacite – que peuvent prendre les actes unilatéraux. L'approche de ces formes « tacites » ou « implicites » n'est d'ailleurs pas sans risque pour la théorisation des actes unilatéraux²⁰⁵⁹. Pour la renonciation tacite (*tacit waiver*) le complexe

²⁰⁵² La solution de l'acte juridique à laquelle Martin-Bidou et Marie parviennent est elle aussi justifiée et plausible (P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., troisième partie ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., Partie II).

²⁰⁵³ L'analyse détaillée des actes unilatéraux n'est pas une nouveauté : cf. les théories présentées dans P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 94-104.

²⁰⁵⁴ Cette classification est utilisée contemporanément à la remise en cause ; par ex. : Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, op. cit., pp. 23-37 ; CDI, 2^e rapport sur les actes unilatéraux des États, op. cit., p. 335, § 63.

²⁰⁵⁵ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, op. cit., pp. 94-99.

²⁰⁵⁶ P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 34-79 ; E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, op. cit., pp. 30-55.

²⁰⁵⁷ Le terme « acquiescence » apparaît une seule fois dans le corps du texte chez E. Kassoti (*The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, op. cit., p. 175) et vingt-trois fois chez P. Saganek (*Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., voy. l'index en p. 657).

²⁰⁵⁸ P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 603 et s.

²⁰⁵⁹ Voy., pour les exemples cités ensuite : P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., section 15.8, pp. 594 et s.

d'actions et de réactions au sein duquel elle prend place est souligné (absence de caractère purement unilatéral de ce type d'acte). De plus, la renonciation implicite est déduite d'un autre acte ; cet acte peut être un traité, la renonciation perd alors son caractère d'acte autonome. Finalement, une renonciation tacite qui prend place sur de nombreuses années s'apparente plus à un *procédé* qu'à un acte. Cette dernière critique est également valable pour la reconnaissance tacite. Le tacite est donc disruptif pour Saganek : en analysant une reconnaissance tacite, cette auteure conclut que « [d]efining recognition as a declaration of will is too risky »²⁰⁶⁰. La volonté est totalement remise en cause pour les actes unilatéraux « tacites »²⁰⁶¹.

L'analyse de Saganek permet d'identifier deux tendances. Les renonciations et reconnaissances tacites ne sont pas considérées comme des actes, mais comme des *procédés* ; la volonté, condition indispensable à la création de ces actes, est absente des renonciations et reconnaissances tacites. Ces considérations conduisent à écarter tous les actes tacites du corps des actes unilatéraux. En tant que procédé sous-jacent à ce type d'actes, l'acquiescement est également mis en marge.

Les autres relectures des actes unilatéraux prennent, globalement, deux directions. Elles visent soit à dresser un catalogue exhaustif des actes unilatéraux, soit elles formulent les caractéristiques de base permettant de les définir (et reconnaître)²⁰⁶². Si l'acquiescement se manifeste dans la première, c'est en tant que tel, comme un acte unilatéral à part entière²⁰⁶³. L'acquiescement peut être présent dans la seconde catégorie si la définition englobe par exemple les actes tacites/implicites²⁰⁶⁴ ou des actes relatifs à l'opposabilité d'une situation²⁰⁶⁵. Quoi

²⁰⁶⁰ P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., section 15.8, p. 594, section 12.7, p. 475.

²⁰⁶¹ Sans que l'on ait déterminé s'il s'agissait d'un choix délibéré ou de notre lecture trop superficielle, le tacite et l'acquiescement ne sont pas analysés dans l'ouvrage de E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, op. cit.

²⁰⁶² P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 94-104. La première consiste à regarder « en aval », les grands types d'actes unilatéraux possibles et leurs déclinaisons (actes dans le cadre d'un traité, déclaration de guerre, etc.). La seconde, à laquelle nous assimilons Saganek, consiste à regarder « en amont » et à établir les conditions d'existence communes à tous les actes unilatéraux. L'analogie de G. Bruno s'impose : « C'est par une seule et même échelle que la nature descend pour produire les choses et que l'intellect monte pour les connaître [...] » (*De la cause, du principe et de l'un*, op. cit., p. 290).

²⁰⁶³ P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., citant Ch. ROUSSEAU, A.-Ch. KISS et W. FIEDLER, resp. en pp. 93, 101, et 103.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*, citant W. FIEDLER, p. 95, § 2.

²⁰⁶⁵ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., p. 366, § 344.

qu'il en soit la question des catégories d'actes unilatéraux dépasse le cadre de notre étude. Ce qui transparaît, c'est le rôle central de la volonté afin de distinguer les actes des procédés²⁰⁶⁶. En définitive, la classification de l'acquiescement comme acte unilatéral dépend de l'opinion du juriste sur le type et l'extension de la volonté pertinente. Il est tout aussi raisonnable à nos yeux d'admettre ou de réfuter l'existence des actes unilatéraux tacites²⁰⁶⁷.

Une équivalence sert de raccourci :

Acte juridique unilatéral exprès $\equiv$ Acte juridique unilatéral tacite =
Production d'effets de droit

La conversion du volontaire en tacite s'effectuerait par le recours à des critères comme la connaissance, la charge de réagir, la notoriété d'une situation, l'écoulement du temps. Une reconnaissance expresse est conditionnée à l'expression d'une volonté accompagnée, selon les cas, d'une forme appropriée²⁰⁶⁸. Pour la reconnaissance tacite, c'est son univocité qui conditionne son existence²⁰⁶⁹, elle est notamment définie comme « [l]a possibilité de dégager d'un comportement étatique une reconnaissance qui y serait virtuellement contenue sans être formellement exprimée [...] »²⁰⁷⁰. La renonciation tacite doit elle aussi être déduite de l'ensemble des circonstances²⁰⁷¹. Les actes unilatéraux tacites suscitent une tension entre la condition de la volonté et le principe de liberté de forme, tension résolue par l'exigence d'univocité²⁰⁷².

²⁰⁶⁶ Voy. l'opposition entre essence et existence (R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 505, note n° 369).

²⁰⁶⁷ Les positions doctrinales peuvent aussi conduire à une solution « mixte », par ex. en retenant que l'acte unilatéral nécessite une volonté, mais que cette dernière peut être fictive ou présumée.

²⁰⁶⁸ Par ex. les articles 18 et 56 de la CG IV qui prévoient une reconnaissance officielle interne par document écrit des hôpitaux civils (J. PICTET (éd.), *Commentaire. IV La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956, pp. 159-160).

²⁰⁶⁹ H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, op. cit., p. 371 (« Recognition is primarily and essentially a matter of intention. Intention can not be replaced by questionable inferences from conduct. Such inferences are particularly inappropriate when the general attitude of the State in question points to its continued determination to deny recognition ») ; p. 407. En cas de conflit entre la déduction sur la base du comportement et l'expression d'une volonté expresse, cette dernière prime (*ibid.*, p. 369 ; J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, op. cit., pp. 366-367 : « Toute présomption que l'on en tirerait doit néanmoins céder le pas devant une intention déclarée »).

²⁰⁷⁰ J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, op. cit., p. 348.

²⁰⁷¹ A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., pp. 92-95.

²⁰⁷² Aboutir à une reconnaissance ou à une renonciation tacites doit être la seule conclusion raisonnable.

La remise en cause des catégories traditionnelles met en évidence les oppositions théoriques de l'acquiescement et de la volonté. Les actes unilatéraux conçus strictement comme l'expression d'une volonté claire et émise en un instant précis s'accommodent mal de l'acquiescement. Nous ne nous intéresserons pas à l'acquiescement en tant qu'acte unilatéral à part entière car la volonté en est absente²⁰⁷³. Nous souhaitons désormais ouvrir une autre piste ; celle, déjà partiellement évoquée, de la présence de l'acquiescement de manière sous-jacente aux actes unilatéraux (reconnaissance *tacite* ou *implicite*, renonciation *tacite*). Si la remise en cause des catégories traditionnelles aboutit à rejeter les actes unilatéraux tacites, cette deuxième perspective aura le mérite de souligner que l'acquiescement illumine de l'intérieur le fonctionnement des actes unilatéraux (de manière comparable à l'utilisation de l'acquiescement dans le processus coutumier).

4. *La présence transversale de l'acquiescement dans les actes juridiques unilatéraux tacites et implicites*

Pour Venturini, l'acquiescement n'est pas une institution juridique autonome, il s'agit d'une « notion » qui, selon les cas, se traduit « en des actes unilatéraux ou en éléments constitutifs de situations plus complexes, productives comme telles d'effets juridiques »²⁰⁷⁴. Les actes unilatéraux dans lesquels l'acquiescement s'intègre sont, par exemple, la reconnaissance, la renonciation, la possession pacifique, ou encore l'*opinio iuris* coutumière²⁰⁷⁵. Quand l'acquiescement s'intègre à un acte unilatéral, il constitue « la forme [de cet] acte »²⁰⁷⁶. Reconnaissance et renonciation tacites sont donc portées, de l'intérieur, par l'acquiescement, ce dernier est une forme tacite d'expression de la volonté²⁰⁷⁷. Par opposition aux vues présentées précédemment, ce type d'acquiescement nécessite d'admettre que les actes unilatéraux puissent être tacites. « Tacite » ne signifie pas que l'État auteur de l'acte est resté silencieux ou passif, les actes concluants constituent une forme tacite chez Venturini²⁰⁷⁸. Ainsi l'acquiescement n'est

²⁰⁷³ Et nous nous y sommes déjà arrêtés à travers les thèses de P. Martin-Bidou et d'A. Marie.

²⁰⁷⁴ G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 369, pp. 391-392.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 380. Pour une mise en évidence de l'acquiescement dans la coutume : K. WOLFFKE, *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, 185 p. ; O. ELIAS, « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law », *ICLQ*, vol. 44 (3), 1995, pp. 501-520.

²⁰⁷⁶ G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 380.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, pp. 371-376.

²⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 416 (renonciation tacite) et p. 418 (reconnaissance tacite). Au contraire de Sereni qui englobe actes concluants et silence dans le « tacite » : A. P. SERENI, *Diritto internazionale. 3. Relazioni internazionali*, Milan, Giuffrè, 1962, p. 1358.

pas un acte unilatéral, mais, et pour autant qu'il soit identifié au comportement d'un État face à l'empiétement de ses droits, il constitue une conduite de laquelle peut se déduire l'existence d'un acte juridique²⁰⁷⁹. L'acquiescement est ici le *processus* qui débouche sur la création d'un acte juridique tacite²⁰⁸⁰.

Sereni est conscient des limites théoriques de la classification des actes unilatéraux :

« Per determinare la natura e gli effetti particolari di un dato atto occorre quindi prescindere da schemi generali arbitrari e considerare invece tutti gli elementi rilevanti della fattispecie »²⁰⁸¹.

L'effet final d'une renonciation et celui d'une reconnaissance (tacites) sont très semblables, voire tout simplement interchangeables selon la manière de les formuler. On note que dans cette acception, l'acte juridique est dépendant des actions et réactions des États, on s'écarte d'un acte unilatéral qui n'aurait pas été « sollicité ». L'exemple de la « déclaration Ihlen » est instructif, même une promesse peut ne pas être purement unilatérale mais être « reconstruite » en raison des circonstances, des actions et réactions des États²⁰⁸². Dans la même affaire, un passage suggère qu'un État peut inciter son interlocuteur à *produire* un acte unilatéral : « Le Gouvernement danois s'adressa de nouveau au Gouvernement norvégien, afin d'obtenir la reconnaissance désirée par lui de la souveraineté danoise sur le Groënland tout entier »²⁰⁸³.

La ligne de partage entre acte juridique unilatéral et bilatéral est l'expression d'une ou de plusieurs volontés afin de produire des effets de droit. Un acte unilatéral peut le rester bien qu'il ait été sollicité. Il n'empêche que le cas de la déclaration Ihlen brouille cette distinction²⁰⁸⁴, la sollicitation pourrait être interprétée comme une « offre » de conclusion d'un accord international²⁰⁸⁵.

²⁰⁷⁹ A. P. SERENI, *Diritto internazionale. 3. Relazioni internazionali*, op. cit., p. 1348.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*

²⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 1362.

²⁰⁸² G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 398. *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 73. Sur la promesse et ses conditions dans une perspective historique : H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., pp. 317 et s. Voy. spéc. pp. 326-327, § XIV, Grotius souligne la relation entre questionnement et réponse.

²⁰⁸³ *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 69.

²⁰⁸⁴ Cette déclaration est d'ailleurs décrite comme une « réponse » par la CPJI (*Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 69). Cette réponse est ensuite qualifiée d'« inconditionnée et définitive » (*ibid.*, pp. 72 et 73). G. Venturini (« La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », op. cit., p. 398) met en évidence les fluctuations théoriques et juridiques dans cette affaire.

²⁰⁸⁵ Sur l'acquiescement comme acceptation d'une offre : P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 273.

Une utilisation transversale de l'acquiescement peut aussi être faite *après* la naissance d'un acte unilatéral. En renonçant, en reconnaissant, un État « acquiesce » à une prétention : l'acquiescement serait l'*effet* produit par un acte juridique unilatéral²⁰⁸⁶. Cette acceptation souligne la dynamique d'action (prétention) et de réaction (acte unilatéral) qui a cours dans l'acquiescement. Toutefois, assigner l'acquiescement comme effet d'un acte unilatéral est inutile ; l'existence d'un acte suffit à assurer son obligatorité. Certes – et comme mis en évidence dans les affaires du *Statut juridique du Groënland oriental*²⁰⁸⁷ et des *Essais nucléaires*²⁰⁸⁸ – les actes unilatéraux, même des promesses, peuvent être émis en réponse à une prétention largement entendue (demande, échanges diplomatiques, notification). Ce qui importe, c'est que l'État dispose d'une large palette de réactions face à une prétention : silence, comportement sur le terrain, acte unilatéral tacite, acte unilatéral explicite (promesse, déclaration), traité tacite, traité oral, traité écrit, prise de position au sein d'une organisation internationale, mode juridictionnel ou non de règlement des différends... Sans compter les réponses telles que la formulation d'une prétention inverse, des contre-mesures, la cessation des relations diplomatiques, l'usage ou la menace de la force ! Dans cette armada à disposition de l'État, le choix s'opère de manière discrétionnaire. Une fois le choix opéré, la prétention initiale²⁰⁸⁹ n'est *plus* la source du traité, de la procédure de conciliation, ou de l'acte unilatéral, même dans l'hypothèse où ceux-ci admettent totalement la prétention. La prétention représente seulement les circonstances qui ont donné naissance à la réponse, elle disparaît derrière l'acte qui lui répond.

Ces deux pistes – remise en cause des actes unilatéraux (*supra*, A.3) et présence transversale de l'acquiescement – partent de présupposés divergents²⁰⁹⁰ mais livrent une conclusion similaire : l'acquiescement ne

²⁰⁸⁶ A. P. SERENI, *Diritto internazionale. 3. Relazioni internazionali, op. cit.*, pp. 1348-1349. Cette position n'est pas sans rappeler celle – erronée selon nous – qui définit l'*estoppel* comme la conséquence des actes unilatéraux.

²⁰⁸⁷ *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, pp. 59, 69-73.

²⁰⁸⁸ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec. 1974*, pp. 464-466.

²⁰⁸⁹ La prétention initiale est un élément important quand la réponse est un acquiescement (silence ou comportement). Dans cette configuration, la prétention devient partie intégrante du « fait juridique complexe » qu'est l'acquiescement. Ce n'est néanmoins pas la prétention qui confère à l'acquiescement le pouvoir de créer, modifier, ou supprimer des droits et obligations (mais les concrétisations sectorielles du principe général d'acquiescement).

²⁰⁹⁰ La remise en cause insiste sur l'importance d'une volonté expresse dans les actes unilatéraux, tandis que la présence transversale admet l'acquiescement en en faisant le mode tacite des actes unilatéraux.

fait pas partie des actes unilatéraux. Soit parce que la volonté ou d'autres conditions le mettent à l'écart, soit parce qu'il n'est pas un acte unilatéral à part entière²⁰⁹¹ mais en constitue uniquement une modalité²⁰⁹².

5. *Les effets des actes unilatéraux et de l'acquiescement : points communs et distinctions*

À ce stade il apparaît clairement que l'acquiescement n'est pas un acte unilatéral. C'est en tout cas notre point de vue, qui repose sur une argumentation aussi raisonnable que la position conditionnant l'acquiescement à l'expression d'une volonté²⁰⁹³. En résumé, les points saillants qui autorisent cette conclusion sont les suivants : la volonté est absente de l'acquiescement, celui-ci fonctionne grâce à des conditions qui ont pour but de transcrire dans des actes et comportements une « volonté par équivalence », la recherche d'une « volonté d'acquiescer » est absente de la jurisprudence qui *assimile* l'acquiescement à un acte unilatéral, sans pour autant franchir le Rubicon²⁰⁹⁴. Cette proche parenté se justifie par la similitude des effets de ces deux institutions. Tant l'acquiescement qu'un acte unilatéral ont le pouvoir de créer, modifier, ou supprimer un droit. Cette facette retiendra notre attention, avec pour but de déterminer à quel point leurs effets sont semblables. En guise d'hypothèse, on postule qu'un acte unilatéral ne lie que son auteur, alors que l'acquiescement s'inscrit dans un dialogue qui peut modifier les droits des deux – voire de tous les – États en présence.

Les actes unilatéraux des États²⁰⁹⁵ ne figurent pas dans l'énumération des sources du droit de l'article 38 SCIJ. Une distinction est faite selon la portée objective ou subjective d'une source du droit, distinction qui est aussi valable pour l'acquiescement :

« [L]es effets juridiques que les États peuvent produire par une action ou une réaction informelle (action portant prétention de droit, comportement impliquant acquiescement ou résistance à une telle prétention,

²⁰⁹¹ On lit parfois que l'acquiescement d'un État est « sollicité » : *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 59.

²⁰⁹² Comme dans le cas d'un accord tacite ; le comportement réciproque des États vaut acquiescement, la forme externe, concrète, de ce dernier est affirmée dans le traité.

²⁰⁹³ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.* ; P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*

²⁰⁹⁴ *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 305, § 130 ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 230, § 364.

²⁰⁹⁵ La position des actes unilatéraux des organisations internationales, en particulier des résolutions de l'AG de l'ONU, est différente, ces actes peuvent être le point de départ du droit objectif, par ex. en générant des normes coutumières (G. M. DANILENKO, *Law-Making in the International Community*, *op. cit.*, pp. 203-210).

ou reconnaissance de la légalité d'une action ou d'une situation) peuvent également être produits par un acte unilatéral formel. *Mais il est évident qu'on parle ici des actes unilatéraux en tant que source de droit et d'obligations subjectifs et non du droit objectif ou de règles générales* »²⁰⁹⁶.

La différence – avérée ou non – entre droit objectif et subjectif étend ses ramifications bien au-delà de notre étude ; on mentionne parfois que seuls la coutume et les principes généraux sont source de droit, les traités et les autres actes seraient uniquement source d'obligation²⁰⁹⁷. On se limitera ici à prendre en compte cette partition entre création de normes (droit objectif)²⁰⁹⁸ et d'obligations (droit subjectif) puisqu'une particularité des actes unilatéraux et de l'acquiescement est de ne concerner que les États qui y prennent part.

Au sujet de la promesse, Eckart clarifie que la confusion entre source formelle et les actes sources « de droit et d'obligations » doit être évitée, les promesses ne sont pas une source de droit, mais d'obligations²⁰⁹⁹. De son côté, Dupuy fait remarquer que les actes unilatéraux sont soit perçus comme une source formelle du droit international, soit comme « de l'application du droit international »²¹⁰⁰. L'examen de la problématique par la CDI s'inscrit dans une veine similaire ; elle conclut que « les actes unilatéraux sont une source d'obligations internationales »²¹⁰¹ (ce qui correspond à « l'application du droit »). Certains auteurs franchissent un pas supplémentaire ; selon Thirlway les actes unilatéraux ne sont pas des sources et sont à envisager en tant que sous-catégorie des traités²¹⁰² : « If such acts are to be brought within the enumeration in Article 38, it is perhaps as a sub-division of "treaties and

²⁰⁹⁶ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 194.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*, pp. 196 et s.

²⁰⁹⁸ « Les sources formelles du droit international sont les méthodes ou techniques d'élaboration du droit international et des normes internationales. Il convient d'établir une distinction très nette entre la technique d'élaboration et le contenu de l'instrument qui en résulte » (CDI, *I^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États*, *op. cit.*, p. 336, § 65).

²⁰⁹⁹ Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, *op. cit.*, p. 179.

²¹⁰⁰ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 363, § 340. Par « application », on vise la compétence étatique de « créer, par l'expression unilatérale de sa volonté, certaines situations juridiques qui seront opposables aux tiers à certaines conditions, définies par le droit international » (*ibid.*). Cet auteur rappelle que l'analyse des actes unilatéraux doit être empreinte de nuance (*ibid.*, p. 364, § 340).

²¹⁰¹ CDI, *I^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États*, *op. cit.*, p. 337, § 81.

²¹⁰² H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, pp. 20-21 (« inchoate treaty »).

conventions”, or a special case akin to them »²¹⁰³. La création d’une catégorie supplémentaire « actes unilatéraux » ne se justifierait pas, la logique intrinsèque de tels actes reposant sur le principe *pacta sunt servanda*²¹⁰⁴. Ces actes seraient bilatéraux mais l’exigibilité ne concernerait qu’une partie seulement²¹⁰⁵.

Ce rapide survol démontre que la question de savoir si les actes unilatéraux sont de véritables sources ou ont une autre nature est à approcher avec prudence. Il ressort ainsi de la doctrine consultée que les actes, tout unilatéraux soient-ils, répondent bien souvent à une attitude étatique antérieure. Les actes « purement » unilatéraux, dont la signification ne dépend pas des dispositions d’un traité²¹⁰⁶ ou qui ne s’inscrivent pas dans un contexte d’action-réaction, sont relativement rares²¹⁰⁷. Seuls ces derniers seraient à même de s’inscrire parmi les sources formelles et de constituer des sources de « droit objectif »²¹⁰⁸. L’enjeu est de faire reposer sur des actes unilatéraux étatiques des règles universellement applicables. La proclamation Truman²¹⁰⁹ serait représentative d’un tel cas de figure, et encore qu’imparfaitement : son contenu est considéré comme étant devenu du droit coutumier²¹¹⁰ et c’est via cette source qu’elle constitue du droit objectif²¹¹¹. En dehors de ces cas entrelacés avec une coutume, un acte unilatéral ne modifiera la situation juridique que de l’État auteur et de celui ou ceux qui en bénéficient²¹¹².

²¹⁰³ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit., p. 44. Voy. aussi : CDI, 1^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États, op. cit., p. 336, § 71.

²¹⁰⁴ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit., p. 51.

²¹⁰⁵ La double fondation de l’acte unilatéral dans (*p*)*acta sunt servanda* et dans la bonne foi est jugée incohérente : *ibid.*, pp. 10 et s.

²¹⁰⁶ CDI, 1^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États, op. cit., p. 339, §§ 96-99. Notification, réserve, adhésion, dénonciation, etc. Ces actes consistent en l’exercice d’une faculté (exercice d’un « droit pouvoir » ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 93) expressément réservée par le traité.

²¹⁰⁷ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, op. cit., pp. 44 et 52.

²¹⁰⁸ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », op. cit., p. 194.

²¹⁰⁹ Il s’agit d’une déclaration unilatérale américaine de 1945 (à classer comme une notification ou comme une prétention) qui annonçait que les États-Unis se considéraient comme disposant de droits souverains sur le plateau continental adjacent aux côtes. D. R. ROTHWELL et T. STEPHENS, *The international law of the sea*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 100-101 ; J.-P. PANCRAÏO, *Droit de la mer*, op. cit., p. 197, § 256 ; CDI, 8^e rapport sur les actes unilatéraux des États, op. cit., pp. 137-138, §§ 127-137.

²¹¹⁰ M. P. SCHARF, *Customary International Law in times of Fundamental Change*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 117-121.

²¹¹¹ L’acte unilatéral initial – la proclamation – n’a pas constitué du droit invocable par tous les États.

²¹¹² Pour le droit de la mer : M. P. SCHARF, *Customary International Law in times of Fundamental Change*, op. cit., pp. 23-24.

En tant que source, les actes unilatéraux sont similaires aux traités-contracts²¹¹³ ; ils peuvent créer, modifier ou supprimer des rapports juridiques, mais pas des règles de droit²¹¹⁴. Le principe de l'effet relatif des traités²¹¹⁵ – ou *res inter alios acta* – interdit d'étendre l'application d'un traité hors du cercle des parties à moins que l'État concerné n'y consente. La situation est identique pour les actes unilatéraux, une déclaration qui oblige d'autres États ne les liera que s'ils l'acceptent²¹¹⁶. Les similitudes et différences entre actes unilatéraux et traités doivent être approchées avec caution. Par exemple, les États qui bénéficient d'un acte unilatéral n'ont pas besoin de « l'accepter » pour pouvoir l'invoquer²¹¹⁷. L'acte unilatéral est parfait et produit ses effets dès sa formulation, les États qui en bénéficient peuvent ensuite en exiger le respect sans mettre en péril son caractère unilatéral²¹¹⁸. Suite à une promesse, une reconnaissance, une renonciation, l'État « destinataire » dispose d'une assise pour engager la responsabilité internationale de l'État auteur.

L'effet juridique final (création, modification, perte d'un droit) est la résultante de l'intention de l'État auteur de l'acte²¹¹⁹. On lit ainsi dans le deuxième rapport de la CDI que « [l']État auteur doit exprimer de façon non équivoque sa volonté de créer une norme juridique qui comporte une obligation à sa charge et des droits au bénéfice d'autres sujets »²¹²⁰. C'est l'intention (ou volonté) – telle qu'elle apparaît dans les déclarations ou comportements de l'État – qui indique les effets concrets produits par l'acte unilatéral. Peu importe la réception de l'acte par les autres États, les effets sont seuls déterminés par la volonté de s'obliger de l'État auteur. En cas de violation d'une promesse, renonciation, etc., les États « bénéficiaires » invoquent le respect dû à l'acte unilatéral. En dernière analyse, cela consiste à mettre l'État auteur de l'acte *face à sa volonté antérieure de créer une obligation*.

²¹¹³ A. CLAPHAM, *Brierly's Law of Nations*, 7^e éd., Oxford, OUP, 2012, p. 55.

²¹¹⁴ G. MORELLI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 89, 1956-I, p. 460, qui critique la distinction entre traité-loi et traité-contract.

²¹¹⁵ Codifié aux articles 34-38 CVDI.

²¹¹⁶ CDI, 3^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 272, § 53 (à propos des déclarations de neutralité) ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, pp. 347-348 ; L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, *op. cit.*, pp. 274-282.

²¹¹⁷ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 270, § 220.

²¹¹⁸ CDI, 5^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 112, §§ 174-175.

²¹¹⁹ E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, *op. cit.*, p. 97.

²¹²⁰ CDI, 2^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 223, § 51.

En quoi les effets de l'acquiescement et des actes unilatéraux diffèrent-ils ? L'acquiescement est détaché de toute intention de l'État à qui on l'oppose²¹²¹ – on ne peut pas évoquer un « auteur » de l'acquiescement à cet égard, mais plutôt des conditions de réalisation de celui-ci²¹²². Pour connaître l'ampleur d'un acquiescement, toutes les circonstances présentes entre les États concernés peuvent entrer en jeu, la recherche de l'intention d'acquiescer est absente. Dès qu'il existe, l'acquiescement a pour effet de créer une nouvelle situation juridique entre les États (création, modification, suppression d'un droit)²¹²³. Au contraire des actes unilatéraux, et des promesses en particulier, qui sont orientés vers l'avenir, l'enjeu de l'acquiescement n'est pas de prévoir des obligations *pro futuro*, mais d'encadrer (ou constater) juridiquement un changement survenu dans la situation juridique des États. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la déclaration française est ainsi qualifiée : « Dès lors que la Cour a constaté qu'un État a pris un engagement quant à son comportement futur, il n'entre pas dans sa fonction d'envisager que cet État ne le respecte pas »²¹²⁴. Ainsi, l'État alléguera que ses *droits* sont violés, et non une « violation de l'acquiescement ».

Autre différence notable, la réaction du ou des bénéficiaires de l'acquiescement ou de l'acte unilatéral. La réaction, ou en tout cas les attitudes réciproques des deux États, sont au cœur du fonctionnement de l'acquiescement²¹²⁵. L'acte unilatéral est en rupture avec ce modèle dialectique concernant ses conditions de création ; s'il peut s'inscrire au sein d'une « conversation » entre États, l'acte unilatéral est établi en se fondant exclusivement sur

²¹²¹ J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 420.

²¹²² Par ex. la condition de rattacher le comportement à un organe de l'État : Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 243.

²¹²³ J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 412.

²¹²⁴ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec. 1974*, p. 477, § 63, nos italiques. Cette orientation vers l'avenir est aussi présente dans d'autres affaires, le 8^e rapport de la CDI le montre bien au sujet de la déclaration Ihlen : « Le Danemark croyait que s'il ne s'opposait pas au désir de la Norvège d'étendre sa souveraineté sur le Spitzberg, la Norvège ne s'opposerait pas à son intention d'exercer la sienne sur le Groenland » (CDI, 8^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 136, § 120).

²¹²⁵ Ses conditions d'application ne font rien d'autre que distribuer les attitudes des États au sein de diverses catégories (prétention, protestation, silence, connaissance, réaction de l'organe compétent). J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 418.

la volonté d'un État. En conséquence, l'absence de réaction des bénéficiaires n'est pas pertinente pour ce type d'actes²¹²⁶. Le cercle des États qui peuvent bénéficier d'un acquiescement ou d'un acte unilatéral en témoigne également, l'acquiescement est limité dans ses effets, il fonctionne presque en vase clos entre les parties²¹²⁷. Un acte unilatéral peut au contraire être invoqué par un nombre indéterminé d'États, en dehors de ceux directement et initialement concernés²¹²⁸.

Parce que la volonté en est absente, l'État ne choisit pas réellement « l'objet » de son acquiescement. En doctrine, cette caractéristique est énoncée comme l'acceptation tacite d'une prétention²¹²⁹. La prétention portant sur la création, modification, ou suppression d'un droit devient opposable en vertu de l'acquiescement²¹³⁰. Jusqu'à présent cette comparaison a principalement évoqué les actes unilatéraux explicites, concrétisés au moyen d'une déclaration écrite ou orale, dont la promesse est l'exemple le plus éclatant. Les rapports entre acquiescement et actes unilatéraux sont plus complexes, ils s'apparentent à un jeu de miroir permanent dont on ne sait jamais si on observe un concept ou son reflet. L'acquiescement se confond par exemple avec la reconnaissance et la renonciation tacite²¹³¹. On en revient sans cesse au point d'ancrage de l'affirmation de la CIJ : « L'acquiescement équiva[u]t à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement [...] »²¹³². Les différences mises en lumière portent plutôt sur la distinction acquiescement-actes unilatéraux explicites.

²¹²⁶ CDI, 7^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 270, § 220.

²¹²⁷ C'est-à-dire comme un jeu à somme nulle (« zero-sum game ») : tout ce qui est gagné par un État est perdu par l'acquiesçant.

²¹²⁸ Cela dépend en fin de compte du type d'acte envisagé : une promesse peut s'adresser à un nombre indéterminé d'États (Déclaration égyptienne du 24 avril 1957 concernant le canal de Suez ; CDI, 8^e rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, p. 132, § 62).

²¹²⁹ P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public, op. cit.*, pp. 207-211.

²¹³⁰ A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté, op. cit.*, pp. 401-402, § 253.

²¹³¹ P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public, op. cit.*, pp. 209 et 213. « L'acquiescement entraîne alors reconnaissance de la situation à laquelle l'État a acquiescé. Le corollaire de cette reconnaissance, est la renonciation à faire valoir ses propres droits ou une prétention contraire dans l'affaire » (*ibid.*, p. 208).

²¹³² *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 305, § 130.

Notre hypothèse de distinction en fonction des acteurs liés est peu probante dans le cas d'actes tacites. La renonciation tacite par exemple résulte de comportements réciproques et modifie la situation des États qui prennent part à ce processus exclusivement. Le droit auquel un État renonce accroît d'autant la situation juridique de son homologue, la renonciation est « translatrice » du droit²¹³³. La reconnaissance tacite (ou « implicite ») autorise une conclusion similaire :

« Acquiescement et reconnaissance expriment substantiellement un consentement dont l'effet utile, quand ils ne constituent pas l'élément d'un accord international, opère à l'intermédiaire d'une confirmation ou d'une renonciation »²¹³⁴.

Acquiescement et reconnaissance tacite se confondent parfois, le choix de l'un plutôt que l'autre n'est pas significatif²¹³⁵. La construction d'un acte unilatéral tacite présente toutefois un avantage comparatif car la volonté est censée y être présente. Pour les tribunaux, volonté rime souvent avec souveraineté²¹³⁶. En renvoyant les États à leurs propres intentions, les tribunaux camouflent des acquiescements et rassurent les États que leur volonté reste la « source principale » d'obligations²¹³⁷.

En conclusion, les actes unilatéraux sont la seconde meilleure piste après les principes généraux pour définir la nature de l'acquiescement. Toutefois, cette seconde option accuse un retard considérable par rapport à l'option principale. Les clivages des actes unilatéraux avec l'acquiescement – que ce soit par exemple au niveau de la nécessité ou non de la volonté, le rôle joué par la protestation, ou encore la nécessité d'attitudes réciproques – nous interdisent de le classer parmi les actes unilatéraux. La jurisprudence insiste sur les similitudes d'effets des actes et de l'acquiescement²¹³⁸. Il ne

²¹³³ A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, op. cit., pp. 94-95.

²¹³⁴ J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, op. cit., p. 809 (notes omises).

²¹³⁵ *Ibid.*, pp. 807-808.

²¹³⁶ Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », op. cit., p. 265.

²¹³⁷ *Ibid.*

²¹³⁸ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 230, § 364 : « Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation ».

se justifie aucunement d'étendre à l'ensemble de l'acquiescement la grille théorique des actes unilatéraux. Cette similitude est d'ailleurs plus proche d'une incertitude : dans le cas difficile des actes tacites, la ligne de partage entre acquiescement et reconnaissance ou renonciation tacites s'efface.

B. *Excursus – Les actes unilatéraux des organisations internationales*

L'acquiescement peut-il être catégorisé comme un acte unilatéral des organisations internationales ? Les conditions de création des organisations internationales pèsent lourdement sur cette interrogation, de même que la partie précédente qui avait abouti à une réponse négative. La constitution d'une organisation internationale (ci-après : « OI »), la détermination de ses règles de fonctionnement, la latitude conférée à ses organes, sont autant de paramètres qui conditionnent la confection des actes unilatéraux²¹³⁹. Les circonstances dans lesquelles des OI peuvent produire des actes unilatéraux sont, dans la majeure partie des cas, une question de droit des traités : la constitution de l'OI constitue l'alpha et l'oméga *officiel* de sa production normative²¹⁴⁰. Un exemple d'acquiescement « conventionnel » nous est fourni par les différentes formes « d'opting-out » prévues pour l'adoption de traités applicables aux membres de l'OI²¹⁴¹. Un État membre doit ainsi faire connaître son opposition dans un certain délai s'il ne veut pas devenir État contractant d'une nouvelle convention²¹⁴². La CDI souligne que le droit international s'applique en dernier recours pour ce type d'actes :

« Les règles relatives à l'élaboration des actes unilatéraux sont fondées, dans le cas des États, sur le droit constitutionnel et sur le droit international, alors que, dans le cas des organisations internationales, ces règles sont fondées sur les textes fondamentaux de l'organisation et sur les instruments qui en sont dérivés, *ainsi que sur le droit international lorsque celui-ci est applicable* »²¹⁴³.

²¹³⁹ CDI, *I^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États*, p. 333, § 32.

²¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 333, § 38.

²¹⁴¹ H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, 5^e éd., Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 808-811, §§ 1288-1294.

²¹⁴² J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, *op. cit.*, pp. 172-173 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 183-196. Toutes proportions gardées, on peut établir une analogie avec l'article 20, § 5 CVDT relatif à l'objection (A. CHANAKI, *id.*, pp. 193-196).

²¹⁴³ CDI, *I^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États*, p. 333, § 34, nos italiques.

Les actes unilatéraux des OI *existent*, mais ce n'est que de manière subsidiaire que les règles générales du droit international s'y appliquent.

Outre l'utilisation conventionnelle de l'acquiescement par le recours à une procédure « d'opting »²¹⁴⁴ au sein des OI (perspective que nous n'explorerons pas davantage), quelles sont ses autres manifestations possibles ? Nous pouvons tenter un recensement superficiel en distinguant les versants internes et externes de l'acquiescement.

L'acquiescement peut être « interne » à l'OI et lié à sa constitution, ses règles de fonctionnement : les modifications par voie de pratique subséquente des traités instituant des OI sont bien documentées²¹⁴⁵. L'interprétation de la règle du « veto » de l'article 27 CNU vient à l'esprit²¹⁴⁶. Dans le cas des OI, les questions d'interprétations peuvent être voisines du principe des compétences d'attribution, des compétences implicites²¹⁴⁷, et des « pouvoirs implicites »²¹⁴⁸. Dans ce versant interne, l'acquiescement n'est pas un acte unilatéral car il fait partie des règles de l'OI, il est « appliqué » en son sein²¹⁴⁹ ou à titre de pratique subséquente. Suite à la dissolution²¹⁵⁰ de la Société des Nations (ci-après : « SdN »), la Charte de l'ONU a repris et transformé le système des mandats en tutelles²¹⁵¹. L'OI peut également acquiescer au comportement de ses États membres ;

²¹⁴⁴ Par ex. art. 22 de la Constitution de l'OMS : « Les règlements adoptés en exécution de l'art. 21 entreront en vigueur pour tous les États Membres, leur adoption par l'Assemblée de la santé ayant été dûment notifiée, *exception faite pour tels membres qui pourraient faire connaître au Directeur général, dans les délais prescrits par la notification, qu'ils les refusent ou font des réserves à leur sujet* » (Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, signée à New York, le 22 juillet 1946 (RTNU, vol. 14, p. 211). H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, op. cit., p. 809, § 1292.

²¹⁴⁵ H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, op. cit., pp. 842-845, § 1347.

²¹⁴⁶ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., pp. 636-637, § 554.

²¹⁴⁷ H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, op. cit., p. 180, § 232.

²¹⁴⁸ J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, op. cit., pp. 53-67.

²¹⁴⁹ Ou, pourquoi pas, des acquiescements entre organes de l'OI (*ad analogiam* : H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, op. cit., p. 1122, § 1746). Cf. *infra*, B.2.a.

²¹⁵⁰ Techniquement, il n'y a pas eu de succession entre les deux OI, mais chevauchement : J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, op. cit., p. 197.

²¹⁵¹ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, CIJ, Rec. 1971, pp. 32-38 ; G. DISTEFANO, *Droit international des espaces*, op. cit., pp. 246-251.

par hypothèse, un membre qui ne remplit pas ses obligations sans être sanctionné pourrait créer une exception en sa faveur²¹⁵². Les résolutions de l'ONU (AG ou CS) sont matériellement des actes unilatéraux internes²¹⁵³ à l'organisation et peuvent constituer un acquiescement à une situation factuelle²¹⁵⁴. Bien qu'une résolution de l'ONU soit par définition expresse car sous forme écrite, l'acquiescement porterait sur tout ce qu'elle *implique*, notamment en termes d'admission d'un comportement d'un État.

L'acquiescement peut également être « externe » à l'OI et se concrétiser dans ses relations avec d'autres OI²¹⁵⁵ (renonciation tacite entre OI), ou dans les relations envers des États indépendamment de la qualité de membre (relations avec l'État hôte²¹⁵⁶, privilèges et immunités de l'OI²¹⁵⁷, taxation des rentes de fonctionnaires²¹⁵⁸).

Dans la présente section, on ne peut véritablement parler d'acquiescement que quand un droit serait créé, modifié, ou supprimé par le biais d'un acte unilatéral d'une OI. Il faudrait, en particulier, que cet acte soit « autonome », accompli indépendamment et en dehors des dispositions d'un traité²¹⁵⁹ (auquel cas on doit se référer à la pratique subséquente de l'article 31, § 1, lit. b CVDT).

²¹⁵² Inspiré de H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, op. cit., p. 912, § 1444.

²¹⁵³ Dans la mesure où la majorité des États sont également membres de l'ONU. Les situations (historiques) d'États non membres concernés par une résolution sont réservées.

²¹⁵⁴ Quand le CS s'empare et régleme une situation illégale. La résolution 1483 du 23 mai 2003 serait un exemple imparfait : le CS « acquiesce » à l'occupation de l'Irak par les États-Unis et le Royaume-Uni et en fait les destinataires de ses résolutions. En particulier une coordination entre l'ONU (secrétariat général) et l'Autorité (États-Unis et Royaume-Uni) est mise en place. Autre – et plus notable – exemple d'acquiescement de l'ONU via les résolutions de l'AG et du CS : l'abandon des lignes originellement prévues dans la résolution AG 181 (II) du 29 novembre 1947 (voy. : R. SOROCZYŃSKI, « Acquisition of title to territory in the aftermath of the use of force in the United Nations era: the case of the State of Israel », op. cit., pp. 65-88).

²¹⁵⁵ Comme exemple de différend entre deux OI impliquant l'examen de la pratique d'une OI : *Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requête contre l'U.N.E.S.C.O.*, Avis consultatif, 23 octobre 1956, CIJ, Rec. 1956, pp. 91-94.

²¹⁵⁶ *Affaire relative à la rémunération des services de recherche fournis par l'Office européen des brevets à l'État Belge (Belgique c. Organisation européenne des brevets)*, Sentence arbitrale, du 15 décembre 1997, RBDI, vol. 1997/1, pp. 389 et s., pp. 401 et s.

²¹⁵⁷ *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, pp. 48-56.

²¹⁵⁸ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, pp. 258-261.

²¹⁵⁹ CDI, 1^{er} rapport sur les actes unilatéraux des États, op. cit., p. 339, § 96, voy., en particulier, les catégories des lettres a), c), e), et f). On écarte les « [a]ctes qui paraissent purement unilatéraux, [mais qui] sont liés à une règle conventionnelle ou coutumière pré-existante » (*ibid.*, p. 340, § 106).

De tels cas sont rares, c'est en tout cas la conclusion à laquelle notre recensement aboutit²¹⁶⁰. Pour ce qui est de l'ONU, nos connaissances sont trop lacunaires pour identifier les plus importantes situations dans lesquelles une résolution du CS ou de l'AG aurait pu constituer un acquiescement. Nous tenterons toutefois dans un premier temps de présenter quelques cas où l'acquiescement apparaît clairement au sein d'une OI (B.2) ou dans ses relations (B.1), pour ensuite nous tourner vers les cas imparfaits (pratique subséquente, « acquiescement » lié à une disposition conventionnelle ; B.3). Nous évaluerons dans ces situations si les acquiescements décelés constituent véritablement des actes unilatéraux.

1. Les « acquiescements » externes entre OI et États

L'avis consultatif de la CPJI relatif à la *Compétence de la Commission européenne du Danube*²¹⁶¹ est riche d'enseignements. L'interrogation centrale de l'avis était de déterminer si et dans quelle mesure l'OI disposait d'un pouvoir de réglementation sur une section du Danube sous la souveraineté d'un *État non membre* (la Roumanie)²¹⁶². Le principe de la *res inter alios acta* fut bien évidemment considéré, mais rejeté en raison des circonstances particulières du cas²¹⁶³. La clef de l'avis réside pour nous dans l'appréciation de la réaction roumaine aux comportements de la Commission du Danube :

« Or, pour le Comité, la pratique d'avant-guerre dans le secteur Galatz-Braïla a été l'exercice dans ce secteur des pouvoirs de juridiction par la Commission européenne. À cette pratique, les délégués roumains ont tacitement mais formellement acquiescé, en ce sens qu'un *modus vivendi* était observé de part et d'autre suivant lequel l'action de la Commission européenne s'étendait en fait et en toutes matières jusqu'à l'amont de Braïla »²¹⁶⁴.

Malgré son absence du cercle des États membres, les agissements de la Commission, et par suite sa juridiction, devinrent opposables à la Roumanie. Il y a là un cas d'acquiescement d'un

²¹⁶⁰ Nous n'avons pas trouvé, dans la jurisprudence, de cas d'acquiescement classifié comme acte unilatéral d'une OI.

²¹⁶¹ *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 5.

²¹⁶² *Ibid.*, p. 7, questions n°s 1 et 2 et p. 22. La Roumanie a par la suite ratifié le Statut contenant l'important article 6 autour duquel l'avis est construit. Cependant, les réflexions de la CPJI portent sur la période antérieure à la ratification lors de laquelle la Roumanie n'était pas membre de la *Commission*.

²¹⁶³ *Ibid.*, pp. 11 et 27. La souveraineté de la Roumanie fut elle aussi opposée aux arguments de la *Commission* (*ibid.*, p. 29).

²¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 17, nos italiques.

État au bénéfice d'une OI. Il reste cependant à voir comment cet acquiescement fut techniquement rattaché à l'OI et à sa constitution en particulier.

C'est par une interprétation *a contrario* de l'article 6 du Statut définitif de la Commission que la CPJI parvient à la conclusion que rien ne s'opposait à ce que l'OI possède et exerce sa juridiction sur le segment roumain du Danube entre Galatz et Braïla²¹⁶⁵. L'attitude des délégués roumains évoquée dans la citation précédente n'était donc pas vue comme un acquiescement entre une OI et un État non membre, mais venait s'insérer, en tant que « pratique », « *modus vivendi* » ou « tolérance »²¹⁶⁶, dans le cadre de l'interprétation de l'article 6 du Statut de la Commission²¹⁶⁷. Pourquoi cette obsession du rattachement de l'acquiescement à une disposition de la constitution de l'OI, même quand ce dernier survient vis-à-vis d'un État non membre, externe à l'organisation ? Il s'agit d'un expédient qui permet de rattacher le comportement au domaine de compétence de l'OI, ce faisant on évite de se placer sur le terrain glissant d'un acte accompli *ultra vires* par l'OI. Dans cette dernière hypothèse, l'acquiescement roumain serait pertinent afin d'assainir la décision illicite de l'OI²¹⁶⁸. La CPJI esquivait l'écueil de la qualification de la nature juridique des comportements réciproques²¹⁶⁹, les termes de « *modus vivendi* » et de « tolérance » sont évoqués, sans mention des actes unilatéraux ni de verdict définitif²¹⁷⁰. L'effet global ou probatoire²¹⁷¹ de cette situation est une acceptation de la part du gouvernement roumain²¹⁷². La question de l'amplitude ou de l'objet de l'acquiescement est aussi analysée par la CPJI²¹⁷³.

²¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 27-28.

²¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 36.

²¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 35.

²¹⁶⁸ Au risque d'un anachronisme, on citera J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, op. cit., p. 186 : « There is a final possible consequence [of invalidity of a decision of an international organization], and that is of the utmost importance in the law of international organizations: defects may be cured, as it were, through the operation of acceptance, acquiescence or estoppel ». Le raisonnement de l'article 45 TCDI est pertinent : « La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si [...] L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande ».

²¹⁶⁹ *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 27.

²¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 17 et 37.

²¹⁷¹ Sur la pratique subséquente comme élément de preuve, cf. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., pp. 504-505, §§ 227-228.

²¹⁷² *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 36.

²¹⁷³ *Ibid.*, p. 55.

L'affaire suivante se rapporte à un accord de siège entre le laboratoire européen de biologie moléculaire (ci-après : « EMBL ») et l'Allemagne, en tant qu'État d'accueil de cette OI. Les échanges entre l'EMBL et l'Allemagne furent donc examinés à travers le prisme de cet accord de siège de 1974, et non de manière indépendante de tout traité international²¹⁷⁴. Le point crucial de la sentence était de déterminer la nature juridique d'une lettre de 1977 envoyée par le ministre allemand de la Recherche et de la Technologie²¹⁷⁵. Deux possibilités étaient ouvertes : soit, à la manière de l'affaire du *Groënland oriental* et de sa déclaration Ihlen, affirmer que la lettre constituait un acte juridique unilatéral de l'État allemand. Cette première hypothèse est rejetée par le tribunal : « The character of the letter as a reply takes away its character as a unilateral declaration vis-à-vis the EMBL not made within the framework of a negotiation »²¹⁷⁶.

Seconde hypothèse : considérer que la lettre de 1977 s'inscrivait dans une conversation entre les deux sujets internationaux et devait être rapportée, en tant qu'accord subséquent « informel »²¹⁷⁷, aux articles 10 et 19 de l'accord de siège de 1974 :

« The 1977 Letter was a reply to EMBL's request for clarification in which the Federal Republic confirmed that the Director-General's status under Article 19 was not restricted by Article 10. *It was not, therefore, a unilateral declaration but a subsequent agreement regarding interpretation of the Headquarters Agreement within the meaning of Article 31(3)(a) of the Vienna Conventions on the Law of Treaties, 1969 and 1986* »²¹⁷⁸.

La lettre et ses obligations se greffent sur les articles pertinents de l'accord de siège de 1974 et constituent son interprétation à titre d'accord subséquent. En particulier, le tribunal affirme que « [t]he EMBL could consider the letter, *according to the form and the content, as the end of the dispute* »²¹⁷⁹. Nous soulignons que dans l'article 31, § 3, lit. a CVDT, l'accord subséquent peut également résulter de comportements²¹⁸⁰. À nouveau, un potentiel acquiescement est phagocyté par le traité préexistant. Quant à la présence d'un acte unilatéral, elle est évaluée, puis rejetée.

²¹⁷⁴ *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, p. 7, § 4 (résumé de la sentence).

²¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 2.

²¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 54.

²¹⁷⁷ R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, op. cit., p. 220, § 3.2.

²¹⁷⁸ *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, p. 7, § 4, nos italiques.

²¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 55.

²¹⁸⁰ R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, op. cit., pp. 218-222.

C'est à nouveau à l'accord ou à la pratique subséquente de l'article 31, § 3 CVDT que le tribunal arbitral s'est référé dans l'affaire de la *rémunération des services de recherche fournis par l'Office européen des brevets à l'État Belge*. Au centre de ce différend siègent « l'Accord de travail » et son article 12 autour duquel une pratique de l'OI s'est précipitée ²¹⁸¹ :

« Le tribunal doit statuer sur [les positions réciproques des parties], ce qui l'amènera à examiner si les dispositions de l'Accord de travail sont encore applicables dans leur forme première ou si elles ont été éventuellement modifiées, de manière provisoire ou définitive, par l'effet de la délibération du Conseil d'administration, ou par les actes et comportements ultérieurs des parties » ²¹⁸².

Le tribunal parviendra à la conclusion que par son comportement, ses déclarations, ses lettres, l'État belge a donné corps à un « accord d'application » au sens de l'article 31, § 3 CVDT.

Pour terminer ce tour d'horizon des décisions impliquant un État et une OI, la pratique subséquente ne fut pas retenue dans l'affaire du *régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*. Du point de vue conventionnel, l'affaire était rattachée à l'article 22, lit. b de l'accord de siège de 1954 entre l'UNESCO et la France en tant qu'État hôte ²¹⁸³. Malgré le fait que les fonctionnaires n'aient pas été imposés sur leurs retraites, et ce pendant une longue période ²¹⁸⁴, les attitudes réciproques, et en particulier les déclarations de la France couplées aux particularités de son système fiscal ²¹⁸⁵, ont interdit au tribunal de conclure à l'existence d'une pratique subséquente. Ainsi, même si les fonctionnaires n'avaient pas déclaré leurs retraites en pensant de bonne foi bénéficier d'une exonération, et que l'État français n'avait pas procédé à l'imposition pendant près de 40 ans, cette inaction constituait une simple « tolérance » ou « courtoisie » ²¹⁸⁶ inapte à modifier la lettre stricte de

²¹⁸¹ *Affaire relative à la rémunération des services de recherche fournis par l'Office européen des brevets à l'État Belge (Belgique c. Organisation européenne des brevets)*, Sentence arbitrale, du 15 décembre 1997, *RBDI*, vol. 1997/1, p. 389, §§ 29 et 30 pour l'argumentation de l'OI.

²¹⁸² *Ibid.*, p. 397, § 53.

²¹⁸³ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 238, §§ 7-8.

²¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 256, § 65 ; p. 260, § 75.

²¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 257, § 66.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

l'article 22, lit. b de l'accord de siège de 1954 ! Cette sentence souligne que les déclarations, et celles qui émanent du plus haut niveau de l'État ²¹⁸⁷, ont la priorité en cas de divergence avec la pratique de l'administration.

Cette sentence est le résultat de plusieurs circonstances bien particulières : si le système fiscal français n'avait pas fonctionné sur un principe déclaratif aussi strict, la pratique subséquente aurait très vraisemblablement été entérinée. D'autre part, l'UNESCO n'était qu'indirectement partie prenante de la pratique subséquente, celle-ci s'est formée entre l'ensemble des fonctionnaires non assujettis à l'impôt et les autorités fiscales françaises ²¹⁸⁸. C'est une sentence remarquable puisqu'elle indique dans quelle situation les particularités de droit interne peuvent être *alléguées* dans un litige international.

Cette dernière sentence ne faisait pas non plus appel aux actes unilatéraux, ni à l'acquiescement, mais uniquement à l'interprétation de l'accord conclu entre l'OI et l'État hôte. Le parcours de ces quatre affaires (Commission du Danube, EMBL, Office européen des brevets et UNESCO) confirme la grille d'analyse énoncée en ouverture (II.B). La valeur de l'acquiescement, son destinataire, et sa nature sont relevés, tout comme le lien avec des dispositions réglementaires de l'OI. Ce dernier est d'ailleurs une préoccupation majeure des différentes affaires. Que ce soit par les termes de « pratique », « courtoisie », « tolérance », « *modus vivendi* » ou autres « comportements » et « silences », l'acquiescement est présent dans les relations des OI. Quant à sa nature, ou la forme juridique sous laquelle il apparaît, l'acquiescement est inséré dans la pratique subséquente, d'où l'importance du quatrième et dernier critère : l'identification de la norme pertinente (traité, règlement, etc.) à laquelle cette pratique vient se greffer. L'attraction conventionnelle est une force puissante dans le domaine des OI.

²¹⁸⁷ D'un côté la pratique de l'administration fiscale, « au jour le jour », et de l'autre une affirmation du Secrétaire d'État au budget en 1956 et une prise de position au sénat en 1994 : *ibid.*, p. 257, § 66 ; p. 259, § 74.

²¹⁸⁸ R. KOLB, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », *RSDIE*, 2004, pp. 12-13, lit. C.

2. *Les « acquiescements » internes au sein d'une OI*

L'acquiescement, dans cette première recension, est identifié à de la pratique subséquente et – à une exception près²¹⁸⁹ – n'est même pas envisagé comme un acte unilatéral. On passera maintenant au versant purement interne des OI, c'est-à-dire à la présence de l'acquiescement dans les relations entre OI et États membres (résolutions de l'ONU) ou dans l'administration des OI (jurisprudence du tribunal administratif de l'OIT, ci-après : « TAOIT »).

a. *Les jugements du TAOIT*

Le TAOIT est chargé de résoudre les litiges de droit administratif entre une OI et ses fonctionnaires. Sa compétence ne s'arrête pas aux relations de travail de l'OIT, les OI qui le souhaitent peuvent faire du TAOIT l'autorité de recours externe²¹⁹⁰. Le droit appliqué par ce tribunal dépend en fin de compte des sources propres à chaque OI, pour l'essentiel on y retrouve les constitutions et règlements, les « actes individuels » (par ex. les actes d'exécution d'un règlement ; un contrat de travail), les principes généraux propres aux tribunaux administratifs internationaux²¹⁹¹, et pour finir, la « pratique » de l'OI, étant entendu que cette dernière « a valeur juridique dans la mesure où elle ne contrevient pas à une norme de droit écrit en vigueur »²¹⁹².

Nous avons recensé quelques décisions du TAOIT qui emploient le terme d'acquiescement²¹⁹³. Il s'agit de voir à quel titre ces termes sont employés (principe, pratique subséquente relative à la Constitution ou à un règlement de l'OI, simple « pratique »). Dans l'ordre chronologique, le jugement n° 16 utilise l'acquiescement d'instance (renonciation à contester une décision) : « Par lettre du 16 février 1940, la requérante acquiesça à regret, annulant ainsi la

²¹⁸⁹ *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, p. 54 (« The character of the letter as a reply takes away its character as a unilateral declaration vis-à-vis the EMBL [...] »).

²¹⁹⁰ Art. II, § 5, du Statut du tribunal de l'OIT (https://ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249260/lang-fr/index.htm pour l'article et <https://ilo.org/tribunal/membership/lang-fr/index.htm> pour la liste des OI concernées). D. PETROVIC, « Le droit applicable devant le tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail », *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, n° 6, 1^{re} partie, 2017, p. 555.

²¹⁹¹ Pour cette énumération : D. PETROVIC, « Le droit applicable devant le tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail », *op. cit.*, pp. 543-548.

²¹⁹² *Ibid.*, p. 548.

²¹⁹³ Recherche effectuée en partie grâce aux outils du TAOIT : <https://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.bySession>.

seule réserve qu'elle avait formulée au moment où son congédiement lui fut notifié »²¹⁹⁴. L'acquiescement fut utilisé de manière similaire dans le jugement n° 28 :

« En acceptant à diverses reprises et sans aucune réserve les versements déjà considérables et généreux effectués en sa faveur par l'Organisation, le requérant peut être considéré, en vertu des principes généraux du droit, comme ayant acquiescé aux offres réelles qui lui étaient faites et comme ayant abandonné le surplus de ses prétentions »²¹⁹⁵.

Les deux affaires concernent la fin des rapports de travail entre fonctionnaires et OI, l'acquiescement s'applique dans sa dimension de *renonciation à faire valoir une prétention*. À ce titre, dans le jugement 28 il est qualifié de principe général du droit. C'est encore dans cette dimension de renonciation et d'interdiction de profiter de sa propre incohérence²¹⁹⁶ que l'acquiescement apparaît dans les décisions n°s 279²¹⁹⁷ et 404²¹⁹⁸ dans lesquelles il semble être assimilé à un principe général.

C'est surtout pour son effet d'acceptation, de consentement que l'acquiescement est présent dans les décisions du TAOIT, ainsi sa parenté avec d'autres institutions aux mêmes effets, comme l'*estoppel*, apparaît dans la décision n° 671²¹⁹⁹. Le champ de l'acquiescement est employé avec discernement par le TAOIT : « [L'UNESCO] ne saurait se prévaloir valablement de l'acquiescement à une discrimination et un fonctionnaire de sexe féminin peut à tout moment protester contre un traitement discriminatoire »²²⁰⁰. L'analogie peut être établie avec l'impossibilité pour l'acquiescement de s'appliquer à des causes de nullité absolues (par ex. art. 45 et 51, 52 CVDT).

L'acquiescement peut également émaner de l'OI elle-même et bénéficier au fonctionnaire. La hiérarchie juridique est explicitée dans l'affaire n° 3942 :

« [L]e Tribunal admet que le chef exécutif d'une organisation dispose du pouvoir discrétionnaire de réexaminer une décision rendue antérieurement et peut, pour un motif valable et s'il agit de bonne foi, modifier ou

²¹⁹⁴ *Affaire Nistle*, 26 avril 1955, TAOIT, 5^e session, Jugement n° 16, p. 2.

²¹⁹⁵ *Affaire Waghorn*, 12 juillet 1957, TAOIT, 6^e session, Jugement n° 28, p. 4, nos italiques.

²¹⁹⁶ Ou *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (A. X. FELLMEYER et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, p. 193).

²¹⁹⁷ *Affaire De Buck*, 4 octobre 1976, TAOIT, 37^e session, Jugement n° 279, p. 2.

²¹⁹⁸ *Affaire De Villegas*, 24 avril 1980, TAOIT, 43^e session, Jugement n° 404, p. 7.

²¹⁹⁹ *Affaire Bonneau*, 19 juin 1985, TAOIT, 56^e session, Jugement n° 671, p. 2. Pour la forclusion, cf. *Affaire Meyler*, 27 juin 1989, TAOIT, 66^e session, Jugement n° 978, p. 7, § 20.

²²⁰⁰ *Affaire Meyler*, 27 juin 1989, TAOIT, 66^e session, Jugement n° 978, p. 7, § 20. Le temps a aussi pu jouer un rôle dans cette affaire puisque la contestation de la mesure discriminatoire fut quasiment immédiate (*ibid.*, p. 2).

annuler cette décision [...], *sauf si la décision antérieure ne peut plus être modifiée*, soit en raison de l'effet de *documents réglementaires* applicables au sein de l'organisation, comme *les statut et règlement du personnel*, soit en raison de l'application de principes énoncés dans la *jurisprudence du Tribunal*, comme celui de la préclusion promissoire ou *promissory estoppel* »²²⁰¹.

Le *promissory estoppel* est voisin de l'acquiescement, la modification du comportement au détriment d'une partie est interdite²²⁰². Même si l'*estoppel/acquiescement* de l'OI en faveur de son fonctionnaire ne fut pas retenu dans cette affaire, elle pourrait trouver application²²⁰³. Cet effet de l'acquiescement est notable car des voix discordantes au sein d'une même OI peuvent bénéficier au fonctionnaire²²⁰⁴. C'est bien à titre de « principe » que le *promissory estoppel* est évoqué, et non comme un acte juridique unilatéral.

Dans le cadre des jugements du TAOIT, l'acquiescement est utilisé afin de déterminer si des *particuliers*, fonctionnaires d'une OI, ont perdu un droit ou sont réputés avoir accepté une situation, selon un raisonnement empêchant les comportements contradictoires. C'est dès lors à titre de principe général, voire de pratique²²⁰⁵, que l'acquiescement est utilisé.

b. *Les résolutions de l'ONU*

Certaines résolutions de l'ONU emploient expressément le terme « d'acquiescement », comme les versions anglaises des résolutions 2625 (XXV) de l'AG du 24 octobre 1970 et la résolution 1373 du CS du 28 septembre 2001²²⁰⁶. En soi, ces résolutions ne sont

²²⁰¹ *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125^e session, Jugement n° 3942, p. 8, § 8, nos italiques.

²²⁰² A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., pp. 29-36.

²²⁰³ *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125^e session, Jugement n° 3942, p. 8, § 8.

²²⁰⁴ Il semblerait que lorsque l'acquiescement émane d'un État, une priorité est donnée aux déclarations ou comportements émanant des rangs hiérarchiques les plus élevés, voy., par ex. : *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 257, § 66. Cf. *infra*, Ch. 5.IA.3 et 5.

²²⁰⁵ D. PETROVIC, « Le droit applicable devant le tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail », op. cit., p. 548.

²²⁰⁶ Voy. le 1^{er} principe, p. 123 (« Every State has the duty to refrain from [...] acquiescing in organized activities within its territory [...] ») de la rés. 2625 et le § débutant par « *Reaffirming ...* » en p. 1 de la rés. 1373.

pas constitutives d'acquiescement et ne donnent pas d'indication sur sa nature. Tout au plus pourrait-on affirmer qu'elles interdisent à un État – sous peine d'engager sa responsabilité internationale – d'*acquiescer* à des activités accomplies sur son territoire qui ont pour but d'organiser des guerres civiles ou des actes de terrorisme. Les résolutions pertinentes seront plutôt celles où l'ONU acquiesce à une situation.

Suite à l'agression et l'occupation de l'Irak par les États-Unis et le Royaume-Uni en 2003, le CS – dont ces États sont membres permanents – a pris une série de résolutions. Dans la résolution 1483, le CS prend note de l'existence d'un commandement conjoint des puissances occupantes, dénommé « l'Autorité »²²⁰⁷. Loin de nous d'affirmer que le CS a acquiescé à l'occupation de l'Irak. Nous souhaitons seulement souligner que cette résolution tisse une collaboration étroite entre l'Autorité et l'ONU (via le Secrétaire général) en vue de la reconstruction de l'Irak²²⁰⁸. Ce faisant l'ONU « acquiesce » ou « enregistre » la présence de l'Autorité en tant qu'interlocuteur, et surtout en tant que responsable principal de la mise en œuvre des mesures décidées dans la résolution 1483²²⁰⁹. Cette situation ne fait qu'esquisser comment les résolutions de l'ONU peuvent acquiescer à une prétention ou à une violation du droit.

La frontière est un domaine d'application privilégié de l'acquiescement, il en va de même pour son application dans les résolutions de l'ONU. Le territoire de « l'État Arabe » et de « l'État Juif » est déterminé pour la première fois dans la résolution 181 (II) de l'AG²²¹⁰. Ce plan de partage, rejeté par les États arabes, resta lettre morte²²¹¹. Au départ, Israël reconnut que les territoires qu'il occupait en excès de ce plan de partage ne lui appartenaient pas²²¹².

²²⁰⁷ Rés. 1483 (2003) du CS, 22 mai 2003, p. 2.

²²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 3-4, § 8.

²²⁰⁹ La résolution rappelle que le Royaume-Uni et les États-Unis sont des puissances occupantes et que le régime juridique de la CG IV et du règlement de La Haye de 1907 s'applique : rés. 1483 (2003) du CS, 22 mai 2003, p. 2 ; p. 3, § 5.

²²¹⁰ Rés. 181 (II) de l'AG, 29 novembre 1947, pp. 142-146 et Annexe A, p. 151.

²²¹¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ, *Rec.* 2004, pp. 165-166, § 71.

²²¹² R. SOROCZYŃSKI, « Acquisition of title to territory in the aftermath of the use of force in the United Nations era: the case of the State of Israel », *op. cit.*, p. 73 : « There are no doubts that parts of Palestine between partition lines and armistice lines fell into Israel's hands as a result of military activities. Therefore, the Israeli authorities properly recognized them as occupied territories [...] », nos italiques.

Par la suite, ce sont néanmoins les lignes d'armistice de 1949 qui marquent la frontière entre les deux États. Un acquiescement de la communauté internationale, des Nations Unies *et* de la Palestine s'est concrétisé ; il a pour effet de légitimer l'acquisition par Israël des territoires qui ne figuraient pas sur la résolution initiale 181 (II) ²²¹³. Quand les Nations Unies font référence aux frontières d'Israël et de la Palestine, c'est de celles de 1949 dont il s'agit :

« Facing developments clearly diverging from the partition scheme [découlant de la rés. 181 (II)], neither the United Nations nor, in general, its member-states, insisted upon its full implementation, and Israel was not called by the United Nations to withdraw from the areas situated outside the 1947 partition lines » ²²¹⁴.

L'acquiescement *généralisé* a eu pour effet de modifier les frontières initialement prévues. La résolution 181 n'est plus évoquée quand il s'agit de déterminer quels territoires sont occupés :

« Eventually, the uniform and constant treatment as the occupied territories by the international community of the areas that fell under Israeli control in 1967 remains in strong contrast with the practice concerning the areas situated between the partition lines and the pre-1967 armistice lines » ²²¹⁵.

Les résolutions de l'AG confirment ces nouvelles frontières, tout comme les différents plans de paix proposés hors de l'enceinte de l'ONU ²²¹⁶. Dans son avis consultatif *Edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la CIJ se réfère elle aussi aux lignes de 1949 ²²¹⁷.

Un cas lié à la décolonisation peut être évoqué. Dans la résolution 66 (I), « Madagascar et dépendances » figure sur la liste des territoires non autonomes pour lesquels la France transmet des renseignements au titre de l'article 73, lit. e CNU ²²¹⁸. Le processus de décolonisation de Madagascar et de ses différentes îles fut donc engagé dès 1946, date de cette résolution. Lors de son accession à l'indépendance en 1960, la souveraineté sur les îles Glorieuses,

²²¹³ *Ibid.*, pp. 72, 77-78, 82 et, le plan comparatif de l'Annexe 1 en p. 87.

²²¹⁴ *Ibid.*, pp. 79-80.

²²¹⁵ *Ibid.*, p. 82.

²²¹⁶ *Ibid.*, p. 81.

²²¹⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ, *Rec. 2004*, pp. 164-169 ; pour une liste des résolutions pertinentes : R. SOROCZYŃSKI, « Acquisition of title to territory in the aftermath of the use of force in the United Nations era: the case of the State of Israel », *op. cit.*, p. 81, note n° 76.

²²¹⁸ Rés. 66 (I) de l'AG du 14 décembre 1946, p. 124. La France transmet ces renseignements « sans préjuger le statut futur de ces territoires ».

Juan de Nova, Bassas de India et Europa n'est pas transférée à Madagascar²²¹⁹. C'est formellement en 1979 dans la résolution 91 (34)²²²⁰ que l'AG :

« Invite le Gouvernement français à entamer sans plus tarder des négociations avec le Gouvernement malgache en vue de la réintégration des îles précitées [Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India : généralement appelées "Îles Éparses"], qui ont été séparées arbitrairement de Madagascar »²²²¹.

Malgré l'écoulement d'un délai de dix-neuf ans depuis l'accession à l'indépendance, un éventuel acquiescement de Madagascar est mis à mal par les termes clairs de la résolution. Sans entrer dans les multiples nuances de ce différend territorial²²²², il offre une illustration de la manière dont les résolutions de l'ONU pourraient – *a contrario* – acquiescer aux prétentions des États membres²²²³.

À l'inverse, les résolutions de l'ONU peuvent empêcher un acquiescement. L'avis consultatif des *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice*²²²⁴ montre que des résolutions réitérées forment un rempart efficace de protestations. Les faits sont semblables au cas de Madagascar : Maurice figure sur la liste des territoires non autonomes au sens de l'article 73, lit. e CNU et dans la résolution 66 (I)²²²⁵. En 1965, soit trois ans avant l'indépendance, le Royaume-Uni détacha certains territoires de Maurice afin de créer une nouvelle colonie²²²⁶. Entre 1965 et l'indépendance, l'AG adopta plusieurs résolutions

²²¹⁹ Par un décret du 1^{er} avril 1960, ces îles ainsi que Tromelin furent détachés de l'ancienne colonie et rattachés à la France. L'indépendance intervient peu après, le 26 juin 1960.

²²²⁰ Rés. 91 (34) de l'AG du 12 décembre 1979, pp. 91-92.

²²²¹ *Ibid.*, p. 92. La résolution mentionne un document malgache (cote A/34/245) qui semble constituer la première protestation contre le détachement des îles (*ibid.*, p. 91, note n° 40).

²²²² Voy. : A. ORAISON, « Gestion ou cogestion des "réserves naturelles" créées sur les îles Éparses de la zone sud-ouest de l'océan Indien et du canal de Mozambique ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 1, 2001, pp. 5-30, spéc. p. 8 ; A. ORAISON, « À propos du différend franco-malgache sur les îles Éparses du canal de Mozambique », *RGDIP*, vol. 85, 1981, pp. 465-513.

²²²³ L'ONU n'est pas la seule actrice de la communauté internationale : à lui seul, le silence d'une OI ne suffit vraisemblablement pas à créer un acquiescement mais va être pris en compte à titre probatoire, dans sa participation à un faisceau d'indices convergents. L'acquiescement malgache devrait lui aussi être présent dans le cas des îles éparses.

²²²⁴ Avis consultatif, 25 février 2019, CIJ, *Rec. 2019*, non encore paginé.

²²²⁵ Rés. 66 (I) de l'AG du 14 décembre 1946, p. 124.

²²²⁶ *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice*, Avis consultatif, 25 février 2019, CIJ, *Rec. 2019*, p. 14, § 33.

qui condamnaient cette séparation²²²⁷. Formellement, l'AG ne prit pas de nouvelle résolution avant celle de 2017 qui demandait un avis consultatif à la Cour²²²⁸, comme souligné dans l'exposé écrit de la France :

« En l'espèce, aucune résolution n'a été adoptée par l'Assemblée générale en ce qui concerne le processus de décolonisation de Maurice depuis que cet État a accédé à l'indépendance il y a près de 50 ans »²²²⁹.

Cette absence de protestations a-t-elle conduit la CIJ à constater un acquiescement ? La Cour ne s'intéresse pas directement à cette question, la période pertinente est cantonnée aux années 1965-1968 (du détachement des Chagos à l'indépendance de Maurice)²²³⁰. Ainsi, les résolutions prises durant ce laps de temps sont les seules pertinentes et elles indiquent clairement que le droit à l'autodétermination n'a pas été respecté²²³¹.

c. L'UNESCO

Dans le sésail des organisations onusiennes, mentionnons encore l'UNESCO et sa faculté de classer un site sur la liste du patrimoine mondial²²³². L'inscription sur cette liste d'un bien contesté pourrait, en l'absence de protestation de l'État « dépossédé », participer à la construction d'un acquiescement. L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* et ses suites juridiques offrent un exemple des problèmes que pourrait susciter une inscription d'un bien litigieux. La *souveraineté* du temple et de ses environs fut attribuée au Cambodge en 1962²²³³. En 2007, le Cambodge communiqua à l'UNESCO son souhait de voir le temple inscrit sur la liste des biens protégés²²³⁴. La demande cambodgienne était accompagnée d'une carte délimitant

²²²⁷ *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice*, Avis consultatif, 25 février 2019, CIJ, *Rec. 2019*, pp. 14-15, §§ 34-41.

²²²⁸ *Ibid.*, pp. 15-16, §§ 43-53. Il s'agit de la résolution 71/292 de l'AG du 23 juin 2017. La situation de Maurice fut examinée par d'autres OI (l'OUA) et devant des tribunaux nationaux et internationaux au cours de la période 1968-2017.

²²²⁹ *Ibid.*, p. 6, § 13.

²²³⁰ *Ibid.*, pp. 14-15, §§ 34-41.

²²³¹ *Ibid.*, p. 34, § 142.

²²³² Liste disponible sur : <https://whc.unesco.org/fr/list/> (le patrimoine mondial comprend les biens naturels, culturels, et mixtes, ainsi que les biens en péril, cf. la *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*. Signée à Paris, le 16 novembre 1972 (RTNU, vol. 1037, p. 174).

²²³³ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 36-37.

²²³⁴ *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, 11 novembre 2013, CIJ, *Rec. 2013*, p. 293, § 25.

les abords du temple, la Thaïlande s'opposa à ces limites en communiquant sa propre carte ²²³⁵. Prudente, l'UNESCO inscrivit le temple et uniquement le territoire qui ne faisait pas l'objet de contestation sur sa liste ²²³⁶. En protestant, la Thaïlande évitait que l'inscription du Temple à l'UNESCO amoindrisse sa prétention territoriale et affirmait que :

« Cette représentation cartographique [proposée par le Cambodge] ne "pouvait en aucun cas porter atteinte à la frontière internationale existant entre la Thaïlande et le Cambodge", telle que figurée sur sa propre carte [soumise à l'UNESCO] » ²²³⁷.

En l'absence d'une telle contestation, le Cambodge aurait eu beau jeu d'arguer que la Thaïlande aurait acquiescé à la frontière proposée.

En guise de réflexion intermédiaire, les actes unilatéraux des OI correspondent mal à la structure de l'acquiescement. Tout au plus, comme dans l'exemple de l'UNESCO ou dans le cadre des territoires détachés des colonies, ils peuvent servir dans une dimension *implicite* ²²³⁸. C'est-à-dire que l'acte juridique, par sa formulation, présuppose certaines circonstances factuelles (l'existence d'une « Autorité » sur le territoire irakien, de la souveraineté sur tel territoire). L'objet principal de l'acte n'est pour autant pas dirigé sur ces circonstances, qui ne sont abordées que de manière incidente. Ainsi, le but du classement est de faire figurer le Temple sur une liste de l'UNESCO, dans ce cadre il sied de définir les limites du bien culturel, la souveraineté n'est en aucun cas le point central de cet acte juridique. Ces actes d'OI ne sont pas des acquiescements en tant que tels, ils peuvent plutôt servir de preuve dans le cadre d'un acquiescement *interétatique*. Une autre « difficulté » liée au caractère particulier des résolutions de l'ONU est qu'elles procèdent de considérations politiques, le juridique n'en constitue pas la motivation principale, des résolutions peuvent parfaitement écraser un acquiescement qui se serait déjà concrétisé entre États.

²²³⁵ *Ibid.*, p. 294, § 26.

²²³⁶ *Ibid.*, p. 294, § 27. Pour la carte et la décision : Comité du patrimoine mondial, 32^e session, Décision 32 COM 8B.102, 2008. La carte figure en p. 11 du document WHC-08/32.COM/INF.8B1.Add2 (<http://whc.unesco.org/fr/decisions/1548>).

²²³⁷ *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, 11 novembre 2013, CIJ, *Rec.* 2013, p. 299, § 43.

²²³⁸ Sur la notion d'implicite, voy. M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, *op. cit.*, pp. 321-328. Voy. aussi *supra*, Ch. 3.II.A.

3. *Acquiescement et estoppel de l'OI au bénéfice des États*

Il existe une configuration assez particulière où l'acquiescement est déduit de l'activité ou de la « pratique » de l'OI et bénéficie aux États membres. Formellement, ces situations sont cataloguées comme des acquiescements ou des *estoppels* interétatiques, après analyse, une reconstruction mettant en évidence les relations entre organes de l'OI est possible²²³⁹. C'est sur la base de deux situations seulement que nous proposons cette relecture, la première a fait l'objet d'un arrêt de la CIJ, la seconde est hypothétique. Toutes deux concernent les déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ selon l'article 36, § 2 SCLJ²²⁴⁰.

a. *L'affaire des Activités militaires et paramilitaires (1984)*

Avant d'aborder le nœud du problème qui nous intéresse dans l'arrêt des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*²²⁴¹ de 1984, énumérons-en les acteurs : d'un côté le Nicaragua, en tant qu'État demandeur, de l'autre les États-Unis comme défendeur. En surplomb, les Nations Unies, d'une part, en tant que dépositaire des traités et des déclarations unilatérales d'acceptation de la compétence de la CIJ (prérogative du Secrétaire général)²²⁴², et, de l'autre, la CIJ en tant qu'organe judiciaire principal²²⁴³ de l'ONU. La CIJ n'administre donc pas les déclarations faites au titre de l'article 36, § 2 SCLJ. Ces déclarations lui sont communiquées par le Secrétaire général et ce n'est que dans cette mesure qu'elle peut en tenir compte.

Principalement en cause dans cette affaire, la preuve (voire la réalité) du dépôt de l'instrument de ratification nicaraguayen d'acceptation de la compétence de la CPJI²²⁴⁴. Une déclaration faite sous l'égide de la CPJI

²²³⁹ Cf. *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125^e session, Jugement n° 3942, p. 8, § 8, passage cité *in extenso supra* : le pouvoir discrétionnaire du chef exécutif d'une OI peut être limité, notamment, par les principes tels que l'*estoppel*, la bonne foi, *venire contra factum proprium non valet*, etc.

²²⁴⁰ Ainsi que la conversion des déclarations analogues faites sous l'égide de la CPJI : art. 36, § 5 SCLJ.

²²⁴¹ Compétence et recevabilité, 26 novembre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 392.

²²⁴² Art. 102, § 1 CNU ; ONU, *Manuel des traités*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 32, § 5.5.3 et p. 31, § 5.4.3 sur l'enregistrement d'office des actions relatives aux traités.

²²⁴³ Art. 92 CNU.

²²⁴⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Compétence et recevabilité, 26 novembre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 399-403, §§ 15-23.

est valable devant la CIJ pour autant que les conditions de l'article 36, § 5 soient respectées²²⁴⁵. Encore faut-il que l'État se soit originellement acquitté des formalités nécessaires : « Les archives de la Société des Nations ne renferment toutefois aucune pièce attestant qu'un instrument de ratification eût été reçu. La preuve qu'un instrument de ratification avait bien été envoyé à Genève n'a pas été administrée »²²⁴⁶. Partant, une déclaration inexistante ne pourrait pas être considérée comme étant « encore en force au sens de l'art. 36, § 5 SCIJ »²²⁴⁷. La CIJ arrive d'ailleurs à la conclusion que :

« Le Nicaragua, du fait qu'il n'a pas déposé son instrument de ratification du protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, n'était pas partie à ce traité »²²⁴⁸.

La CIJ passe à l'étape suivante, qui est d'évaluer si la déclaration dépourvue de force obligatoire du point de vue de la CPJI est tout de même apte à déployer des effets dans l'article 36, § 5 SCIJ²²⁴⁹. La CIJ se livre alors à une interprétation serrée des rapports entre la CPJI et la CIJ, et du texte de l'article 36, § 5 SCIJ²²⁵⁰. Au final, il suffit qu'une déclaration ait existé, sans avoir forcément produit des effets : l'absence de ratification du Statut de la CPJI par le Nicaragua n'est pas pertinente car il s'agit d'un membre originaire de l'ONU²²⁵¹. Cette conclusion permet de s'intéresser au rôle du comportement des parties (que l'on ne traitera pas en détail ici) et à la valeur à accorder aux *Annuaire*s, *Rapports* et autres *recueils des traités* de l'ONU qui mentionnent le Nicaragua en tant qu'État ayant émis une déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour. Ces *Annuaire*s et autres documents officiels²²⁵² sont intéressants car ils émanent de l'ONU ; la CIJ les utilise pour parvenir à une conclusion sur sa propre compétence.

Les documents officiels de l'ONU ont mentionné de manière publique, paisible, et ininterrompue le Nicaragua en tant qu'État ayant fait une déclaration d'acceptation de la juridiction au titre

²²⁴⁵ La déclaration ne doit pas avoir expiré et ses termes doivent permettre sa validité. *Ibid.*, p. 399, § 14.

²²⁴⁶ *Ibid.*, p. 400, § 16.

²²⁴⁷ *Ibid.*, p. 400, § 17.

²²⁴⁸ *Ibid.*, p. 404, § 25.

²²⁴⁹ *Ibid.*, p. 405, § 29.

²²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 405-408, §§ 29-35.

²²⁵¹ *Ibid.*, p. 408, § 35. Les membres de l'ONU sont *ipso facto* membres de la CIJ en vertu de l'article 92 CNU. L'article 14 du Pacte de la SdN ne prévoyait pas une telle relation.

²²⁵² *Ibid.*, p. 402, §§ 20-21 et pp. 408-409, §§ 36-38 pour une liste de ces documents.

de l'article 36, § 5 SCIJ ²²⁵³. La publication de ces documents est rapportée à l'interprétation de l'article 36, § 5 SCIJ et à la conduite des États intéressés ²²⁵⁴. Le rôle de ces publications ne saurait normalement avoir de valeur officielle : l'inscription d'un État sur la liste d'acceptation de la juridiction de la CIJ n'a pas d'effet constitutif ²²⁵⁵. Pour autant, le raisonnement de la Cour est sinueux : elle débute par exclure que ses publications l'obligent à admettre sa compétence à l'égard du Nicaragua :

« Le point n'est pas que la Cour, dans sa fonction administrative, a adopté une décision sur la situation du Nicaragua qui la lierait dans sa fonction judiciaire, puisqu'il est clair qu'il ne saurait en être ainsi » ²²⁵⁶.

Pour finir par admettre que, si elle ne se déclarait pas compétente,

« [l]a Cour tiendrait donc rigueur à cet État d'avoir attribué aux informations données sur ce point par la Cour et le Secrétaire général des Nations Unies un poids qu'elles ne méritaient pas et en somme de les avoir (à raison du patronage dont elles bénéficiaient) tenues pour plus fiables qu'elles ne l'étaient en réalité » ²²⁵⁷.

Comment la Cour parvient-elle à cette conclusion ? L'acquiescement s'est joué entre deux organes de l'ONU : la Cour, et le Secrétariat. En n'avertissant pas la Cour de l'absence de toute déclaration d'acceptation de sa compétence par le Nicaragua, le Secrétaire général ²²⁵⁸ a empêché la Cour de produire des rapports exacts sur l'état des ratifications de son Statut. À son tour, en publiant année après année, des recueils, rapports et autres documents qui mentionnaient le Nicaragua, la Cour ne peut plus se déjuger. C'est l'ONU tout entière qui a acquiescé à la déclaration nicaraguayenne. Formellement, la Cour raisonne sur le modèle d'un acquiescement entre les États-Unis et le Nicaragua ²²⁵⁹, voire du Nicaragua envers l'ONU ²²⁶⁰. Matériellement, c'est la Cour qui se heurte à son *propre* comportement au bénéfice du Nicaragua (*venire contra factum proprium*). Les États-Unis sont une victime

²²⁵³ *Ibid.*, p. 408, § 36.

²²⁵⁴ *Ibid.*, p. 409, § 38.

²²⁵⁵ *Ibid.*, p. 409, § 37 : « La Cour n'entend pas faire jouer à ces publications un rôle qui serait contraire à leur nature ».

²²⁵⁶ *Ibid.*, p. 409, § 38.

²²⁵⁷ *Ibid.*, p. 412, § 46.

²²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 402-403, § 22.

²²⁵⁹ *Ibid.*, p. 414, § 50.

²²⁶⁰ *Ibid.*, p. 413, § 49.

collatérale du comportement de la Cour. Cette situation est tout à fait exceptionnelle, comme la Cour le souligne en prenant soin de rattacher les comportements à la « volonté de reconnaître la compétence obligatoire de la Cour au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut [...] »²²⁶¹.

b. *La déclaration facultative d'acceptation de Djibouti (2005-2010)*

Par analogie aux événements de cette affaire, la déclaration d'acceptation de Djibouti au sens de l'article 36, § 2 SCIJ mérite d'être mentionnée. Cette déclaration fut émise en 2005 et se conclut de la manière suivante :

« La présente déclaration est faite pour une durée de cinq ans, sous réserve de la faculté de dénonciation et de modification qui s'attache à tout engagement pris par l'État dans ses relations internationales »²²⁶².

Il existe une grande liberté en matière de durée des déclarations d'acceptation²²⁶³ : elles peuvent être émises pour une durée indéterminée ou déterminée et, dans ce second cas, prendre fin automatiquement ou, au contraire, être automatiquement renouvelées²²⁶⁴. Cette déclaration appartient à la catégorie des instruments *explicitement* renouvelables²²⁶⁵, qui, faute de notification adressée au Secrétaire général, prend fin automatiquement en 2010.

Partant, il faudrait donc que Djibouti, en 2010, 2015, 2020, etc., communique au Secrétaire général le renouvellement de sa déclaration. La déclaration de Djibouti est peut-être la seule qui prévoit (encore) une durée déterminée assortie d'une fin automatique²²⁶⁶.

²²⁶¹ *Ibid.*, p. 413, § 47. La Cour aurait pu faire le choix de se référer à la pratique subséquente relative au SCIJ de manière encore plus claire dans son arrêt.

²²⁶² *Déclaration reconnaissant comme obligatoire la juridiction de la Cour, conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice. Djibouti, 2 septembre 2005 (RTNU, vol. 2332, p. 5).*

²²⁶³ Art. 36, § 3 SCIJ : « Les déclarations ci-dessus visées pourront être faites purement et simplement [...] ou pour un délai déterminé ».

²²⁶⁴ G. DISTEFANO et A. HÊCHE, « Optional Clause Declarations: International Court of Justice (ICJ) », *op. cit.*, p. 8, section 7, §§ 29-30.

²²⁶⁵ « When a declaration expires by lapse of time, the Registrar [should] erase it from the ICJ's website [...]. If the declaration is silent on its renewal, it implies that the declaration automatically lapses at the end of the planned time period [...] » : *ibid.*, p. 8, section 7, § 30. Voy. le classement des déclarations du point de vue de leur durée établi par S. A. ALEXANDROV, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 154-159.

²²⁶⁶ G. DISTEFANO et A. HÊCHE, « Optional Clause Declarations: International Court of Justice (ICJ) », *op. cit.*, p. 13, section E, § 53.

Selon la pratique de l'ONU et au vu de leur importance, ces notifications de renouvellement devraient être accessibles (par ex. via une publication dans le *Recueil des traités*) ou en tous les cas être portées à la connaissance des autres États parties au SCIJ²²⁶⁷.

À notre meilleure connaissance, tel n'est pas le cas : nous n'avons trouvé aucune trace de renouvellement de cette déclaration d'acceptation, que ce soit dans le *Recueil des traités* ou dans les « notifications dépositaires » adressées au SG²²⁶⁸. À l'inverse, c'est de manière constante²²⁶⁹ que les *Rapports annuels* successifs de la CIJ font figurer Djibouti au nombre des États ayant accepté la compétence de la Cour au titre de l'article 36, § 2, SCIJ, et ce également après l'année 2010²²⁷⁰. Nous ne sommes pas les seuls à avoir relevé cette particularité²²⁷¹.

Certes ni les *Annuaire de la CIJ*, ni son site internet²²⁷² sur lequel figure la déclaration de Djibouti ne sont des sources officielles, chacune de ces publications s'adjoint d'un *caveat*²²⁷³. À l'inverse, les *Rapports de la CIJ* ne sont pas assortis d'une telle mention car il s'agit de documents de l'AG²²⁷⁴. Que surviendrait-il si un État introduit une requête concernant Djibouti en se basant sur la compétence découlant de l'article 36, § 2 SCIJ ? À moins que Djibouti conteste la compétence de la CIJ, la question ne sera pas abordée (en application du *forum prorogatum*, ou, plus vraisem-

²²⁶⁷ ONU, *Manuel des traités*, 3^e éd., op. cit., pp. 32-33 ; ONU, *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, New York, 1999, Doc. ST/LEG/7/Rev.I, p. 44 (« notifications assimilables à des instruments »). C'est du reste aussi une obligation qui découle des fonctions de dépositaire, telles que mentionnées dans l'article 77, lit. c), d), et, e) CVDT (recevoir, examiner et informer des notifications et communications relatives au traité). C. SCHENKER, « Dépositaire : une impartialité sous surveillance. L'exemple de la Suisse », *RSDIE*, vol. 28 (1), 2018, p. 30.

²²⁶⁸ Recherche effectuée dans la base de données de la « collection des traités » des Nations Unies : https://treaties.un.org/Pages/Home.aspx?clang=_fr.

²²⁶⁹ Par analogie à *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Compétence et recevabilité, 26 novembre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 408, § 36.

²²⁷⁰ *Annuaire* (<https://www.icj-cij.org/fr/publications>) et *rapports* (<https://www.icj-cij.org/fr/rapports-annuels>) sont disponibles en ligne.

²²⁷¹ V. LAMM, *Compulsory Jurisdiction in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 276.

²²⁷² <https://www.icj-cij.org/fr/declarations/dj>.

²²⁷³ La mention « Rédigé par le Greffe, l'Annuaire-Yearbook n'engage en aucune façon la Cour » figure en p. V de l'*Annuaire de la Cour internationale de Justice*, 2013-2014 (<https://www.icj-cij.org/files/publications/yearbook-2013-2014.pdf>).

²²⁷⁴ Voy. par ex. le *Rapport annuel de la Cour internationale de Justice*, 1^{er} août 2018 – 31 juillet 2019, Doc. A/74/4, 69 p. L'absence de *caveat* ne signifie pas encore que le document possède une valeur juridique.

blement, la Cour se bornera à constater sa compétence sur la base des déclarations d'acceptation facultative des deux États). La situation hypothétique où Djibouti s'opposerait à la compétence est plus problématique : comment raisonnerait la Cour dans ce cas ? Fondamentalement, deux issues sont envisageables : la compétence, ou son absence.

En cas d'absence de compétence, la CIJ devra juger que la déclaration de Djibouti s'est automatiquement éteinte en 2010²²⁷⁵ et que les diverses publications – erronées – qui faisaient état de l'acceptation de la juridiction ne possèdent pas de valeur formelle. Seules font foi à cet égard les notifications envoyées au Secrétaire général, qui lui appartient ensuite de communiquer à la CIJ. Cette solution pourrait paraître sévère par rapport à l'arrêt des *Activités militaires* de 1984, elle n'est toutefois pas à exclure si c'est Djibouti qui s'oppose à la compétence²²⁷⁶. Si Djibouti prétend n'avoir jamais envoyé une telle prolongation et que seules des publications de moindre valeur énumèrent cet État comme ayant accepté la compétence, il serait surprenant que la Cour s'aventure à trancher le fond du litige. Du reste, un autre écueil justifierait le refus de la Cour : la déclaration est valable pour une durée de cinq ans, sans qu'un renouvellement automatique ou qu'une conversion en déclaration à durée indéterminée ne soit prévue. Afin d'admettre que la déclaration de Djibouti est encore valable, la Cour devrait passer outre le texte « clair »²²⁷⁷, ou en tout cas peu ouvert à une telle interprétation.

À l'inverse, si Djibouti introduisait une instance, la dynamique de l'affaire s'apparenterait à celle de l'arrêt des *Activités militaires* de 1984 dans lequel c'est le Nicaragua (demandeur) qui déposait une requête contre les États-Unis. Djibouti pourrait arguer que son silence face aux publications constantes, ininterrompues et

²²⁷⁵ On le répète, cette hypothèse n'est valable que si Djibouti n'a pas pris soin de prolonger sa déclaration de 2005. En tout état de cause, nous n'avons pas trouvé de traces d'une telle prolongation dans les recueils consultés.

²²⁷⁶ La Cour attache une importance cruciale au consensualisme afin de fonder sa compétence. S. ODA, « The International Court of Justice viewed from the Bench (1976-1993) », *RCADI*, vol. 244, 1993-VII, p. 31 ; pp. 38-44.

²²⁷⁷ La maxime « *in claris non fit interpretatio* » servirait ici à indiquer les limites de l'interprétation. Voy. : *Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, Avis consultatif, 15 novembre 1932, CPJI, *Série A/B*, n° 50, p. 373 (« Les termes clairs et non ambigus [...] ») et p. 378 (« [il] n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires lorsque le texte d'une convention est suffisamment clair en lui-même »).

incontestées²²⁷⁸ de la Cour vaut acquiescement à la compétence sur la base de l'article 36, § 2 CIJ. C'est en tout cas une des lignes de raisonnement qui avait été suivie par la Cour dans l'arrêt de 1984 :

« Le silence du gouvernement de cet État ne peut s'interpréter que comme une acceptation du classement qui lui était ainsi attribué. Il ne peut être supposé que ce gouvernement ait pu croire que son silence aurait une valeur autre que celle d'un acquiescement »²²⁷⁹.

La Cour ajoute, en se livrant à un exercice de droit hypothétique :

« Dans une instance qui aurait été engagée contre lui à un moment quelconque durant ces dernières années, [si] le Nicaragua avait voulu contester que, par le jeu de l'article 36, paragraphe 5, il avait accepté la compétence obligatoire, cette argumentation aurait probablement été rejetée par la Cour »²²⁸⁰.

Ce second passage n'a que valeur d'*obiter dictum*, la Cour y compare une attitude inverse du Nicaragua *lors de l'instance*, la formulation reste sur la retenue (« probablement »). L'acquiescement se renforce dans le temps, une contestation du Nicaragua n'aurait pas été accueillie de la même manière peu après la création de la CIJ ou quarante ans plus tard.

Ces développements peuvent bénéficier, avec un *esprit de finesse*, à la situation de Djibouti. L'inaction de cet État ne débute qu'en 2010 au plus tôt, plus vraisemblablement, elle ne débute que lors de la première publication officielle de la CIJ ou de l'ONU qui le mentionne comme partie au système d'acceptation de la compétence. Une telle publication intervient en 2011, voire en 2012 selon la période temporelle dont elle se fait écho²²⁸¹. La première publication peut simplement passer pour erronée ; on opposerait alors à Djibouti qu'il ne pourrait tirer parti d'une erreur de l'ONU en application de la bonne foi. C'est quand les publications s'accumulent que l'on entre dans une zone de flou juridique²²⁸².

²²⁷⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Compétence et recevabilité, 26 novembre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 409, § 38.

²²⁷⁹ *Ibid.*, p. 410, § 39.

²²⁸⁰ *Ibid.*, p. 410, § 39.

²²⁸¹ Par ex., en date du 17 mars 2020, l'*Annuaire de la Cour internationale de Justice* le plus récent couvre la période 2017-2018 ; quant au *Rapport annuel* de 2020, il couvre la période du 1^{er} août 2018 au 31 juillet 2019 et est distribué chaque année le 1^{er} août (cf. resp. <https://www.icj-cij.org/fr/publications> ; <https://www.icj-cij.org/fr/rapports-annuels>). La déclaration de Djibouti prenait fin le 2 septembre 2010.

²²⁸² Une « incertitude de la consistance du rapport de droit » dans les termes d'A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 173, 241, 267, 312.

La structure de l'acquiescement dans cette espèce est extrêmement proche du principe *venire contra factum proprium*²²⁸³. La CIJ crée une situation qu'elle doit se laisser opposer en raison des attentes créées. Cette constellation diffère des cas – par exemple en matière territoriale – où l'empiètement d'un État lui fait gagner un droit. La dynamique de perte et d'acquisition réciproque d'un droit est absente dans la situation de Djibouti : le concours de cet État est totalement étranger à la création des publications de la Cour. En conclusion, une situation factuellement identique sera appréciée de différentes manières et donnera lieu à différentes conclusions juridiques en fonction des positions respectives de chaque acteur. L'acquiescement jaillit quand les faits sont configurés pour correspondre à sa structure. Cet exemple nous fait percevoir les connexions intimes qui existent entre acquiescement, principes généraux (*venire contra factum proprium*), *estoppel* et pratique subséquente²²⁸⁴. Il suffit de modifier la perspective de quelques degrés pour basculer d'une institution à une autre, pour faire apparaître au premier plan un concept juridique plutôt qu'un autre.

4. *Synthèse*

Ces exemples démontrent comment l'acquiescement tisse des relations particulières entre les divers organes de l'OI et entre l'OI et ses membres. L'acquiescement n'y est pas présent comme un acte unilatéral : il s'apparente à un principe général de droit. La volonté des États ou de l'OI est absente. La voie de l'acte unilatéral sous forme tacite n'est pas non plus explorée. L'ensemble des cas évoqués dans cette section renforce notre hypothèse : l'acquiescement n'est pas un acte unilatéral, à ce titre l'analyse de la situation des OI constitue un contre-exemple éloquent. Quand l'acquiescement est utilisé par les OI, c'est soit sur une base statutaire, soit à titre de principe, voire de « pratique » de l'OI. L'acquiescement est aussi présent via le cadre conventionnel (pratique subséquente²²⁸⁵).

²²⁸³ G. SCHWARZENBERGER, « The Fundamental Principles of International Law », *op. cit.*, p. 312, en lien avec l'obligatorité des actes unilatéraux.

²²⁸⁴ L'acquiescement occupe le premier plan de l'affaire (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*), Compétence et recevabilité, 26 novembre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 410, § 39). Mais d'autres concepts sont évoqués explicitement ou non au fil de la décision : *venire contra factum proprium* (*ibid.*, p. 412, § 46 *in fine*), *estoppel* (*ibid.*, p. 413, § 48), pratique subséquente relative au traité (*ibid.*, 411, § 42).

²²⁸⁵ On ne s'est pas appesanti sur la question de la nature juridique de la pratique subséquente des OI. Globalement, l'article 31, § 3, lit. b CVDT semble transcrire le droit applicable à la pratique subséquente des OI (voy. art. 31 CVOI et *infra*, Ch. 5.I.B.2.b. L'article est évoqué

En ouverture de cette section, nous évoquions les procédures d'« opting » que certaines OI prévoient afin d'adopter des conventions ou des règlements. Le silence de l'État vaut acquiescement en vertu des dispositions statutaires de l'OI – il s'agit ainsi d'une de ses codifications²²⁸⁶. Pourquoi certaines OI se dotent-elles de cette procédure ? Il faut remonter aux principes de fonctionnement des OI pour le comprendre :

*« The notion of function is the common denominator of a number of reasons for differences in the institutional rules of individual organizations [suit une liste de différences entre OI]. A final example is the contracting out procedure for binding states to conventions. This procedure was introduced in, for example, the Intergovernmental Maritime Consultative Organization (IMCO, the predecessor of IMO), when the normal procedure (usually acceptance by two-thirds of the parties) proved to be too slow to enable the organization to keep pace with rapid change in the shipping industry »*²²⁸⁷.

L'intérêt de ces procédures d'« opting » est de permettre à l'OI d'assurer ses fonctions, de continuer à atteindre ses buts face à aux évolutions. Ces « opting » peuvent être ajustés aux besoins de l'organisation, il existe de nombreuses procédures différentes²²⁸⁸. L'usage de l'acquiescement dans les OI, à travers les différentes formes d'« opting », est ici un reflet des besoins d'adaptation de la *matière considérée*. Certains domaines économiques, sociétaux, etc., évoluent rapidement et l'acquiescement permet de « keep at pace » le fait et le droit. C'est un signal de plus que l'acquiescement n'opère pas sur une base volontaire, mais plutôt en *dépit* de la volonté²²⁸⁹. Il procède de considérations pragmatiques et se distance des actes unilatéraux.

L'acquiescement est certes présent dans l'activité des OI, voire dans certains de leurs actes unilatéraux, mais ne constitue pas lui-même un tel acte. Il y est présent comme il se manifeste dans la coutume, de manière assourdie, intégré à d'autres concepts ou

dans *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, pp. 5, 6 et 20 not.).

²²⁸⁶ Cf. *supra*, Ch. 4.I.A au sujet des codifications de l'acquiescement dans des traités, par ex. art. 45 CVDT.

²²⁸⁷ H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, op. cit., p. 1216, § 1894.

²²⁸⁸ A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., pp. 183-196.

²²⁸⁹ La seule volonté présente est celle, initiale, de devenir partie à un traité, à la Constitution d'une OI, qui prévoit une telle procédure « d'opting ». C'est un consentement « par avance ».

institutions. Sa prétention à être un principe général du – ou de – droit étroitement rattaché à la bonne foi et voisins d'autres principes généraux²²⁹⁰ est renforcée.

C. *Le ius cogens*

L'acquiescement constitue-t-il une norme de *ius cogens* ? Pour y répondre nous devons commencer par évoquer certaines caractéristiques de ces normes (formation, exceptions, valeurs protégées). Nous pourrions ensuite revenir sur certaines situations et aborder la question à travers les domaines du droit international.

1. *Caractéristiques*

La formation²²⁹¹ du *ius cogens* est intimement liée aux autres sources du droit, principalement à la coutume²²⁹², mais également aux traités et aux principes généraux²²⁹³. Le caractère de norme absolument impérative se surajoute à la nature juridique préexistante²²⁹⁴. L'article 53 CVDT est un utile point de départ de la définition :

« Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

Cet article indique la double fondation du *ius cogens* (« norme acceptée et reconnue par la communauté internationale ») et la nécessité d'une norme de même niveau hiérarchique afin de le modifier. Le premier critère est sociologique (acceptation et reconnaissance), le second est normatif (plus souvent formulé en l'impossibilité de la dérogation)²²⁹⁵. Néanmoins, un troisième cri-

²²⁹⁰ *Venire contra factum proprium, Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, etc.

²²⁹¹ Pour son histoire législative, cf. A. G. ROBLEDO, « Le *Ius Cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, vol. 172, 1981-III, pp. 17-68.

²²⁹² R. KOLB, *Théorie du Ius Cogens international. Essai de relecture du concept*, Nouvelle édition [en ligne], Genève, Graduate Institute Publications, 2001, p. 57.

²²⁹³ A. G. ROBLEDO, « Le *Ius Cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *op. cit.*, p. 104 ; K. SCHMALENBACH, « Article 53 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties, op. cit.*, pp. 913-914.

²²⁹⁴ K. SCHMALENBACH, « Article 53 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties, op. cit.*, p. 919, § 47.

²²⁹⁵ C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33, 2013, pp. 37-43.

tère, axiologique, est encore nécessaire : la norme de *ius cogens* doit avoir pour but de protéger une valeur essentielle, « dont le respect et le maintien sont estimés comme quelque chose d'absolument nécessaire à la vie et à la subsistance de la communauté »²²⁹⁶. Ce dernier critère est implicitement contenu dans l'interdiction de toute dérogation²²⁹⁷. Les trois critères opèrent en étroite collaboration²²⁹⁸.

Avant de s'attarder sur certaines données spécifiques de l'acquiescement, vérifions s'il est possible de le faire rentrer dans les conditions du *ius cogens*. Le critère sociologique pourrait être rempli car l'acquiescement est très présent dans le système juridique international, tant comme substitut au consentement que comme concrétisation de la bonne foi-confiance. Deuxièmement, l'acquiescement n'est pas impératif, il souffre d'exceptions qui ne sont pas *elles-mêmes* du niveau du *ius cogens*²²⁹⁹. Si les exceptions à l'application de l'acquiescement appartenaient elles aussi à ce corps de règles, on aurait pu soutenir que le deuxième critère était rempli. En troisième lieu, l'acquiescement protège certaines valeurs²³⁰⁰, certes moins évidentes que la dignité humaine, et dont il n'est pas assuré que leur respect soit « absolument nécessaire à la vie et à la subsistance de la communauté ». Globalement, l'acquiescement ne se fonde dans le carcan du *ius cogens* qu'au prix de quelques acrobaties juridiques. Nous tenterons de dessiner plus exactement ces rapports dans les lignes suivantes.

Nous avons précédemment identifié certaines valeurs protégées par l'acquiescement (troisième critère et *supra*, Ch. 3.I) : la protection et concrétisation de la bonne foi, le respect de la volonté de l'État²³⁰¹, et

²²⁹⁶ A. G. ROBLEDO, « Le *Ius Cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *op. cit.*, p. 93.

²²⁹⁷ C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *op. cit.*, pp. 45-46.

²²⁹⁸ J. BARBERIS, « La liberté de traiter des États et le *jus cogens* », *op. cit.*, p. 44.

²²⁹⁹ En droit des traités, la perte du droit d'invoquer certaines causes de nullité n'est pas recevable (art. 45 et 51 CVDT). La contrainte exercée sur le représentant d'un État (art. 51 CVDT) n'est pas une norme de *ius cogens* (Th. RENSMANN, « Article 51 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 868, § 32 ; M. VILLIGER, « Article 51 », in *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 636-637, § 13 ; G. DISTEFANO, « Article 51 », O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1842-1843, § 12).

²³⁰⁰ Voy. *supra*, Ch. 3.I. Les valeurs de l'acquiescement. Par ex. : la bonne foi (en y incluant la sécurité juridique), le respect de la volonté de l'État, et l'effectivité du droit.

²³⁰¹ L'acquiescement est parfois désigné comme un *acte juridique* : voy. *supra*, Ch. 4. II.A.2.b.

l'effectivité du droit. En quoi de telles valeurs sont-elles essentielles à la vie en communauté ? Le *ius cogens* éveille instinctivement des préoccupations axées sur les droits humains, pénal, humanitaire, et l'usage de la force²³⁰². Certaines normes font aussi partie de ce corps de règles en raison de leur lien étroit avec l'administration de la justice²³⁰³ et de la souveraineté des États²³⁰⁴. Selon Kolb, « une large majorité de la doctrine admet le caractère impératif du principe de la bonne foi »²³⁰⁵. Toutefois, le caractère impératif du principe dont il est issu ne s'étend cependant pas à l'acquiescement (et ni à l'*estoppel*) parce qu'« ils peuvent être écartés par accord »²³⁰⁶. L'acquiescement peut même être accompagné de réserves ou de conditions²³⁰⁷. Autre écueil, un principe tel que l'acquiescement ne peut former du *ius cogens* qu'à condition d'avoir un contenu juridiquement assez précis²³⁰⁸.

Subsidiairement, est-ce que la volonté de l'État et l'effectivité du droit peuvent propulser l'acquiescement parmi les institutions nécessaires à la vie de la communauté internationale ? Comme valeur, la volonté de l'État²³⁰⁹ garantit une prise en compte des intentions étatiques et vise à leur faire produire des effets de droit. Il s'agit d'une valeur inhérente au système juridique, le droit ne

²³⁰² Voy. J. BARBERIS, « La liberté de traiter des États et le jus cogens », *op. cit.*, pp. 34-36 ; C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *op. cit.*, pp. 56-57.

²³⁰³ C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *op. cit.*, p. 57 ; K. SCHMALENBACH, « Article 53 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 937-938, § 81.

²³⁰⁴ J. BARBERIS, « La liberté de traiter des États et le jus cogens », *op. cit.*, pp. 36-37. *Contra* : A. PROELSS, « Article 34 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 628-630, §§ 39-40 ; M. VILLIGER, « Article 34 », in *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 628, § 12.

²³⁰⁵ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 133, § 177.

²³⁰⁶ *Ibid.*, p. 133, § 181. Comme le droit international public est fragmentaire, on pourrait se poser la question de la contribution essentielle de l'acquiescement à la bonne marche de cet ordre juridique : est-il possible d'en faire fi sans mettre à mal le fonctionnement du droit international (*ibid.*, p. 133, § 180) ? Un argument favorable au caractère essentiel de l'acquiescement découle de la contribution cruciale à la pacification des relations internationales. Par conséquent l'acquiescement constituerait un principe logique du système juridique (voy. *supra*, Ch. 4.I.C – « Les principes généraux »).

²³⁰⁷ P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, p. 260 (en référence à l'affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 7 juin 1932, CPJI, Série A/B, n° 46, pp. 128-131 ; 141-143).

²³⁰⁸ K. SCHMALENBACH, « Article 53 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 914, § 34.

²³⁰⁹ Par ex. concrétisée dans *pacta sunt servanda* qui est une norme indispensable et unanimement acceptée par la communauté internationale, mais sans atteindre le statut de *ius cogens* : K. SCHMALENBACH, « Article 26 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 436-437, § 20 ; M. VILLIGER, « Article 26 », in *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 368, § 10.

peut pas se passer de cette causalité car la logique le requiert. Même pour les auteurs qui construisent l'acquiescement comme un acte juridique, la volonté y est *tacitement* exprimée. Pour la communauté internationale, il est nécessaire de pouvoir accorder de l'importance à la volonté exprimée par ses membres. Dans la volonté tacite, des silences et des comportements sont assimilés à une volonté dans le but d'opposer une nouvelle situation juridique (création, modification, suppression d'un droit). Cette situation peut tout aussi bien résulter en un accord tacite, une pratique subséquente, une reconnaissance tacite, une forclusion, un *estoppel*, la participation d'un État à une coutume émergente. L'acquiescement est présent dans toutes ces institutions de manière transversale sans que le recours à ce concept soit inévitable.

Les liens entre volonté tacite et bonne foi se recourent largement : les membres de la communauté doivent être en mesure d'évaluer les conséquences juridiques d'une attitude d'un de leurs membres, leurs attentes légitimes sont protégées lorsqu'ils pouvaient raisonnablement considérer qu'un comportement témoigne d'une volonté sous-jacente. L'aspect « extérieur » de la volonté (par opposition à l'intention) est opposable à l'État, les mots²³¹⁰ ou les comportements employés sont pris dans leur sens objectif²³¹¹.

L'effectivité est la dernière valeur dans ce critère axiologique du *ius cogens*. L'effectivité que nous voyons à l'œuvre dans l'acquiescement vise à l'identité entre la situation factuelle et juridique afin de garantir une application du droit efficace²³¹². L'effectivité est elle-même empreinte de valeurs (sécurité juridique, paix sociale), son but est d'assurer l'opération du droit sur l'ensemble des situations juridiques²³¹³. La limite de l'effectivité se trouve dans les normes juridiques qui sont l'expression d'autres valeurs à faire

²³¹⁰ Dans le cas d'un traité, d'une déclaration, ou d'un acte juridique « explicite » (oral ou écrit).

²³¹¹ Les tribunaux évaluent la compréhension raisonnable des attitudes. Ils prennent garde à vérifier que la conclusion à laquelle ils parviennent est « univoque ». *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 31 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 577, § 377.

²³¹² Cette effectivité se manifeste par ex. dans la possession immémoriale (G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, *op. cit.*, pp. 245-250).

²³¹³ F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, p. 103 ; le « critère de l'effectivité du pouvoir » permet d'assimiler, aux fins de l'application d'une règle internationale particulière, des situations de fait qui sont distinctes au regard d'autres règles juridiques (*ibid.*, p. 188).

respecter²³¹⁴. Pour *garantir* le droit, le « fait accompli » sera exclu du champ de l'effectivité, car il contrevient aux valeurs portées par le droit²³¹⁵. Un exemple évident est l'obligation de non-reconnaissance d'une violation grave du droit international (art. 41, § 2 TCDI)²³¹⁶. N'étant pas absolue, l'effectivité ne peut pas propulser l'acquiescement parmi les institutions essentielles à protéger la vie de la communauté internationale. En conclusion, l'acquiescement ne satisfait à ce premier critère « axiologique » du *ius cogens* seulement de manière ponctuelle.

Le critère « sociologique » du *ius cogens* nécessite que l'acquiescement constitue une norme « [a]cceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble [...] » (art. 53 CVDT). La jurisprudence ne porte pas trace d'opposition à l'*existence* dans l'absolu, de l'acquiescement : les arrêts ne font qu'émettre des réserves quant à sa *réalisation*²³¹⁷. L'acceptation et reconnaissance sont similaires à l'élément subjectif de la coutume²³¹⁸. L'*opinio iuris* relative aux normes de *ius cogens* doit toutefois être « qualifiée » car elle inclut la conviction qu'aucune dérogation n'est possible²³¹⁹. Tous les États n'ont pas besoin d'avoir accepté la norme²³²⁰. Les États²³²¹ parties aux différends incluant des thématiques d'acquiescement sont suffisamment variés pour

²³¹⁴ *Ibid.*, p. 188 : les mêmes valeurs (sécurité juridique, justice, besoin de paix sociale) peuvent soit ménager une place à l'effectivité, soit, au contraire, la mettre à l'écart. L'ambivalence de l'occupation déguisée en annexion illicite l'illustre : la situation ne doit pas être reconnue (ineffective), mais on lui applique le critère du contrôle territorial effectif pour éviter de tomber dans un « vide juridique ».

²³¹⁵ *Ibid.*, p. 131.

²³¹⁶ *Ibid.*, pp. 140 et s. ; E. CANNIZZARO, « On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law », in E. CANNIZZARO (éd.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Gaetano Morelli Lectures Series, Università della Sapienza, Roma, 2015, pp. 135-137 (ces deux obligations ne sont pas nécessairement du *ius cogens* : p. 140).

²³¹⁷ L'émission de réserve renforce son existence, comme la multiplication des pseudo-exceptions à l'interdiction du recours à la force (art. 2, § 4 CNU) renforce son statut de règle.

²³¹⁸ M. VILLIGER, « Article 26 », in *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 671, § 11 : « The terms accepted and recognised are taken from Article 38, subparas. 1(a) and (b) of the ICJ Statute and thus confirm that *jus cogens* is either conventional or customary in nature ».

²³¹⁹ K. SCHMALENBACH, « Article 53 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 920, § 47.

²³²⁰ C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », op. cit., p. 39, § 3 ; K. SCHMALENBACH, « Article 53 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 908, § 19.

²³²¹ La « communauté internationale » inclut les OI : C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », op. cit., p. 41, § 4.

satisfaire à cette condition. L'« acceptation » de l'article 53 CVDT n'a d'ailleurs pas besoin d'être active, et il n'y a à notre connaissance aucun État qui se soit frontalement opposé²³²² à l'acquiescement.

Pour terminer, le critère « normatif » indique que la norme ne doit pas être susceptible de dérogation et ne peut être modifiée ou abrogée que par une norme de même niveau²³²³. Par conséquent, les exceptions au *ius cogens* sont possibles pour autant qu'elles appartiennent à cette catégorie de normes²³²⁴. L'acquiescement ne correspond pas à ce critère : les parties peuvent exclure son application²³²⁵ et il souffre d'exceptions qui ne sont pas elles-mêmes du *ius cogens*. Du point de vue de leur contenu, les normes de *ius cogens* sont « *[n]ever permissive (eg the right to exercise jurisdiction), seldom prescriptive (eg the command to release a people from colonial rule) but predominantly proscriptive (eg the prohibition to use force or to torture)* »²³²⁶. L'acquiescement correspond mal à une interdiction ou à une obligation ; certes il interdit ou oblige l'État acquiesçant à ne pas contester la nouvelle situation. Mais cette nouvelle situation n'a rien de *péremptoire*, des acquiescements en chaîne relatifs à la même situation sont possibles. Une volonté contraire clairement exprimée (par oral ou écrit) peut supplanter l'acquiescement²³²⁷. Au niveau théorique et dans cette constellation particulière, l'acquiescement s'approche moins d'une norme primaire prescrivant ou autorisant un certain comportement que d'une norme secondaire relative à la création et à la modification du droit²³²⁸.

²³²² M. VILLIGER, « Article 26 », in *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., pp. 671-672, §§ 13-14.

²³²³ C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », op. cit., pp. 43-44, § 1 : aucune déviation, modulation, ou mitigation n'est permise.

²³²⁴ *Ibid.*, pp. 44-45.

²³²⁵ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., p. 133, § 181. En droit des traités, la perte du droit d'invoquer (art. 45 CVDT) n'est pas recevable en cas de contrainte exercée sur le représentant d'un État (art. 51 CVDT). La contrainte n'est pas une norme de *ius cogens* : Th. RENSMANN, « Article 51 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 868, § 32.

²³²⁶ K. SCHMALENBACH, « Article 53 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 917, § 40, nos italiques. Soit des règles qui octroient un droit ou une faculté, qui enjoignent un comportement déterminé, ou qui interdisent.

²³²⁷ Selon les circonstances, une ou plusieurs protestations empêchent la concrétisation de l'acquiescement.

²³²⁸ Cf. *supra*, Ch. 4.I.C.3.b (deuxième sous-hypothèse).

En conclusion, l'acquiescement ne satisfait pas à la normativité propre au *ius cogens*. Que ce soit en cours de formation ou suite à sa réalisation, un acquiescement peut être empêché ou contredit. L'émission d'une protestation ou un accord entre États peuvent faire obstacle à l'acquiescement. Quant aux autres critères, si l'acquiescement est bien attesté et remplit la caractéristique « sociologique », l'analyse de la condition « axiologique » ne livre pas une conclusion limpide. Les valeurs protégées par l'acquiescement sont significatives, sans être « [a]bsolument nécessaire à la vie et à la subsistance de la communauté »²³²⁹ car d'autres institutions peuvent aboutir au même résultat – par comparaison cette affirmation n'est certainement pas valable pour l'interdiction de la torture, le droit à la vie ou encore le droit à l'autodétermination²³³⁰. L'acquiescement n'est pas une norme de *ius cogens*.

Ces considérations sur les caractéristiques du *ius cogens*, et sur le critère « normatif » en particulier, nous font entrevoir d'autres pistes de réflexion : 1) quid de l'acquiescement en tant qu'éventuelle exception à des normes de *ius cogens* ; 2) à défaut de constituer une exception, l'acquiescement peut-il « légitimer » certaines situations ponctuelles survenues en violation du *ius cogens* ? La première piste renvoie à la nature de l'acquiescement : seules des normes de *ius cogens* sont capables de créer une exception à une autre norme de même niveau. La seconde se situe en deçà, elle correspond à la création d'un « consensus » de la communauté internationale sur le traitement à réserver à une situation précise.

2. *L'acquiescement comme exception à des normes de ius cogens*

L'acquiescement dispose-t-il de la capacité à éroder une norme de *ius cogens*, jusqu'à la renverser ? En se basant sur l'analyse antérieure des caractéristiques des normes absolument impératives appliquées à l'acquiescement, la réponse est négative car il n'appartient pas à ce corps de règles²³³¹. Selon l'adage germanique « Hundert Jahre Unrecht ist noch keine Stunde Recht », la légalité

²³²⁹ A. G. ROBLEDÓ, « Le *Ius Cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *op. cit.*, p. 93.

²³³⁰ C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *op. cit.*, pp. 56-57.

²³³¹ Art. 53 CVDT : « [Une] norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

est préférée à l'effectivité. Ces deux tendances juridiques résument le noyau dur de la tension : en cas de violation d'une norme de *ius cogens* de longue durée et acceptée par la communauté internationale, la norme absolument impérative va-t-elle ployer ? Selon Abi-Saab :

« Les conditions auxquelles un cristal se défait dépendent de sa consistance, de sa densité, et de sa force de résistance à la corrosion. [...] De même pour les règles de droit : celles que la société considère comme particulièrement importantes sont entourées, au cours du processus de cristallisation, par des couches supplémentaires de garantie pour accroître leur densité et leur résistance à l'assaut des violations. C'est cela l'essence de l'idée du *ius cogens*. La pratique violatrice, même quand elle est persistante, ne défait pas nécessairement la règle, si celle-ci a été consolidée et blindée par la volonté sociale (ou collective) des États. On ne peut donc parler de manière uniforme de l'effet destructeur de la pratique sur les règles. Cela dépend des règles et de la manière dont elles se sont formées et cristallisées » ²³³².

L'acquiescement initial à une violation du *ius cogens* est lui-même une violation du droit. Bien qu'une présomption forte existe en ce sens, le *ius cogens* n'est pas *totale*ment immunisé contre une violation répétée, comme le laisse entendre la dernière phrase. Globalement, plus une norme de *ius cogens* est perçue comme particulièrement importante pour la communauté internationale, plus sa création témoigne de la protection de valeurs fondamentales, plus sa modification et son renversement paraissent inconcevables.

L'ambivalence du silence se manifeste ici : face à une violation du *ius cogens*, les États ont-ils une obligation de condamner ²³³³ au point que leur silence soit automatiquement considéré comme un assentiment à la violation ²³³⁴ ? Le silence des États ne peut pas *ab initio* être interprété comme un assentiment. Les États n'ont pas besoin de protester et de condamner chaque violation ²³³⁵. Bien plus, les États sont légitimés à res-

²³³² G. ABI-SAAB, « La notion de "pratique" en droit international : la pratique et la théorie des sources du droit international », *op. cit.*, p. 95.

²³³³ Voy. art. 41, §§ 1 et 2 TCDI (obligation de coopération et de non-reconnaissance relativement à la violation grave d'une obligation). Selon E. Cannizzaro, l'obligation de fournir des réparations à l'État lésé en cas de violation grave n'est pas du *ius cogens* tandis que l'obligation de cessation (art. 30) en fait partie (« On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law », *op. cit.*, pp. 142-143).

²³³⁴ G. P. BUZZINI, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*, *op. cit.*, pp. 230-231.

²³³⁵ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 13.

ter silencieux devant ce qui constitue des violations graves et évidentes du droit absolument impératif²³³⁶. Cette position s'accorde avec l'importance et la logique sous-jacente de ces règles²³³⁷ :

« On peut également considérer que si une obligation internationale a reçu des garanties supplémentaires en se voyant reconnaître un caractère *erga omnes*, cela a été fait dans le but de renforcer l'obligation en question, et non pas avec l'intention d'en faciliter la disparition au cas où les États renonceraient à invoquer leur intérêt juridique à en exiger le respect »²³³⁸.

Ce qui vaut pour les obligations *erga omnes* vaut à plus forte raison pour le *ius cogens*²³³⁹. Du reste, une argumentation inverse, qui insiste sur l'absence de protestation pour tirer des conséquences à propos du silence et de la moindre importance de la règle violée a aussi un écho en doctrine²³⁴⁰. Ainsi, le silence serait une situation « à double tranchant »²³⁴¹ dont aucune conséquence fixe ne saurait être tirée dans le cas de violation de normes de *ius cogens*. En définitive, c'est aux circonstances d'espèces qu'il faut se référer (norme de *ius cogens* violée, pertinence du silence de l'État lésé et des États tiers à la violation)²³⁴².

En soi, toute norme de *ius cogens* n'est pas immunisée contre un changement, mais le processus de modification devra répondre au seuil élevé de ce corps de règle. Ainsi, le silence des États est trop ambigu pour y suffire, il peut s'expliquer par des raisons politiques, comme la peur de contrarier un partenaire commercial²³⁴³. C'est pour ce motif qu'il doit s'accompagner d'autres comportements aptes à manifester le changement d'*opinio iuris*²³⁴⁴ :

« If violations are not accompanied by claims as to their alleged lawfulness, they are deprived of any significance for the customary process. They are thus unable to influence the latter, even if met with general indifference »²³⁴⁵.

²³³⁶ Une protestation n'est pas nécessaire : A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, *op. cit.*, p. 408.

²³³⁷ E. HENRY, « Alleged Acquiescence of the International Community to Revisionist Claims of International Customary Law », *op. cit.*, p. 277 (« [i]f a special requirement of constant and general protest by third states faced with the violation of *erga omnes* rights and obligations was required to maintain the rule's existence, it would have the paradoxical effect of weakening rather than strengthening its legal status »).

²³³⁸ G. P. BUZZINI, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*, *op. cit.*, p. 229.

²³³⁹ *Ibid.*, p. 232.

²³⁴⁰ *Ibid.*, pp. 228-229.

²³⁴¹ *Ibid.*, p. 229.

²³⁴² E. HENRY, « Alleged Acquiescence of the International Community to Revisionist Claims of International Customary Law », *op. cit.*, p. 269.

²³⁴³ *Ibid.*, p. 296.

²³⁴⁴ *Ibid.*, p. 297.

²³⁴⁵ *Ibid.*, p. 283.

Dans ces circonstances, ce n'est pas l'acquiescement, seul, qui peut contrer le *ius cogens*. L'acquiescement ne fait que s'insérer dans le processus de modification du droit. Cette conclusion corrobore notre affirmation antérieure que l'acquiescement ne constituait pas une norme de *ius cogens*. Le *ius cogens* est en principe la limite extérieure au champ d'application de l'acquiescement. En matière d'usage de la force (art. 2, § 4 CNU et rés. 2625) et d'agression (rés. 3314), de légitime défense (art. 51 CNU) et d'occupation, l'acquiescement n'autorise pas une déviation du droit absolument impératif, ni la création de nouvelles exceptions.

Considéré sous ce jour, l'acquiescement est incapable de modifier le *ius cogens* en tant que corps de règles universelles applicables également à tous les États²³⁴⁶. En deçà, se pose la question du traitement réservé par la communauté internationale à une situation de violation « pérenne » du *ius cogens* (C.3). L'enjeu n'est plus de modifier le *droit*, mais de s'aventurer sur le terrain des suites juridiques de la violation²³⁴⁷.

3. *L'acquiescement comme guérison d'une violation du ius cogens*

L'acquiescement de la communauté internationale pourrait valoir renonciation à contester une situation de violation continue du *ius cogens*. La reconnaissance *de facto* serait comparable à ce type d'acquiescement²³⁴⁸. Le droit ne cède pas face à la multiplication de situations illicites, sans pour autant y être totalement imperméable²³⁴⁹. Une telle reconnaissance peut être tacite, voire implicite²³⁵⁰.

En droit international tel qu'il s'affirme à la suite de la création de l'ONU, constituent notamment du *ius cogens* le droit à l'autodétermination, l'interdiction de l'usage de la force, de l'agression, l'acquisition de territoire par la force²³⁵¹. Dans ce cadre, un exemple

²³⁴⁶ G. MORELLI, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 476, § 36.

²³⁴⁷ Sur l'exemple de la renonciation à demander une réparation suite à un acte illicite (art. 45 TCDI). L'acte illicite n'est pas assaini (absence de circonstances excluant l'illicéité), mais la violation n'est pas punie.

²³⁴⁸ J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 633-635 ; H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, *op. cit.*, p. 432.

²³⁴⁹ H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, *op. cit.*, p. 427.

²³⁵⁰ *Ibid.*, p. 329, § 95.

²³⁵¹ C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *op. cit.*, pp. 56-59.

d'acquiescement à une situation en violation du droit impératif nous est fourni – à titre exploratoire seulement – par le territoire sous souveraineté israélienne²³⁵².

À titre exploratoire seulement car deux *caveat* sont de mise : premièrement il s'agit d'une situation qui prend ses racines à l'intérieur, ou qui est en tout cas étroitement liée à l'ONU. C'est au sein de cette OI que les frontières de l'État juif et de l'État arabe sont décidées la première fois en 1947²³⁵³, avant d'être revues dans des résolutions ultérieures²³⁵⁴. L'ONU est libre dans la rédaction de ses résolutions, certaines situations, bien qu'illicite de manière évidente, ne sont condamnées que plus tard par l'organisation²³⁵⁵. Il est donc difficile d'accorder un trop grand poids au silence de l'organisation²³⁵⁶.

Deuxièmement, la période d'apparition du *ius cogens* demeure sujette à caution. On sait que la France refusa de devenir partie à la CVDT en raison des articles 53 et 64²³⁵⁷. Il n'est pas évident de déterminer si dès 1947 (ou avant) des normes absolument impératives étaient déjà présentes dans le système international²³⁵⁸. L'adoption de la Charte marque indéniablement un tournant pour cette notion²³⁵⁹. La problématique du droit intertemporel pour les situations violant le *ius cogens* est également mise de côté²³⁶⁰. Quoi

²³⁵² Nous avons aussi traité cette situation dans le Ch. 4.II.B – « Les actes unilatéraux des organisations internationales ».

²³⁵³ Rés. 181 (II) de l'AG, 29 novembre 1947, pp. 142-146 et Annexe A, p. 151.

²³⁵⁴ R. SOROCZYŃSKI, « Acquisition of title to territory in the aftermath of the use of force in the United Nations era: the case of the State of Israel », *op. cit.*, p. 81, note n° 76 pour une liste des résolutions.

²³⁵⁵ Par ex. le cas du détachement par la France de territoires devant appartenir à Madagascar ne fut déclaré illicite que 19 ans après l'indépendance : rés. 91 (34) de l'AG du 12 décembre 1979.

²³⁵⁶ À cause du jeu des vetos, certaines situations ne sont pas condamnées par le CS, et l'AG ne s'en saisit pas non plus : voy. l'exemple de la seconde invasion de la République dominicaine par les États-Unis en 1965 (cité dans E. HENRY, « Alleged Acquiescence of the International Community to Revisionist Claims of International Customary Law », *op. cit.*, p. 285).

²³⁵⁷ A. G. ROBLEDÓ, « Le *Ius Cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *op. cit.*, pp. 64-65.

²³⁵⁸ Dès 1953, les travaux de la CDI au sujet de la CVDT semblent avoir grandement contribué à la cristallisation des conditions du *ius cogens* : A. G. ROBLEDÓ, « Le *Ius Cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *op. cit.*, pp. 37-68. Pour les traités interdisant l'esclavage et la traite car contraires aux « principes d'humanité et de la morale universelle », voy. J. BARBERIS, « La liberté de traiter des États et le *ius cogens* », *op. cit.*, pp. 34-36 et *ibid.*, pp. 37-40 pour les bourgeois de *ius cogens* dans la jurisprudence internationale.

²³⁵⁹ Voy., pour des précisions : R. KOLB, *Théorie du Ius Cogens international*, [online], *op. cit.*, pp. 62-63 ; A. G. ROBLEDÓ, « Le *Ius Cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *op. cit.*, p. 36. Pour les esquisses du *ius cogens* dans la jurisprudence antérieure à la CVDT : *ibid.*, pp. 33-36.

²³⁶⁰ La solution de principe du droit international général est que « [t]he existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the

qu'il en soit, les réflexions obtenues par ce survol des territoires israélien peuvent être généralisées à d'autres cas de tentatives d'acquisition du territoire par la force ou de violations continues du *ius cogens*²³⁶¹.

Initialement, les territoires de l'État d'Israël et de l'État de la Palestine étaient énoncés dans la résolution 181 (II) de 1947²³⁶². À la suite de la guerre des Six Jours, les résolutions ultérieures de l'ONU – en particulier les résolutions 242 du CS (1967) et 338 (1973)²³⁶³ – consacrèrent de nouvelles limites aux deux États²³⁶⁴. La souveraineté d'Israël fut étendue au-delà du plan de partage initial²³⁶⁵. Cet accroissement fut d'abord considéré comme une occupation : « The Israeli authorities properly recognized them as occupied territories, to which they had no valid pre-existing title »²³⁶⁶. Avant d'être reconnu et « légitimé » par l'attitude de la Palestine²³⁶⁷, de la communauté internationale et endossé par les résolutions successives de l'ONU :

« The crystallization of Israel's title to the occupied territories situated outside its original territorial domain, themselves additionally protected by the most fundamental principles of the system of mandates and in contradiction to its government's official standpoint, must be recognized as entirely dependent upon the consent of the international community as a whole »²³⁶⁸.

Ex iniuria ius non oritur ? Ou ex facto ius oritur ? Selon Soroczyński, le résultat de cette attitude dans le cas israélien est la création d'une nouvelle situation juridique :

« It cannot be denied that illegal or at least legally doubtful acts affecting the community as a whole, if generally recognized, may produce full legal effects, such as creating valid titles to territory »²³⁶⁹.

evolution of law » (*The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, p. 14). Par ex., les titres territoriaux fondés sur une conquête restent valides : R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, op. cit., pp. 53 et 56.

²³⁶¹ La violation de droits humains impératifs, par ex. la commission d'actes de torture ne répond pas à la continuité (nous mettons de côté la violation de *ne pas punir* la commission des actes, qui – elle – est continue).

²³⁶² Rés. 181 (II) de l'AG, 29 novembre 1947, pp. 142-146 et Annexe A, p. 151.

²³⁶³ R. SOROCZYŃSKI, « Acquisition of title to territory in the aftermath of the use of force in the United Nations era: the case of the State of Israel », op. cit., p. 78.

²³⁶⁴ *Ibid.*, p. 81, note n° 76 pour une liste des résolutions. Il s'agit de territoires occupés pendant la guerre de 1948-1949 : *ibid.*, p. 78.

²³⁶⁵ *Ibid.*, p. 87, Annexe I pour les cartes.

²³⁶⁶ *Ibid.*, p. 73.

²³⁶⁷ « [P]resident Abbas informed the delegates that he had submitted to Secretary-General Ban Ki-Moon an application for the admission of Palestine as a full Member of the United Nations on the basis of the 4 June 1967 borders » : *ibid.*, p. 82.

²³⁶⁸ *Ibid.*, p. 78.

²³⁶⁹ *Ibid.*, p. 77.

Un titre sur le territoire serait créé alors que la situation qui est à sa base résulte d'une occupation militaire. Cette reconnaissance (en tant que « titre juridique ») peut être produite par l'acquiescement de la communauté internationale.

Une telle situation oppose deux points cardinaux du droit : la légalité et l'effectivité. La reconnaissance est le « troisième terme » qui permet de réconcilier les antagonismes du système juridique :

« Recognition is the primary way in which the international community has sought to *reconcile* illegality or doubt with political reality and the need for certainty » ²³⁷⁰.

L'objet, les modalités et la conséquence de cette reconnaissance doivent néanmoins être précisés.

L'objet de la reconnaissance porte sur une situation factuelle *bien déterminée* qui a pris naissance en contradiction du *ius cogens*. Une telle situation *devrait* être éliminée au plus vite : les États doivent en particulier prêter leur concours afin de ne pas se rendre complices de la violation, de sa perpétuation, et ils doivent s'abstenir de la reconnaître ²³⁷¹. Suite à l'invasion d'un territoire, la communauté internationale devrait œuvrer ²³⁷² afin de mettre fin à la situation et empêcher une prolongation de la situation illicite ou des tentatives unilatérales visant à justifier l'occupation ²³⁷³.

En droit de la responsabilité internationale l'article 41, § 1, et § 2 TCDI encadre cette problématique :

« 1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.

²³⁷⁰ M. SHAW, *Titles to Territory in Africa*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 24.

²³⁷¹ Art. 41, §§ 1 et 2 TCDI.

²³⁷² Par ex. en prenant des contre-mesures au sens des articles 49 et suivants TCDI.

²³⁷³ Comme la tenue d'un soi-disant référendum d'autodétermination (cas de la Crimée et, par analogie, des Malouines/Falklands) ; CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 311, § 9, ou l'intervention sur invitation d'un membre déchu du gouvernement (dans le cadre de l'article 20 TCDI). Le déplacement de l'ambassade américaine ne respecte pas l'article 41, §§ 1 et 2 TCDI (*Transfert de l'ambassade des États-Unis à Jérusalem (Palestine c. États-Unis d'Amérique)*, Requête introductive d'instance, 28 septembre 2018, CLJ, Rec. 2018, p. 9, p. 17, § 50). L'annexion d'Hawaï par les États-Unis est tout aussi douteuse (cf. A. PULVIRENTI, « The overthrow of the Hawaiian Kingdom », *RSDIE*, vol. 26, 2016 (4), pp. 581-603).

2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation [...] ».

Néanmoins, ces obligations de coopération²³⁷⁴, de non-reconnaissance et d'absence de soutien ne font pas forcément elles-mêmes partie du *ius cogens*²³⁷⁵ mais permettent de garantir son efficacité²³⁷⁶. La CIJ ne s'est toutefois pas prononcée sur le caractère *erga omnes* de l'article 41²³⁷⁷. Ce qui survient bien souvent dans la vie internationale, c'est une absence de prise de position des États. Dans la même veine, la question se pose de savoir si les obligations de cessation et de réparation partagent la nature de la norme primaire violée²³⁷⁸. Sans qu'une solution claire se dégage de la pratique, le principe de l'effet utile commanderait d'adjoindre l'obligation de cessation au rang de *ius cogens* car elle est due à l'ensemble de la communauté internationale²³⁷⁹. Au contraire, l'État lésé serait susceptible de renoncer (ou d'acquiescer) à l'obligation de réparation²³⁸⁰.

Ab initio, la violation du *ius cogens* se heurte à une impossibilité quasi logique d'être reconnue. Le commentaire du projet d'article 41, § 2 de la CDI indique que l'obligation « [v]ise non seulement la reconnaissance officielle de ces situations mais aussi l'interdiction de tous actes qui impliqueraient une telle reconnaissance »²³⁸¹.

Toutefois, si la reconnaissance est *exceptionnellement* possible, c'est parce qu'elle ne porte pas sur la *légalité* de la violation (la confrontation directe avec le *ius cogens* est évitée) mais

²³⁷⁴ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 308, § 3 : l'obligation ne semblait pas coutumière en 2001.

²³⁷⁵ *Ibid.*, p. 312, § 10 : « Les conséquences de l'obligation de non-reconnaissance [ne] sont pas pour autant absolues ».

²³⁷⁶ E. CANNIZZARO, « On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law », *op. cit.*, pp. 137-139 (en faveur de leur caractère *erga omnes*).

²³⁷⁷ *Ibid.*, p. 138.

²³⁷⁸ *Ibid.*, p. 140.

²³⁷⁹ *Ibid.*, pp. 141-143.

²³⁸⁰ *Ibid.*, p. 143 : « The obligation of reparation is not an indissoluble corollary of the primary rule breached, in the sense that its failure does not necessarily amount to a deprivation of the effectiveness of the primary rule breached ».

²³⁸¹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 309, § 5. La reconnaissance *de facto* n'est pas clairement rejetée, *contra* : C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *op. cit.* p. 88, § 2.

uniquement sur la situation qui en résulte. Plus précisément, la reconnaissance porte – en contradiction partielle avec l'article 41, § 2 – sur l'effectivité de la *situation* créée en violation du droit ²³⁸². Cette construction est aussi rendue possible car les obligations de l'article 41 ne sont pas elles-mêmes absolument impératives. Autrement dit, la reconnaissance n'aura pas pour effet de modifier les règles générales (*ius cogens*), mais elle prend acte de l'effectivité du contrôle, de la souveraineté d'un État sur un territoire qui ne devrait pas lui appartenir ²³⁸³. La reconnaissance opère initialement dans une sphère factuelle, elle est liée à l'effectivité d'une situation qui se consolide dans le temps. Elle est analogue à une reconnaissance *de facto* ²³⁸⁴.

Les modalités de la reconnaissance d'une situation illicite font appel à l'assentiment de la communauté internationale, de manière comparable au processus coutumier. Les conditions sont par contre plus élevées, les reconnaissances doivent être claires, univoques, et dénoter « a valid community acquiescence involving the proper time element and the belief of a legal change similar to the process of general-custom generation » ²³⁸⁵. C'est donc à l'intérieur de la reconnaissance que l'acquiescement opère, en tant que caractéristique essentielle : « The fact of subsequent general acquiescence should be considered as the most important factor in the process of creation of the title [...] » ²³⁸⁶. Le caractère universel de cet assentiment permet d'échapper aux dispositions de l'article 41, §§ 1 et 2 TCDI. Une validation par la communauté internationale peut se concrétiser par l'adoption de résolutions au sein de l'ONU (ou d'une autre OI régionale), par l'établissement de relations diplomatiques,

²³⁸² Examiné de plus près, le commentaire de la CDI n'interdit pas cette lecture : une partie de l'obligation de non-reconnaissance porte sur la légalisation de la violation du *ius cogens*. La reconnaissance de la licéité de l'acte d'annexion est prohibée dans le commentaire, vue à laquelle nous souscrivons aussi mais qui diffère de ce dont on traite (CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 310, § 7).

²³⁸³ M. SHAW, *Titles to Territory in Africa*, *op. cit.*, p. 23 : « [International recognition] is concerned with the acceptance by the international community as a whole of a particular situation as a valid one despite any ambiguous or illegal origin ».

²³⁸⁴ R. Y. JENNINGS, « General course on principles of international law », *RCADI*, vol. 121, 1967-II, p. 364.

²³⁸⁵ A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, *op. cit.*, pp. 408-409, nos italiques.

²³⁸⁶ R. SOROCZYŃSKI, « Acquisition of title to territory in the aftermath of the use of force in the United Nations era: the case of the State of Israel », *op. cit.*, pp. 77-78.

commerciales, juridiques avec le territoire contesté²³⁸⁷. La renonciation du lésé à obtenir des réparations est un élément crucial du processus²³⁸⁸, elle permet à la communauté de formuler à son tour collectivement une reconnaissance qui n'aurait normalement pas lieu d'être²³⁸⁹.

La conséquence de la reconnaissance est, à titre principal, la création d'un titre juridique de l'État auteur de la violation grave sur le territoire de l'État lésé. Nous soulignons à nouveau que le droit de fond, les règles de *ius cogens* ne sont pas modifiées : la reconnaissance ne concerne à chaque fois qu'une situation déterminée, ponctuelle²³⁹⁰. Ce n'est pas la situation illicite qui est à la base du titre mais la reconnaissance :

« It is necessary to consider the legal position, in regard to title, of the State that has successfully seized possession of territory by illegal force and seems likely to stay. It is suggested that in these circumstances it may eventually come about that a title by consolidation is acquired through recognitions or other forms of acknowledgment of the position expressive of the will of the international community »²³⁹¹.

Dans cette constellation exceptionnelle, la reconnaissance crée le titre et évite de s'opposer frontalement au *ius cogens*. La communauté internationale assainit le résultat de la violation, sans toucher à l'interdiction et sans valider la violation qui y a conduit : « This possibility in no way contradicts the main proposition that force does not of itself create a title, because the international community would from this point of view be exercising a quasi-legislative function »²³⁹². L'acquiescement de la communauté internationale – parce qu'il s'apparente à un processus de création du droit²³⁹³ – a le pouvoir de passer outre une violation de *ius cogens*. Cet acquiescement est absolument nécessaire pour qu'une situation, tout effective soit-elle, accède à la légitimité²³⁹⁴.

²³⁸⁷ Par hypothèse : la Crimée, le Kosovo, la République turque de Chypre du Nord, les Falklands/Malouines, le Somaliland, voy. encore l'admission aux Nations Unies du Bangladesh suite à sa « sécession-remède » (et à sa reconnaissance par le Pakistan).

²³⁸⁸ E. CANNIZZARO, « On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law », *op. cit.*, p. 143.

²³⁸⁹ *Ibid.*, pp. 137-139.

²³⁹⁰ A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, *op. cit.*, p. 409 : « Validating specific breaches of peremptory norms ».

²³⁹¹ R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, *op. cit.*, p. 67.

²³⁹² *Ibid.*, p. 62, nos italiques.

²³⁹³ A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, *op. cit.*, pp. 408-409 (« [b]elief of a legal change similar to the process of general-custom generation [...] »).

²³⁹⁴ A. LAGERWALL, « L'agression et l'annexion de la Crimée par la Fédération de Russie : quels enseignements au sujet du droit international ? », *QIL*, Zoom-out 1, 2014, p. 70 : « Tant

L'effectivité d'une situation (fait) donne naissance à un titre (droit). La jonction entre légalité et effectivité est établie : *ex facto ius oritur*. L'adage « Hundert Jahre Unrecht ist noch keine Stunde Recht » n'est pas satisfaisant à cet égard et mérite des nuances ; l'effectivité, l'acquiescement, et la reconnaissance de la communauté internationale s'inscrivent pleinement dans l'ordre juridique : « Ce n'est pas le fait illicite qui produit des droits mais l'ordre juridique qui prescrit qu'un fait illicite, lorsqu'il atteint une certaine stabilité, peut être considéré comme un acte producteur de droits »²³⁹⁵.

Cette solution est en adéquation avec le texte d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale, en particulier avec ses articles 41²³⁹⁶, 45 et 48. L'article 45 prévoit que :

- « La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si :
- a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande ; ou
 - b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande ».

L'article 48 est libellé ainsi :

- « 1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si :
- a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou
 - b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble. [...]
3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un État lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État en droit de le faire en vertu du paragraphe 1 »²³⁹⁷.

Une lecture conjointe des articles 45, lit. b et 48, § 1, lit. b et § 3 conduit à la conclusion que l'État lésé et la communauté internationale (« tout État autre que l'État lésé ») peuvent abandonner une demande en réparation suite à une violation du *ius cogens*.

Le commentaire de la CDI²³⁹⁸ n'exclut pas la lecture que nous proposons. Il est cependant nécessaire d'établir l'acquiescement (art. 45, lit. b) de l'ensemble de la communauté internationale afin

que les États s'accorderont à dire qu'une annexion territoriale est contraire au droit international, elle le restera malgré toute l'effectivité dont elle pourra se prévaloir au fil des années ».

²³⁹⁵ A. LAGERWALL, *Le principe « ex injuria jus non oritur » en droit international public*, op. cit., p. 472.

²³⁹⁶ Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre (Chapitre III du Texte d'articles).

²³⁹⁷ Nos italiques.

²³⁹⁸ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 349, § 14.

que l'obligation de réparer disparaisse dans le cadre de l'article 48, § 3²³⁹⁹. La renonciation de l'État lésé et de la communauté internationale sont à examiner indépendamment l'une de l'autre²⁴⁰⁰.

Les conditions d'un acquiescement de la communauté internationale (art. 45, lit. b) face à une violation grave demeurent ambiguës dans le commentaire de la CDI. La signification de l'application *mutatis mutandis* de l'article 48 pourrait s'interpréter comme justifiant des conditions plus strictes pour apprécier la réalisation d'un acquiescement que les conditions ayant cours en cas de violation d'une norme ne faisant pas partie du *ius cogens*²⁴⁰¹. Dans un cas « normal », l'acquiescement de l'article 45 ne concerne que deux États (l'auteur, « A », et le lésé, « B ») et la violation d'une norme non essentielle, tandis que dans l'hypothèse de l'article 48, § 3, la communauté internationale (« C ») vient s'ajouter aux côtés du lésé. La logique *bilatérale* de la responsabilité est conservée, mais les rapports juridiques sont dédoublés : A contre B et A contre C. De ce dédoublement découle la nécessité de s'assurer de l'acquiescement de l'État lésé et de la communauté internationale dans son ensemble²⁴⁰² (respectivement de B et de C).

Le cas des territoires sous souveraineté israélienne correspond à cette esquisse : la Palestine a accepté les nouvelles frontières (État lésé), l'ONU (la communauté internationale) a adopté des résolutions les consacrant, et Israël (État auteur) se considère comme le souverain légitime de ces territoires acquis en excès de la résolution 181 (II)²⁴⁰³. En revenant sur les conditions de la reconnaissance par acquiescement précédemment énumérées (objet, modalités, conséquence), le cas d'Israël et de la Palestine s'y insère aussi.

Quant à l'objet, la reconnaissance porte sur les territoires acquis en excès de la résolution 181 (II) sur lesquels Israël exerce effectivement son autorité²⁴⁰⁴ depuis 1948-1949. Cette situation a pris

²³⁹⁹ C. Tams (« Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, pp. 1040-1041) qui distingue deux cas de violations graves.

²⁴⁰⁰ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, commentaire de l'article 45, p. 331, § 4.

²⁴⁰¹ C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, p. 1040 (« [w]here international law recognizes the legal interest of a plurality of States in seeing community obligations respected, the traditional rules cannot apply without modification »).

²⁴⁰² Pour une opinion plus nuancée, voy. C. TAMS. Selon lui l'acquiescement du lésé peut empêcher la communauté internationale de demander réparation (« Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, pp. 1040-1041).

²⁴⁰³ R. SOROCZYŃSKI, « Acquisition of title to territory in the aftermath of the use of force in the United Nations era: the case of the State of Israel », *op. cit.*, pp. 81-82. Israël considèrerait initialement ces territoires sous occupation (*ibid.*, p. 73).

²⁴⁰⁴ Et ces territoires seulement : *ibid.*, p. 87, Annexe I. Les « colonies » ne sont pas concernées par la reconnaissance, pas plus que le mur.

naissance en contradiction avec la résolution précitée, mais surtout contrairement à l'article 2, § 4 CNU et le droit des peuples à l'autodétermination. Cette « acquisition territoriale » est limitée à des territoires bien précis, elle ne constitue pas un blanc-seing pour l'appropriation de nouveaux territoires (le droit de *fond* n'est pas modifié).

Dans ses modalités, la reconnaissance de la Palestine et de la communauté internationale se sont concrétisées au sein du forum privilégié qu'est l'ONU. Les résolutions successives de l'ONU et l'attitude palestinienne ont dénoté une reconnaissance de l'acquisition de ces territoires par Israël. Tant la prolongation du contrôle effectif depuis 1949 que la répétition des mêmes frontières dans les résolutions²⁴⁰⁵ autorisent ce verdict.

La conséquence est la création d'un titre *en vertu de la reconnaissance* : ce n'est pas la situation illicite initiale qui est à la source du titre. Les comportements de la Palestine et de la communauté internationale ont créé un titre en faveur d'Israël sur ces territoires. La limite assignée à cette « quasi-legislative function »²⁴⁰⁶ de la communauté internationale est que la reconnaissance n'atteint pas le *ius cogens*, elle se cantonne à « validating specific breaches of peremptory norms »²⁴⁰⁷. Un changement du *ius cogens* pourrait toutefois survenir si les situations similaires de tentatives d'acquisition de territoires par la force obtiennent unanimement et de manière récurrente l'aval de la communauté internationale²⁴⁰⁸ (Crimée, Chypre Nord). Pour parvenir à un tel changement, l'acquiescement doit cependant porter sur l'absence de violation et manifester la nouvelle *opinio iuris* :

« Acquiescence can only be assumed when a state considers that there was no violation at all because it believes that the impugned actions, although they actually occurred, were not a violation of international law in the first place »²⁴⁰⁹.

²⁴⁰⁵ Depuis 1967 et la rés. 242 (1967) du CS.

²⁴⁰⁶ R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, op. cit., p. 62.

²⁴⁰⁷ A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, op. cit., p. 409. Dans le même sens : F. J. GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional*, Madrid, Dilex, p. 188.

²⁴⁰⁸ Même point de vue dans le domaine des règles sur l'usage de la force : « The widespread and repeated violations of *erga omnes* rights and obligations by a sufficiently representative number of states might well end up affecting the norms themselves, if they are constantly received with general indifference » (E. HENRY, « Alleged Acquiescence of the International Community to Revisionist Claims of International Customary Law », op. cit., p. 297).

²⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 287.

Les considérations relatives à la reconnaissance d'une violation spécifique sont généralisables à d'autres domaines du *ius cogens*, par exemple le recours à la force²⁴¹⁰ (la différence majeure est que dans ce cas la violation est ponctuelle, elle ne donne pas lieu à une situation effective et prolongée).

Terminons ce panorama par une comparaison. L'article 45 CVDT, qui « purge le vice originaire », doit être différencié de l'article 20 CDI qui constitue une circonstance *excluant l'illicéité*. La limite de ces circonstances est établie par l'article 26 CDI qui interdit un consentement en contradiction avec une norme impérative. L'acquiescement n'est pas tout-puissant dans la responsabilité internationale, il se cantonne au chapitre de la renonciation à exiger des réparations : le comportement accompli en violation d'une norme de *ius cogens* demeure illicite, mais peut rester impuni (*disjonction* de l'illicéité et des réparations)²⁴¹¹.

En droit des traités et de la responsabilité internationale, le raisonnement est similaire : l'acquiescement ne s'affirme que dans les relations entre les parties et ne légitime pas un changement dans le droit de fond. Son effet est d'assainir une situation illicite *ex post facto* uniquement. Il est tout à fait marquant que l'article 20 CDI ne prenne pas en compte l'acquiescement donné *après* la commission de la violation. Comme la reconnaissance *de facto*, l'acquiescement s'applique bel et bien à une situation, et pas à la violation qui l'a fait naître. L'exemple de l'acquisition de territoires est éloquent, la reconnaissance crée un titre (« root of title ») indépendant de l'acte illicite initial.

4. *Synthèse*

Au terme de cette section riche en louvoiements, nous concluons principalement à l'absence de caractère impératif de l'acquiescement – ce qui renforce par contre-coup son caractère de principe général. L'acquiescement est étranger au *ius cogens* car les valeurs qu'il protège sont communes à d'autres institutions juridiques (critère axiologique). L'acquiescement souffre d'exceptions et son opération peut être exclue

²⁴¹⁰ *Ibid.*, pp. 285-291.

²⁴¹¹ En cas de violation à caractère continu, les réparations peuvent être demandées aussi longtemps que dure le fait illicite (voy. les art. 14 et 30 TCDI). Sur cette disjonction, voy. art. 29 TCDI : « Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée ».

par les États (critère normatif). Malgré ces deux premiers écueils, il est bien attesté dans l'ensemble de la communauté internationale (satisfaction du critère sociologique). L'opposition entre acquiescement et *ius cogens* est frontale, ce dernier constitue la limite extérieure du premier²⁴¹². Par conséquent, l'acquiescement est incapable de modifier à lui seul une norme de *ius cogens*.

Cette confrontation n'épuise pas tous les aspects de la question. Nous avons investigué les conditions dans lesquelles une violation de *ius cogens* est défaite par l'acquiescement. Si l'acquiescement n'est pas une exception au droit absolument impératif car il n'en partage pas la nature, il peut tout de même se manifester en relation avec la régularisation des situations illicites créées en violation du *ius cogens*. En prenant comme modèle des situations de violation prolongées et effectives (comme des occupations territoriales), la reconnaissance (tacite) de la communauté internationale²⁴¹³ doublée de la renonciation de l'État lésé à demander réparation peut aboutir à la création d'un titre juridique. L'acquiescement joue un rôle considérable dans un tel processus :

« It seems desirable to adopt the view that in cases like the one analyzed in this paper, involving fundamental principles of international law, the fact of subsequent general acquiescence should be considered as the most important factor in the process of creation of the title – such an approach would permit to safeguard the validity of the very principle of illegality of acts of acquisition of territory by use of force »²⁴¹⁴.

Plus largement, la reconnaissance de la situation joue un rôle de jonction entre les valeurs de *légalité* et d'*effectivité* inhérentes à l'ordre juridique international²⁴¹⁵. C'est de l'intérieur de cette

²⁴¹² F. J. GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional*, op. cit., pp. 222-225.

²⁴¹³ Nous notons *en passant* que l'article 14 de la Charte, héritier de l'article 19 SdN, pourrait s'appliquer dans le cadre général de la régularisation d'une situation d'origine douteuse (« [l']Assemblée générale peut recommander les mesures propres à assurer l'ajustement pacifique de toute situation, quelle qu'en soit l'origine, qui lui semble de nature à nuire au bien général ou à compromettre les relations amicales entre nations, y compris les situations résultant d'une infraction aux dispositions de la présente Charte où sont énoncés les buts et les principes des Nations Unies », nos italiques). Cette disposition mériterait un examen approfondi et bien plus qu'une simple note de bas de page (quel est le statut juridique de l'article 14 CNU ? Coutume, *ius cogens*, exception au *ius cogens* ?). Cf. Ch. DE VISSCHER, « Cours général de principes de droit international public », op. cit., pp. 515-520 ; L. CREMA, « Article 19 », in R. KOLB (éd.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, op. cit., pp. 763-786.

²⁴¹⁴ R. SOROCZYŃSKI, « Acquisition of title to territory in the aftermath of the use of force in the United Nations era: the case of the State of Israel », op. cit., p. 77.

²⁴¹⁵ M. SHAW, *Titles to Territory in Africa*, op. cit., p. 24 : « The role of effectiveness as the base principle remains valid, but is limited by consideration of, for example, self-determination

reconnaissance que l'acquiescement opère, cette conversion du fait en droit est permise par des critères juridiques²⁴¹⁶. Nous soulignons *ad nauseam* que le droit de fond, la norme violée, n'est pas atteinte par une telle reconnaissance²⁴¹⁷. La norme primaire de *ius cogens* demeure inchangée²⁴¹⁸.

D. *Excursus – la soft law*

La vivacité de l'acquiescement se manifeste aussi dans la *soft law*²⁴¹⁹, qui sert de guide, d'inspiration, de ligne de conduite. Elle n'est pas contraignante²⁴²⁰ et n'obéit pas à un processus strict de création, elle se meut en dehors du système des sources classiques, c'est au mieux une source matérielle : en cas de succès, la *soft law* d'aujourd'hui sera la coutume ou les conventions de demain²⁴²¹. Plus spécifiquement, la *softness* peut renvoyer soit à l'*instrumentum* (un « guide », par opposition à un traité), soit au *negotium* (une obligation vague, par opposition à un commandement précis). Dans les lignes suivantes on considérera la *soft law* sous l'angle des *instrumentum non contraignants* (peu importe que le *negotium* soit précis ou vague)²⁴²².

and the rules relating to non-acquisition of territory by force. Recognition is the primary way in which the international community has sought to reconcile illegality or doubt with political reality and the need for certainty ».

²⁴¹⁶ A. LAGERWALL, *Le principe « ex injuria jus non oritur » en droit international public*, *op. cit.*, p. 472 : « [L'ordre juridique prescrit] qu'un fait illicite, lorsqu'il atteint une certaine stabilité, peut être considéré comme un acte producteur de droits ».

²⁴¹⁷ F. J. GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional*, *op. cit.*, p. 163 (« La aquiescencia opera sobre una relacion juridica, no sobre la norma que la regula »).

²⁴¹⁸ Mais n'est pas immunisée contre l'interprétation. Les réflexions précédentes indiquent également comment les différentes normes attenantes au *ius cogens* (obligation de non-reconnaissance, obligation de cessation du fait illicite, etc.) sont interprétées et mises en œuvre par la communauté internationale. Le rôle des OI, et de l'ONU en tant que forum privilégié de la communauté internationale, n'est pas négligeable dans ce type de processus. Quant aux OI régionales à vocation générale, nous n'avons pas approfondi la question du *ius cogens* régional (C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *op. cit.*, pp. 38-39 ; R. KOLB, *Théorie du Ius Cogens international*, [online], *op. cit.*, pp. 48, 77-78 not.).

²⁴¹⁹ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 206 ; E. ROUCOUNAS, « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, vol. 206, 1987-VI, p. 176, § 329.

²⁴²⁰ *Contra* et pour une analyse nuancée de son statut : G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 212-213 not. qui affirme que la *soft law* n'est pas « du non-droit ».

²⁴²¹ G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 295-297.

²⁴²² Cf. P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », pp. 215-216 ; G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 207. Quatre déclinaisons sont possibles selon que l'*instrumentum* et/ou le *negotium* soient de droit dur ou *soft* :

Le droit international connaît un étroit tissu d'OI, d'organes et d'associations (entre autres : CDI, ILA, IDI)²⁴²³ qui proposent régulièrement des guides, directives, principes et conclusions dans tous les domaines. Ces guides sont parfois le reflet fidèle de la coutume²⁴²⁴. Lorsque ces documents n'atteignent pas le stade conventionnel, leur part de développement progressif²⁴²⁵ constitue de la *soft law* en attente d'une éventuelle sacralisation coutumière²⁴²⁶. La CDI est une remarquable pourvoyeuse de ce type de textes qui s'arrêtent au seuil de la normativité²⁴²⁷.

Plusieurs travaux de la CDI incorporent l'acquiescement. La conclusion n° 10, § 2 des *accords et pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités* prévoit par exemple :

« Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction »²⁴²⁸.

De l'aveu même de la CDI, la valeur de ce texte est de « faciliter le travail de ceux qui sont appelés à interpréter des traités »²⁴²⁹. Le critère de la *soft law* est bien rempli (*instrumentum* mou), indépendamment de la coutume qui y est consacrée.

Dans son travail relatif à l'application provisoire des traités, la CDI prévoit dans un projet de directive que :

« The provisional application of a treaty or a part of a treaty may be agreed through:
(a) a separate treaty; or
(b) any other means or arrangements [...] »²⁴³⁰.

1) Traité contenant des normes précises (dur-dur), 2) Traité contenant des normes imprécises (dur-soft), 3) Guide contenant des directives précises (soft-dur), 4) Guide contenant des directives vagues (soft-soft).

²⁴²³ Manuel de Tallin, Manuel de San Remo, le CICR, l'OMS, etc. Le nombre d'OI et d'associations privées qui proposent de la *soft law* se multiplie, à l'image de l'expansion des domaines du droit international : G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 210.

²⁴²⁴ Resté au stade de Résolution de l'AG, le TCDI a valeur de codification.

²⁴²⁵ Sur le développement progressif et la CDI, cf. not. : Nations Unies, *The Work of the International Law Commission*, 8^e éd., vol. 1, *op. cit.*, pp. 46-47.

²⁴²⁶ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 199.

²⁴²⁷ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 211 : « La *soft law* peut également être elle-même le produit final et non seulement une étape ou une phase intermédiaire dans le cycle de vie du droit ; le produit voulu le plus approprié pour l'utilisation instrumentale qu'on envisage pour elle ».

²⁴²⁸ CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2^e partie, 2018, p. 79.

²⁴²⁹ *Ibid.*, p. 17, § 4.

²⁴³⁰ CDI, *Provisional application of treaties. Texts and titles of the draft guidelines adopted by the Drafting Committee on first reading*, 31 mai 2018, Doc. A/CN.4/L.910, Draft Guideline 4, p. 12 (« De tout autre moyen ou arrangement »).

L'acquiescement pourrait faire partie de ces « any other means »²⁴³¹ évoqué par le projet. Cette formule renvoie aux articles 11 et 25 CVDT²⁴³². Dans le second rapport spécial, il est précisé que la forme de l'intention d'appliquer un traité à titre provisoire peut être implicite²⁴³³, par exemple par la simple absence de réaction²⁴³⁴. Le deuxième rapport va plus loin : « Une simple conduite informelle, voire le silence, peuvent produire les mêmes effets [qu'une expression de volonté non équivoque ou qu'un comportement actif] »²⁴³⁵.

Au sujet de la succession d'États à la responsabilité internationale, le projet d'article 7 prévoit notamment que :

« [I]f and to the extent that the successor State acknowledges and adopts the act of the predecessor State as its own, the international responsibility of the successor State also extends to the consequences of such act »²⁴³⁶.

Ce projet fait en partie écho à l'article 5, § 1 du texte de l'IDI²⁴³⁷ sur le même sujet :

« Quand un État successeur poursuit la violation d'une obligation internationale par un fait à caractère continu de l'État prédécesseur, il lui incombe la responsabilité internationale pour toute la période durant laquelle le fait se poursuit et reste non conforme à l'obligation internationale »²⁴³⁸.

L'origine de cette préoccupation remonte à l'affaire des *Phares de l'Empire Ottoman*²⁴³⁹ ; une des réclamations concernait la continuation par la Grèce de violations commises par la Crète²⁴⁴⁰. L'acquiescement

²⁴³¹ V. PERGANTIS, *The Paradigm of State Consent in the Law of Treaties. Challenges and Perspectives: A Critical Approach*, Thèse [Manuscrit], Genève, Graduate Institute of International and Development Studies, 2012, pp. 170-218.

²⁴³² « Par tout autre moyen convenu » (art. 11), « convenus d'une autre manière », « n'en soient convenus autrement » (art. 25, § 1 lit. b et § 2). Voy. : CDI, 3^e rapport sur l'application à titre provisoire des traités, Rapporteur spécial M. Gómez-Robledo, Doc. A/CN/687, pp. 8-9.

²⁴³³ A. GESLIN, *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005, Deuxième chapitre, Partie II.

²⁴³⁴ CDI, 1^{er} rapport sur l'application à titre provisoire des traités, Rapporteur spécial M. Gómez-Robledo, Doc. A/CN/664, pp. 12-13, §§ 43-47.

²⁴³⁵ CDI, 2^e rapport sur l'application à titre provisoire des traités, Rapporteur spécial M. Gómez-Robledo, Doc. A/CN/675, p. 10, § 42.

²⁴³⁶ CDI, *Succession of States in respect of State responsibility. Text of the draft articles as provisionally adopted so far by the Drafting Committee*, 31 juillet 2019, Doc. A/CN.4/L.939 + Add.1, Interim report, p. 3.

²⁴³⁷ Voy. : P. DUMBERRY et M. G. KOHEN, *The Institute of International Law's Resolution on State Succession and State Responsibility*, Cambridge, CUP, 2019, 178 p.

²⁴³⁸ IDI, *La succession d'États en matière de responsabilité internationale*, Projet de résolution, Session de Tokyo, 2013, p. 9 (art. 9 de la résolution finale).

²⁴³⁹ *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman* (Grèce, France), Sentence, 24/27 juillet 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, pp. 191 et s.

²⁴⁴⁰ P. DUMBERRY, *State Succession to International Responsibility*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 136-141.

grec joue pour une part dans sa succession à la responsabilité²⁴⁴¹. Cette situation montre la vocation de la *soft law*²⁴⁴² à généraliser des solutions jurisprudentielles (elles-mêmes rendues en application de *principes généraux*). Dans une pareille constellation, *hard* et *soft law* s'entrecroisent, sans modifier leur caractère juridiquement contraignant ou non.

L'acquiescement se retrouve dans d'autres projets de la CDI, comme le guide relatif aux réserves :

« À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique bien établie suivie par le depositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve n'est réputée avoir été acceptée que si aucun État contractant ou organisation contractante ne s'est opposé à cette formulation à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification »²⁴⁴³.

Le but de ce guide est de « [d]e fournir une aide aux praticiens du droit international [...] »²⁴⁴⁴, néanmoins : « Les normes énoncées par les directives couvrent une vaste palette de degrés d'obligatorité [...] »²⁴⁴⁵, indépendamment de l'*instrumentum*, le *negotium* varie fortement d'une directive à l'autre. La directive 2.3.1 étend l'acquiescement silencieux de l'article 20, § 5 CVDT aux réserves tardives.

Dans le *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, l'acquiescement est mis au service de l'identification de l'*opinio iuris* :

« Conclusion 10 – Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)
[...] 3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction »²⁴⁴⁶.

Ici, ce n'est pas une affaire en particulier qui étend son influence sur le projet, mais une partie de la doctrine²⁴⁴⁷ qui assimile la condition de l'acceptation « comme étant le droit » de l'article 38 SCIJ à l'ac-

²⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 140.

²⁴⁴² En tant qu'*instrumentum*, alors que le *negotium* est juridiquement contraignant (voy. : P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », pp. 215-216 et le début de la présente section).

²⁴⁴³ CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités*, ACDI, vol. II, 2^e partie, 2011, Directive n° 2.3.1, p. 8.

²⁴⁴⁴ CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités et commentaires*, Doc. A/66/10/Add.1, 2011, p. 38, § 2.

²⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 38, § 3.

²⁴⁴⁶ CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 149.

²⁴⁴⁷ En chef de file : K. WOLKE, *Custom in Present International Law*, op. cit., not. pp. 36-50.

quiescement de la communauté internationale. L'absence de référence expresse à l'acquiescement²⁴⁴⁸ n'entache pas notre propos ; la CDI indique (comme pour d'autres de ses travaux) que les conclusions et les commentaires doivent être lus conjointement²⁴⁴⁹. Comme souvent, ce projet se borne « [à] indiquer la voie à suivre pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier et leur contenu »²⁴⁵⁰.

Les projets peuvent aussi être *défavorables* à l'acquiescement et exclure son application, comme la conclusion n° 7, § 3 relative aux *accords et pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités* :

« Les parties à un traité, par un accord ou une pratique dans l'application du traité, sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de l'amender ou de le modifier. *La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue.* Le présent projet de conclusion est sans préjudice des règles de la Convention de Vienne de 1969 et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités »²⁴⁵¹.

La pratique modificatrice, qu'on peut raisonnablement estimer comme bien établie²⁴⁵², est *a priori* écartée ; un acquiescement²⁴⁵³ ne peut avoir pour effet de modifier un traité. Le long commentaire dévolu à ce paragraphe nuance amplement ce qui pourrait paraître à première vue comme une opposition ferme. La « *via dolorosa* »²⁴⁵⁴ du projet d'article 38 CVDT est évoquée, comme la préférence jurisprudentielle à déguiser une modification en interprétation²⁴⁵⁵. Du reste, le choix de débiter par une présomption et préciser que la modification n'est pas « généralement reconnue »

²⁴⁴⁸ CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 150, § 8 et note n° 737 (référence à l'acquiescement territorial dans l'affaire entre la Malaisie et Singapour tranchée par la CIJ en 2008).

²⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 129, § 1.

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 129, § 2.

²⁴⁵¹ CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 53.

²⁴⁵² Voy. I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 418 p.

²⁴⁵³ La pratique modificatrice par acquiescement est évoquée en p. 64, § 30 (CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, op. cit.).

²⁴⁵⁴ G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », op. cit., p. 58.

²⁴⁵⁵ CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, op. cit., pp. 61-67.

porte à confusion²⁴⁵⁶. Les commentaires des gouvernements expriment des réserves au sujet de ce § 3, par exemple la République tchèque considère que :

« La première phrase ne tient pas compte des réalités et introduit une rigidité regrettable. La deuxième phrase reflète peut-être le point de vue dominant des milieux universitaires, mais elle n'a pas sa place ici et devrait être supprimée, tout comme la troisième phrase, la question de la modification des traités n'entrant pas dans le cadre du présent sujet »²⁴⁵⁷.

À la lecture du deuxième rapport, il appert cependant que le rapporteur spécial a approché la problématique avec beaucoup de circonspection, il se fait l'écho des tensions, forces en présence et développements récents, lesquels appelaient conjointement une réponse nuancée, volontairement ouverte²⁴⁵⁸.

La CDI n'est pas seule à faire référence à l'acquiescement dans ses travaux, une résolution de 1995 de l'IDI prévoit :

« Dans des circonstances particulières, les membres d'une organisation internationale peuvent être responsables à raison des obligations de l'organisation en application d'un principe général pertinent du droit international tel que l'acquiescement ou l'abus de droit »²⁴⁵⁹.

L'acquiescement est présenté comme un principe, dont l'application particulière est de créer une responsabilité. Le *negotium* de l'acquiescement est solidement affirmé.

²⁴⁵⁶ Nous n'avons pas épluché les séances de la CDI ayant abouti à cette formulation. La possibilité subsiste que cette formulation résulte d'un compromis (*agreement to disagree*) concocté par le comité de rédaction qui ne satisfait pleinement personne mais est acceptable par tous. Le § 3 de la conclusion n° 7 apparaît suite aux discussions en plénum relatives au deuxième rapport. Ce paragraphe semble résulter d'un effort conjoint du comité de rédaction et du rapporteur spécial : « En ce qui concerne le projet de conclusion 7, le Comité de rédaction a approuvé la proposition faite par le Rapporteur spécial, au vu du débat en séance plénière, de traiter dans un autre projet de conclusion la question de la valeur » (CDI, *Compte rendu analytique de la 3215^e séance*, 5 juin 2014, 66^e session, Doc. A/CN.4/SR.3215, ACIDI, vol. I, 2014, p. 80, § 3).

²⁴⁵⁷ CDI, *Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Commentaires et observations reçus des gouvernements*, Doc. A/CN.4/712, ACIDI, 2018, pp. 20-22.

²⁴⁵⁸ Pour un extrait qui résume les tensions sous-jacentes au sein desquelles le rapporteur a dû faire un choix : « Actuellement, l'idée qu'une procédure d'amendement prévue par un traité ne doive pas être contournée par des moyens informels semble gagner du terrain, parallèlement à l'observation générale, tout aussi valable [...], que le droit international est souvent moins formaliste que le droit interne » (CDI, *2^e rapport sur les Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, Rapporteur spécial M. Nolte, Doc. A/CN.4/671, ACIDI, 2014, p. 64, § 141).

²⁴⁵⁹ IDI, *Les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers*, Résolution, Session de Lisbonne, 1995, art. 5, p. 3.

Il est difficile de voir dans les exemples évoqués une utilisation *novatrice* de l'acquiescement, tout au plus ce qui est novateur est de s'en servir, et d'indiquer *comment* il fonctionne dans un contexte particulier. L'acquiescement constitue un fonds commun, un outil à disposition des acteurs du droit international, en somme un véritable principe qui contribue au développement et à la systématisation du droit international. Les exemples indiquent que le « renvoi » à l'acquiescement se fait car il appartient déjà au droit international (*hard law* intégré dans un instrument de *soft law*)²⁴⁶⁰.

La *soft law* permet le passage de la *lex ferenda* à la *lex lata*, quand elle emploie l'acquiescement, elle indique dans quels domaines celui-ci pourra s'appliquer²⁴⁶¹. Même si en tant que principe il est bien établi, son énonciation dans la *soft law* défriche de nouvelles potentialités d'utilisation, elle le légitime là où il n'avait pas forcément été envisagé. Cette extension du champ d'application de l'acquiescement peut également être la résultante du pouvoir d'interprétation de la *soft law* : « Dans le processus interprétatif, le recours aux instruments *soft law* peut être pertinent dans le cadre de la prise en compte du contexte de la norme objet de l'interprétation »²⁴⁶². La présence d'un instrument de *soft law* indiquera au juge : 1) que l'acquiescement peut s'appliquer à certaines situations (légitimité de son application ; *interprétation* de son champ opératoire) et, 2) comment l'acquiescement s'y applique (interprétation de ses conditions et effets)²⁴⁶³.

La conception de la *soft law* comme d'une source matérielle²⁴⁶⁴ du droit nous amène à une autre considération. L'acquiescement affirmerait sa présence aussi bien dans l'ordre juridique (principe général) que dans l'univers du non-droit (politique, éthique, sociologie, psychologie)²⁴⁶⁵. La bonne foi jouit d'une telle double nature puisqu'elle est attestée dans

²⁴⁶⁰ J. CAZALA, « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *RIEJ*, vol. 66, 2011 (1), pp. 63-64.

²⁴⁶¹ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 207 et 210.

²⁴⁶² J. CAZALA, « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *op. cit.*, p. 49.

²⁴⁶³ Inspiré de *ibid.*, pp. 50-51, 84 (« [l]a diffusion de leurs effets [des énoncés de *soft law*] sera majeure par le canal de l'interprétation ») ; I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *RIEJ*, vol. 65, 2010 (2), pp. 58-59 et 62 (sur le rôle du juge face à l'étendue des normes de reconnaissance selon Hart).

²⁴⁶⁴ J. CAZALA, « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *op. cit.*, pp. 46-47.

²⁴⁶⁵ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *op. cit.*, p. 8. On rencontre la confusion entre la définition « naturelle » de l'acquiescement et sa définition juridique : cf. *supra*, Ch. 1.II.A.

l'univers juridique et politique²⁴⁶⁶. Sa présence *hors du droit* concourrait à son homologation, sous sa forme de principe juridique, dans des domaines du droit international en développement : l'acquiescement jouirait ainsi d'une double influence dans l'évolution du droit (comme source matérielle et comme principe).

Quelles conclusions tirer pour l'acquiescement présent dans les instruments de *soft law* et en général ? La *soft law* qui y fait référence l'emploie dans une optique « structurelle ». Le mécanisme de l'acquiescement est à l'œuvre (un comportement qui donne lieu à une conséquence juridique, une abstention configurée comme une acceptation) parfois sans qu'il ne soit expressément mentionné. Parfois un de ses aspects est amplifié (*pick and choose*), parfois l'institution entière est reprise. Autre mérite de la *soft law*, c'est d'étendre son champ opératoire au-delà de ses domaines de prédilection. Les auteurs de ces instruments « mou » s'autorisent plus facilement à l'affranchir du domaine du différend territorial. Le juge peut se servir de la *soft law* pour appliquer l'acquiescement dans un « nouveau » domaine tout en prétendant ne faire seulement qu'appliquer un *principe général*.

Ce qui ne devait être qu'un détour par la *soft law* a souligné que les valeurs protégées par l'acquiescement sont liées à la psychologie, l'idéologie, la morale, la vie ordinaire non juridique²⁴⁶⁷. Cette esquisse du droit « assourdi » confirme notre vision de l'acquiescement en tant que principe général. Il s'affirme pleinement comme une norme capable d'ordonner la vie internationale sociale et juridique.

III. Synthèse

L'acquiescement est un principe général du – ou de – droit. Cette conclusion s'impose par la positive comme par la négative. Par la négative tout d'abord car ni les traités, ni la coutume, ne sont susceptibles d'accueillir l'acquiescement en leur sein. Il ne partage pas le formalisme des traités, ni la condition d'une volonté concordante. L'hypothèse de l'accord tacite reste toutefois distincte : la jurisprudence souligne le rôle de l'acquiescement dans ce

²⁴⁶⁶ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 134.

²⁴⁶⁷ Comme le proverbe *qui ne dit mot consent*.

type d'accord, la frontière est perméable²⁴⁶⁸. L'acquiescement est parfois codifié ou utilisé dans des traités (art. 45 CVDT ; art. 252 UNCLOS). Cette codification n'est cependant que sectorielle et ne porte pas sur l'acquiescement en général, mais sur un type et un effet particuliers.

Nous n'avons pas identifié une coutume qui représenterait l'acquiescement, mais seulement des concrétisations sectorielles : l'acquiescement dans les différends territoriaux ; la perte du droit de demander réparation dans le cadre de la responsabilité internationale.

Par élimination, les principes généraux sont donc les plus à même d'accueillir l'acquiescement. Une interrogation immédiate est alors de déterminer de quel *type* de principes s'agit-il : issu du droit interne, propre au droit international, ou de principe à valeur quasi logique. La question peut rester ouverte, l'acquiescement appartient aux principes généraux, il partage des traits de chacun des trois types de principes évoqués. Positivement, les principes sont le giron adéquat pour accueillir l'acquiescement. L'indétermination propre à cette source, son rôle d'orientation d'une décision particulière, sa vivacité dans l'ordre international en tant que matrice de concrétisations ponctuelles en fait la candidate idéale.

Dans les sources auxiliaires de l'article 38 SCIJ, la doctrine et la jurisprudence apportent un éclairage supplémentaire sur la difficulté d'attribuer une nature à l'acquiescement. La doctrine est partagée entre acte juridique unilatéral et principe général. Quant à la jurisprudence, elle élude habilement la question la plupart du temps²⁴⁶⁹.

À côté des sources de l'article 38 SCIJ, pourquoi avoir rejeté la candidature des actes unilatéraux ? La motivation principale est bien évidemment la nature volontaire de ces actes. D'autre part, l'acquiescement n'est généralement pas cité dans la classification traditionnelle de ces actes (notification, promesse, renonciation, reconnaissance, protestation). Concrètement, l'acquiescement s'insère souvent dans la renonciation ou la reconnaissance sous formes tacites, jusqu'à s'y confondre. Cependant, la volonté est en général totalement absente des actes unilatéraux tacites.

²⁴⁶⁸ *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, pp. 227-228, § 52.

²⁴⁶⁹ Voy. par ex. : *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, pp. 227-228, § 51. *Golfe du Maine* et son énigmatique § 130 est religieusement citée.

Le choc avec le *ius cogens* est frontal : l'acquiescement n'en a pas la nature et est limité par ce type de normes. Toutefois, l'acquiescement peut participer – dans des conditions très particulières – à l'assainissement d'une violation du *ius cogens*. La question de la modification d'une norme de *ius cogens* par l'acquiescement (en conjonction avec une pratique et une *opinio iuris*) n'a pas été approfondie.

Il est hors de doute que l'acquiescement *existe* en droit international. Son empire est plus vaste que les seules attestations qui font expressément usage du terme. Il s'agit d'un principe général protéiforme : ses concrétisations conventionnelles et coutumières apparaissent dans de nombreux pans de l'ordre juridique international.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	11
PRÉFACE	13
LISTE DES ABRÉVIATIONS	17
INTRODUCTION	23

PREMIÈRE PARTIE La place de l'acquiescement

CHAPITRE I. – Introduction à l'acquiescement	27
I. <i>Considérations liminaires</i>	27
II. <i>Usage et occurrence du terme</i>	35
A. Un usage récent	35
B. Un usage équivoque et parfois incohérent	46
III. <i>Le problème de la définition et de la reformulation aux fins de comparaison</i>	53
A. Position du problème et enjeux	53
B. Définition par les éléments et les effets de l'acquiescement	55
1. Les définitions doctrinales	55
2. Synthèse : la définition de l'acquiescement (éléments, articulation interne, effets)	67
CHAPITRE II. – Aux origines de l'acquiescement	71
I. <i>Introduction</i>	71
II. <i>Les époques juridiques</i>	78
A. Droit antique	78
B. Droit romain	86
1. En général	86
2. Le temps en droit romain	94
a. <i>L'usucapion</i>	94

b. <i>La praescriptio longi temporis</i>	95
c. <i>La praescriptio longissimi temporis</i>	96
d. <i>La prescription générale des actions</i>	98
e. <i>Les servitudes</i>	100
f. <i>L'Actio aquae pluviae arcendae</i>	101
C. L'ère médiévale	102
D. Le droit international de sa fondation à son envol.	112
1. Les attestations dans les œuvres des fondateurs	114
2. Les attestations dans l'œuvre de Grotius	123
a. <i>De jure belli ac pacis</i>	124
b. <i>Mare liberum</i>	128
E. Le droit international émancipé	130
1. Les projets de codifications : Bluntschli, Internoscia, Fiore (1881-1914)	131
a. <i>Le territoire</i>	132
b. <i>Les traités</i>	134
c. <i>La neutralité et la responsabilité</i>	135
d. <i>Divers</i>	137
2. Les manuels, traités, et commentaires (1878-1926).	139
a. <i>James Kent</i>	139
b. <i>Robert Phillimore</i>	140
c. <i>Charles Calvo</i>	143
d. <i>John Westlake</i>	145
e. <i>Paul Fauchille</i>	148
f. <i>Lassa Francis Lawrence Oppenheim</i>	153
III. <i>Synthèse</i>	159

CHAPITRE III. – La place de l'acquiescement en droit international

public	163
I. <i>Les valeurs de l'acquiescement</i>	163
II. <i>Distinctions et institutions parentes</i>	166
A. Le consentement ou l'accord tacites	167
B. <i>L'estoppel</i>	173
C. La prescription.	182
D. Les actes unilatéraux sous forme tacite	194
1. La reconnaissance.	195
2. La renonciation	212
E. Excursus : la désuétude.	221
F. La coutume	229
1. La pratique	229
2. <i>L'opinio iuris</i>	231

3. La coutume particulière	237
4. La théorie de l'objecteur persistant	241
III. <i>Synthèse</i>	245
CHAPITRE IV. – La nature de l'acquiescement	249
I. <i>Les sources énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.</i>	249
A. Article 38, § 1, lit. a SClJ : les conventions internationales	249
1. Points communs et différences des traités et de l'acquiescement	250
2. La « codification » et l'utilisation de l'acquiescement dans des traités	255
3. Synthèse	267
B. Article 38, § 1, lit. b SClJ : la coutume internationale	267
1. Absence d'une coutume générale relative à l'acquiescement	268
2. Concrétisations coutumières sectorielles	271
a. <i>L'acquiescement et le territoire</i>	271
b. <i>L'acquiescement et les espaces maritimes.</i>	279
(i) Méthode de délimitation	279
(ii) Mer territoriale, zone économique exclusive, et plateau continental	281
(iii) <i>Modus vivendi</i>	284
c. <i>Synthèse sur les espaces maritimes et le territoire</i>	288
d. <i>L'acquiescement en droit des traités</i>	294
e. <i>L'acquiescement en droit de la responsabilité internationale</i>	298
3. Synthèse	306
C. Article 38, § 1, lit. c SClJ : les principes généraux de droit	307
1. Principes <i>de droit, du droit</i> , et principes logiques	307
2. L'acquiescement comme principe général <i>de droit</i> ?	311
3. L'acquiescement comme principe général <i>du droit</i> ?	319
a. <i>Un principe autonome au droit international</i> ?	320
b. <i>Un principe logique</i> ?	326
4. L'acquiescement comme mise en œuvre de la bonne foi ?	330
5. Bilan des hypothèses	333
6. L'acquiescement confronté à l'ordre juridique international et aux autres principes généraux	336

a. <i>L'affirmation de l'acquiescement comme principe général</i>	336
b. <i>L'acquiescement et les principes voisins et apparentés</i> . . .	340
(i) <i>Quieta non movere</i>	340
(ii) Les « mains propres »	341
(iii) <i>Allegans contaria non audiendus est</i>	344
(iv) <i>Nemo turpitudinem suam allegans auditur</i>	346
(v) Les attentes légitimes ou « legitimate expectations » . . .	348
7. Synthèse	357
D. Article 38, § 1, lit. d SCLJ : les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés	358
1. Les décisions judiciaires	359
a. <i>Les décisions des autres tribunaux internationaux</i>	360
b. <i>Phylogénie jurisprudentielle de l'acquiescement et de l'estoppel</i>	361
2. La doctrine des publicistes les plus qualifiés	364
3. L'équité <i>contra legem</i>	370
4. Synthèse	374
II. <i>Les autres sources du droit international public</i>	375
A. Les actes unilatéraux étatiques	375
1. Les travaux de la CDI	376
2. L'acquiescement en tant qu'acte unilatéral : le nœud de la volonté	380
a. <i>La position doctrinale de Martin-Bidou et Marie</i>	380
b. <i>L'acquiescement : acte juridique ou fait juridique ?</i>	385
3. La critique des cinq catégories traditionnelles	395
4. La présence transversale de l'acquiescement dans les actes juridiques unilatéraux tacites et implicites . . .	398
5. Les effets des actes unilatéraux et de l'acquiescement : points communs et distinctions	401
B. Excursus – Les actes unilatéraux des organisations internationales	408
1. Les « acquiescements » externes entre OI et États	411
2. Les « acquiescements » internes au sein d'une OI	416
a. <i>Les jugements du TAOIT</i>	416
b. <i>Les résolutions de l'ONU</i>	418
c. <i>L'UNESCO</i>	422
3. Acquiescement et <i>estoppel</i> de l'OI au bénéfice des États . . .	424
a. <i>L'affaire des Activités militaires et paramilitaires (1984)</i>	424
b. <i>La déclaration facultative d'acceptation de Djibouti (2005-2010)</i>	427

TABLE DES MATIÈRES

469

4. Synthèse	431
C. Le <i>ius cogens</i>	433
1. Caractéristiques	433
2. L'acquiescement comme exception à des normes de <i>ius cogens</i>	439
3. L'acquiescement comme guérison d'une violation du <i>ius cogens</i>	442
4. Synthèse	452
D. Excursus – la <i>soft law</i>	454
III. <i>Synthèse</i>	461

L'ACQUIESCEMENT

EN DROIT INTERNATIONAL

Acquiescer est synonyme d'acceptation silencieuse, comme le résume l'adage « qui ne dit mot consent ». Ces expressions ont-elles voix au chapitre en droit international ? L'*acquiescement* indique les conditions dans lesquelles la prétention d'un sujet est portée à la connaissance de son adversaire. Ce dernier peut subir une modification de sa situation juridique s'il ne réagit pas. Habituellement cantonné aux différends territoriaux et maritimes, le principe général d'acquiescement est en réalité omniprésent en droit international public. La structure en trois temps au cœur de l'acquiescement (prétention ; connaissance ; charge de réagir) est notamment attestée dans les sources du droit, en droit des traités, dans la responsabilité internationale, et dans le règlement des différends.

Cette étude a pour ambition d'offrir un panorama le plus complet possible de l'acquiescement. Ce cheminement débute par un aperçu historique, une énumération des institutions apparentées, ainsi que l'analyse de sa nature juridique, qui constituent le premier volume. Les éléments et conditions de son fonctionnement, ses effets juridiques, ainsi que sa (re)construction par les tribunaux sont l'objet du second volume. De nombreux exemples tirés de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, des Conventions internationales, et des travaux de la Commission du droit international émaillent le texte.

Par sa vocation de guide, l'ouvrage offre un point de départ qui peut être consulté par les étudiants et les professionnels du droit pour trouver des développements théoriques ou pour des recherches ponctuelles. L'étude fournit de riches informations sur les concepts connexes : actes unilatéraux, *estoppel*, consentement tacite, et processus coutumier sont analysés sous le prisme de l'acquiescement. L'ouvrage se présente également comme un répertoire d'arguments et de stratégies permettant – selon les aspirations du lectorat – de faciliter ou d'empêcher la survenance d'un acquiescement.

Aymeric Hêche est docteur en droit de l'Université de Neuchâtel et chargé d'enseignement en droit international public à la Haute École Arc (Suisse).

→ Droit international

Made
in EU

www.larcier-intersentia.com • www.stradalex.com

Ouvrage en deux volumes qui ne
peuvent être acquis séparément.



**Fonds national
suisse**

ACQDRINPU
ISBN 978-2-8027-7303-0

