

## L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités

*Giovanni Distefano\**

### 1. *Prologue*

La figure de l'accord tacite nous plonge dans l'univers parallèle du droit des traités, dominé par le non-dit, par la volonté inexprimée par des mots mais non moins tangible et effective. Une dimension qui, à l'instar de l'antimatière dans l'univers, remplit dans les relations internationales les (parfois) larges interstices laissés béants par la volonté exprimée des États, aussi bien oralement que par écrit. L'accord tacite déploie ses effets non seulement dans son domaine naturel – et contigu – du droit des traités (écrits) mais également dans celui fort agité des conflits territoriaux (terrestres et maritimes). Ceci ne doit pas nous étonner outre-mesure puisque la variété des formes d'engagements internationaux est assurément une des spécificités qui font toute la beauté de notre science. Le juriste se trouve ainsi confronté à une palette bigarrée de manifestations de volonté des États que l'on ne peut parfois que très difficilement étendre sur le lit de Procuste de l'internationaliste.<sup>1</sup>

### 2. *Notion: la polyphonie de la volonté des États*

La doctrine ainsi que la jurisprudence internationale ont longuement débattu sur la question des formes qu'un accord international doit assumer pour qu'il puisse déployer les effets juridiques qui sont les siens dans l'ordre international. La Commission du Droit International (CDI), lors de ses travaux sur la codification du droit des traités, aboutissant à la future Convention de Vienne de 1969 (CVDT 1969), dut

\* Professeur, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

<sup>1</sup> P Reuter, *Introduction au droit des traités* (2e éd., PUF 1985) 20, par 28.



précisément prendre position à cet égard. Elle réserva la dénomination de traité aux seuls ‘accords internationaux en forme écrite’,<sup>2</sup> tout en admettant cependant que les ‘accords verbaux ou tacites’ possédaient une valeur juridique et étaient ‘régis par des règles constituant le droit des traités’,<sup>3</sup> mais manifestement pas les mêmes que celles reflétées dans la CVDT 1969. Partant, même des traités non écrits, comme les accords tacites, sont censés créer des droits et obligations à l’encontre des sujets de droit international,<sup>4</sup> car, nonobstant les ‘vertus probatoires de l’écrit’,<sup>5</sup> ‘aucune loi ne prescrit une forme spéciale pour les conventions entre Etats indépendants’.<sup>6</sup> En effet, ce qui compte, au-delà<sup>7</sup> (et en dépit) des formes par lesquelles s’exprime la volonté des Etats, c’est que les Etats aient voulu s’engager en droit (international) en créant des droits et des obligations. Le fondement du caractère obligatoire des accords tacites réside à l’instar de tout autre engagement, quelque soit sa forme,<sup>8</sup> sur la *bona fides*,<sup>9</sup> la confiance dans les relations internationales entre Etats.

<sup>2</sup> Commentaire à l’art 2 [1966] Annuaire CDI, vol II, 205. Voir aussi l’art 2 de la Convention de La Havane du 20 février 1928 sur le droit des traités (codification régionale): ‘The written form is an essential condition of treaties’; ou encore l’art 5 du Projet d’articles sur le droit des traités de Harvard Research (1935) 29 *AJIL* supp 690. De même, dans la doctrine: S Romano, *Corso di diritto internazionale* (3a edn, CEDAM 1933) 256; P A Sereni, *Diritto internazionale*, vol 3 (Giuffrè 1963) 1383.

<sup>3</sup> Annuaire CDI (n 2) 207.

<sup>4</sup> ‘Un accordo fra Stati, in lato senso, può costituirsi con efficacia giuridicamente obbligatoria qualunque sia il modo di manifestazione della loro volontà’, D Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (4a edn, CEDAM 1964) 311. De même: M Decleva, *Gli accordi taciti internazionali* (CEDAM 1957) 5-21.

<sup>5</sup> Ph Gautier, ‘Article 2 – Convention de 1969’ in O Corten and P Klein (eds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article* (Bruxelles 2006) 53. De même: S B Crandall, *Treaties. Their Making and Enforcement* (2nd edn, Washington 1916) 5, par 6; WE Hall, *International Law* (8th edn, Clarendon Press 1924) 383, par 109.

<sup>6</sup> Affaire de l’Ile de Lamu (Allemagne/Grande-Bretagne), sentence rendue en avril 1889, *Pasicrisie internationale* (Stämpfli 1902) 337; *Essais nucléaires (Australie c France)*, (arrêt du 20 décembre 1974) [1974] CIJ Recueil 267-268, par 45. Presque *verbatim*: *Temple de Préah Vihear (Cambodge c Thaïlande)* (arrêt du 26 mai 1961 – exceptions préliminaires) [1961] CIJ Recueil 31.

<sup>7</sup> Hall (n 5) loc. cit.

<sup>8</sup> *Essais nucléaires* (n 6) 268, par 46.

<sup>9</sup> Réplique danoise dans l’affaire du Statut juridique du Groenland oriental, CPJI, Série C 63, 856.



Vattel avait correctement appréhendé<sup>10</sup> la question des modalités de l'expression du consentement des Etats comme source de droits et obligations conventionnels en les termes suivants: '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'.<sup>11</sup> En conséquence, la volonté des Etats, visant à produire des effets de droit par leur rencontre, doit s'extérioriser de manière à ce qu'elle puisse être appréhendée et prouvée. La parole – qu'elle soit consignée dans un texte écrit ou exprimée oralement – n'est que l'un des moyens de cette extériorisation qui peut dès lors prendre d'autres formes tout aussi contraignantes et efficaces à cet effet; paroles, signes et comportements concluants des Etats constituent donc autant de véhicules de transmission de la volonté des Etats reconnus comme tels par le droit des gens. Dans son sillage, De Martens, établit un tryptique de la volonté normatrice en droit international: 'La base de ces obligations positives est donc la volonté des peuples. Cette volonté peut être: 1° *expressément* déclarée par des paroles ou par des signes substitués aux paroles [donc traités écrits ou oraux]; 2° *tacitement*, par des actes qui, sans être substitués aux paroles [exprimées, on le répète, par écrit ou oralement], suffisent pour faire preuve d'un consentement obligatoire; 3° ou *présumée*, par l'uniformité des actes qui ont eu lieu jusqu'ici dans des cas semblables. De là une triple source de droit des gens positif: les *conventions expresses*, les *conventions tacites*, l'*observation* ou l'*usage*'.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Déjà auparavant Grotius (*Le droit de la guerre et de la paix* (Amsterdam 1625), livre III, ch XXIV, 832, par 1) avait nettement affirmé que 'le consentement, de quelque manière qu'il soit indiqué et accepté, a la vertu de transférer un droit. Or, il y a d'autres signes de consentement que les paroles et l'écriture [...] Quelques-uns sont naturellement renfermés dans l'acte [c'est-à-dire les comportements concluants]'.

<sup>11</sup> E de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (Londres 1758), livre II, ch XV, 443, par 234.

<sup>12</sup> GF De Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, vol 1 (2e éd., Guillaumin & Cie 1864) 154, par 46. Le juriste russe y ajouta ainsi la coutume, conçue, dans la mouvance grotienne et vattélienne comme un accord tacite. De même: F von Liszt, *Le droit international. Exposé systématique* (Pedone 1913) 176, par 20.II.2; G Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico* (8a edn, Giuffrè 1962) 285; P Fauchille (n 14), loc cit; J De Louter, *Droit international public positif*, vol 1 (Londres 1920) 474.

Le *negotium*, à savoir le ‘accord of will’,<sup>13</sup> l’emporte sur toute autre considération de forme,<sup>14</sup> puisque c’est lui qui cristallise la rencontre de volontés à l’origine des droits et obligations conventionnels. C’est seulement donc dans le cas de figure spécifique d’un traité écrit que l’*instrumentum*, à savoir le texte écrit<sup>15</sup> dans lequel il y est ‘consigné’ (Article 2(1) a) CVDT 1969), devient quintessentiel au *negotium* dans la mesure où il est le moyen de transmission de la volonté des Etats.<sup>16</sup> Dans le cas de l’accord tacite, des pièces écrites voire des témoignages oraux peuvent prouver (*evidence*) le *negotium* qui découle des comportements concluants des Etats; dans le cas des traités écrits le *negotium* s’incarne dans l’*instrumentum*; dans le cas du traité oral, le *negotium* est exprimé verbalement et peut être enregistré dans un *instrumentum* voire rapporté dans un texte (d’habitude non signé), mais qui n’est pas, contrairement au traité écrit, consubstantiel à celui-ci.

Or, tout acte juridique conventionnel, écrit ou oral, explicite ou tacite, réel ou présumé, doit posséder, même dans un système juridique aussi peu formaliste<sup>17</sup> que celui international, une certaine *forme* aussi rudimentaire soit-elle susceptible de véhiculer l’‘accord des volontés’.<sup>18</sup> Or, à ce sujet, la ‘pratique internationale ... est partagée entre deux nécessités contradictoires: celle de faire respecter la bonne foi et la sécurité juridique et ainsi de rester fidèle au caractère général du droit international, qui est d’être aussi peu formaliste que possible, et celle

<sup>13</sup> H Kelsen, *Principles of International Law* (Rinehart & Company 1952) 317.

<sup>14</sup> F von Liszt (n 12) 177, par 20.II.4. De même: L Oppenheim, *International Law, A Treatise*, vol 2 (2nd edn, Longman 1912) 550, par 507; C D Bluntschli, *Le droit international codifié* (Guillaumin 1870) art 419; P Fauchille, *Traité de droit international public* vol 1 (8e éd., Rousseau 1922) par 818(1).

<sup>15</sup> Comme il a été adroitement observé: le texte d’un traité écrit est donc un ‘instrument constatant un accord’ conclu entre Etats (ou autres sujets de DIP), Ph Gautier (n 5) 54.

<sup>16</sup> La CIJ se penche sur les liens intimes et uniques entre texte d’un traité écrit (*instrumentum*) et la volonté concordante des Parties (*negotium*) dans l’*Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c Bahreïn)* (arrêt du 1er juillet 1994 – compétence et recevabilité) [1994] *CIJ Recueil* 121, par 25: ‘[Le procès – verbal d’une négociation] ne se borne pas à relater des discussions et à résumer des points d’accord et de désaccord. Il 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’ (italiques ajoutées).

<sup>17</sup> D Anzilotti (n 4) 310; PA Sereni (n 2) 1384.

<sup>18</sup> *Affaire de l’Ile de Lamu* (n 6) 337.



d'entourer les engagements conventionnels d'un minimum de certitude, sinon de solennité'.<sup>19</sup>

A cet effet, il a été donc justement observé que 'tout traité a une 'forme' c'est-à-dire se traduit par des signes sensibles qui permettent de l'appréhender'.<sup>20</sup> Comme nous le verrons plus loin, ces 'signes'<sup>21</sup> peuvent être à tour de rôle: des paroles (pour les traités écrits et les accords oraux), des symboles (comme des drapeaux<sup>22</sup> ou encore 'en faisant battre la chamade'<sup>23</sup>) ou encore des faits et comportements concluants (pour les accords tacites précisément).<sup>24</sup> Dans ce dernier cas de figure, partant, un accord tacite<sup>25</sup> peut bel bien résulter de comportements concluants des Etats,<sup>26</sup> comme la Cour internationale de Justice l'a clairement établi, bien avant l'affaire de la délimitation entre le Pérou et le Chili, dans la fameuse affaire du *Temple de Préah Vibéar*: 'Les deux parties ont par leur conduite reconnu la ligne et, par là même, elles sont effectivement convenues de la considérer comme étant la frontière'.<sup>27</sup>

Or, à l'instar de la preuve de l'*opinio iuris* dans l'établissement de la règle coutumière internationale, ces comportements peuvent se concrétiser non seulement dans la sphère des relations internationales<sup>28</sup> mais également dans l'ordre interne des Etats concernés.<sup>29</sup> Ces actes internes, adoptés par l'Etat pour donner suite à l'accord tacite (international), peuvent donc être configurés comme des faits concluants prouvant dès

<sup>19</sup> P Reuter (n 1) 34, par 67.

<sup>20</sup> P Reuter, 'Traité et transactions. Réflexions sur l'identification de certains engagements conventionnels' in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol 1 (Giuffrè 1987) 402.

<sup>21</sup> H Kelsen (n 13) 317. De même: CD Bluntschli (n 14) art 422; G Grafton Wilson, *Handbook of International Law* (3rd edn, St Paul 1939) 204.

<sup>22</sup> Comme par exemple: 'the exhibition of white flags by both of two hostile armies establishes a truce' lors d'un conflit armé (Hall (n 7) 384). De même: L Oppenheim (n 14), 551, par 507.

<sup>23</sup> G F De Martens (n 12) 190, par 65.

<sup>24</sup> P Fiore, *Il diritto internazionale codificato* (4a edn, UTET 1909) 319, art 728; M Decleva (n 4) 22-74.

<sup>25</sup> 'Tacit declaration of will', Customs House case, German Reichsgericht (12 May 1922) 1 ILR, case n 41, 69.

<sup>26</sup> R Monaco, C Curti Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico* (3a edn, UTET 2009) 136.

<sup>27</sup> *Affaire du Temple de Préah Vibéar (Cambodge c Thaïlande)* (Fond, Arrêt du 15 juin 1962) [1962] CIJ Recueil 33.

<sup>28</sup> P Fiore (n 24) 373, art 914.

<sup>29</sup> R Phillimore (n 38) vol I (Part I), ch II, 54, par 55.

lors son existence. C'est ainsi que peut être lue l'affirmation de la Cour Permanente de Justice Internationale: 'L'accord de volontés, ainsi traduit par le manifeste [de la Royale Chambre des Comptes de Sardaigne] du 9 septembre 1829, confère à la délimitation de la zone de Saint-Gingolph un caractère conventionnel que doit respecter la France, comme ayant succédé à la Sardaigne dans la souveraineté sur ledit territoire'.<sup>30</sup>

### 3. *Les faux-amis et les notions voisines de l'accord tacite*<sup>31</sup>

#### a) *Les traités oraux ou par signes*

Le droit international admet la catégorie des traités oraux, c'est-à-dire d'accords dont le texte est exprimé et agréé de vive voix par des plénipotentiaires étatiques; la CVDT 1969 elle-même les mentionne pour les exclure de son champ d'application. La doctrine<sup>32</sup> est unanime à l'unisson d'une pratique étatique et jurisprudentielle<sup>33</sup> – surtout ancienne<sup>34</sup> – convergente.<sup>35</sup> Les accords verbaux, néanmoins, ne doivent

<sup>30</sup> CPJI, *Affaire des Zones Franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex (France v Suisse)* (arrêt du 7 juin 1932) Série A/B 46, 145.

<sup>31</sup> '[C]hacune de ces constructions intellectuelles est plus ou moins bien adaptée aux circonstances d'une affaire déterminée; les agents et les conseils le perçoivent bien et les tribunaux internationaux encore davantage. C'est sans doute ce qui peut expliquer que dans certains cas on se place davantage sur le plan des sources, invoquant soit une coutume locale, soit un accord tacite, soit même la valeur d'un acte unilatéral, dans d'autres sur celui de la prescription ou de la consolidation du titre, dans d'autres encore sur celui de l'estoppel ou de l'acquiescement', P Reuter, note 1, par 66 note (p. 48).

<sup>32</sup> GF De Martens (n 12) vol 1, 189, par 65; A-F Frangulis, *Théorie et pratique des traités internationaux* (1935) 34; P Reuter (n 1) 25, par 42; R Monaco, C Curti Gialdino, (n 26) 136 (selon lesquels les principes généraux codifiés par la CVDT 1969 pourraient s'appliquer par analogie aux accords oraux); R Jennings, A Watts (eds), *Oppenheim's International Law* (9th edn, Longman 1992) 1201, par 582 et 1207 par 585; A Mc Nair, *The Law of Treaties* (Clarendon Press 1961) 7-8;

<sup>33</sup> *Affaire de l'Île de Lamu* (n 6) 337-338.

<sup>34</sup> La doctrine fait remonter la trace la plus ancienne d'un traité oral à l'accord d'alliance militaire conclu à Pilau le 10 juin 1697 entre Pierre le Grand (Russie) et Frédéric III (grand électeur de Brandebourg): F de Martens, *Recueil des Traités et Conventions conclus par la Russie avec les Puissances étrangères* (St Pétersbourg 1885) tome V, n 181, 39-52.

<sup>35</sup> Un tribunal états-unien est même parvenu à configurer un accord oral dans une 'telephone call' entre les garde-côtes de ce pays et le gouvernement hondurien, suffisant



guère être confondus avec les accords tacites dans la mesure où dans les premiers la volonté est exprimée verbalement alors que dans les seconds elle exprimée de manière tacite, c'est-à-dire implicitement déduite des comportements effectifs ou 'matériels'<sup>36</sup> des Etats.<sup>37</sup>

Toutefois, que l'accord soit donc oral ou tacite, l'effectivité de l'expression du consentement à être lié par le traité (Article 11 CVDT 1969) doit être prouvée. En effet, comme il a été judicieusement observé: '[m]ere suppositions and conjectures raise, at the utmost, a *probability*, but can constitute no *certain* fact between nations. The *consensus fictus* of Civil Law is unknown to International Jurisprudence'.<sup>38</sup> Car la présomption d'un consentement intervient précisément là où il n'y a pas la preuve qu'il ait été réellement exprimé,<sup>39</sup> la preuve de l'engagement conventionnel constitue dès lors une question fondamentale, voire existentielle,<sup>40</sup> 'un Etat ne [pouvant], dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement'.<sup>41</sup> Les deux catégories d'accords internationaux partagent en effet la même difficulté – la preuve – et de ce fait mettent mal à l'aise une partie de la doctrine davantage soucieuse de la forme que du fond.

En règle générale, la preuve d'un accord oral peut être recherchée dans les minutes ou encore dans un procès-verbal,<sup>42</sup> voire même dans

donc pour établir un 'informal agreement', U.S. v Gonzalez, U.S. Court of Appeals (1 November 1985) (1986) 80 AJIL 653.

<sup>36</sup> P-M Dupuy, *Droit international public* (5e edn, Dalloz 2000) 246, par 238.

<sup>37</sup> *Contra*: F Mosconi, *La formazione dei trattati* (Giuffrè 1986) 24, 32-36.

<sup>38</sup> R Phillimore, *Commentaries upon International Law*, vol. 2 (3rd edn, Butterworths 1879) 78, par 50.

<sup>39</sup> Dans un autre domaine du DIP, celui de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, on observe que le consentement 'doit être effectivement exprimé par l'Etat et ne peut être simplement présumé au motif que l'Etat aurait donné son consentement si on le lui avait demandé', Commentaire de la CDI à l'art 20 (Consentement) de son Projet d'articles de 2001 ('Rapport de la Commission du droit international. Cinquante-troisième Session' (23 avril – 1er juin et 2 juillet – 19 août 2001) UN Doc A/56/10, 187).

<sup>40</sup> M Giuliano, T Scovazzi, T Treves, *Diritto internazionale*, vol 1 (2 edn, Giuffrè 1983) 359.

<sup>41</sup> *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (avis consultatif du 28 mai 1951) [1951] CIJ Recueil 21.

<sup>42</sup> Il ne faut pas du tout confondre ce cas de figure avec l'exemple de procès-verbal dont la CIJ avait affirmé le caractère de traité (écrit) dans l'affaire Qatar/Bahréïn (n 16). Ici le *negotium* s'incarne dans le texte écrit qui en est dès lors *l'instrumentum*, alors que toute preuve écrite d'un accord oral n'est qu'un parmi les différents éléments proba-

des témoignages.<sup>43</sup> Dans tous ces cas, ces textes<sup>44</sup> – voire des enregistrements du texte exprimé oralement par le représentant de l'Etat – ne constituent que la preuve documentaire d'un accord oral, à la différence des traités écrits où le texte est consubstantiel à la source des droits et obligations conventionnels. En revanche, pour les accords tacites, une multitude hétéroclite de preuves peuvent être alléguées à cette fin pourvu qu'elles révèlent son effective existence, un peu à l'instar de la preuve de la règle coutumière,<sup>45</sup> où la question de son existence est inextricablement liée à celle de son contenu. 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.<sup>46</sup> Pour les accords oraux, au contraire, le contenu de l'accord (*negotium*) est exprimé – quoique verbalement – et seul la preuve de son existence doit être apportée. Il en va de même pour les traités conclus par des signes, car dans ce dernier cas le consentement est exprimé – à l'instar des traités verbaux – 'tout aussi *expressément* qu'on pourrait le faire de vive voix'.<sup>47</sup> Les deux catégories de traités (oraux et par signes) se distinguent ainsi des accords tacites dans la mesure où dans ce dernier cas, le consentement se manifeste par des comportements effectifs et réellement concrétisés par les Etats. Enfin, si on voulait rapprocher les ac-

teurs. Dans le premier cas, donc, le texte du traité s'exprime et est 'consigné' (art 2(1) a) CVDT 1969) dans un texte écrit qui cristallise ainsi sa conclusion, cependant que dans le second le texte n'incarne pas le consentement des Parties, mais se borne à en fournir l'existence. Il est donc aisé de souscrire à l'affirmation (Ph Gautier, note 5, 56) selon laquelle la 'frontière est mince entre un accord écrit et un accord verbal' dont la preuve serait écrite. Voir aussi (n 15).

<sup>43</sup> 'The fact of the agreement might be established by witnesses if any are available', J W Garner, 'The International binding force of unilateral oral declarations' (1933) 27 AJIL 497.

<sup>44</sup> Les Parties s'empressent en effet à rédiger ultérieurement un écrit qui en reproduit la substance (aide-mémoire, memorandum, etc.) qui n'est généralement pas signé.

<sup>45</sup> G Sperduti, 'Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale' (1961) 44 Rivista di Diritto Internazionale 3-15.

<sup>46</sup> Cette difficulté ultérieure a apparue avec toute son acuité dans l'affaire Pérou/Chili (*infra* 3.b) précisément là où il était question de déterminer l'étendue spatiale de l'accord tacite visant la délimitation des espaces maritimes entre ces deux Etats: *Différend maritime (Pérou c Chili)* (arrêt du 27 janvier 2014) disponible sur <www.icj-cij.org>.

<sup>47</sup> E de Vattel (n 11) 444. Contrairement à Grotius (n 10) Livre III, ch XXIV, 832, par 1.



cords tacites d'une part et les accords par 'signes' d'autre part on pourrait avancer que le *silence*, à la charnière entre les deux, s'exprime par la gestualité *lato sensu*.

b) *Promesse unilatérale*

La doctrine a, dans le sillage notamment des affaires *Lamu*<sup>48</sup> et *Groenland oriental*<sup>49</sup>, flirté parfois avec la notion de la promesse unilatérale (orale ou écrite) pour la rapprocher des accords tacites. Or, s'il est vrai que le 'caractère obligatoire d'un engagement international', qu'il soit donc unilatéral ou conventionnel, repose sur la 'bonne foi',<sup>50</sup> il n'en est pas moins vrai qu'au moins une différence fondamentale entre les deux catégories d'engagements s'érige irrémédiablement entre elles.<sup>51</sup> La Cour internationale de Justice saisit l'occasion en 1974 pour conceptualiser nettement l'acte unilatéral, tâche amorcée en 1933 par sa devancière dans l'affaire du Groenland oriental:<sup>52</sup> 'aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, *non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé*'. La promesse faite par un Etat a donc créé des attentes légitimes auprès des autres Etats de sorte que son auteur est 'désormais tenu en droit de suivre une ligne conforme à sa déclaration',<sup>53</sup> la bonne foi exigeant précisément ceci de lui.

<sup>48</sup> *Affaire de l'Île de Lamu* (n 6) 337 ('pour transformer cette intention en une promesse unilatérale valant convention, l'accord des volontés...').

<sup>49</sup> Réplique de M. De Visscher (Danemark) dans l'affaire du Statut juridique du Groenland oriental, CPJI, Série C 66, 3455.

<sup>50</sup> *Essais nucléaires* (n 6) 268, par 46.

<sup>51</sup> S Carbone, *Promessa e affidamento nel diritto internazionale* (Giuffrè 1967) 73-80. De même: P Fiore (n 24) 373, arts 914-915; A McNair, *The Law of Treaties: British Practice and Opinions* (Columbia UP 1938) 47; G Balladore Pallieri (n 12) 285.

<sup>52</sup> La Cour semble configurer la déclaration du MAE norvégien, M. Ihlen, comme une promesse unilatérale, CPJI, Série A/B 53, 71. *Contra*: l'opinion dissidente du juge Anzilotti qui y voit un accord en 'forme verbale' (ibid 91). Il convient de souligner cependant que le Danemark avait judicieusement oscillé entre les deux catégories d'engagement lorsque il avait évoqué un accord de volontés 'manifesté par la promesse expresse l'une des Parties jointe à l'acceptation de l'autre' (CPJI, Série C 67, Réplique de M. Ch De Visscher, 3454).

<sup>53</sup> *Essais nucléaires* (n 6) 267, par 43 (italiques ajoutées).

En conséquence, à moins de vouloir encadrer à tout prix la promesse unilatérale dans un accord constitué par deux actes unilatéraux diachroniques – comme le prétendit le juge Anzilotti dans l'affaire du Groenland oriental – ou encore d'y voir un acte juridique complexe comme semble l'envisager Reuter,<sup>54</sup> il importe de maintenir distinctes ces deux figures juridiques d'expression du consentement en soulignant le caractère authentiquement unilatéral de la promesse.

c) *Comportements non volitifs des Etats*:<sup>55</sup> *l'acquiescement*

L'acquiescement<sup>56</sup> doit figurer d'entrée de jeu dans toute liste destinée à énumérer les faux amis de l'accord tacite. Si par acquiescement on 'entend le silence qui a été observé à propos d'une revendication juridique par un autre sujet de droit et qui a pour effet que, selon le principe de la bonne foi, cette attitude passive ne peut être interprétée que comme constituant une reconnaissance tacite',<sup>57</sup> alors l'accord tacite lui ressemble beaucoup presque à s'y méprendre. Toutefois, même si les conséquences pratiques d'une telle distinction sont minimes, voire peut-être inexistantes,<sup>58</sup> il n'empêche que les deux concepts<sup>59</sup> trahissent deux

<sup>54</sup> P Reuter (n 1) 100-101, par 174.

<sup>55</sup> A cet égard, voir l'article précurseur de: Ph Cahier, 'Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations', in *Recueil de droit international en hommage à Paul Guggenbeim* (Georg 1968), 237-265.

<sup>56</sup> L'acquiescement, qui présuppose la connaissance, est partant le 'silence circonstancié' ('qualifiziertes Stillschweigen'), à savoir le silence du sujet qui connaît à la fois la réalité factuelle et le régime juridique s'y rapportant mais qui ne réagit pas alors que 'loqui debuisset ac potuisset' (*Temple de Préah Vibéar* (n 27)). Il s'agit donc d'un silence 'étourdissant' par le message qu'il transmet aux autres sujets, en raison des circonstances particulières – appelant une réponse – dans lesquelles il se manifeste (*Georgia v South Carolina*, US Supreme Court (25 June 1990) 91 I.L.R. 449).

<sup>57</sup> *Canton du Valais c Canton du Tessin*, Tribunal fédéral (arrêt du 2 juillet 1980) (1981) 37 *Annuaire Suisse de Droit International* 233.

<sup>58</sup> 'This identity of effects eliminates the practical consequences of the doctrinal divergence between the partisans of the theory according to which acquiescence is equivalent to tacit consent', *Case concerning the Interpretation of the Air Transport Services Agreements between the United States of America and France* (award of 22 December 1963) 16 RIAA 63. En effet, quelle que soit la construction conceptuelle retenue, aussi bien l'accord tacite que l'acquiescement peuvent 'modifier un titre conventionnel' pré-existant (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c Nigéria; Guinée équatoriale intervenant)* (arrêt du 10 octobre 2002) [2002] CIJ Recueil 353, par 68; de même, auparavant: *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*



visions diamétralement différentes en ce qui concerne la création de droits et d'obligations: l'acquiescement est une inaction face à une revendication d'un autre sujet de droit, alors que l'accord tacite est une 'rencontre de volontés' établie par des comportements concluants. Dans un cas, l'acquiescement, c'est *l'attitude*, configurée comme un acte non volitif, donc un fait juridique plutôt qu'un acte juridique, alors que le second, l'accord tacite, appartient de plein droit à la catégorie des actes juridiques conventionnels. Certes, si l'on construit le silence comme une manifestation tacite de volonté, alors on peut le considérer comme un élément constitutif (passif) d'un accord tacite. Mais on peut tout aussi bien – en réfutant la construction volontariste – considérer l'acquiescement comme un élément de la pratique des Etats prouvant *l'opinio iuris*.<sup>60</sup> Si tel est le cas, ceci peut avoir en aval des conséquences au niveau probatoire car il semblerait, du moins dans le sillage de l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, que la preuve d'une coutume bilatérale soit moins ardue que celle devant étayer un accord tacite.<sup>61</sup>

Enfin, il convient d'observer *in limine litis* que la science juridique en droit international fait appel,<sup>62</sup> afin d'appréhender les comportements des Etats, à d'autres catégories normatives, tels *l'estoppel*, le *modus vivendi*,<sup>63</sup> etc. qui ont été de temps à autre rapprochées, voire amal-

(*El Salvador c Honduras; Nicaragua intervenant*) (arrêt du 11 septembre 1992) [1992] CIJ Recueil 408-409, par 80. Voir aussi *infra* notes 67 et 85.

<sup>59</sup> P Reuter (n 1) 34, par 66.

<sup>60</sup> Voir entre autres: G Sperduti (n 45).

<sup>61</sup> Voir à cet égard: F Francioni, 'La consuetudine locale nel diritto internazionale' (1971) 54 *Rivista di Diritto Internazionale* 396-422.

<sup>62</sup> Dans l'affaire du Golfe du Maine, la Chambre de la CIJ passe en effet en revue la plupart de ces différents outils permettant au juriste de cerner les comportements des Etats et d'en faire découler des effets juridiques: *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada c Etats-Unis d'Amérique)* (arrêt du 12 octobre 1984) [1984] CIJ Recueil 309-312, par 144-154.

<sup>63</sup> Sans nullement prétendre à analyser cette figure juridique, il convient cependant préciser que cette notion – de par sa nature même – ne peut aucunement expliquer la création, la modification ou l'extinction de droits entre sujets de droit international public: 'As the name indicates a *modus vivendi* is in its nature a temporary or working arrangement made in order to bridge over some difficulty pending a permanent settlement', J.B Moore, cited in CC Hyde, *International Law* vol 2 (2nd edn, Boston 1947) 1146.

gamées avec l'accord tacite. Toutefois, eu égard aux finalités limitées de la présente investigation, nous ne les examinerons pas ici.<sup>64</sup>

#### 4. Domaines d'applications (naturels) privilégiés de l'accord tacite

##### a) Droit des traités

Tout naturellement la forme tacite d'expression de la volonté trouve son terrain de prédilection en droit des traités (écrits) où il se manifeste de plusieurs façons différentes: modification ou extinction, ratification,<sup>65</sup> renouvellement,<sup>66</sup> perte du droit (Article 45 b) CVDT 1969),<sup>67</sup> acceptation de la revendication d'un autre Etat partie dans le cadre de la procédure relative à la mise en oeuvre de la Partie V (Article 65(2) CVDT 1969), acceptation d'une réserve (Article 20(5) CVDT 1969),

<sup>64</sup> Au sujet du rôle que ces notions jouent dans le contentieux territorial, voir G Dis-  
tefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité* (Pédone 2002), 201-209, 236-  
244.

<sup>65</sup> La question épineuse de la ratification tacite a été abordée par la CIJ qui observa  
que lorsque le traité en question prévoit 'l'accomplissement de certaines formalités ...  
on ne saurait présumer à la légère qu'un Etat n'ayant pas accompli ces formalités, alors  
qu'il était à tout moment en mesure et en droit de le faire, n'en est pas moins tenu d'une  
autre façon', à savoir par son comportement consistant par exemple à revendiquer un  
droit contenu dans le traité ou en accédant à une prétention formulée par un Etat partie  
basée dans le traité (*Plateau continental de la mer du Nord (République Fédérale  
d'Allemagne c Danemark)* (arrêt du 20 février 1969) [1969] CIJ Recueil 26, par 28). La  
doctrine – surtout ancienne – penchait probablement pour davantage de souplesse.  
Voir entre autres: 'Tacit ratification takes place when a State begins the execution of a  
treaty without expressly ratifying it', L Oppenheim (n 14) 557, par 515. Jadis et dans la  
même veine, Gentili avait observé: 'You will say that a treaty is ratified in fact, as in the  
case of private agreements' lorsque par exemple 'the fruit of the benefit of the treaty is  
enjoyed', *De iure Belli Libri Tres* (1612), translated from Latin (London 1933), Livre III,  
ch XIV, 365, par 598. Dans une affaire plus ancienne, un tribunal arbitral avait envisagé  
la possibilité d'une ratification tacite: *Sentence and Award of the arbitrator in the matter  
of the Chili and Peru alliance* (7 April 1875) *Pasicrisie internationale* (Stämpfli 1902)  
158-160.

<sup>66</sup> M Decleva (n 4) 81-82.

<sup>67</sup> Comme il a été observé par la Commission dans son commentaire: 'il n'est pas  
permis à l'Etat en question d'adopter, sur le plan juridique, une attitude incompatible  
avec celle que son comportement antérieur doit avoir porté les autres parties à lui prêter  
à l'égard de la validité du traité ou de son maintien en vigueur ou en application'  
([1966] *Annuaire CDI*, vol II, 252). La CDI préféra explicitement ne pas recourir au  
concept de l'*estoppel*.



traités créant des droits pour les Etats tiers (Article 36(1) CVDT 1969),<sup>68</sup> traités établissant des situations objectives,<sup>69</sup> abrogation tacite d'un traité du fait de son incompatibilité avec un traité postérieur (Article 59 (1) b)),<sup>70</sup> etc. Dans tous ces cas, des comportements concluants des Etats se rapportent à un acte juridique conventionnel précédent pour créer, modifier et éteindre des droits et des obligations conformément au droit des traités (écrits). En d'autres termes, le consentement tacite ne survient pas pour engendrer des droits et des obligations en parfait isolement, mais en revanche il se greffe sur un traité écrit en dialoguant avec lui. Les effets juridiques de l'accord tacite sont donc envisagés et régis par le droit des traités.

Eu égard à la finalité circonscrite de la présente contribution, nous nous bornerons à examiner la question de la pratique subséquente conduisant à un accord tacite modificatif ou extinctif d'un traité (écrit);<sup>71</sup> par cette formule on entend la pratique applicative par les Parties d'un traité (écrit) qui peut dès lors avoir des effets interprétatifs (Article 31(2) b) CVDT 1969) ainsi que modificatifs voire extinctifs.<sup>72</sup> Alors que la première catégorie d'effets juridiques n'est aujourd'hui nullement contestée,<sup>73</sup> les deux derniers types de conséquences juridiques d'un ac-

<sup>68</sup> P Reuter (n 1) 95, par 164.

<sup>69</sup> *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies* (avis consultatif du 11 avril 1949) [1949] CIJ Recueil 185. Certains auteurs n'hésitent pas à fonder le caractère obligatoire de ces traités à l'égard des tiers sur leur adhésion tacite (Commentaire de la CDI au futur art 38 CVDT 1969 [1966] Annuaire CDI, vol II, 251-252); P Reuter, (n 1) 104, par 176.

<sup>70</sup> 'Mais il est généralement admis que, à côté de l'abrogation expresse, il y a aussi une abrogation tacite, résultant du fait que les dispositions nouvelles sont incompatibles avec les dispositions antérieures, ou que toute la matière qui formait l'objet de ces dernières se trouve désormais réglée par les nouvelles dispositions', opinion dissidente du juge Anzilotti jointe à l'arrêt de la CPJI dans l'affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (CPJI, Série A/B, n 77, 92). De même: *Russian-German Commercial Treaty Case* (German Reichsgericht, décision du 23 mai 1925) (1925-1926) 3 ILR 355.

<sup>71</sup> *Oppenheim's International Law* (n 32) 1254, par 624, selon lesquels aussi bien les accords oraux que ceux tacites sont susceptibles de modifier les traités écrits.

<sup>72</sup> PA Sereni (n 2) vol I, 123 (qui distingue correctement ce phénomène de la 'désuétude'). Il faut également distinguer l'abrogation tacite d'un traité par voie de pratique subséquente de l'abrogation tacite (ou implicite, voire impliquée) résultant de la conclusion par les Etats d'un traité *postérieur* incompatible avec un traité *antérieur* (*supra* (n 70)).

<sup>73</sup> Conclusion 7 du Texte des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés provisoirement par la

cord tacite sur un traité écrit agitent la doctrine en dépit d'une jurisprudence malgré tout relativement constante et uniforme. Il ne s'agit pas ici de rentrer dans les débats autour de cette question et encore moins de plonger dans ce que cet auteur a appelé la *Via Dolorosa* de l'Article 38 du Projet d'articles de la CDI ayant servi de base à la CVDT de 1969.<sup>74</sup> Nous nous bornerons plutôt à indiquer quelques éléments conceptuels de ce mode de modification<sup>75</sup> des traités internationaux à la lumière notamment de la pratique jurisprudentielle internationale. Or, la susmentionnée (défunte) disposition ('Modification des traités par une pratique ultérieure') était formulée en ces termes: 'Un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité'.<sup>76</sup> Cette proposition d'article, qui ne fut finalement pas retenue par la Conférence diplomatique à Vienne, envisageait,<sup>77</sup> comme les travaux préparatoires au sein de la CDI le démontrent clairement, la pratique subséquente comme 'preuve' d'un accord tacite portant modification d'un traité écrit. En d'autres termes, le comportement des Etats, *dans l'application du traité*, a comme effet de prouver leur 'dissentiment mutuel' (*mutuus dissensus*), c'est-à-dire l'opposé du 'consentement mutuel' à l'origine du traité. La plausibilité juridique de l'existence d'une telle procédure de modification des traités s'expliquerait par le souci d'adapter, par le truchement d'un processus très souple, la réalité normative aux changements de l'environnement factuel. Dans le but d'éviter la sénilité précoce des accords internationaux, la logique juridique reconnaîtrait à la pratique subséquente des Etats une valeur normatrice dans la mesure où elle accouche d'un accord tacite modificatif d'un traité écrit. Le dissentiment mutuel est déduit par l'interprète (par exemple, le juge) de l'analyse de la pratique

CDI, 'Rapport de la Commission du droit international. Soixante-sixième session' (5 mai – 6 juin et 7 juillet – 8 août 2014) UN Doc A/69/10, 184-193.

<sup>74</sup> G Distefano, 'La pratique subséquente des Etats parties à un traité' (1994) 40 *Annuaire Français de Droit International* 41-71.

<sup>75</sup> L'extinction semblerait aussi possible: G Distefano (n 74) 67-70.

<sup>76</sup> [1966] *Annuaire CDI*, vol. II, 257.

<sup>77</sup> Toutefois, comme l'indique le préambule de la CVDT 1969: 'les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans la présente Convention'; de ce fait, il n'est pas du tout impossible de considérer l'accord tacite – découlant de la pratique applicative d'un traité – comme une modalité de modification (et extinction) des traités écrits.



subséquente, certains *facta* ou *acta concludenti* lui permettant d'établir si effectivement le traité a été modifié. Au regard de la jurisprudence internationale, la cause célèbre est représentée par l'affaire concernant l'interprétation de l'accord des services aériens. Le Tribunal arbitral, présidé par Roberto Ago, fit valoir que la pratique subséquente – réalisée en l'espèce par des organes étatiques qui n'étaient pas investis du *treaty-making power* – est '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'<sup>78</sup> et déclara avoir relevé dans les comportements des Etats des faits aptes à créer un 'informal agreement'.<sup>79</sup> La pratique jurisprudentielle et étatique nous élargit une riche moisson de précédents. Il nous suffit ici d'en mentionner quelques-uns, en commençant par les exemples les plus significatifs non seulement parce qu'ils ont trait à la Charte des Nations Unies, mais aussi parce que dans tous ces cas, le traité en question prévoit bel et bien une procédure formelle pour son amendement. Tout d'abord l'Article 12 de la Charte des Nations Unies, disposition centrale dans l'aménagement des compétences respectives entre Conseil de sécurité et Assemblée générale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. La résolution 377 (V) de l'Assemblée générale, dite 'Uniting for Peace' (Union pour le maintien de la paix), et la pratique subséquente des organes concernés et des Etats membres ont tacitement modifié l'articulation des compétences entre l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité. La Cour internationale de Justice l'a bien constaté dans l'affaire du *Mur en Palestine*.<sup>80</sup> Deuxièmement, il est notoire que le texte de l'Article 27(3) de la Charte, relatif à la procédure de vote au sein du Conseil de sécurité, ne correspond plus à la véritable norme puisque l'abstention d'un membre permanent lors de l'adoption d'une résolution est calculé *dans les faits* comme une voix positive ('concurring vote') et ce contre toute possible acrobatie herméneutique de cette disposition permettant de réconcilier la lettre de l'article avec son contenu réel. Dans ce cas

<sup>78</sup> *Case concerning the Interpretation of the Air Transport Services Agreements* (n 58) 63.

<sup>79</sup> *ibid* 69. Voir aussi, jadis, et dans le même sens: *Emprunts serbes/brésiliens* (arrêt du 12 juillet 1929) CPJI, *Série A* 20/21, 38.

<sup>80</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (avis consultatif du 9 juillet 2004) [2004] CIJ Recueil 148-151, par 24-32.

aussi, fort heureusement, la Cour internationale de Justice, en constatant la modification tacite,<sup>81</sup> a contribué à dissiper tout doute. Troisièmement, il en va de même pour l'Article 42 de la Charte qui prévoit que le Conseil de sécurité, dans l'exercice de sa compétence principale relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales 'peut *entreprendre, au moyen de forces aérienne, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire...*'. Or, dans le dessein de mieux adhérer à la nouvelle réalité normative de cette disposition, le bout de phrase en italiques devrait être remplacé par le fragment suivant: 'autoriser tout Etat membre à utiliser tous les moyens nécessaires...'. Cette nouvelle pratique du Conseil de sécurité, qui n'a rencontré de résistances ni de la part des Etats membres ni de la part des autres organes de l'ONU, s'est mise en place dès 1990 par la résolution 678 (29 Novembre 1990). Il est aujourd'hui incontesté et incontestable que la délégation par le Conseil de sécurité de la mise en œuvre forcée de ses résolutions en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales est conforme à la Charte. Faut-il y voir autre chose qu'un accord tacite révélé par la pratique subséquente modificative des Etats – constituée à la fois par l'action des Etats membres du Conseil et l'approbation (quelle que soit sa forme) par les autres Etats membres de l'ONU? La doctrine, quant à elle, ne semble pas être insensible aux charmes du 'tacit mutual consent' modifiant un traité et découlant de sa pratique applicative.<sup>82</sup>

Il convient enfin de relever que ce n'est pas le temps qui éteint, modifie ou abroge mais c'est 'the presumption of a tacit agreement of the parties – or, alternatively, of an assent to or acceptance by each party of the non-application of the treaty by the other'.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats 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 du 2 juin 1971) [1971] CIJ Recueil 22, par 22.

<sup>82</sup> L. Oppenheim (n 14) 571, par 537; R. Monaco, C. Curti Gialdino (n 26) 177. Voir en général la note 99 (à p. 63) de notre article cité ci-dessus (n 74) ainsi que l'opinion dissidente du juge Ajibola jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire entre le Cameroun et le Nigéria (n 58) 556-561.

<sup>83</sup> G. Fitzmaurice 'Second Report on the Law of Treaties' [1957] YB ILC 48.



*b) Droit des conflits territoriaux (terrestres et maritimes)*

Un ensemble de comportements fait de renonciations tacites, d'actions et réactions, de revendications et de silences *ne se rapportant pas à un traité écrit préexistant* peut tout aussi bien engendrer un accord tacite porteurs de droits ou titres territoriaux.<sup>84</sup> Dans ce cas de figure, donc, un accord tacite peut 'découle[r] du comportement des Parties'<sup>85</sup> et fonder un titre territorial.

Or, le 'stringent test'<sup>86</sup> permettant d'établir un accord tacite de ce genre a été indiqué par la Cour dans les termes suivants: 'Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants. L'établissement d'une frontière maritime est une question de grande importance, et un accord ne doit pas être présumé facilement'.<sup>87</sup> La Cour réfuta dans cette affaire entre le Nicaragua et l'Honduras, l'existence d'une frontière maritime établie par accord tacite; toutefois, dans une affaire plus récente, elle déclara que 'il existe entre les Parties une frontière maritime unique agréé' reposant 'sur un accord tacite intervenu entre elles'.<sup>88</sup> La Cour ne sait pas 'quand ni par quels moyens cette frontière a été agréée', mais elle constate, d'une part, que l'accord tacite s'est coagulé (le verbe 'cristalliser' étant employé par la Cour plutôt pour indiquer le processus coutumier)<sup>89</sup> entre 1947 et 1954 et,

<sup>84</sup> 'Dans la pratique jurisprudentielle internationale, le comportement des Etats est grandement pris en compte. Le silence d'un Etat, son consentement, son acquiescement, sa renonciation, sa protestation, l'estoppel qui peut frapper ses actes, constituent des éléments importants dans la création ou l'extinction d'un titre sur un territoire', opinion dissidente collective des juges Bedjaoui, Koroma et Ranjeva jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c Bahreïn)* (fond, arrêt du 16 mars 2001) [2001] CIJ Recueil 168, par 69.

<sup>85</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c Singapour)* (arrêt du 23 mai 2008) [2008] CIJ Recueil 50, par 120. Dans le paragraphe suivant, cependant, la Cour fait aussitôt recours à la notion d'acquiescement.

<sup>86</sup> Opinion individuelle du juge Owada jointe l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Différend maritime* (n 46) par 12.

<sup>87</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c Honduras)* (arrêt du 8 octobre 2007) [2007] CIJ Recueil 735, par 253. Ce qui permet à la CIJ d'exclure tout naturellement une 'ligne à vocation spécifique, limitée' ou encore 'provisoire', telle que celle découlant d'un *modus vivendi*. Voir *supra* (n 63).

<sup>88</sup> *Différend maritime* (n 46) par 91 et 177.

<sup>89</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (n 65) 38, par 61.

d'autre part, qu'il découle d'un agrégat d'actes conventionnels et fait juridiques (comportements d'Etats) disparates qui tous convergent vers sa réalisation.<sup>90</sup> De surcroît, la conclusion de la Cour est corroborée par la logique juridique, en vertu de laquelle des traités postérieurs entre les Parties n'auraient pas pu être conclus en l'absence de cet accord tacite; ils présupposent donc nécessairement celui-ci.<sup>91</sup> L'indétermination temporelle doit-elle alors vraiment nous perturber? N'est-ce pas connaturel à la figure de l'accord tacite révélé par des comportements concluants? D'ailleurs, est-ce que cette même Cour avait-elle été plus précise – et pouvait-elle par ailleurs l'être – dans l'affaire du *Temple de Préah-Vihéar*?<sup>92</sup>

Quant à l'étendue territoriale (limite externe) de cette délimitation, quelques critiques ont été adressées à la CIJ, mais son raisonnement est cohérent par rapport à la nature même de l'accord tacite qui se fonde sur des effectivités et non sur une prétendue conception que les Parties pouvaient avoir des régimes des espaces maritimes de l'époque. La limite externe doit partant être définie à la lumière des intentions et finalités poursuivies par les Parties tout au long des leurs comportements divers.<sup>93</sup> Certes, la Cour avoue quelques 'incertitudes' au regard de la limite des 80 milles nautiques finalement arrêtée, mais elle estime, et la preuve du contraire peut difficilement être faite, qu'elle est supportée par 'des éléments de preuve qui lui ont été présentés'.<sup>94</sup> Concernant les éléments de preuve sur lesquels se base la Cour, il convient de relever que la Cour, en 2007, ne nous prodigue ni de critères précis ni, encore moins, de formule ou d'algorithme juridique susceptible d'établir l'existence d'un accord tacite.<sup>95</sup> Le silence de la Cour à cet égard ne nous doit pas trop surprendre dans la mesure où le caractère 'scientifique' du droit international ne dépend pas du recours aux méthodes

<sup>90</sup> *Différend maritime* (n 46) par 69, 91.

<sup>91</sup> *ibid* par 53, 100. De même: déclaration du juge Guillaume, par 8. *Contra*: opinion individuelle du juge Owada (par 12-21), opinion dissidente du juge Sebutinde (par 4-10).

<sup>92</sup> Voir *supra* (n 27).

<sup>93</sup> La surveillance par le Chili des espaces maritimes contestés (*ibid* par 126-129), l'absence de 'protestation de la part du Pérou' (par 147), le 'mémoire de Bakula' (par 136-142).

<sup>94</sup> *ibid* par 151. *Contra*: Déclaration du juge Donoghue.

<sup>95</sup> Les opinions dissidentes et individuelles jointes aux arrêts de 2007 et de 2014 ne nous éclairent pas davantage.



quantitatives des sciences exactes (*more geometrico*). Le droit, incarnant plutôt l'esprit de finesse ne s'embarrasse pas de ces 'brouilles'. En revanche, la Cour souligne la nécessité de prouver, de manière convaincante, que les Etats aient exprimé leur volonté à se lier en droit et qu'une rencontre de leurs consentements en ce sens ait eu lieu. Comme déjà relevé plus haut, ces comportements concluants (puisqu'ils concluent à l'émergence d'un accord) peuvent être recherchés aussi bien dans leur sphère d'activité interne qu'externe, ils peuvent assumer n'importe quelle forme et émaner de n'importe quel organe. Ces critères, si on peut les appeler ainsi, paraissent dès lors applicables dans tout domaine du droit international et ne sont guère exclusifs au droit international des espaces; ils appartiennent de ce fait à la boîte à outils de l'internationaliste généraliste.<sup>96</sup>

De surcroît, l'accord tacite a, non seulement délimité la frontière commune entre les Etats concernés (compétence exclusive conjointe), mais il a au même temps défini sa limite extérieure délimitant ainsi des espaces *res omnium*, représentant ainsi une sorte de revendication commune des deux Etats vis-à-vis de la Communauté internationale ('proclamation conjointe de souveraineté'<sup>97</sup>). La question de l'évolution du droit international a été en effet abordée par la Cour lorsqu'elle a pris acte du fait que 'les Parties ont tous deux reconnu que la revendication qu'elles avaient formulée dans la déclaration de Santiago de 1952 n'était pas conforme au droit international et ne pouvait pas être opposée aux Etats tiers, du moins pas à l'époque'.<sup>98</sup> Ceci produit au moins deux conséquences enchevêtrées l'une dans l'autre. *Primo*, comme déjà relevé, la conception par les deux parties du droit international de la mer ainsi que son évolution ne sont pas pertinentes aux fins de l'établissement de l'accord tacite et de son contenu. Une rencontre – tacite – de volontés peut ne pas être conforme au cadre juridique général mais ceci ne porte pas atteinte à son existence. *Secundo*, à la différence de l'affaire des Pêcheries de 1951, cette revendication commune ne rencontra ni d'abstention prolongée ni suscita la 'tolérance générale des Etats étrangers' ou de la 'communauté internationale'.<sup>99</sup> Dès

<sup>96</sup> G Distefano (n 64) 184-192.

<sup>97</sup> *ibid* par 55.

<sup>98</sup> *ibid* par 116.

<sup>99</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c Norvège)* (arrêt du 18 décembre 1951) [1951] CIJ Recueil 138, 139.

lors, cette revendication conjointe, par actes et faits concluants, si elle fait droit entre les Parties, elle ne pouvait pas être, du moins à l'époque de sa formulation, valablement opposée aux Etats tiers, comme ce fut, en revanche le cas, pour le système de délimitation de la Norvège dans l'affaire susmentionnée.

La pratique jurisprudentielle internationale n'est pas avare en accords tacites. L'affaire du *Temple de Préab-Vibéar*,<sup>100</sup> tout d'abord, où la CIJ considéra l'acquiescement-silence de la Thaïlande vis-à-vis d'une carte géographique annexé au traité de délimitation qu'elle venait de ratifier avec la France (puissance coloniale du Cambodge), comme l'acceptation de sa modification. De fait la Cour déclara que la 'conduite ultérieure de la Thaïlande a confirmé et corroboré son acceptation initiale [...] *Les deux parties ont par leur conduite reconnu la ligne*'.<sup>101</sup> Dans le même registre il a été affirmé qu'une frontière établie par le principe de l'*uti possidetis* peut-être modifié par 'consentement tacite'<sup>102</sup> ou encore qu'un 'accord exprès ou tacite entre les Parties', découlant des concessions pétrolières, pouvait fonder un titre territorial autonome.<sup>103</sup> Les frontières terrestres ne sont évidemment pas en reste comme le témoigne l'affaire de Taba lors de laquelle le Tribunal arbitral releva correctement un accord tacite: 'the parties to the Agreement of

<sup>100</sup> Cette affaire (en vertu de sa *ratio decidendi*) aurait pu également figurer dans la section précédente dans la mesure où les comportements des Etats se situaient par rapport à un traité de délimitation et partant ils pouvaient être aisément configurés comme une pratique subséquente portant modification de celui-ci. De même: 'Le Sénégal considère que la pratique subséquente à l'Accord de 1960 [franco-portugais] de délimitation maritime et l'acquiescement de chaque Etat à la législation de l'autre ... auraient donc donné naissance à un accord tacite ou à une coutume bilatérale', *Affaire de la détermination de la frontière maritime (Guinée-Bissau c Sénégal)* (sentence arbitrale rendue le 31 juillet 1989) 20 RSA 151, par 83.

<sup>101</sup> *Temple de Préab-Vibéar* (n 27) 33 (italiques ajoutées).

<sup>102</sup> 'Si la situation résultant de l'*uti possidetis* peut être modifiée par une décision d'un juge et par un traité, la question se pose alors de savoir si elle peut être modifiée d'autres manières, par exemple un acquiescement ou une reconnaissance [...] 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', *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (n 58) par 67, 364 (italiques ajoutées).

<sup>103</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (n 58) 448, par 304.



1906, *had by their conduct, agreed to the boundary as it was demarcated by masonry pillars ...*.<sup>104</sup>

## 5. *Epilogue*

Il est intéressant de noter en guise de remarque conclusive comme la doctrine ancienne, plus que la contemporaine (peut-être excessivement formaliste et craintive de la kaléidoscopique pratique des Etats en matière de formation des engagements conventionnels), se soit davantage interrogée sur les linéaments de l'accord tacite. Ce qui pourrait peut-être expliquer le malaise que certains juristes éprouvent aujourd'hui à l'égard des formes tacites d'expression du consentement des Etats. Faudrait-il en conclure que la jurisprudence moins récente était davantage imprégnée *d'esprit de finesse* ou, sinon, que les Etats risqueraient de se froisser aujourd'hui plus qu'hier de la constatation d'un accord tacite délimitant leurs espaces de souveraineté?

Quoi qu'il en soit, nous avons essayé de montrer brièvement de quelle façon l'adjectif tacite nous fait entrer de plain-pied dans un monde parallèle à celui (formel) du traité écrit, mais avec lequel il entretient des liens intenses et nécessaires. Nous avons de surcroît observé que s'il s'agit bel et bien de deux univers, ces derniers n'entretiennent pas moins force relations entre eux, à l'instar des 'passerelles' entre univers dans l'espace cosmique. En effet, tantôt le consentement tacite se greffe sur et présuppose le traité écrit (3.a) tantôt il existe et déploie ses effets (et ses vertus) de manière totalement indépendante avec un régime juridique qui est le sien (3.b). Dès lors, nous aurions tout intérêt à nous inspirer des intuitions géniales de Musil ('L'Homme sans qualités') et de Borges ('Le jardin aux sentiers qui bifurquent') pour appréhender ce 'multivers' qu'est le consentement en droit international public.

<sup>104</sup> *Taba case* (Egypt c Israel) (29 September 1988) (1988) 27 ILM 1488, par 233 (italiques ajoutées). De même: *affaire de l'Ile de Lamu* (n 6) 338; mais surtout: *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie* (13 avril 2002) 25 RSA 110-112, par 3.6-3.13.