

---

**L'ACQUIESCEMENT**

---

**EN DROIT INTERNATIONAL**

---

**VOLUME 2**

Aymeric Hêche

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





---

**L'ACQUIESCEMENT**

---

**EN DROIT INTERNATIONAL**

---

**VOLUME 2**

---

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](http://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 2**

---

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](http://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

## Volume 2

### DEUXIÈME PARTIE Le fonctionnement de l'acquiescement



## CHAPITRE V

# LES ÉLÉMENTS DE L'ACQUIESCEMENT

### I. *Les auteurs de l'acquiescement*

Cette deuxième partie s'intéresse au cœur de la problématique : comment l'acquiescement se concrétise-t-il ? Il s'agit de présenter les différentes étapes, depuis sa naissance jusqu'aux effets. Cette partie est divisée en trois chapitres : le premier s'intéresse aux éléments insécables qui le composent, ses « briques » de construction au-delà desquelles l'unité de signification échappe au raisonnement juridique (Ch. 5). Le deuxième est dévolu à ses effets de création, modification et perte d'un droit (Ch. 6). En dernier lieu, le chapitre 7, intitulé « L'opération judiciaire de reconstruction », démontre que face à des faits identiques, différentes institutions peuvent s'appliquer, le rôle du juge et des parties est crucial dans le choix de l'acquiescement plutôt que de l'*estoppel*, des actes unilatéraux, ou d'un accord tacite.

L'acquiescement s'inscrit dans un dialogue entre sujets internationaux. L'État, idée abstraite, est condamné à s'exprimer par le biais de ses organes. Au sommet de l'État, ce sont le Chef d'État, le Premier ministre et le ministre des Affaires étrangères qui disposent de la plus grande légitimité pour engager, par leur comportement, l'État qu'ils représentent<sup>2470</sup>. Il conviendra de s'intéresser, au-delà de cette évidente « troïka », à la mesure dans laquelle le comportement des ambassadeurs, chargés de mission<sup>2471</sup> et des fonctionnaires subalternes – qu'ils soient chargés d'une mission technique ou simples exécutant dans les ramifications les plus éloignées du pouvoir – est apte à créer un acquiescement.

L'État n'épuise pas toutes les manifestations de l'acquiescement dans la vie internationale. L'interrogation vaut également pour les OI. Dans une perspective plus large encore, des créations historiques, comme

---

<sup>2470</sup> Voy. par analogie art. 7, § 2, lit. a) CVDT (« En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur État : a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité [...] »).

<sup>2471</sup> Voy. art. 7, § 2, lit. b), et c) CVDT (respectivement chefs de mission et représentants accrédités).

les colonies, les protectorats et les mandats n'échappent pas à cette question, bien que le canevas développé par l'État soit dans une large mesure transposable. La position des individus sera brièvement évoquée.

Un écueil de la présente section est qu'un acquiescement peut aussi bien résulter d'un comportement (actif) que d'un silence (passif), le lien entre les différentes conditions pour examiner l'acquiescement est primordial. Dans l'optique limitée de cette section, la difficulté est de déterminer à *qui* attribuer un silence. Attribuer un silence à un État peut s'apparenter à la violation d'une obligation de diligence dans le cadre de la responsabilité internationale<sup>2472</sup>.

Autre écueil, touchant plus à la présentation de la matière qu'au droit : on examinera indifféremment dans cette section les auteurs du côté de l'État acquiesçant que de son adversaire. Comme il s'agit d'un dialogue, la préservation de l'intégrité de l'acquiescement passe par la restitution de ses acteurs.

#### A. *L'État comme auteur*

##### 1. *Le sommet de l'État – Chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères*

C'est le cas le plus évident ; une Cheffe d'État, un Premier ministre, ou encore une ministre des Affaires étrangères créent, par leurs comportements, leurs déclarations, une prétention juridique. Alternativement, leurs comportements (abstention ou action) peuvent leur être opposés comme l'acceptation d'une prétention.

Pourquoi se limiter à ce cercle de représentants de l'État au plus haut niveau ? La formulation d'une prétention – par analogie aux traités et aux actes unilatéraux – est plus légitime quand elle émane d'un organe de l'État apte à l'engager sur le plan international. La règle de l'article 7, § 2, lit. a) CVDT prévoit :

« En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur État :

a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité [...] ».

<sup>2472</sup> J. KULESZA, *Due Diligence in International Law*, Leyde/Boston, Brill/Martinus Nijhoff, 2016, pp. 153-157 (attribution de la violation de la *due diligence*) ; N. McDONALD, « The Role of Due Diligence in International Law », *ICLQ*, vol. 68, 2019, pp. 1041-1054 (l'obligation de *due diligence* est la contrepartie d'une norme de comportement positif de laquelle elle tire son origine. La *due diligence* est ainsi une modalité de violation d'une norme primaire : l'État peut soit user de la force ou ne pas empêcher l'usage de la force. La *due diligence* s'applique dans le second cas).

Dans le cadre des actes unilatéraux, le principe n° 4 énonce une liste similaire et explique la *ratio* de la règle :

« Une déclaration unilatérale n'engage internationalement l'État que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin. En vertu de leurs fonctions, les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont habilités à formuler de telles déclarations. 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 »<sup>2473</sup>.

Le critère de la compétence est *présupposé* pour les représentants de l'État au sommet de la hiérarchie. Il s'agit du « noyau dur » qui dispose incontestablement du droit d'engager l'État<sup>2474</sup>. La compétence s'examine ensuite au cas par cas dans les divers portefeuilles ministériels ou structurels de l'État (l'exécutif d'une division fédérale, par ex.). En droit des traités, tout représentant de l'État muni des pleins pouvoirs peut l'engager par son comportement<sup>2475</sup>.

Le poids accordé à une prétention, à un comportement émanant de l'État, est directement lié à la position hiérarchique de son auteur :

« Il est [alors] logique que le comportement des autorités qui sont chargées de représenter officiellement un État soit préféré et soit seul retenu pour établir la manifestation de la volonté étatique et, du même coup, que les protestations, acceptations et acquiescements prennent le pas sur la pratique applicative et éventuellement modificative des organes ne disposant pas du *treaty making power* »<sup>2476</sup>.

Ainsi, si nous débutons par la « troïka », c'est parce que la valeur de ses actes est tenue en plus haute estime que les actes des membres subalternes de l'exécutif et des fonctionnaires.

En cas d'omission, le comportement *in toto* est imputable à l'État, l'identification de l'organe qui aurait dû réagir est oiseuse : « Lorsqu'une réaction de l'État est attendue, si elle ne vient pas, le silence émane de l'État et la question de l'imputabilité ne soulève

<sup>2473</sup> CDI, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 391. Le commentaire fait référence à l'arrêt des *Activités armées (nouvelle requête 2002)*, compétence (*ibid.*, p. 393, notes nos 948 et 949).

<sup>2474</sup> Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, op. cit., p. 25.

<sup>2475</sup> Art. 7, § 1, lit. a) CVDT : « Une personne est considérée comme représentant un État pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'État à être lié par un traité : a) Si elle produit des pleins pouvoirs appropriés [...] ».

<sup>2476</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 632, § 414.

pas de difficulté particulière »<sup>2477</sup>. Même si l'inaction d'un organe en particulier peut être identifiée, elle est attribuée à l'ensemble de l'État<sup>2478</sup>. En contrepartie, l'établissement de la notoriété des faits sera soumis à un examen plus serré pour établir l'acquiescement<sup>2479</sup>.

Dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, les déclarations du Président du Nicaragua et son comportement ont été retenus comme concrétisant un acquiescement. Le Président avait acquiescé à la sentence de 1906 et son État perdait ainsi le droit de la contester<sup>2480</sup>. Il avait en particulier félicité son homologue du Honduras et s'était déclaré satisfait de l'issue du différend dans une adresse à l'Assemblée législative nationale du Nicaragua<sup>2481</sup>. Le ministre des Affaires étrangères du Nicaragua exprima le même point de vue dans un rapport adressé à l'Assemblée législative<sup>2482</sup>.

Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, la Cour tire parti du fait que le ministre des Affaires étrangères a pu voir la carte litigieuse<sup>2483</sup>. Hors de la « troïka », l'acquiescement (par opposition à la formulation d'une prétention) du ministre de l'Intérieur est également mis en exergue par la Cour. Le Prince Damrong, qui occupait cette charge, a aussi vu la carte<sup>2484</sup>. La prise en compte de ce ministre dans la présente affaire est pertinente à deux titres : tout d'abord car il semble avoir communiqué la carte au gouverneur de la province à laquelle le Temple aurait dû revenir et ensuite

<sup>2477</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 59.

<sup>2478</sup> F. J. GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional*, op. cit., p. 189, en lien avec l'inaction des fonctionnaires du service cartographique de la Thaïlande qui auraient dû vérifier la carte de la commission mixte (*Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, Rec. 1962, p. 24 : « Ainsi qu'il a déjà été indiqué, la carte a été communiquée – avec les autres – aux membres siamois de la Commission mixte »). Par comparaison, l'attribution dans la responsabilité de l'État fonctionne sur le même modèle : en cas de violation par omission, le fait illicite est attribué à l'ensemble de l'État (l'identification d'un devoir de l'État suffit à lui attribuer le fait illicite, sans nécessité d'individualiser précisément l'organe défaillant). Voy. : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., pp. 92-93, § 8.

<sup>2479</sup> La valeur du silence est fonction de la connaissance et de la nécessité de réagir. L'écoulement du temps joue également contre celui qui se tait.

<sup>2480</sup> *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, Rec. 1960, p. 213.

<sup>2481</sup> *Ibid.*, pp. 210-211.

<sup>2482</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>2483</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, Rec. 1962, p. 25.

<sup>2484</sup> *Ibid.*



parce qu'en fin connaisseur des monuments archéologiques, il a personnellement pris part à la délimitation<sup>2485</sup>. Nous pouvons observer que l'attribution de l'acquiescement à un membre du gouvernement se double de l'examen de la part active que le représentant a pris dans le processus (connaissance de la situation, intérêt dans les travaux, suivi du dossier). Les tribunaux, quand ils ne se contentent pas de simplement d'affirmer qu'un État est l'auteur d'un comportement, prennent la peine de lier la condition de *l'auteur* à celle de *la connaissance*. À nouveau, le comportement des représentants fut considéré comme un acquiescement dans cette affaire<sup>2486</sup>.

L'affaire du *Temple* recèle une autre indication sur l'auteur de l'acquiescement. La Cour fit grand cas de l'attitude *ultérieure* du Prince Damrong lors d'une visite en tant que président de l'Institut royal du Siam :

« [Cette] visite, qui s'inscrivait dans le cadre d'une tournée archéologique accomplie par le prince avec l'autorisation du roi de Siam, a manifestement revêtu un caractère quasi officiel. À son arrivée à Préah Vihéar, le prince a été officiellement reçu, au nom du résident supérieur, par le résident français de la province adjacente du Cambodge, qui avait fait hisser les couleurs françaises. Le prince ne peut avoir manqué de saisir les implications d'un tel accueil »<sup>2487</sup>.

Deux axes se dégagent de l'extrait : 1) le caractère officiel de la visite, 2) l'autorisation du Siam (la Thaïlande). Le Prince Damrong est reçu comme un homme d'État bien qu'il ne soit plus ministre de l'Intérieur. L'autorisation des plus hautes autorités siamoises afin d'effectuer cette tournée archéologique permet d'assimiler le Prince Damrong à un représentant officiel de l'État<sup>2488</sup>. C'est seulement parce qu'il était en mission « officielle » ou « officiellement autorisée » que le comportement du Prince Damrong lors de cette visite vaut acquiescement. Un simple particulier peut être propulsé au grade de représentant officiel d'un État. Son ancien statut de ministre facilite l'importance accordée à son attitude. Autre élément crucial : le Prince s'est contenté de se taire – malgré le caractère officiel de sa visite, le Prince Damrong n'avait probablement aucune latitude pour procéder à des actes engageant le Siam. Ce type de

<sup>2485</sup> *Ibid.* Il s'agit de la province de Khukhan. Le Prince Damrong présidera l'Institut royal du Siam (*ibid.*, p. 30).

<sup>2486</sup> *Ibid.*, pp. 32-33.

<sup>2487</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>2488</sup> Comme si le Roi de Siam lui avait conféré des pleins pouvoirs.

représentant est dans une position intermédiaire : il n'appartient pas au sommet de l'État mais est pourvu d'une grande légitimité à plusieurs titres : il s'agit d'un ancien ministre ayant suivi la délimitation, connaisseur averti des richesses archéologiques de son pays et disposant d'une autorisation officielle pour procéder à la visite.

En fonction des circonstances, le pouvoir des déclarations des ministres est considérable. Dans l'affaire du *Groënland oriental*, la déclaration de M. Ihlen, ministre des Affaires étrangères de la Norvège, fut entourée d'une attention toute particulière. En réponse à une demande Danoise relative à sa prétention sur le Groenland, M. Ihlen affirma que

« les projets du Gouvernement royal [danois] relatifs à la souveraineté du Danemark sur l'ensemble du Groënland [...] ne rencontreront pas de difficultés de la part de la Norvège » <sup>2489</sup>.

La nature exacte de cet engagement norvégien est sujette à caution <sup>2490</sup>. Nous nous limitons ici à constater que la déclaration du ministre a créé un engagement juridique, la prétention danoise a été considérée comme acceptée par la Norvège, la déclaration du ministre Ihlen dénote un acquiescement <sup>2491</sup>. La CPJI indique que la déclaration constitue une *réponse* du ministre « dans une affaire qui est de son ressort » <sup>2492</sup>. Cette déclaration intervenait dans le cadre de négociations diplomatiques croisées relatives aux frontières européennes <sup>2493</sup>. Le contexte politique et juridique conférait un poids particulier à chaque déclaration, la *compétence* du ministre dans ce domaine est tenue pour acquise.

Il ressort de ces décisions que les déclarations publiques et comportements des représentants de l'État sont utilisés par les tribunaux surtout à titre d'acceptation de la prétention. La déclaration du représentant a généralement pour conséquence l'opposabilité de la situation juridique.

<sup>2489</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, pp. 36-37 (pp. 69-70 pour la reproduction complète des échanges).

<sup>2490</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 398.

<sup>2491</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 73.

<sup>2492</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>2493</sup> *Ibid.*, pp. 69-71.

## 2. *L'échelon hiérarchique intermédiaire – Diplomates et ambassadeurs*

Immédiatement après la « troïka », et en dehors du ministre des Affaires étrangères, les organes les plus susceptibles d'engager l'État sont les diplomates et ambassadeurs. Affectés à une mission spécifique ou en qualité de représentant dans l'État d'accueil, il s'agit d'interlocuteurs privilégiés en droit international. Plutôt que de s'adresser directement à un ministre, les échanges transitent par la voie diplomatique.

Dans l'affaire de l'*Indemnité russe* la correspondance transitait par l'ambassadeur russe<sup>2494</sup>. Le tribunal constitué pour l'occasion souligne que cette situation n'appelait pas de réserve particulière : « Entre États, la voie diplomatique constitue le mode de communication normal et régulier pour leurs relations de droit international public [...] »<sup>2495</sup>. La renonciation tacite (acquiescement) aux intérêts peut donc résulter de la correspondance de l'ambassadeur en Turquie. L'omission répétée des intérêts lie également le gouvernement<sup>2496</sup>.

Après la Seconde Guerre mondiale, les tribunaux confirment l'importance de la voie diplomatique. En 1953 dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, la CIJ s'appuya sur les notes transmises au *Foreign Office* par l'ambassadeur français à Londres afin de confirmer la souveraineté britannique sur les îles<sup>2497</sup>. De l'avis de la Cour, une note indiquant que les îles étaient « possédées par l'Angleterre » à valeur d'« [é]noncé de faits transmis [sans] aucune réserve [...] », la note « [d]oit donc être considérée comme la preuve des vues officielles françaises à l'époque »<sup>2498</sup>. Inversement, une correspondance diplomatique de l'ambassadeur britannique à Paris dans laquelle il qualifiait les Minquiers de « dépendance des Îles de la Manche » ne suscita pas de protestations du ministre français des Affaires étrangères<sup>2499</sup>.

La correspondance diplomatique a une vocation généraliste : toute communication, note ou lettre transmise par un ministre peut être tenue pour l'expression des vues de l'État sur un sujet. Nous entrevoyons

<sup>2494</sup> *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 437.

<sup>2495</sup> *Ibid.*, p. 443.

<sup>2496</sup> *Ibid.*, pp. 445-446.

<sup>2497</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous* (France c. Royaume-Uni), 17 novembre 1953, CIJ, *Rec.* 1953, p. 71.

<sup>2498</sup> *Ibid.*

<sup>2499</sup> *Ibid.*

toutefois deux limites : premièrement, et par analogie à l'article 46 CVDT, une déclaration aberrante par rapport à l'ordre juridique d'où elle émane ne pourrait être prise pour argent comptant<sup>2500</sup> (limite de « bonne foi »). Deuxièmement, les notes transmises ne peuvent pas être totalement déconnectées de leur contexte et sujet principal ; la bonne foi s'opposerait également à accorder trop d'importance à une remarque annexe sans lien avec la problématique centrale.

Ce constat résulte également de l'arbitrage chilo-argentin *Lago Palena*, le Chili y faisait grand cas de la correspondance diplomatique échangée entre 1913 et 1915<sup>2501</sup>. L'argumentation des parties s'est concentrée sur une note du 9 décembre 1913 de l'ambassade argentine qui indiquait une erreur de démarcation dans la localisation d'une borne frontière<sup>2502</sup>. Le Chili s'opposa à la note et faisait savoir qu'il n'y avait eu aucune erreur dans le placement de la borne<sup>2503</sup>. Lors du différend (jugé en 1966), le Chili entendait tirer parti que la note de l'Argentine constituait un *estoppel* dans la mesure où elle admettait que la frontière suivait le cours d'une autre rivière que celle initialement convenue. Tant la carte indiquant la frontière que la démarcation effective furent entachées d'erreurs<sup>2504</sup>. Partant, la correspondance diplomatique de 1913 n'était pas une admission, mais plutôt les premiers jalons de la cristallisation du litige :

« The Court does not consider that Argentina can be held responsible for the error in the Award Map or that she was under any legal duty to inform Chile or the Arbitrator of it when she became aware of it. *In any case the Chilean authorities were put on notice in 1913 that there was some difficulty in applying the 1902 Award in the sector between Boundary Posts 16 and 17* »<sup>2505</sup>.

La note de 1913 avait pour but de contester l'emplacement de la borne, ce qui interdisait d'y voir une acceptation de la prétention chilienne. Les échanges diplomatiques n'auraient pu donner

<sup>2500</sup> Art. 46 : « [D]isposition du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ». Voy. : R. KOLB, « Note sur un problème particulier de "ratification imparfaite" », *op. cit.*, p. 435, § 5.

<sup>2501</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, voy. not. pp. 126, 129, 137, § 33, p. 139, § 47 et p. 166.

<sup>2502</sup> *Ibid.*, p. 178 : « This boundary post is not at the place indicated in the Arbitral Award, that is to say, opposite the mouth of the River Encuentro, but more to the East of this point, opposite the mouth of another different river which has its source in the vicinity of the Peak Herrero ».

<sup>2503</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>2504</sup> *Ibid.*, pp. 165 et 176.

<sup>2505</sup> *Ibid.*, p. 165.

lieu à un acquiescement que s'ils attestaient d'un « [c]ommon understanding, express or implied, between the Parties that the boundary should follow the line now contended for by Chile »<sup>2506</sup>. Cette affaire illustre que le contexte des échanges diplomatiques est primordial, ils peuvent tantôt être utilisés comme créateur de l'acquiescement (*Indemnité russe*), tantôt comme confirmation (*Minquiers et Ecréhous*), ou comme point de départ de la contestation (*Lago Palena*).

En dehors des échanges exclusifs entre ambassades, la réponse donnée par un « Secrétaire général » dans son domaine de compétence peut provoquer un acquiescement. L'affaire des *Services aériens* s'axe autour de lettres et déclarations du Secrétaire général à l'aviation civile et commerciale de la France adressées à l'ambassade américaine<sup>2507</sup> et au directeur de la branche française de la Pan American Airlines (« PAA »)<sup>2508</sup>. Un plan de vol de cette compagnie aérienne fut avalisé par le Secrétaire bien que le traité n'autorisât pas la PAA à desservir les aéroports concernés. Cette autorisation initiale procéda en deux temps, dans une première lettre du 14 mai 1955, le Secrétaire fit savoir :

« En ce qui concerne la desserte de Damas et Téhéran j'ai pris note des explications que vous m'avez données à ce sujet dans notre récent entretien »<sup>2509</sup>.

Le 4 juin de la même année, le Secrétaire précisa le cadre de cette autorisation :

« Téhéran n'étant pas prévu au Tableau II (Route 1), c'est seulement à titre temporaire et compte tenu des assurances que vous avez bien voulu me donner que votre compagnie éviterait, sur cette route, de porter préjudice aux compagnies françaises, que j'avais approuvé votre desserte de Téhéran »<sup>2510</sup>.

Les lettres d'autorisation du Secrétaire furent le *point de départ* de l'acquiescement. La France ne remit pas en cause cette route aérienne par la suite. Le tribunal en déduisit que les États-Unis disposaient d'un droit de servir cette destination, non soumis à

<sup>2506</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>2507</sup> « American Civil Air Attaché of the United States Embassy » (*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. 65).

<sup>2508</sup> « Secretary General of Civil and Commercial Aviation » : *ibid.*, p. 29.

<sup>2509</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>2510</sup> *Ibid.*

condition<sup>2511</sup>. L'attitude initiale du Secrétaire – qui disposait indéniablement de la compétence d'engager la France – s'est trouvée confirmée par l'abstention subséquente des autorités aériennes<sup>2512</sup>.

Les contacts de ces États se sont établis entre fonctionnaires spécialisés, qui traitaient d'égal à égal, ils ne pouvaient pas ignorer la portée de leurs comportements, le contexte de leurs échanges, ni l'importance commerciale des routes. La communication du plan de vol desservant Téhéran par le Directeur de la branche française de la PAA est une prétention, soutenue par les États-Unis. L'origine « privée » de la prétention (la PAA est une compagnie aérienne non gouvernementale) n'y change rien : c'est à propos des routes aériennes internationales négociées entre États que le Secrétaire général a pris position.

Comment résumer les caractéristiques de cet échelon intermédiaire et en identifier les critères d'appartenance ? Pour les diplomates et ambassadeurs, leur rôle de représentation dans l'État accréditaire en fait des interlocuteurs privilégiés des relations internationales<sup>2513</sup>. Les diplomates sont en contact avec l'État accréditant, après la « troïka », ils sont la voix la plus officielle et légitime d'un État. L'article 3, § 1 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques dispose que :

- « Les fonctions d'une mission diplomatique consistent notamment à :
- a) Représenter l'État accréditant auprès de l'État accréditaire ;
- b) Protéger dans l'État accréditaire les intérêts de l'État accréditant et de ses ressortissants, dans les limites admises par le droit international ;
- c) Négocier avec le gouvernement de l'État accréditaire [...] »<sup>2514</sup>.

Le droit diplomatique autorise pleinement la création d'un acquiescement par une ambassade. La mission diplomatique peut servir de relai à un acquiescement (lit. a), peut s'opposer à la formation d'un acquiescement ou d'une prétention (lit. b). Un acquiescement peut aussi résulter du contenu de négociations (lit. c).

<sup>2511</sup> *Ibid.*, pp. 66 et 70 (« [t]he right in question has been acquired by a United States airline by virtue of the implicit agreement ensuing from the consent given by the French authorities on May 14, 1955, and constantly confirmed by the attitude of the said authorities throughout the years that followed »).

<sup>2512</sup> Validation sans réserve des routes et des plans de vol au cours des années ultérieures. *Ibid.*, p. 66. Cette affaire ressemble à l'*Indemnité russe* : la répétition préside à la création (ou extinction) d'un droit et à la conversion d'un *modus vivendi* en accord tacite (voy. nos développements à ce sujet : Ch. 4.I.B).

<sup>2513</sup> Plus nuancé : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 497-502, § 328. Les missions permanentes sont analogues aux missions diplomatiques (p. 498, § 329).

<sup>2514</sup> *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Signée à Vienne, le 18 avril 1961 (RTNU, vol. 500, p. 95, nos italiques).*

En ce qui concerne le droit consulaire, la latitude de manœuvre est plus restreinte. L'article 5 énumère les principales fonctions, les lit. a) et m) prévoient :

« Les fonctions consulaires consistent à :

a) Protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international ; [...]

m) Exercer toutes autres fonctions confiées à un poste consulaire par l'État d'envoi que n'interdisent pas les lois et règlements de l'État de résidence ou auxquelles l'État de résidence ne s'oppose pas ou qui sont mentionnées dans les accords internationaux en vigueur entre l'État d'envoi et l'État de résidence » <sup>2515</sup>.

Un acquiescement « consulaire » survient principalement en lien avec le statut des ressortissants <sup>2516</sup>. Les actes du consul peuvent par exemple avoir pour effet d'empêcher un acquiescement quant au traitement réservé à ses ressortissants :

« 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 » <sup>2517</sup>.

Un acquiescement peut aussi survenir dans les tâches supplémentaires incombant au consul (lit. m).

En dehors des ambassadeurs, consuls et missions permanentes <sup>2518</sup>, certains fonctionnaires occupant une position élevée dans la hiérarchie étatique peuvent créer un acquiescement. Les critères à remplir seraient une conjonction de la *fonction*, du *domaine de compétence*, de l'*interlocuteur*, et des *pouvoirs* (application mécanique d'une politique décidée plus haut ou, au contraire, latitude dans la conduite de son « portefeuille »).

Cet échelon du fonctionnaire spécialisé mais disposant d'une marge de manœuvre dans son office marque la limite inférieure des acteurs pouvant *en principe* engager l'État <sup>2519</sup>. En deçà se pose la difficile question de l'importance à accorder aux actes des fonctionnaires subalternes.

<sup>2515</sup> *Convention de Vienne sur les relations consulaires. Signée à Vienne, le 24 avril 1963 (RTNU, vol. 596, p. 261).*

<sup>2516</sup> Voy. : *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, pp. 19-20 (valeur d'une lettre du consul de Suisse).

<sup>2517</sup> *Affaire concernant Pacific Mail Steamship Company c. Colombia*, décision du surarbitre, 8 août 1865, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXIX, p. 119.

<sup>2518</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 499-500, § 329.

<sup>2519</sup> *Contra* : Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, pp. 243 et 250.

### 3. *Les fonctionnaires subalternes – Responsables techniques, commissions, et agents de terrain*

La problématique de cette section a été identifiée par Ph. Cahier : « La jurisprudence [...] montre que des droits et des obligations peuvent naître d'actes accomplis par des organes internes, qui ne sont pas les organes des relations extérieures et en l'absence de pleins pouvoirs »<sup>2520</sup>. Dans le trésor de décisions, nous nous concentrerons sur celles qui font écho aux actes d'un fonctionnaire ou d'une autorité subalternes. Toutefois, notre découpage de la problématique est légèrement différent de celui proposé par Cahier, et ce pour deux ordres de raisons liées à la responsabilité internationale tout d'abord (3.a) et aux actes considérés ensuite (3.b).

#### a. *Les fonctionnaires au prisme de la responsabilité internationale*

Cahier s'intéresse au comportement étatique (action et omission) du point de vue de l'autorisation d'engager l'État :

« Cette étude rapide de quelques cas de jurisprudence montre [d]es actes, accomplis *par des organes internationalement incompétents* et qui n'expriment pas forcément la volonté réelle d'un État, peuvent être une source d'obligations »<sup>2521</sup>.

Son constat final est que le comportement des États peut créer des droits *sans leur volonté* ou *en dépit de celle-ci*<sup>2522</sup>. Cette conclusion est pour nous susceptible d'être convertie en une hypothèse, en un point de départ. La réflexion usuelle en matière d'engagement de l'État et de capacité à le représenter sur la scène internationale prend pour ancrage la *volonté*<sup>2523</sup> ou l'*habilitation* (affectation de l'organe aux relations extérieures). Pour la volonté, les *normes* qui président à la conclusion des traités sont généralement prises comme référence (l'article 7 CVDT et sa « troïka » mentionnée précédemment, ainsi que les pleins pouvoirs). En détachant l'acquiescement de la volonté, l'obligation qui résulte du comportement ne s'apparente plus à la création d'un accord, mais à un fait

<sup>2520</sup> Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 243.

<sup>2521</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>2522</sup> *Ibid.*, pp. 264-265.

<sup>2523</sup> *Ibid.*, pp. 242-244 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 497-507, §§ 328-332 (auteur et connaissance sont liés) ; P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, p. 62.



juridique. Ce fait juridique d'acquiescement est comparable au fait illicite de la responsabilité internationale, qui est lui aussi détaché de la volonté<sup>2524</sup>. En prolongeant cette comparaison, l'attribution de l'acquiescement peut être pensée sur le modèle de l'imputabilité des articles 4 à 11 TCDI<sup>2525</sup>.

La question centrale est renversée : il ne s'agit plus d'examiner les conditions de production d'un *acte*, mais de vérifier les conditions d'attribution d'un *comportement*. Nous n'affirmons pas que l'imputabilité est transposable *in toto* à l'acquiescement, elle offre simplement des pistes de réflexion<sup>2526</sup>. L'article 4, § 1 TCDI prévoit le principe général d'attribution :

« Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État ».

Sur cette base, l'activité de n'importe quel organe – dans la mesure où elle n'est pas contredite par celle des organes hiérarchiquement supérieur<sup>2527</sup> – peut participer à un acquiescement.

Toutefois, dans le cours idéal de la vie d'un État, les seuls organes qui déploient une activité sur la scène internationale sont ceux qui y ont été expressément habilités dans leur ordre juridique. Tant que le fonctionnaire reste dans son domaine de compétence, le mécanisme d'attribution de l'article 4 TCDI se confond avec les dispositions relatives à la conclusion d'un traité (art. 7 CVDT)<sup>2528</sup>.

<sup>2524</sup> Ph. CAHIER, « Changements et continuité du droit international », *op. cit.*, pp. 255-256 : « Le fait illicite consiste en un comportement contraire à une règle de droit international » ; G. MORELLI, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 587, § 134 (« Parmi les faits juridiques subjectifs il y en a quelques-uns qui, bien qu'ils puissent être volontaires, ne consistent pas en des manifestations de volonté ») ; M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 376-377.

<sup>2525</sup> Voy. aussi : Ch. 4.I.A au sujet des conventions de protection des droits humains.

<sup>2526</sup> L'imputabilité des articles 4 à 11 TCDI suit un but précis, elle est corrélée aux normes primaires (commission d'un acte *illicite*) et débouche sur la responsabilité internationale de l'État (obligations de cesser et de réparer). L'acquiescement se meut dans une « zone grise » dans laquelle les droits et obligations des États (en termes de normes primaires) n'apparaissent pas toujours clairement.

<sup>2527</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 30 : « Quoi qu'il en soit, la Cour juge difficile d'admettre que ces actes émanant d'autorités locales aient annulé et neutralisé l'attitude uniforme et constante des autorités centrales siamoises à l'égard du tracé de la frontière indiqué sur la carte ». Voy. *infra*, Ch. 5.I.A.5.

<sup>2528</sup> L'article 4 TCDI identifie l'activité de l'État à celle de ses organes. Afin de déterminer quels organes font partie d'un État, le § 2 de cet article renvoie au droit interne.

La situation – en droit des traités<sup>2529</sup> comme en droit de la responsabilité – se complexifie quand l'organe agit *ultra vires*. Ce cas relève de l'article 7 TCDI :

« Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions ».

L'article 7 s'applique uniquement en conjonction avec les articles 4 à 6<sup>2530</sup>.

Un fonctionnaire qui sort du cadre de ses attributions est considéré comme agissant *ultra vires*. Le commentaire de la CDI résume la situation ainsi :

« Le comportement visé ne comprend que les actions ou les omissions d'organes agissant prétendument ou apparemment sous le couvert de leurs fonctions officielles et non pas les actions ou les omissions d'individus agissant à titre privé qui se trouvent être des organes ou des agents de l'État. *En somme, la question est de savoir s'ils avaient apparemment qualité pour agir* »<sup>2531</sup>.

La question soulevée par la dernière phrase est distillée dans les deux critères de l'*apparence* et des *moyens*<sup>2532</sup>.

Le critère de l'exercice *apparent* de l'autorité étatique signifie que les actes effectués pendant le service officiel<sup>2533</sup> de l'organe sont supposés être accomplis au nom et pour le compte de l'État, et ce dans le respect des attributions de l'organe. Ce critère de l'apparence possède une dimension protectrice : l'État lésé peut faire valoir que l'organe *semblait* être en mesure d'effectuer des actes au nom de l'État auteur. L'apparence protège – et est une émanation – du principe de la bonne

<sup>2529</sup> Cf. art. 8 CVDT : « 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 ».

<sup>2530</sup> Respectivement organe *de iure* (4), organe habilité à exercer des prérogatives de puissance publique (5), et organe prêté à un autre État (6). Voy. : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 108, § 9.

<sup>2531</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 108, § 8, nos italiques.

<sup>2532</sup> Le second critère est subsidiaire. G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., pp. 664-665.

<sup>2533</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., p. 667.

foi <sup>2534</sup>. Pour autant que les apparences créées soient objectivement en défaveur de l'État auteur, le comportement *ultra vires* de ses organes lui sera imputé :

« Ayant confié certaines fonctions étatiques à certaines personnes, l'État ne saurait contester ensuite avoir lui-même agi lorsque ces fonctions sont effectivement exercées par lesdites personnes, *même en violation des règles de droit interne sur la compétence des organes en question* » <sup>2535</sup>.

Une *ratio* sous-jacente de l'article 7 est que l'État lésé ne peut pas être au fait des limites à la capacité de chaque organe <sup>2536</sup>. L'acte incriminé doit toutefois rester en lien avec la fonction officielle de l'organe pour être couvert par l'article 7 <sup>2537</sup>. Seuls les « actes de fonction » sont susceptibles d'entrer dans le cadre de l'article 7 <sup>2538</sup>.

Le critère des moyens de la fonction est subsidiaire, il permet de renforcer la conclusion obtenue sous l'égide du critère de l'apparence <sup>2539</sup>. Il consiste à examiner les « outils » qui ont été employés par l'organe pour commettre le fait illicite. Ainsi, quand un organe dans le cadre de ses fonctions et sous couvert de son activité officielle emploie les moyens mis à sa disposition par l'État afin d'accomplir sa mission, l'État victime a toutes les raisons de considérer que l'acte a été accompli à titre officiel.

Comment faire fructifier ces critères pour l'auteur de l'acquiescement, et en particulier pour le fonctionnaire subalterne ? Le fonctionnaire est un organe *de iure* (selon l'article 4 TCDI), son activité se limite à certains domaines de compétences. Dans la mesure où le droit interne le lui autorise, le fonctionnaire peut représenter l'État sur le plan international, et participer à un acquiescement – ce cas relève toujours de l'article 4 car le fonctionnaire reste dans son domaine de compétence <sup>2540</sup>. L'éventuelle

<sup>2534</sup> *Ibid.*, p. 666.

<sup>2535</sup> L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 86, nos italiques.

<sup>2536</sup> Sous réserve de règles évidentes, par analogie à l'article 46 CVDT. Voy. aussi : L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, pp. 84-85 ; H. ACCIOLY, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *RCADI*, vol. 96, 1959-I, p. 394.

<sup>2537</sup> L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, pp. 82-84 ; H. ACCIOLY, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *op. cit.*, p. 394 (« [l']État n'étant irresponsable dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier »).

<sup>2538</sup> H. ACCIOLY, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *op. cit.*, p. 392 ; CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, pp. 107-108, §§ 7-8.

<sup>2539</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 668-669.

<sup>2540</sup> En droit suisse, certains offices, instituts et départements de la confédération peuvent conclure des traités ou participer à leur élaboration (la norme constitutionnelle prévoit la compétence de la

application des critères de l'article 7 ne se pose que si l'organe effectue des actes liés à sa fonction qui outrepassent sa compétence. Pour l'acquiescement, il s'agit principalement du cas où le fonctionnaire *prend position au nom de l'État* dans son domaine de compétence (création d'une prétention ou acquiescement à celle-ci). L'apparence est réalisée quand le fonctionnaire adopte un comportement, une attitude durant son service et en lien avec sa tâche. Le simple fait d'obtenir une réponse du fonctionnaire laisserait présumer qu'il agit dans son domaine de compétence. Quant aux moyens de la fonction, il s'agirait de prendre en compte les ressources grâce auxquelles le fonctionnaire donne sa réponse. Le recours à une base de données ou un registre accessibles qu'aux autorités étatiques, à des documents et notes à usage interne (prise de position de diplomates, PV de séance à huis clos), ou encore l'utilisation de canaux de communications officiels (adresse physique ou électronique gouvernementale, correspondance échangée par la voie diplomatique) indiquent que le fonctionnaire est habilité à prendre position au nom de l'État.

Le point focal de la vérification de l'article 7 est l'apparence créée objectivement, le point de vue *extérieur* sur la capacité du fonctionnaire<sup>2541</sup>. Luigi Condorelli souligne la part de fiction de l'attribution *ultra vires* :

« Le jeu du droit international en la matière [...] consiste dans le fait de placer l'État concerné dans une situation qu'il nous a semblé approprié de qualifier (mais dans un sens très large) d'*estoppel* [...]. Le droit international interdit plus modestement à cet État de se contredire [...] »<sup>2542</sup>.

L'article 7 fait converger la sécurité des relations internationales<sup>2543</sup>, la protection de l'apparence créée et le principe *venire contra factum proprium*. L'État qui s'adresse à un fonctionnaire dans son domaine de compétence, et apte selon toute vraisemblance à exprimer les vues officielles de son État, doit être protégé dans la bonne foi qu'il accorde à sa réponse. Le droit interne et le défaut de capacité du fonctionnaire à engager l'État ne sont pas recevables dans ce cadre<sup>2544</sup>.

---

Confédération, sauf exception : art. 184, al. 2 Cst.). Voy., par ex., art. 2, al. 3bis de la Loi fédérale sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (RS 172.010.31).

<sup>2541</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 108, § 8.

<sup>2542</sup> L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », op. cit., p. 86.

<sup>2543</sup> H. ACCIOLY, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », op. cit., p. 394.

<sup>2544</sup> L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », op. cit., p. 86 ; H. ACCIOLY, « Principes

De nombreuses limites à l'analogie entre attribution de la responsabilité internationale et vérification de l'auteur de l'acquiescement existent<sup>2545</sup>. Le commentaire de l'article 7 indique que l'excès de pouvoir de l'organe engage la responsabilité de l'État « même si un autre organe a désavoué le comportement »<sup>2546</sup>. La logique de la responsabilité impose cette conclusion : dès qu'un fait illicite s'est produit, l'obligation de cesser et de réparer existe<sup>2547</sup>. Peu importe que l'État ait lancé des contre-ordres après la commission ou se soit distancié de l'organe qui a commis le fait internationalement illicite. L'acquiescement appelle une autre solution : le tribunal examine si des comportements divergents ont été émis (à tous les échelons de l'État) et accorde en général une priorité aux déclarations émanant du plus haut niveau<sup>2548</sup>. Le désaveu du comportement d'un fonctionnaire subalterne est donc possible pour l'acquiescement. Cette situation résulte de la naissance incrémentielle de l'acquiescement ; émise au moment opportun, une protestation (ou un désaveu) empêche sa concrétisation. La typologie des trois faits illicites l'explique également : en cas de faits illicites *instantanés* ou *continus*<sup>2549</sup>, le désaveu ne peut pas empêcher la concrétisation du fait illicite<sup>2550</sup>. L'acquiescement s'apparente, lui, à un *fait composite* (art. 15 TCDI) :

« 1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite [...] »<sup>2551</sup>.

---

généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *op. cit.*, p. 394.

<sup>2545</sup> La responsabilité est liée à la commission d'un fait illicite ; l'acquiescement est un *processus*, la nécessité de rechercher *quel organe* a acquiescé n'est pas fondamentale car il ne s'agit que d'une condition parmi d'autres, qui ne fait parfois pas l'objet d'un examen détaillé dans la jurisprudence.

<sup>2546</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 104, § 2.

<sup>2547</sup> « L'expression "responsabilité internationale" s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État » : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, ad. art. 1<sup>er</sup>, p. 65, § 2. Voy. aussi art. 28 à 30 du Projet.

<sup>2548</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 632, § 414 et voy. *infra*, Ch. 5.IA.5.

<sup>2549</sup> G. DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp. 6-8.

<sup>2550</sup> Voy. art. 14 TCDI. En cas de fait à caractère continu, le désaveu peut avoir pour conséquence de stopper la commission, mais il n'annule pas la violation accomplie jusque-là.

<sup>2551</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 154.

C'est l'accumulation d'actions et d'omissions qui donne naissance au fait illicite dans son ensemble :

« Il découle de la nature du fait composite que le moment où il se produit ne peut pas coïncider avec le moment où a lieu la première des actions ou omissions de la série. *Ce n'est que rétrospectivement que la première des actions ou omissions sera perçue comme ayant ouvert la série* » <sup>2552</sup>.

Un « déclic » survient et il a pour effet d'assembler toute la chaîne antérieure d'actions ou omissions. L'ensemble du comportement est rétrospectivement illicite, mais ne le devient que suite à ce déclic <sup>2553</sup>. Le fait composite est constitué d'une « [i]ntention illicite sous-jacente à tous les agissements englobés dans [sa] structure de "fait" » <sup>2554</sup>. Partant, la concrétisation de ce type de fait peut être évitée aussi longtemps que le dernier maillon de la chaîne – celui qui la fera basculer dans la violation d'une obligation internationale – n'a pas été forgé. Un désaveu d'un fonctionnaire hiérarchiquement plus élevé peut mettre fin à cette chaîne ou en ralentir l'émergence.

Le fait composite présente une forte affinité structurelle à l'élaboration d'un acquiescement : « Jusqu'au moment où le dessein délictueux se manifeste, [le fait composite] n'est qu'une masse inorganique de faits étatiques épars » <sup>2555</sup>. Des faits sont rassemblés en un *unicum*, en un fait juridique autonome qui produit des effets par lui-même (la violation d'une obligation internationale pour le fait composite ; la création de droits ou d'obligations pour l'acquiescement). Dans les deux cas, à chaque stade du processus existe la possibilité de faire machine arrière. Il existe des faits *complexes* en plus des faits instantanés, continus et composites – ces derniers furent cependant écartés du projet d'article et divergent de la structure de l'acquiescement <sup>2556</sup>.

Cette comparaison de l'*attribution* de l'acquiescement et de la violation d'une obligation internationale a mis en lumière quelques points de contacts qui nous seront utiles pour examiner la valeur du comportement du fonctionnaire subalterne. Du reste, la liaison

<sup>2552</sup> *Ibid.*, p. 157, § 7.

<sup>2553</sup> G. DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>2554</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>2555</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>2556</sup> *Ibid.*, pp. 35-46 (sur l'exclusion du projet d'article). Le fait complexe n'est pas comparable à l'acquiescement car « [c]'est le premier comportement qui non seulement met en branle le processus implacable de la violation "complexe", mais, surtout, qui détermine les caractéristiques essentielles de celle-ci » (*ibid.*, p. 48).

entre comportement et organe de l'État n'est qu'une condition parmi d'autres de vérification de l'acquiescement. Cette condition n'est pas toujours explicitement vérifiée par la jurisprudence, sans porter atteinte à l'acquiescement. C'est là aussi une différence marquante avec l'attribution de la responsabilité internationale.

b. *Les actes accomplis par les fonctionnaires*

Les actes considérés dans cette section sont la seconde raison qui préside à un découpage alternatif de la problématique, notre remarque a donc un caractère plus méthodologique que substantiel. Nous ne relèverons ici que les actes et comportements *positifs* qui émanent des fonctionnaires subalternes, comme des prises de position (les omissions<sup>2557</sup> sont l'œuvre de l'État *in toto*). De plus, une limite inhérente à cette étude est la concrétisation jurisprudentielle de tels événements. Seuls les actes positifs qui, dans la jurisprudence, sont explicitement attribués à un fonctionnaire seront étudiés. Les actes accomplis « sur le terrain » par un État dont on ne sait pas de quelle autorité ou de quel organe ils émanent<sup>2558</sup> seront abordés dans la section suivante (Ch. 5.I.A.4).

La jurisprudence n'examine donc pas de manière systématique la question de l'auteur des actes qui portent une prétention ou un acquiescement. Cette question est parfois traitée de manière implicite : l'organe étatique est mentionné, sans susciter d'autres développements, par exemple parce que sa capacité ne fait aucun doute. Dans d'autres cas, l'organe étatique n'est pas mentionné, la jurisprudence renvoie aux actes accomplis unitairement par « l'État », sans en identifier les canaux d'expression. C'est finalement dans une partie restreinte des affaires que l'organe – ici le fonctionnaire subalterne – est précisément identifié, et sa capacité à engager l'État analysée<sup>2559</sup>.

Les deux ordres de raisons qui nous font nous distancer du découpage opéré par Cahier sont 1) l'assimilation de l'acquiescement à un fait illicite aux fins de son attribution, et 2) la limitation aux seuls actes qui émanent de fonctionnaires subalternes identifiés en tant que tels.

---

<sup>2557</sup> Traitées par Ph. CAHIER en pp. 250-260 (« Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*).

<sup>2558</sup> Dans les différends territoriaux la mention du fonctionnaire disparaît souvent pour laisser la place à une simple référence à l'État.

<sup>2559</sup> Ou, plus exactement, la mesure dans laquelle l'État doit se laisser de bonne foi opposer le comportement de son organe.

c. *L'exemple de la « lettre Hoffman »*

L'illustration jurisprudentielle la plus éclatante provient de l'affaire du *Golfe du Maine* et de sa fameuse « lettre Hoffman »<sup>2560</sup> émise par le fonctionnaire éponyme. La lettre intervient dans les circonstances suivantes : le Canada avait débuté en 1964 la délivrance de permis d'exploitation offshore (sur le banc de Georges) et cette délivrance était connue des États-Unis. Ceux-ci faisaient valoir qu'en l'absence d'une communication diplomatique :

« L'octroi de permis offshore en vertu de la législation canadienne était un fait dépourvu de notoriété et qu'il ne s'agissait que d'une activité administrative interne insusceptible d'être la base d'un acquiescement ou d'un *estoppel* sur le plan international »<sup>2561</sup>.

Le Canada ne pouvait pas se prévaloir d'une communication diplomatique officielle aussi tôt que 1964, il s'appuya en revanche sur la « lettre Hoffman ».

La lettre s'inscrit dans un échange entre, d'une part, le *Bureau of Land Management* du département de l'intérieur des États-Unis, et, de l'autre, le ministère du Nord canadien et des ressources nationales<sup>2562</sup>. Suite à une demande du *Bureau* sur l'emplacement de deux permis, le ministère canadien fit parvenir une carte sur laquelle figurait la ligne médiane séparant les deux plateaux continentaux. C'est en réponse à cette carte qu'intervient la lettre :

« Par lettre du 14 mai 1965, dite "lettre Hoffman", du nom de son signataire, le Bureau of Land Management accusa réception des documents et évoqua entre autres la question de la position exacte d'une ligne médiane, et le ministère du Nord canadien répondit le 16 juin 1965 que la ligne médiane utilisée était construite conformément à l'article 6 de la convention sur le plateau continental »<sup>2563</sup>.

Ce n'est que suite à ces échanges qu'une correspondance diplomatique débute, et ce dès 1966 pour le Canada et 1969 pour les États-Unis<sup>2564</sup>.

<sup>2560</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 132.

<sup>2561</sup> *Ibid.*, p. 305, § 131.

<sup>2562</sup> *Ibid.*, p. 305, § 132.

<sup>2563</sup> *Ibid.*, pp. 305-306, § 132.

<sup>2564</sup> *Ibid.*, p. 306, § 132.



Nous pouvons identifier divers pôles d'attraction juridiques concernant ces fonctionnaires. 1) Quel échelon hiérarchique ils occupaient ; 2) Leur capacité à engager l'État ; 3) L'objet principal de leur correspondance ; 4) L'expression de réserves dans la position des fonctionnaires. 1) Quant à leur rang, les deux individus ne sont pas dans un organe de premier plan, et, à l'intérieur de celui-ci, ils occupent un poste subalterne (ils ne sont pas directeurs de l'organe). M. Hoffman occupait le poste d'*Assistant Director for Lands and Minerals* et M. Hunt, son homologue canadien, était le chef de la division des ressources<sup>2565</sup>. Il n'existe pas de disparité flagrante entre les deux fonctionnaires<sup>2566</sup>. 2) L'arrêt écarte la possibilité pour l'un ou l'autre fonctionnaire de pouvoir engager son État<sup>2567</sup>. 3) La correspondance portait sur « [l]a position de deux permis offshore canadiens *par rapport à la ligne médiane* [...] »<sup>2568</sup>. Ni le mode de délimitation (ligne médiane, équidistance), ni l'emplacement exact en application du mode choisi (le *tracé* de la ligne médiane) ne sont le point focal des échanges des deux fonctionnaires<sup>2569</sup>. 4) M. Hoffman avait émis une réserve quant à sa capacité à exprimer le point de vue officiel des États-Unis au sujet de la *position* d'une ligne médiane<sup>2570</sup>. L'effet d'une telle réserve est de *notifier* au ministère des Ressources naturelles que la correspondance échangée était dénuée de valeur sur ce point. *À l'inverse, le mode de délimitation (ligne médiane) n'était pas concerné par cette réserve.*

Dans un long passage, la CIJ rejette l'effet constitutif de « lettre Hoffman » :

« *La Chambre estime que les termes de la lettre Hoffman ne peuvent pas être opposés au Gouvernement des États-Unis. La réserve exprimée par M. Hoffman, suivant laquelle il n'était pas habilité à engager les États-Unis, ne concernait, il est vrai, que l'emplacement d'une ligne médiane [...] M. Hoffman, comme son homologue canadien d'ailleurs, agissait dans le cadre de ses attributions techniques, et il ne paraissait pas avoir été averti de ce que la question de principe que pouvait mettre en jeu l'objet de la correspondance n'était pas réglée,*

<sup>2565</sup> *Ibid.*, p. 280, § 63.

<sup>2566</sup> Si tel était le cas, un poids plus important aurait pu être conféré à l'attitude du fonctionnaire le plus élevé, en particulier si ce dernier acquiesce.

<sup>2567</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 307-308, § 139.

<sup>2568</sup> *Ibid.*, p. 305, § 132, nos italiques.

<sup>2569</sup> *Ibid.*, p. 305, § 132 ; p. 307, § 139.

<sup>2570</sup> *Ibid.*, p. 306, § 133.

et que les *arrangements techniques* qu'il devait adopter avec ses correspondants canadiens ne devaient pas préjuger la position des États-Unis dans les négociations ultérieures entre gouvernements. Mais cette situation, propre à l'administration interne des États-Unis, ne permet pas au Canada de s'appuyer sur le contenu d'une lettre d'un fonctionnaire du Bureau of Land Management du département de l'intérieur, *relative à un aspect technique, comme s'il s'agissait d'une déclaration officielle du Gouvernement des États-Unis sur les limites maritimes internationales de ce pays* »<sup>2571</sup>.

Hoffman est un fonctionnaire « technique » (par opposition aux diplomates), le terme revient à trois reprises dans l'extrait. En soi, cela n'exclut pas que ses comportements puissent engager l'État – ce n'est pas le cas ici car « il ne paraissait pas avoir été averti de ce que la question de principe que pouvait mettre en jeu l'objet de la correspondance n'était pas réglée ». Cette considération, couplée à la réserve exprimée par Hoffman lui-même, exclut un acquiescement à l'emplacement de la ligne médiane. La dernière phrase interdit que le Canada puisse – de bonne foi – accorder trop d'importance à une telle correspondance.

En scrutant cette décision par le crible de l'attribution, les deux fonctionnaires relèvent de l'article 4 TCDI. Pour ce qui est de la réponse donnée à l'emplacement des concessions, ils n'ont pas dépassé leur compétence. La question de l'emplacement de la ligne médiane est plus délicate et pourrait relever de l'article 7 TCDI (comportement *ultra vires*). Hoffman agissait dans le cadre de ses fonctions quand il a évoqué cette ligne. La réserve émise par Hoffman est capitale dans l'analyse de son comportement. Les documents techniques ont une portée réduite, les apparences créées ne sont recevables que dans la limite de la bonne foi. Pour produire une telle apparence malgré sa réserve, la « lettre Hoffman » aurait dû s'accompagner d'une absence de protestation postérieure des États-Unis et une application indisputée, de longue durée, en mer<sup>2572</sup>. Comme la « lettre Hoffman » ne marque pas le début et la fin de l'acquiescement, c'est l'ensemble des actions et réactions des deux États (sur le modèle du fait composite de l'article 15 TCDI) qui doit être analysé. Cette dernière remarque explique que la « lettre Hoffman » ait pu être renversée par les déclarations ultérieures des États-Unis.

<sup>2571</sup> *Ibid.*, pp. 307-308, § 139, nos italiques.

<sup>2572</sup> *Ibid.*, p. 309, § 144 *in fine* (comparaison avec les *Pêcheries norvégiennes*).

Suite aux échanges entre fonctionnaires subalternes « techniques », les ambassades et départements des affaires étrangères respectifs prennent le relai dès 1968, et dès 1969 la position américaine est clairement affirmée, contredisant la « lettre Hoffman »<sup>2573</sup>. Cette seconde correspondance n'était d'ailleurs pas échangée entre les plus hauts représentants diplomatiques, mais entre des fonctionnaires placés sous leurs ordres<sup>2574</sup>. La Cour possède une vue d'ensemble de la situation, ce qui la conduit à rejeter l'acquiescement<sup>2575</sup>.

Dans le cas présent, la « date critique » explique aussi l'échec de l'acquiescement<sup>2576</sup>. La Chambre raisonne de la manière suivante : elle examine si un acquiescement s'est concrétisé entre la connaissance des États-Unis (1965) et leur protestation officielle du 5 novembre 1969 (date critique). L'acquiescement est rejeté *notamment* car la période considérée est trop courte<sup>2577</sup>.

Les liens entre l'identification de la date critique et les conditions d'un acquiescement appellent quelques remarques : elle est principalement évoquée dans les différends territoriaux ou maritimes. Cette date butoir sert de point de repère pour apprécier « [l]'efficacité des preuves produites par les parties de la possession effective, paisible et continue d'un territoire, de l'exercice des fonctions d'État sur celui-ci »<sup>2578</sup>. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, les actes des fonctionnaires participent simultanément à l'acquiescement et à la précipitation de la date critique. Ce n'est qu'à partir de la correspondance de MM Hunt et Hoffman que les États-Unis pouvaient *connaître* (et réagir à) la prétention canadienne. En 1969, les États-Unis s'opposent fermement à la prétention canadienne, mettant fin au développement de l'acquiescement.

L'identification de la date critique telle qu'elle a été opérée dans *Golfe du Maine* est cruciale pour les fonctionnaires subalternes : ceux-ci n'ont en définitive fait qu'initier le différend. Si, par

<sup>2573</sup> *Ibid.*, p. 308, § 142.

<sup>2574</sup> *Ibid.* Pour le détail, voy. p. 280, § 64.

<sup>2575</sup> *Ibid.*, p. 310, § 408 : « Sur la base de l'ensemble des considérations exposées, la Chambre tient que, dans le cas d'espèce, ne se trouvent pas réunies les conditions d'un acquiescement de la part des États-Unis [...] ».

<sup>2576</sup> *Ibid.*, p. 281, § 64.

<sup>2577</sup> *Ibid.*, p. 308, § 140.

<sup>2578</sup> L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *Luti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 228 ; *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*, p. 698, § 117.

hypothèse, les échelons hiérarchiques supérieurs ne s'étaient pas prononcés sur la délivrance de concessions, des dizaines d'années auraient pu s'écouler avant une cristallisation du différend. Plus les parties tardent à identifier leur différend, plus les actes des fonctionnaires subalternes pourront acquérir d'importance.

d. *Autres exemples jurisprudentiels et développements théoriques*

La question de la valeur des actes d'un fonctionnaire subalterne n'est pas l'apanage de *Golfe du Maine*. L'affaire des *Parcelles frontalières* s'intéressait aux actes de fonctionnaires directement aux prises avec l'administration du territoire et l'exécution du droit interne (des actes de « fonctionnaires locaux »)<sup>2579</sup>. L'arrêt évoque les actes d'un contrôleur belge du cadastre, un procès civil relatif aux parcelles litigieuses devant un tribunal néerlandais, l'application de loi néerlandaise aux parcelles, ainsi que l'octroi, par les Pays-Bas, d'une concession ferroviaire qui passait à travers les parcelles<sup>2580</sup>. Pour la Cour, ses actes étaient impropres à renverser la souveraineté belge car :

« 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 »<sup>2581</sup>.

Priorité est donné aux déclarations explicites et officielles du Pays-Bas, qui n'avait jamais rejeté « [l]es assertions belges de souveraineté, jusqu'au jour où le différend s'est élevé entre les deux États en 1922 »<sup>2582</sup>.

L'extrait souligne que la souveraineté ne peut être déplacée *que si* les fonctionnaires sont convaincus d'exercer des prérogatives de puissance publique, d'accomplir des actes qui ne soient pas « courants » ou « administratifs ». C'est la notion d'*animus possidendi* qui apparaît en filigrane. Comme de simples particuliers ne peuvent pas posséder au nom de l'État, de la même manière les actes d'administration courante des fonctionnaires ne peuvent être

<sup>2579</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, p. 229.

<sup>2580</sup> *Ibid.*, pp. 228-229.

<sup>2581</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>2582</sup> *Ibid.*, p. 230.

qualifiés d'effectivités que s'ils sont l'émanation d'une politique délibérée. *L'animus possidendi* ne peut survenir *a posteriori* <sup>2583</sup>. Ces fonctionnaires n'avaient pas la capacité d'engager l'État sur le plan international, ils étaient convaincus d'agir dans le cadre de leurs fonctions (art. 4 TCDI), ils n'ont pas contrevenu à leurs instructions puisqu'ils ne faisaient qu'appliquer le cadastre décidé par les Pays-Bas.

L'affaire du *Temple* énumère diverses catégories de fonctionnaires. Tout d'abord les membres siamois de la commission mixte, membres qui n'ont pas contesté la carte et qui devaient réaliser que la ligne s'écartait de ce qui était convenu. La connaissance imputée aux membres rejaillit dans ce cas sur l'État thaïlandais en entier <sup>2584</sup>.

Suite au résultat des travaux de la commission mixte, les cartes – y compris celle concernant le Temple – sont communiquées à la Thaïlande, qui allègue qu'elles n'ont été vues que par des fonctionnaires subalternes, ces derniers n'ont pas non plus réagi <sup>2585</sup>. Or, les cartes ont été communiquées directement au gouvernement par la France <sup>2586</sup>. Le comportement de fonctionnaires subalternes thaïlandais ne peut pas être allégué à moins d'avoir été directement sollicité par l'État au bénéfice de l'acquiescement (le Cambodge). La Cour prend tout de même la peine d'énumérer la liste des organes qui auraient dû voir la carte (et y réagir), en plus de ministres, elle mentionne qu'« il est inconcevable que le gouverneur de la province de Khukhan [un fonctionnaire régional], dont Préah Vihéar a fait partie jusqu'au règlement de 1904, ait ignoré [son] existence » <sup>2587</sup>.

<sup>2583</sup> Sur ces questions d'*animus possidendi*, *occupendi*, et *derelinquendi*, cf. *supra*, nos développements au Ch. 4.I.B au sujet de la coutume.

<sup>2584</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 24 : « La carte a été communiquée – avec les autres – aux membres siamois de la Commission mixte. Ceux-ci ont nécessairement dû savoir (et par leur intermédiaire le Gouvernement siamois doit avoir su) [...] ».

<sup>2585</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>2586</sup> *Ibid.*, pp. 20 et 25.

<sup>2587</sup> *Ibid.*, p. 25. La Cour précise qu'y compris ce gouverneur, « [a]ucun de ces personnages [ayant dû voir la carte] n'était un fonctionnaire subalterne ». Pour nous, ce gouverneur n'appartient pas au sommet de l'État (un gouverneur ne traite normalement pas avec les États étrangers, cette prérogative appartient aux ministres et diplomates), il pourrait au mieux être colloqué à l'échelon intermédiaire en raison de son rapport étroit avec le Temple.

À côté des *inactions*, certains comportements positifs de nature administrative ont été accomplis dans la zone litigieuse par des fonctionnaires subalternes thaïlandais. La confrontation entre attitude des hautes sphères et comportement sur le terrain est clairement annoncée par la Cour :

« Les actes accomplis par la Thaïlande sur les lieux ont donc été invoqués comme preuves de sa conduite d'État souverain [*animus possidendi*] suffisantes pour faire échec à tout ce qui pourrait suggérer que la Thaïlande ait accepté en vertu de la convention de 1904 une délimitation ayant pour effet d'attribuer au Cambodge la souveraineté sur Préah Vihéar. C'est par conséquent sous cet angle que la Cour doit examiner et apprécier ces actes. Le vrai problème est de savoir s'ils suffisent à effacer ou à annuler l'impression nette d'acceptation de la frontière de Préah Vihéar qui se dégage des diverses considérations examinées plus haut »<sup>2588</sup>.

Les actes doivent témoigner d'un *animus* afin de faire échec aux attitudes adoptées par les représentants les plus officiels.

Ces actes émanent d'autorités locales provinciales et se fondent dans un flou artistique, la zone du Temple semble concernée de manière indirecte<sup>2589</sup>. Contrairement au silence univoque des hautes autorités, les actes sur le terrain sont dénués de constance : les fonctionnaires subalternes locaux ont laissé le Prince Damrong, en visite à titre de représentant d'un institut privé du Siam, être accueilli *par* les autorités françaises<sup>2590</sup>. Il est donc discutable que ces fonctionnaires considéraient agir à titre de souverain sur la zone du Temple. La Cour énumère encore la présence de gardiens, militaires et officiers de police thaïlandais aux abords du Temple qui auraient empêché les fonctionnaires cambodgiens d'approcher<sup>2591</sup>. Leur présence n'est pas concluante : « La Thaïlande, tout en accomplissant certains actes sur le plan local, n'envisageait pas de rejeter la revendication française et cambodgienne sur le plan

<sup>2588</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>2589</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>2590</sup> *Ibid.*, p. 30. Le Prince Damrong avait sollicité une autorisation du Roi pour entreprendre sa tournée archéologique, le Prince pourrait sur cette base être considéré comme un privé agissant sous l'impulsion des autorités officielles. Voy. : *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 683, § 140 : « Les activités de personnes privées ne sauraient être considérées comme des effectivités si elles ne se fondent pas sur une réglementation officielle ou ne se déroulent pas sous le contrôle de l'autorité publique ».

<sup>2591</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 31-32.

diplomatique »<sup>2592</sup>. En cas de dissonance entre organes étatiques, priorité est accordée aux actions et omissions des plus hauts degrés de l'État<sup>2593</sup>.

Au regard de l'attribution des actes des fonctionnaires subalternes, il s'agit d'organes n'ayant pas capacité à représenter l'État, leurs actes restent dans les limites de leurs attributions, sans contravention aux instructions données (art. 4 TCDI). Les effectivités thaïlandaises sont systématiquement contredites par les autorités officielles<sup>2594</sup>.

Dans une affaire de 2002, le Nigéria faisait valoir sa souveraineté sur certains villages disputés au Cameroun. Un des fondements de la revendication reposait sur l'« [a]dministration exercée effectivement par le Nigéria agissant en tant que souverain »<sup>2595</sup> : des chefs traditionnels et des fonctionnaires locaux auraient exercé des prérogatives sur le territoire litigieux. Au nombre des activités exercées par ces fonctionnaires, l'aide aux ressortissants nigériens installés dans les villages est évoquée, la participation aux élections, le fonctionnement de dispensaires, la perception d'impôt, l'organisation de l'enseignement, l'administration de la justice<sup>2596</sup>. La plupart de ces activités étaient financées et/ou dépendaient de la zone de gouvernement de Ngala (État de Borno)<sup>2597</sup>. De ce point de vue, les activités des fonctionnaires subalternes (régionaux ou locaux) étaient bel et bien accomplies à titre de souverain<sup>2598</sup> (*animus possidendi*).

Malgré l'ampleur de leur activité, trois ordres de raisons ont interdit à la Cour de reconnaître un effet aux actes des fonctionnaires subalternes. Premièrement – et cela rejoint la référence au fait composite – le Nigéria était, pendant la période considérée,

<sup>2592</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>2593</sup> En conséquence, la Cour exclut l'existence de toute incertitude juridique et affirme que « [l]es actes [...] accomplis sur les lieux doivent être considérés comme des violations délibérées d'une souveraineté » : *ibid.*, p. 33. Comparer avec : *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 450-453.

<sup>2594</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 31-33.

<sup>2595</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 349, § 62.

<sup>2596</sup> *Ibid.*, pp. 352-353, § 67.

<sup>2597</sup> *Ibid.*, p. 352, § 67.

<sup>2598</sup> *Ibid.*, p. 353, § 67 : « Certaines de ces activités [...] pourraient normalement être considérées comme des actes accomplis à titre de souverain ».

engagé dans un processus de négociation des frontières auprès de la Commission sur le bassin du lac Tchad (ci-après : « CBLT »), commission dont faisait partie le Cameroun<sup>2599</sup>. La constitution et participation à la CBLT était décidée par les plus hautes autorités du Nigéria<sup>2600</sup>, par conséquent les activités « sur le terrain » des fonctionnaires subalternes ne font pas le poids. Deuxièmement c'est sur la base d'un traité préexistant que la CBLT devait accomplir les travaux relatifs à la démarcation<sup>2601</sup>. Dans le contexte des différends territoriaux et du § 63 de *Burkina-Faso/Mali*, il s'agit de voir si les effectivités (l'acquiescement) sont aptes à renverser le titre préexistant<sup>2602</sup>. Les actes des fonctionnaires nigériens ne sont pas comparés aux activités sur le terrain du Cameroun (d'ailleurs assez succinctes)<sup>2603</sup>, mais au *titre* : « La Cour estime que les événements susmentionnés, pris conjointement, montrent que le Cameroun n'a pas acquiescé à l'abandon de son titre sur la région en faveur du Nigéria »<sup>2604</sup>. Troisièmement la période considérée pour les actes des fonctionnaires semble trop courte aux yeux de la Cour, une dizaine d'années s'est écoulée avant la cristallisation du différend<sup>2605</sup>.

Si un titre fait défaut les effectivités s'opposent aux effectivités, et le comportement des fonctionnaires subalternes prend plus d'importance. Il ne s'agit plus d'examiner si l'acquiescement a assez de force pour faire basculer un titre, mais de comparer les comportements et déclarations des parties par rapport à un territoire. L'affaire entre la Malaisie et Singapour tranchée par la CIJ en 2008 relève de ce cas de figure. L'enjeu principal était de déterminer si Singapour avait acquis la souveraineté sur l'île de Pedra Branca/Pulau Batu Puleh. Singapour fait valoir le comportement de nombreux fonctionnaires subalternes afin de démontrer qu'elle possédait l'île à titre de souverain. Ainsi, un « agent de l'autorité portuaire de Singapour » s'enquiert auprès d'un « commandant malaisien » de la liste des membres malaisiens d'une expédition scientifique désirant séjourner sur l'île ; le « haut commissariat malaisien » demanda

<sup>2599</sup> *Ibid.*, p. 344, § 55 ; p. 351, §§ 63-64.

<sup>2600</sup> *Ibid.*, p. 332, § 36.

<sup>2601</sup> *Ibid.*, p. 335, § 41 ; p. 354, § 69.

<sup>2602</sup> *Différend frontalier*, CIJ, *Rec. 1986*, pp. 586-587, § 63 ; p. 353, § 68.

<sup>2603</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 354, § 69.

<sup>2604</sup> *Ibid.*, p. 354, § 70.

<sup>2605</sup> *Ibid.*, p. 354, § 69 (1984 à 1994).



une autorisation au ministère des Affaires étrangères de Singapour afin de pénétrer dans les eaux territoriales ; le gardien du phare fit savoir à deux envoyés du service géographique de Malaisie occidentale qu'ils ne pouvaient séjourner sur l'île sans autorisation <sup>2606</sup>.

Toutes ces situations furent considérées par la Cour comme des comportements de Singapour à titre de souverain <sup>2607</sup>. Deux effectivités sont reconnues comme étayant « de façon appréciable » <sup>2608</sup> la revendication de Singapour : les enquêtes relatives aux naufrages (a), et les visites (b) mentionnées dans le paragraphe précédent. Le comportement de simples fonctionnaires subalternes a pesé dans la décision finale <sup>2609</sup>.

La Cour se penche également sur un projet d'agrandissement de l'île, projet décidé par l'État central mais exécuté par l'autorité portuaire de Singapour en 1978. L'autorité procéda à un appel d'offres – public – dans la presse sans que le projet ne soit conduit à son terme <sup>2610</sup>. Cette effectivité illustre le lien organique entre État central et fonctionnaires (ou autorités) subalternes. Quand l'État agit à l'unisson, ses organes ne font qu'exécuter une ligne politique, le comportement des fonctionnaires n'est pas différent des plus hautes autorités. Par conséquent, les actes des fonctionnaires sont considérés comme témoignant de la conviction d'agir à titre de souverain <sup>2611</sup>.

Les effectivités émanent d'organes *de iure* (art. 4 TCDI), ces organes n'ont pas vocation à représenter l'État sur la scène internationale. Ils n'agissent pas en dehors de leurs prérogatives ou contrairement à leur instruction (art. 7 TCDI inapplicable). L'acquiescement malaisien s'est confirmé dans le temps tel un fait composite (art. 15 TCDI) : dès 1953, la Malaisie aurait pu protester à tout moment et ainsi mettre à mal la prétention de Singapour.

---

<sup>2606</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 84, §§ 237-238.

<sup>2607</sup> *Ibid.*, p. 85, § 239.

<sup>2608</sup> Voy. les lit. a) à m). La Cour établit une hiérarchie de la force des effectivités (étaye de façon appréciable ; étaye ; tend à confirmer) ou les rejette (aucun poids ; documents tenus secrets) : *ibid.*, pp. 82-95.

<sup>2609</sup> *Ibid.*, p. 96, § 277.

<sup>2610</sup> *Ibid.*, p. 88, §§ 249-250.

<sup>2611</sup> *Ibid.*, p. 89, § 250 (le projet allait au-delà de l'entretien et de l'exploitation normale d'un phare).

e. *Synthèse*

Malgré un cheminement légèrement différent, nous rejoignons Cahier : les actes de fonctionnaires et d'autorités subalternes peuvent engager l'État, créer des droits et des obligations, sans que la volonté intervienne<sup>2612</sup>. Ces fonctionnaires ne disposent pas du droit de représenter l'État sur la scène internationale<sup>2613</sup>, ils peuvent même avoir agi en excès ou en contradiction de leur instruction. Pour apprécier l'effet des actes des fonctionnaires subalternes, une analyse au cas par cas s'avère nécessaire. La catégorie des fonctionnaires subalternes englobe tous les organes qui n'appartiennent ni à la « troïka », ni à l'échelon intermédiaire. N'importe quel organe de l'État peut participer à un acquiescement, tant du côté de la formulation de la prétention que du côté de l'acquiescement proprement dit. Dans le cadre d'un différend territorial, les tribunaux valorisent pleinement ces actes dans la mesure où ils sont innervés par une conviction d'agir à titre de souverain. Une telle conviction est plus aisément établie si l'ensemble de l'appareil étatique (c'est-à-dire l'ensemble des échelons organisationnels) se comporte de manière univoque, formule la même prétention ou acquiesce en bloc. Si une dissonance existe entre la base et le sommet de l'État, le tribunal peut en tirer parti pour contester l'acquiescement : la préférence est accordée aux comportements des plus hautes autorités. Les comportements des fonctionnaires subalternes déploient toutes leurs potentialités en l'absence de déclarations des autorités supérieures et quand le conflit territorial oppose uniquement des effectivités<sup>2614</sup>.

Le comportement des auteurs subalternes s'apprécie en fonction des autres conditions de l'acquiescement ; par exemple le temps écoulé depuis la première occasion de réagir et la fixation de la date critique. Un temps long contribue à valoriser les actes des fonctionnaires, des comportements anodins répétés sur une longue période affermissent l'acquiescement. Sur le plan tactique, l'État qui souhaite bénéficier d'un acquiescement a intérêt à multiplier les effectivités avant la cristallisation du différend et l'émission de protestations diplomatiques en bonne et due forme. La communication

<sup>2612</sup> Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, pp. 243 et 262-263.

<sup>2613</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>2614</sup> En présence d'un titre, le tribunal vérifie si l'acquiescement est parvenu à le renverser.

d'informations entre fonctionnaires subalternes ou entre un fonctionnaire et un diplomate, ambassadeur, ministre de l'autre partie, peut entraîner une connaissance de la prétention. C'est particulièrement le cas quand les tâches du fonctionnaire impliquent de faire remonter l'information à ses supérieurs<sup>2615</sup>. Finalement, l'auteur est indissociable de l'acte qu'il a accompli. Dans le fonctionnement de l'acquiescement, l'acte accompli est une notion large, il peut s'agir d'une action ou d'une omission. L'accent est mis sur la mesure dans laquelle l'acte témoigne d'une prise de position, l'identification précise de l'auteur passe au deuxième plan<sup>2616</sup>.

Quel est l'apport des mécanismes de la responsabilité internationale ? L'acquiescement et le fait illicite sont des *faits juridiques*, ainsi n'importe quel organe de l'État peut participer à l'acquiescement. Il n'est pas nécessaire que l'organe soit habilité à représenter l'État sur la scène internationale. L'acquiescement peut résulter du comportement d'un organe dans l'exercice de ses fonctions (l'article 4 TCDI est le plus pertinent à cet égard), voire du comportement *ultra vires* de cet organe (art. 7 TCDI). Dans ce dernier cas de figure, ce qui importe est l'apparence créée lors du comportement contrevenant aux instructions : pour autant que l'organe semblait rester dans le cadre de ses attributions, l'acquiescement peut survenir. Les États sont bien entendu opposés à un tel effet quand l'acquiescement leur est défavorable, leur ligne argumentative consiste à dévaloriser les déclarations de fonctionnaires subalternes<sup>2617</sup>. Cette ligne argumentative disparaît quand les États se reposent sur les effectivités : tous les actes accomplis par des organes de l'État sont énumérés, peu importe le niveau hiérarchique ou la capacité à représenter l'État<sup>2618</sup>. Au vu de la jurisprudence, la référence aux mécanismes d'attribution n'a qu'une dimension prospective. L'analogie de l'article 7 fournit une justification

<sup>2615</sup> Voy. : *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 24 ; *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 308, § 142.

<sup>2616</sup> Comme nous le verrons dans la prochaine section (4. La substitution de l'auteur aux actes effectués), les tribunaux ont parfois attribué des actes à l'État dans son entier sans entrer dans le détail de leur auteur.

<sup>2617</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 307-308, § 139. La réserve exprimée par Hoffman sur sa propre capacité à engager les États-Unis était capitale dans cette affaire, aucune apparence ne pouvait être créée (*ibid.*, p. 306, § 133).

<sup>2618</sup> Des effectivités opposées à d'autres effectivités ou à un titre. Voy. en particulier les affaires *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, pp. 228-229 ; *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 31-32 ; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec.* 2008, pp. 82-95.

prête à l'emploi afin de faire dériver un acquiescement du comportement d'organes contraires à leurs instructions. En matière d'attribution de la responsabilité comme pour l'acquiescement, c'est l'apparence objectivement créée, perçue de bonne foi, qui guide le tribunal :

« The conduct of the brigadier not having been disclaimed by his chiefs before the morning of the 9th July, that is to say before the "Morea" left Marseilles, *the British Police might naturally have believed that the brigadier had acted in accordance with his instructions, or that his conduct had been approved* »<sup>2619</sup>.

Faute d'avoir pris les mesures appropriées pour dissiper un acquiescement naissant ou des actes *ultra vires*, l'État doit se laisser opposer les apparences créées. Il n'existe pas d'organe prédestiné à acquiescer ou à formuler des prétentions<sup>2620</sup>.

Tant que les actions et réactions n'atteignent pas une masse critique, l'acquiescement peut être désamorcé. Le fait composite de l'article 15 TCDI obéit à la même logique, une suite d'actions et de réactions, non illicites en elles-mêmes, le deviennent *a posteriori* quand le comportement de trop est commis :

« 1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite [...] »<sup>2621</sup>.

Aussi longtemps que ce cap n'est pas franchi, l'acquiescement/fait composite n'existe pas. Pour le fait illicite composite, cela signifie que l'État peut gommer ses errements initiaux, il a l'occasion de « corriger le tir »<sup>2622</sup>.

Pour l'acquiescement, trois situations sont envisageables dans lesquelles le cap n'est pas franchi. 1) La contradiction externe : face aux prétentions d'un État, l'État adverse proteste à temps<sup>2623</sup>.

<sup>2619</sup> *The Savarkar Case (Great Britain, France)*, Sentence du 24 février 1911, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 254, nos italiques.

<sup>2620</sup> Voy. le commentaire de l'article 4 TCDI : « La diversité des obligations internationales ne permet pas d'établir de distinction générale entre les organes qui peuvent commettre un fait internationalement illicite et ceux qui ne le peuvent pas » (CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 89, § 5).

<sup>2621</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 154.

<sup>2622</sup> G. DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », op. cit., pp. 18-21.

<sup>2623</sup> Aucune affaire dans la présente section ne correspond à cette hypothèse. Dans le domaine du différend territorial, voy. : *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1108-1111.

2) La contradiction interne : les différents échelons hiérarchiques d'un État sont en désaccord sur l'attitude à opposer à une prétention ou à un acquiescement. L'attitude des hautes autorités fait échec à l'attitude des autorités inférieures<sup>2624</sup>. 3) La double contradiction : l'État adverse proteste et les organes de l'État n'adoptent pas une ligne de conduite unique<sup>2625</sup>.

Cette grille de réflexion calquée sur la responsabilité internationale a une vocation essentiellement théorique et démonstrative, elle ne trouve jusqu'ici pas d'écho dans la jurisprudence. En accord avec Cahier, qui écrivait avant l'affaire du *Golfe du Maine* :

« Même lorsque l'acquiescement résulte d'actes positifs, il est, dans certains cas, difficile de dire que ces actes sont une manifestation de volonté. C'est justement cette dissociation entre l'effet de l'acte et la volonté de l'auteur de l'acte qui prouve que, lorsque les tribunaux prennent en considération le comportement d'un État, ce n'est pas en se basant sur la volonté de celui-ci »<sup>2626</sup>.

Nous sommes comme des nains juchés sur les épaules des géants<sup>2627</sup> : c'est en tirant toutes les conséquences de sa nature de fait juridique que l'armada théorique de l'acquiescement pourra être développée.

#### 4. *La substitution de l'auteur aux actes effectués*

La section précédente examinait les comportements, principalement positifs, émanant de fonctionnaires subalternes bien identifiés. Cependant une telle identification n'est pas une condition *sine qua non* du fonctionnement de l'acquiescement : elle n'apparaît que quand elle est problématique ou contestée. Dans cette section, nous examinerons les actes<sup>2628</sup> et omissions<sup>2629</sup> qui sont attribués *in toto* à un État, sans que le détail de l'organe impliqué n'apparaisse dans le raisonnement de la Cour.

<sup>2624</sup> Par ex. : *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, Rec. 1984, p. 281, § 64 ; p. 308, § 142 ; *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, Rec. 1959, p. 230.

<sup>2625</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, Rec. 2002, p. 354, §§ 69-70.

<sup>2626</sup> Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 264. L'article date de 1968, *Golfe du Maine* est tranché en 1984.

<sup>2627</sup> L'expression est attribuée à Bernard de Chartres.

<sup>2628</sup> Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, pp. 243-250.

<sup>2629</sup> *Ibid.*, pp. 250-260.

a. *Attribution d'une action*

L'affaire de la délimitation maritime des *Grisbadarna* offre un bon point de départ, le tribunal était chargé de tracer une limite maritime entre la Suède et la Norvège. Le tribunal énumère en bloc les actes accomplis :

« La Suède a effectué dans les parages de Grisbadarna, surtout dans les derniers temps, des actes multiples émanés de sa conviction que ces parages étaient suédois, comme, par exemple, le balisage, le mesurage de la mer et l'installation d'un bateau-phare [...] » <sup>2630</sup>.

La Norvège ne s'est pas opposée pendant de nombreuses années, elle a même participé à certains comportements <sup>2631</sup>. La sentence se borne tout au plus à présenter distinctement les actes des pêcheurs suédois et de la Suède <sup>2632</sup>. Cette jurisprudence date de 1909, ce qui peut expliquer son aspect embryonnaire sur la problématique des organes précis ayant effectué les actions.

Le flou quant aux organes peut être expliqué par d'autres motifs que l'ancienneté de la sentence : quand l'ensemble de l'État se comporte de la même manière, l'identification des organes n'apporte rien au raisonnement juridique, en particulier quand les organes ne font qu'exécuter la politique du gouvernement. Cette caractéristique peut être liée aux termes « émanés de sa conviction » de l'extrait. La prétention de l'État qui démontre une telle unité dans sa conduite sera favorisée.

L'affaire des *Pêcheries* s'inscrit dans cette veine. Des décrets et des délimitations successifs relatifs aux limites maritimes de 1812, 1869 et 1889 sont à la base de l'action, « sur le terrain », des organes de l'État <sup>2633</sup>. La Cour constate que la délimitation qui résulte de « [c]e système a été appliqué par les autorités norvégiennes de façon persistante et qu'il ne s'est pas heurté à l'opposition d'autres États » <sup>2634</sup>. L'arrêt ne mentionne qu'au stade des faits les organes qui ont mis en œuvre les décrets : des admonestations, des saisies, et l'activité des « garde-pêches norvégiens » sont évoquées <sup>2635</sup>. En

<sup>2630</sup> *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 161.

<sup>2631</sup> *Ibid.*, pp. 161-162.

<sup>2632</sup> *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 161.

<sup>2633</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 135.

<sup>2634</sup> *Ibid.*, pp. 136-137.

<sup>2635</sup> *Ibid.*, p. 124.

droit, la Cour ne se réfère qu'aux « autorités norvégiennes »<sup>2636</sup>. La ligne de conduite de la Norvège est unitaire, il n'y a pas de comportements dissonants entre les plus hautes autorités et les fonctionnaires subalternes<sup>2637</sup>. Comme dans *Grisbadarna*, l'unité d'action des organes étatiques est présente du côté de l'État *bénéficiaire* de l'acquiescement.

Dans le domaine du différend territorial, et en particulier dans une logique d'effectivités contre effectivités ou de titres contre titres, les comportements accomplis sur le terrain importent *par eux-mêmes*, l'identification précise de leur auteur n'est qu'accessoire. Pour l'acquiescement, cela se traduit par une mise en exergue de la *valeur* des actions et réactions. Ainsi, dans l'affaire *Érythrée/Yémen*, le tribunal se repose sur les considérations propres à l'acquisition de territoires pour opérer un classement des effectivités présentées par les parties :

« The modern international law of the acquisition (or attribution) of territory generally requires that there be: an intentional display of power and authority over the territory, by the exercise of jurisdiction and state functions, on a continuous and peaceful basis. [...] The facts alleged by Eritrea and Yemen in the present case must be measured against these tests [...] »<sup>2638</sup>.

S'ensuit une énumération des effectivités par ordre décroissant. Les déclarations de souveraineté et revendications sont examinées en premier, puis les actes législatifs, et finalement les activités liées à la pêche (arraisonnement de navire, octroi de licences), les activités de secours, la protection de l'environnement, l'activité des privés (pour autant qu'elles témoignent d'un exercice de souveraineté)<sup>2639</sup>.

Les comportements de tous les échelons de l'État importent dans la mesure où ils sont accomplis *à titre de souverain*. Ce genre de différend obéit à une logique d'accumulation des effectivités. Que les organes (en particulier subalternes) aient eu le droit de mener les activités ou aient reçu des instructions dans ce sens n'est pas le point capital.

Nous devons toutefois apporter une nuance : les règles propres aux différends territoriaux n'obscurcissent qu'en partie l'importance de l'auteur de l'acquiescement. Ce qui est recherché, ce sont des actes

<sup>2636</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>2637</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>2638</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 268, § 239.

<sup>2639</sup> *Ibid.*, pp. 269-284.

qui démontrent « the display of functions of State and Governmental authority »<sup>2640</sup>. Ces actes peuvent être effectués par tous les niveaux de l'État, mais pas de la même manière. Le défi de tout acte « accompli à titre de souverain » est de prouver qu'il procède d'une intention de posséder de plein droit le territoire (*animus possidendi* ou *occupendi*). Or, c'est dans les actes émanant des plus hautes autorités que cette intention transparaît le plus nettement. C'est pour cette raison que le tribunal s'intéresse d'abord aux revendications et prétentions officielles de l'État, puis descend au niveau législatif, pour terminer par les actes de terrain<sup>2641</sup>. Chaque échelon hiérarchique exprime différemment la possession à titre de souverain : par des déclarations concernant le territoire pour la « troïka » et l'échelon intermédiaire<sup>2642</sup>, par des comportements liés à l'exercice de fonctions publiques pour les fonctionnaires subalternes.

b. *Remarques sur l'activité législative et l'action*

L'activité législative appelle quelques remarques. Elle possède trois caractéristiques dans cette configuration : son auteur, sa mise en œuvre, et en quoi elle manifeste la possession à titre de souverain.

Dans le contexte de la responsabilité internationale, l'article 4 TCDI prévoit :

« Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, *que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres*, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État »<sup>2643</sup>.

L'activité législative est indissociable de l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>2644</sup>. Par définition, toutes activités législatives émanent de l'État, sans qu'il soit nécessaire d'en établir

<sup>2640</sup> *Ibid.*, p. 312.

<sup>2641</sup> Cf. les activités énumérées *supra* et *ibid.*, pp. 269-284.

<sup>2642</sup> Dans un paragraphe dévolu à l'« Assertion of intention to claim the Islands », le tribunal note qu'aucun document soumis par les parties ne mentionne précisément les îles objets du litige : *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 269, § 241.

<sup>2643</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, op. cit., p. 87, nos italiques.

<sup>2644</sup> Le principe de la « rule of law » (règle de droit) définit la loi comme la limite et la condition à toute activité étatique. Voy. : O. SCHACHTER, « International law in theory and practice: general course in public international law », *RCADI*, vol. 178, 1982-V, p. 48 ;



l'auteur précis (gouvernement central ou local). En conséquence, un tribunal n'a pas besoin de prendre la peine d'en rechercher l'auteur. Dans l'affaire précitée *Érythrée/Yémen* et dans *Pêcheries norvégiennes*, des actes constitutionnels et des décrets sont mentionnés<sup>2645</sup>. Pour l'acquiescement, cela signifie que la question de l'auteur disparaît, la loi est un acte brut.

Seule l'activité législative *générale et abstraite* est concernée par ce renvoi à l'État comme auteur de toutes les lois. Les actes en application de la loi, de même que les actes *généraux et concrets* ou *spécifiques et abstraits* sortent de l'activité législative qui peut être attribuée sans réserve à l'État. Nous émettons cette réserve car la délivrance de licences, de droits d'exploitations, de concessions<sup>2646</sup> sont des actes d'applications de la loi qu'il convient de distinguer. Dans *Érythrée/Yémen* l'octroi de licences sur et autour des îles sont examinées en dehors de la section réservée à l'activité législative de l'État<sup>2647</sup>. Ces dernières remarques nous amènent au deuxième point.

*Qui* met en œuvre la loi<sup>2648</sup> ? La question est captieuse, car la loi est parfois promulguée et... oubliée<sup>2649</sup>. La loi promulguée et mise en œuvre ne se limite pas à son énoncé littéral, l'application concrète est pertinente<sup>2650</sup>. La mise en œuvre peut résulter de l'activité de chaque échelon hiérarchique. Dans les litiges territoriaux, c'est plus généralement les organes subalternes (collectivités

---

G. FITZMAURICE, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, vol. 92, 1957-II, pp. 49-50.

<sup>2645</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, pp. 272-273 (actes législatifs et constitutionnels) ; *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 140 (décrets royaux).

<sup>2646</sup> Ainsi, M. Hoffman appliquait la législation canadienne, mais ne promulguait pas du droit : *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 305-306.

<sup>2647</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, pp. 276-277, 287.

<sup>2648</sup> « Loi » est utilisé ici comme synonyme de « droit interne ».

<sup>2649</sup> Une loi en vigueur mais non appliquée ne peut *a priori* pas créer un acquiescement. Face à un comportement effectif de l'État adverse, une loi non appliquée est dépourvue de valeur.

<sup>2650</sup> Par ex. une loi créant un sanctuaire maritime sur le rivage d'une île est à première vue un indice de souveraineté sur ce territoire. Si toutefois une autorisation est demandée à un autre État à chaque visite dans la zone, l'indice de souveraineté est nul. Voy., sur le même sujet, art. 7, § 1, lit. b et 46 CVDT (pratique de l'État relative à ses représentants et pratique relative à la conclusion de traités).

ou fonctionnaires) qui sont concernés : entretien d'installations, gestion du territoire, gardiens de phares. Dans *Pêcheries norvégiennes*, passée l'identification des décrets pertinents et la vérification de leur mise en œuvre, la Cour s'arrête<sup>2651</sup>. Les deux volets de la loi – promulgation (1) et application (2) sont réunies – l'État a agi à titre de souverain en théorie comme en pratique. La mise en œuvre est l'extension naturelle de la loi, et pour cette raison les tribunaux peuvent se contenter de la constater, peu importe l'organe final qui en est l'*instrument*.

*En quoi* une loi manifeste-t-elle la possession à titre de souverain ? Certaines lois manifestent naturellement ce type de possession, ainsi de l'adoption de limites maritimes qui ont pour conséquence d'englober des zones maritimes dans les eaux intérieures de l'État<sup>2652</sup>. Ce qui doit être évalué, c'est le lien entre la loi, le territoire litigieux, et la possession souveraine. Si la loi n'englobe pas le territoire, l'intention de *légiférer* à titre de souverain est absente :

« No Eritrean legislation explicitly treated the Islands as being subject to the jurisdiction and control of Eritrea. [...] Two decrees were issued by the President of the Yemen Arab Republic concerning territorial waters and continental shelf. However these did not mention the Islands by name. [...] In conclusion, the evidence on behalf of both Parties shows legislative and constitutional acts without any specific reference to the Islands by name »<sup>2653</sup>.

Une distinction doit être faite entre la loi en tant que manifestation de souveraineté sur un territoire et l'application d'une loi « quelconque » comme manifestation de souveraineté. Dans le premier cas, le texte de loi, son contenu intrinsèque implique que l'État considère un territoire sous sa souveraineté. Il peut s'agir de la construction d'une route, de la création d'une réserve naturelle, de la définition de circonscriptions électorales. Dans la seconde hypothèse, la loi en soi est *muette* et *étrangère* au territoire, par contre les organes de l'État vont l'appliquer *sur* le territoire litigieux<sup>2654</sup>.

<sup>2651</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 136-138.

<sup>2652</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 138-140.

<sup>2653</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, pp. 272-273, resp. §§ 253, 256, et 257.

<sup>2654</sup> *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, p. 683, § 136.

Une loi générique concernant les enquêtes pénales, la perception d'impôts, la procédure civile peut être appliquée à un territoire litigieux. Dans ce cas, la possession « à titre de souverain » découle non pas de la loi en tant que telle, mais du comportement des organes. La loi interne est appliquée au territoire litigieux car l'État (ou ses organes) sont convaincus que la souveraineté s'y étend. Dans l'affaire *Érythrée/Yémen*, le tribunal énumère des « actes de compétence relatifs à des incidents survenus en mer »<sup>2655</sup> ainsi que « l'exercice de la compétence civile et pénale pour les incidents survenus sur les îles »<sup>2656</sup>. Dans *Pedra Branca*, Singapour faisait valoir qu'elle avait exercé : « L'autorité souveraine sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en enquêtant et en informant sur les dangers pour la navigation et les accidents survenus dans les eaux territoriales de l'île »<sup>2657</sup>. L'ordonnance (loi interne) sur laquelle Singapour fondait sa compétence pour diligenter l'enquête ne prévoyait une application qu'à « la côte [de Singapour] ou à proximité »<sup>2658</sup>, sans mentionner Pedra Branca *expressis verbis*. Dans *Miniquiers et Ecréhous*, la Cour fait écho à :

« La loi de Jersey [qui] exige depuis des siècles qu'il soit procédé à enquête lorsque des cadavres sont trouvés dans le bailliage. *Pareilles enquêtes* sur cadavres trouvés aux Miniquiers ont été faites en 1850, 1938 et 1948, et elles montrent que *juridiction a été exercée à l'égard de ces îlots* »<sup>2659</sup>.

Nous noterons encore que le raisonnement est transposable au droit international : l'application d'une norme sans relation directe avec la prétention sur un territoire<sup>2660</sup> peut faire apparaître l'exercice de compétences à titre de souverain<sup>2661</sup>.

<sup>2655</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 284, § 317.

<sup>2656</sup> *Ibid.*, pp. 287-288, §§ 335-340.

<sup>2657</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 82, § 231, nos italiques.

<sup>2658</sup> *Ibid.*, p. 83, § 233.

<sup>2659</sup> *Affaire des Miniquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, pp. 65 et 69 pour l'extrait, nos italiques.

<sup>2660</sup> Un traité (et spécifiquement un « traité-loi ») peut contenir des normes sans relation directe avec la prétention sur un territoire. Les conventions de Vienne relatives au droit diplomatique et consulaire sont étrangères aux revendications territoriales. Pourtant, si les États-Unis s'adressent à Israël pour ouvrir une ambassade à Jérusalem, un exercice de souveraineté se fait jour (inspiré de : *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*).

<sup>2661</sup> Cette relation incidente entre application du droit international et souveraineté est illustrée dans *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South*

c. *Effectivités versus actes diplomatiques dans le cadre de l'action*

Revenons à notre interrogation des décisions dans lesquelles l'organe disparaît au profit de l'acte effectué. *Pedra Branca* recèle ce cas de figure, la Cour renvoie en bloc au comportement des autorités de Singapour au sujet des enquêtes menées lors de naufrages à proximité de l'île<sup>2662</sup>.

Lorsqu'un titre existe et que des effectivités sont susceptibles de l'éclairer, les tribunaux peuvent prendre en compte le comportement des organes des parties. Dans ce cadre, l'acquiescement/pratique subséquente peut être utilisé à deux escients : soit entre les parties (dans la dynamique usuelle d'État bénéficiaire-État lésé)<sup>2663</sup>, soit comme critère de cohérence des comportements d'une partie (cohérence de l'attitude, *non venire contra factum proprium*, interdiction de « blow hot and cold »)<sup>2664</sup>.

Avant notre incartade dans le matériel législatif, nous avons vu que la sentence *Érythrée/Yémen* ventilait les effectivités selon une logique décroissante, depuis celles qui pourraient manifester le plus clairement la souveraineté à celles qui autorisent simplement une présomption. Dans *Érythrée/Éthiopie*, plusieurs traités de frontières avaient été conclus entre les puissances occupant précédemment le territoire : le tribunal a examiné et interprété chaque titre, puis évalué la mesure dans laquelle les effectivités auraient pu modifier le tracé de la frontière<sup>2665</sup>. Pour ce faire, le tribunal s'appuie en cascade sur trois « effectivités »,

---

*Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 82, § 232. La Malaisie argumentait « [q]ue la convention des Nations Unies sur le droit de la mer et la convention pour la sauvegarde de la vie humaine imposent des obligations en ce qui concerne les enquêtes sur les dangers pour la sécurité de la navigation et la publication d'informations à ce sujet. *Attendu que Singapour a agi pour enquêter et publier, elle l'a fait conformément à la meilleure pratique et non pas à titre de souverain s'agissant de l'île* », nos italiques). De même, l'insertion d'une « clause coloniale » dans un traité n'a de sens que si l'État s'estime souverain du territoire (*Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 51, au sujet de traités conclus par le Danemark qui excluaient le Groënland).

<sup>2662</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 83, § 233.

<sup>2663</sup> *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 86.

<sup>2664</sup> *Ibid.* : « Ces critères [de la pratique subséquente] peuvent également être appliqués à l'attitude d'une partie par rapport à sa propre conduite, puisqu'il n'est pas admis qu'une partie contredise par son action ultérieure la position juridique qui inspirait sa conduite initiale ».

<sup>2665</sup> *Ibid.*, p. 132, § 4.60 : « The Commission will now examine the subsequent conduct of the Parties with a view to determining whether any such conduct requires it to vary or adjust in any way the boundary based on the interpretation of the Treaty as set out above ».

la conduite des parties à titre de souverain (a), les échanges diplomatiques ou similaires (b), puis les cartes (c). Cet ordre n'est pas dû au hasard : « The Commission will first consider the evidence of conduct that demonstrates the exercise of sovereignty in a practical way on the ground »<sup>2666</sup>. Quand il s'agit de s'opposer à un titre, les déclarations du plus haut sommet de l'État ne sont pas très utiles car elles peuvent au mieux contredire le titre lui-même : la conclusion d'un traité et les relations diplomatiques sont de niveau équivalent. C'est pour cette raison que le tribunal se focalise en priorité sur les comportements survenus sur le territoire et accomplis à titre de souverain (« *Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (effectivités)* »)<sup>2667</sup>.

Dans ces comportements effectifs classés sous (a) les parties font feu de tout bois, la liste est longue (état civil, éducation publique, perception d'impôts, entretien d'une station météorologique)<sup>2668</sup>. Le tribunal ne prend pas la peine d'indiquer qui, quel organe, quelle division territoriale ou administrative les a effectuées. Les auteurs disparaissent derrière les *evidence of activities* qui n'existent que si elles « establish or confirm [the Parties'] sovereignty over a number of localities »<sup>2669</sup>.

La division de la conduite subséquente entre « effectivités » au sens strict (a) et l'activité diplomatique (b) dénote un clivage – conscient ou non – plus profond dans la vision de l'activité de l'État<sup>2670</sup>. Le raisonnement sous-jacent est que chaque niveau de l'État exerce un type différent d'activités, aux fonctionnaires subalternes les actes sur le terrain (comportements), et aux diplomates les revendications relatives à la souveraineté (déclarations de principes). Cette *summa divisio* fonctionne la plupart du temps, toutefois certaines effectivités de la sentence *Érythrée/Éthiopie* sont à cheval entre les deux catégories. Du côté des fonctionnaires, l'octroi de concessions minières<sup>2671</sup> ou un « *border survey* »<sup>2672</sup> sont loin d'être des effectivités aveugles qui ne dépassent pas

<sup>2666</sup> *Ibid.*, p. 133, § 4.63.

<sup>2667</sup> *Ibid.*, p. 133, § 4.65, italiques dans l'original.

<sup>2668</sup> *Ibid.*, voy. resp. pp. 133, 135, 137, et 139 pour chaque section de la frontière.

<sup>2669</sup> *Ibid.*, p. 135, § 4.65 (formulation type reproduite aux §§ 4.74, 4.80 et 4.88).

<sup>2670</sup> Nous délaissions volontairement la question des cartes, il s'agit bien d'une effectivité (dont l'auteur reste inconnu), mais qui exige des conditions de connaissance, notoriété et d'acquiescement plus lourdes que la conduite sur le terrain ou que les échanges diplomatiques. La transformation d'une carte en acquiescement est ardu. Voy. : *ibid.*, pp. 134-139. En dehors de la période coloniale, le rôle des cartes est – suivant leur précision, notoriété, éditeur – de vérifier si elles ont provoqué une réaction.

<sup>2671</sup> *Ibid.*, pp. 133, 135, et 139.

<sup>2672</sup> *Ibid.*, p. 135 (à traduire par « relevé topographique » ou « enquête de frontière »).

l'administration quotidienne du territoire. Ce type d'effectivités contient en germe une prétention sur le territoire. Parfois, des autorités locales sont expressément chargées de négocier entre elles un accord sur des questions territoriales, la solution est ensuite consacrée par le gouvernement central<sup>2673</sup>. Quant aux diplomates, les protestations contre des incursions frontalières<sup>2674</sup>, ou la demande d'autorisation d'entrer sur le territoire<sup>2675</sup> sont pour une part des comportements d'organes de niveau hiérarchique élevé<sup>2676</sup>. Ces comportements ne sont pas de simples déclarations usuelles, la revendication est présente en germe, mais moins clairement que lors de la formulation d'une prétention.

En conclusion de l'évocation de la sentence *Érythrée/Éthiopie*, les effectivités peuvent faire varier la frontière. Sur les quatre segments examinés, seule<sup>2677</sup> l'« Endeli projection » a été faiblement modifié grâce aux nombreuses effectivités avancées par les parties :

« The Commission has noted that, in general, the impact of Ethiopian administrative activity has been weaker, and the impact of Eritrean activity stronger, in the northern and western fringes of the Endeli projection, and that therefore Ethiopia has not established its effective sovereignty to the required degree over those areas »<sup>2678</sup>.

Ces conduites étaient conjuguées à des déclarations des échelons supérieurs :

« Moreover, the Commission has noted that in several reports senior Italian officials, and also Italy's formal complaint to the League of Nations, acknowledged that significant parts of the area covered by the Endeli projection had always been Ethiopian and that Italy had never been present there »<sup>2679</sup>.

<sup>2673</sup> Voy. : *Territorial and maritime dispute between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, Sentence arbitrale, 29 juin 2017, CPA, cas n° 2012-04, p. 266, § 857 ; pp. 274-275, §§ 893-895.

<sup>2674</sup> *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, pp. 134 et 137.

<sup>2675</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>2676</sup> En termes de comportements, la marge de manœuvre des plus hautes autorités et de l'échelon intermédiaire est limitée : en particulier, l'usage de la force est interdit pour empêcher un acquiescement ou manifester son désaccord. Le stationnement de policiers ou de militaires directement sur la zone litigieuse pourrait constituer un acte illicite (voy., à ce propos, *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 416, § 223 ; p. 450, § 310 ; p. 452, § 418 ; et le point V.B du dispositif, p. 457).

<sup>2677</sup> L'autre déviation est le résultat d'une admission lors de l'instance : *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, pp. 134-139, §§ 4.69-4.70.

<sup>2678</sup> *Ibid.*, p. 138, § 4.85.

<sup>2679</sup> *Ibid.*, p. 138, § 4.84.

Même si de l'aveu du tribunal les actes effectifs sont le motif principal de modification de la frontière<sup>2680</sup>, le renforcement mutuel des deux couples *fonctionnaires subalternes/diplomates* et *comportements/déclarations* ôte tous les doutes sur la souveraineté d'un territoire.

d. *Attribution d'une omission*

Avec Martin-Bidou, nous sommes d'avis que « [l]orsqu'une réaction de l'État est attendue, si elle ne vient pas, le silence émane de l'État et la question de l'imputabilité ne soulève pas de difficulté particulière »<sup>2681</sup>. L'omission d'un État est prise telle quelle, l'organe qui aurait dû réagir importe peu – si tant est qu'il puisse être identifié – la disparition de l'auteur au profit de l'acte effectué est totale. L'omission est liée à la connaissance des faits, à la notoriété, et à la charge de réagir : dans cette constellation, identifier quel organe est resté muet s'avère superflu. Ces considérations n'excluent pas que l'identification de l'organe silencieux soit possible ; l'acquiescement s'inscrit généralement dans un *dialogue* dont le tribunal est à même d'identifier les protagonistes. Un diplomate qui se tait après une correspondance, un ministre qui ne réagit pas sont autant d'organes dont le silence emporte des conséquences juridiques<sup>2682</sup>. Nous allons nous tourner vers les jurisprudences où une omission est attribuée *in toto* à l'État.

L'affaire des *Pêcheries norvégiennes* illustre l'inaction :

« La tolérance générale des États étrangers à l'égard de la pratique norvégienne est un fait incontesté. Durant une période de plus de soixante ans le Gouvernement du Royaume-Uni lui-même n'a élevé aucune contestation à ce sujet »<sup>2683</sup>.

L'absence de réaction est attribuée en bloc au Gouvernement du Royaume-Uni, les décrets norvégiens et leur application n'ont soulevé aucune objection sur une très longue période, les organes précis qui auraient dû et pu réagir ne sont pas identifiés.

<sup>2680</sup> *Ibid.*, p. 133, § 4.63.

<sup>2681</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 59.

<sup>2682</sup> On peut évoquer, *inter alia*, les affaires du *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 25 ; *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446.

<sup>2683</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 138.



Le long silence britannique est conjugué à la notoriété des faits, qui est elle-même favorisée par l'application continue du système de délimitation :

« Le Gouvernement du Royaume-Uni a fait valoir que le système de délimitation norvégien ne lui était pas connu et qu'il manquait ainsi de la notoriété requise pour fonder un titre historique qui lui soit opposable. [...] le Royaume-Uni n'a pu ignorer le décret de 1869 [...] Il n'a pu davantage, le connaissant, se méprendre sur la portée de ses termes qui le décrivaient clairement comme l'application d'un système » <sup>2684</sup>.

Ce silence, attribué à aucun organe particulier – ou à l'ensemble de l'État – empêche le Royaume-Uni de remettre en cause le système adopté par la Norvège ; la première protestation officielle intervient trop tard <sup>2685</sup>.

Le *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* <sup>2686</sup> illustre l'antagonisme dans l'identification de l'auteur d'un comportement versus « l'auteur » d'une omission. En l'absence d'un titre et face à une application non concluante de l'*uti possidetis*, ce sont principalement les effectivités concurrentes qui servent à établir la souveraineté <sup>2687</sup>. L'asymétrie des effectivités est particulièrement criante ; le Honduras invoque de nombreux actes et détaille fréquemment les organes qui en sont les auteurs <sup>2688</sup>. À l'inverse, le Nicaragua n'a que de faibles et rares effectivités à opposer <sup>2689</sup>. Globalement, le comportement du Nicaragua est une attitude d'inaction, d'omission, aucun organe n'est spécifiquement désigné comme responsable de ce silence. À une exception près, l'absence de protestation n'est pas particulièrement mise en exergue dans l'arrêt dans l'argumentation des parties :

« Le Honduras affirme que le Nicaragua n'a pas protesté contre l'accord de 1976, ni contre l'installation des bornes ; depuis que ces bornes ont été posées, il y a plus de vingt ans, il n'a pas demandé non plus qu'elles soient enlevées » <sup>2690</sup>.

<sup>2684</sup> *Ibid.*, pp. 138-139.

<sup>2685</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>2686</sup> Arrêt, 8 octobre 2007, CIJ, *Rec. 2007*, p. 659.

<sup>2687</sup> *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. 710-711, §§ 167-168.

<sup>2688</sup> *Ibid.*, pp. 713-722, §§ 176-208.

<sup>2689</sup> *Ibid.*, p. 718, § 197 ; p. 719, § 200.

<sup>2690</sup> *Ibid.*, p. 720, § 205.



Au sujet de *l'ensemble* des effectivités, la Cour note que :

« [Les] activités honduriennes, qui peuvent être considérées comme des effectivités et que l'on peut présumer avoir été connues du Nicaragua, n'avaient suscité aucune protestation de la part de celui-ci » <sup>2691</sup>.

Malgré le peu de mentions dans l'examen des effectivités, l'omission et l'absence de protestation d'un État sont donc bel et bien un élément important du raisonnement de la Cour. Les effectivités ont un effet intrinsèque (la mesure dans laquelle elles manifestent l'intention de posséder à titre de souverain) <sup>2692</sup> et un effet extrinsèque (la connaissance provoquée dans le chef l'État adverse, la notoriété des faits et de la prétention de souveraineté, la charge de réagir et l'absence de protestation). Les effectivités des organes sont comparées à l'inaction de l'ensemble de l'État nicaraguayen.

Impliquant à nouveau le Nicaragua, l'arrêt du *Différend territorial et maritime* <sup>2693</sup> conforte l'asymétrie flagrante entre les prétentions/effectivités, qui sont très souvent attribuées à un organe spécifique (fonctionnaire ou autorité subalterne) et l'inertie/acquiescement, qui sont assignés à l'État dans son entier. Cet arrêt a le mérite d'indiquer clairement et de manière détaillée de nombreux fonctionnaires subalternes auteurs d'actes à titre de souverain <sup>2694</sup>. Comme dans l'affaire précédente, les effectivités s'opposaient frontalement <sup>2695</sup>.

Le silence du Nicaragua est encore plus assourdissant ; aucune effectivité n'est alléguée <sup>2696</sup>. L'argumentation de la Colombie souligne dans un premier temps cette absence d'actes *accomplis* à titre de souverain, puis dans un second temps relève l'absence de *réaction* : « Le Nicaragua n'a d'ailleurs jamais protesté, fait-elle observer, contre la souveraineté exercée par la Colombie sur les îles pendant plus de 150 ans » <sup>2697</sup>. La Cour fut donc en mesure d'affirmer que :

« [La Colombie] a exercé publiquement son autorité souveraine, et aucun élément ne vient démontrer qu'elle aurait *rencontré la moindre opposition de la part du Nicaragua avant la date critique*. En outre, les

<sup>2691</sup> *Ibid.*, p. 721, § 208.

<sup>2692</sup> *Ibid.*, p. 721, § 208.

<sup>2693</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 624.

<sup>2694</sup> *Ibid.*, pp. 656-657, § 82.

<sup>2695</sup> *Ibid.*, p. 649, § 56 (titre) ; p. 651, § 65 (*uti possidetis*).

<sup>2696</sup> *Ibid.*, p. 653, § 72.

<sup>2697</sup> *Ibid.*, p. 654, § 75 (voy. aussi : p. 658, § 86).

éléments de preuve que la Colombie a produits pour établir les actes d'administration qu'elle a accomplis à l'égard des îles *sont à mettre en regard de l'absence d'éléments de preuve de la part du Nicaragua qui attestant qu'il aurait agi à titre de souverain* »<sup>2698</sup>.

La seconde phrase indique qu'intrinsèquement, le Nicaragua ne peut pas se prévaloir d'effectivités, son action relative au territoire est nulle. La première phrase souligne qu'extrinsèquement, le Nicaragua n'a pas réagi (inaction, omission) aux manifestations de souveraineté de la Colombie. Nous remarquons que *ces deux dimensions* sont englobées dans la course à la souveraineté :

« Un élément important à prendre en considération est la mesure dans laquelle *des actes ont été accomplis à titre de souverain* par un autre État *formulant une revendication concurrente de souveraineté* sur les îles en litige »<sup>2699</sup>.

Les actes accomplis peuvent s'accompagner – mais pas nécessairement – de déclarations explicites relatives au territoire en cause, principalement des revendications et des protestations (dimension extrinsèque).

Les effectivités ont été d'une importance cruciale pour conclure que la Colombie détenait la souveraineté sur le territoire<sup>2700</sup>. Les autres éléments d'appréciation (reconnaissance du Nicaragua, position des États tiers, valeur des cartes) n'ont pas joué un rôle déterminant dans le raisonnement de la Cour. D'un côté les effectivités « confortent très nettement la revendication de souveraineté de la Colombie »<sup>2701</sup>. De l'autre, les reconnaissances, positions tierces et cartes ne font que tendre « à conforter l'argumentation de la Colombie »<sup>2702</sup>.

La partition des dimensions ex- et intrinsèque des actes accomplis nous sert de grille de lecture justifiant l'identification de l'organe subalterne ayant agi. Les actes accomplis ne sont pas de même nature (effectivités-intrinsèques ; revendications-extrinsèques). L'omission, l'absence de réaction, n'est pas une effectivité. Ce comportement passif est incapable d'être l'expression d'une manifestation de souveraineté. Par conséquent, l'omission ne peut être

<sup>2698</sup> *Ibid.*, p. 657, § 84, nos italiques.

<sup>2699</sup> *Ibid.*, p. 665, § 80.

<sup>2700</sup> *Ibid.*, p. 662, § 103.

<sup>2701</sup> *Ibid.*, p. 657, § 84.

<sup>2702</sup> *Ibid.*, p. 659, § 90 (reconnaissance du Nicaragua) ; p. 660, § 95 (positions des États tiers) ; p. 662, § 102 (cartes).

appréciée que dans une dimension extrinsèque, en confrontation avec : 1) les effectivités *adverses*, 2) les *revendications* adverses. Dans l'affaire du *Différend territorial et maritime*, la multiplication des effectivités colombiennes ne trouve pas de parallèles dans les effectivités du Nicaragua. L'accomplissement des effectivités par la Colombie devient un fait notoire, public, que le Nicaragua ne pouvait pas ignorer (sa *connaissance* est acquise). Pour tenter d'empêcher l'affermissement de souveraineté de la Colombie, une protestation ou une revendication auraient au minimum été nécessaires. Comme la charge de réagir n'est pas celle d'un organe en particulier, l'omission est attribuable à l'État.

Pour affiner encore cette différence entre effectivités et protestations/omissions, examinons les différentes variantes que peuvent susciter des actes accomplis à titre de souverain. Soit les États A et B et le territoire litigieux T. Un fonctionnaire subalterne de A agit à titre de souverain sur T. Cette action de A est d'une telle ampleur qu'elle provoque une obligation de réagir chez B s'il souhaite détenir la souveraineté sur T<sup>2703</sup>. Dès ce stade, l'État B *dans son entier* est dans l'obligation de réagir. Ce n'est pas un organe précis qui doit agir. Ensuite, soit B agit (1), soit il reste inactif (2). L'action de B peut consister à effectuer à son tour des actes de souveraineté sur le territoire (1.a), émettre une déclaration (1.b), agir sur le terrain *et* émettre une déclaration (1.c)<sup>2704</sup>. Dans ces trois hypothèses, B dispose d'un choix totalement discrétionnaire dans sa réaction, mais c'est nécessairement un organe qui extériorisera la réaction de B. Des fonctionnaires de police de B peuvent décider de patrouiller à leur tour dans T (1.a). L'ambassadeur de B en A peut protester (1.b). Ou encore B peut faire construire une route en T et émettre une revendication (1.c). Dans (1.a) et (1.c), des effectivités sont accomplies par B, elles seront confrontées à celles de A. Dans (1.b) et (1.c), des déclarations sont présentes, elles seront confrontées aux effectivités de A. Un tribunal s'attardera avant tout sur la force relative des effectivités et déclarations des États, l'identification de l'organe n'est qu'incidente et accessoire dans la plupart des cas.

<sup>2703</sup> Cet exemple est valable pour les cas « d'effectivités adverses » (sans titre préexistant, ni *uti possidetis*).

<sup>2704</sup> Dans cette hypothèse, les actes et les déclarations ne se contrediraient pas (à l'inverse des affaires des *Parcelles frontalières*, du *Temple de Préah Vihear* et de *Cameroun c. Nigéria*).

Dans (2), B ne fait rien, les tribunaux pourraient identifier les organes défaillants<sup>2705</sup>, mais c'est hors de propos, ce qui compte dans (2), c'est d'avoir *déjà* établi la charge de réagir et les conséquences du silence. Le stade (2) n'est foncièrement pas différent des stades (1.a, b, et c) car une effectivité de trop faible ampleur, une protestation non renouvelée ou des actes trop épars accompagnés d'une revendication floue sont *tous* inaptes à empêcher l'affermissement de la souveraineté de A<sup>2706</sup>. La question de l'identification de l'organe dans (1.a, b et c) est importante seulement pour examiner si l'État B a *suffisamment* réagi. Pour s'opposer valablement à une effectivité, la réaction de B doit être comparable à l'effectivité de A, soit par *l'acte* accompli, soit par le *nombre* des effectivités, soit par *l'échelon hiérarchique* impliqué.

e. *Synthèse*

Cette section fait affleurer plusieurs caractéristiques des auteurs d'acquiescements et de prétentions. La substitution de l'auteur aux actes effectués se manifeste dans deux cas de figure : en cas d'actions des organes de l'État et en cas d'inaction de l'État. Dans le cas de l'action d'organes ou d'autorités subalternes, les tribunaux choisissent parfois de laisser dans le flou la détermination précise de l'organe auteur du comportement. La décision indique seulement ce que l'État a accompli<sup>2707</sup>. Dans ce premier cas, la substitution de l'auteur à l'acte s'explique car l'attrait principal des effectivités réside dans leur accomplissement à titre de souverain<sup>2708</sup>. Accessoirement, quand l'État agit à l'unisson à travers tous ses propres niveaux hiérarchiques, la substitution peut être corrélée au principe de l'unité de l'État<sup>2709</sup>.

<sup>2705</sup> L'acquiescement est un dialogue ; si des policiers de A et B patrouillent sur un même territoire et que les policiers de B arrêtent leur ronde, l'omission est attribuable à un organe bien identifié. Si des échanges ont lieu entre ambassades et qu'un diplomate fait remonter une revendication à son ministère, la source de l'omission est à nouveau identifiable. Cette identification est superflue car c'est la charge de réagir qui importe. Ainsi, *la réaction pourrait provenir d'un autre organe que de celui du dialogue originel* (des ambulanciers plutôt que des policiers, un chargé d'affaire plutôt qu'un diplomate).

<sup>2706</sup> Voy., par analogie, *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 111, § 3.9 *in extenso*.

<sup>2707</sup> *Grisbadarna* (Norvège, Suède), Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 161 ; *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 124.

<sup>2708</sup> De plus, l'ensemble de l'État agit à l'unisson. Les organes de tous niveaux, centraux comme décentralisés, suivent une ligne de conduite unique (univocité du comportement).

<sup>2709</sup> Sur ce principe, voy. P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 131 ; Ch. DUPUIS, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 32, 1930-II, p. 173.

Dans le second cas – l'omission ou l'absence de protestation – le tribunal se focalise sur la réaction face au comportement adverse (des effectivités ou une revendication). « L'auteur » de l'inaction n'est pas pertinent dans ce second cas, ce qui importe est l'obligation de réagir. Il n'y a pas d'effectivité accomplie par un organe. Dans ce second cas – que nous avons nommé la dimension « extrinsèque » – le tribunal se livre à un exercice de reconstruction de la réalité, il examine le cours hypothétique des événements. Les effectivités ou déclarations de l'État A étaient-elles aptes à créer une connaissance et une charge de réagir chez l'État B ? En cas de réponse positive, le silence de B vaut acquiescement. N'importe quel organe de B aurait pu réagir<sup>2710</sup>, mais *aucune réaction n'a été extériorisée*.

5. *La primauté du sommet de l'État sur sa base en cas de comportements contradictoires*

Dans les sections précédentes (A.1 ; 2 ; 3) nous avons passé en revue les différents niveaux hiérarchiques de l'État. Une autre hiérarchie est omniprésente dans l'acquiescement, elle a été partiellement matérialisée dans l'ensemble des sections précédentes, il s'agit de la priorité aux déclarations et revendications sur les simples comportements accomplis sur le terrain. En somme, il existe une double hiérarchie : celle des niveaux décisionnels (sommet *vs* base) et celle des comportements (déclarations *vs* actes). Schématiquement, une *double* préférence est accordée aux déclarations d'un ministre par rapport aux comportements des organes subalternes, et ce particulièrement en cas de contradiction des niveaux organisationnels de l'État. L'objet de la présente section est de détailler cette hiérarchie à travers le matériel jurisprudentiel.

Cette interdiction de la contradiction entre organes d'un État constitue une dimension interne de l'acquiescement. Dans l'affaire *Érythrée/Éthiopie*, le tribunal indiquait à la fin d'un long paragraphe doctrinal que :

« These concepts [estoppel, preclusion, acquiescence or implied or tacit agreement] apply to the attitude of a party to its own conduct: it cannot subsequently act in a manner inconsistent with the legal position reflected in such conduct »<sup>2711</sup>.

<sup>2710</sup> Y compris les organes qui n'ont pas participé au dialogue au cours duquel les effectivités ou les revendications adverses ont été énoncées.

<sup>2711</sup> *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 111, § 3.9.

Un État ne peut pas souffler le chaud et le froid (« blow hot and cold »), les principes connexes à l'acquiescement *venire contra factum proprium*, *allegans contraria non audiendus est* ainsi que, dans une moindre mesure, *nemo turpitudinem suam allegans* trouvent application<sup>2712</sup>. Dans notre contexte d'organes étatiques auteurs d'actes participant à un acquiescement, cela peut se traduire par deux considérations : principalement le tribunal devra départager quels comportements (sommet ou base de la hiérarchie) sont les plus légitimes, incidemment le tribunal peut conclure à l'absence d'acquiescement en raison de l'incohérence globale des comportements<sup>2713</sup>.

Pour Marie, cette interrogation doit être résolue à l'aune des principes relatifs à la capacité d'engagement de l'État dans les relations internationales. La préférence est accordée aux comportements des plus hauts représentants, sur le modèle de la capacité conventionnelle de ces organes (art. 7 CVDT) :

« Il est [alors] logique que le comportement des autorités qui sont chargées de représenter officiellement un État soit préféré et soit seul retenu pour établir la manifestation de la volonté étatique et, du même coup, que les protestations, acceptations et acquiescements prennent le pas sur la pratique applicative et éventuellement modificative des organes ne disposant pas du *treaty making power* »<sup>2714</sup>.

Si nous adhérons à la substance de cette affirmation, sa justification ne nous convainc pas ; la référence au droit des traités suppose l'expression d'une volonté selon nous absente de l'acquiescement. Les effectivités des fonctionnaires subalternes peuvent précipiter un acquiescement, nous nous rattachons à Cahier « [l]es organes de l'État capables de l'engager par leur comportement sont fort divers »<sup>2715</sup>.

<sup>2712</sup> Cf. *supra*, Ch. 4.I.D et B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit., pp. 141-149 ; *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, § 435 ; *Temple de Préah Vihear*, Opinion dissidente du juge Spender, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 143-144.

<sup>2713</sup> Pour parvenir à la conclusion qu'un acquiescement s'est concrétisé, le tribunal doit être face à une ligne de conduite univoque ; les divers comportements adoptés par l'État doivent être raisonnablement reconductibles à une seule conclusion juridique.

<sup>2714</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 632, § 414.

<sup>2715</sup> Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », op. cit., pp. 243-244.

Dans *Parcelles frontalières*, les Pays-Bas tentèrent de démontrer un acquiescement de la Belgique à la souveraineté. L'affaire mettait aux prises des actes des plus hautes instances des Pays-Bas et les actes de fonctionnaires de terrain<sup>2716</sup>. Les parcelles litigieuses avaient été incluses au profit de la Belgique dans un traité non ratifié de 1892<sup>2717</sup> (acte du sommet de l'État). En comparaison, les multiples effectivités accomplies par des fonctionnaires locaux « sont insuffisant[e]s pour déplacer la souveraineté belge établie par cette Convention [de 1843] »<sup>2718</sup>. La Convention de 1843 (ratifiée) et celle de 1892 (non ratifiée) allaient toutes les deux dans la même direction. Le comportement des fonctionnaires subalternes est dissonant par rapport à l'attitude du sommet de l'État. La double hiérarchie déploie ses effets : les *déclarations* et *actes* du sommet supplantent les *comportements* de la *base*.

Le *Temple de Préah Vihéar* consacre également une préférence aux plus hautes autorités face aux comportements de subalternes. Suite à la confection de la fameuse « carte », les ministres de l'Intérieur et des Affaires étrangères se sont tus, ne contestant en rien le caractère erroné de la frontière<sup>2719</sup> : « Il résulte des constatations qui précèdent que les autorités siamoises ont reçu en son temps la carte de l'annexe 1 et qu'elles l'ont acceptée »<sup>2720</sup>. Ce n'est qu'en 1958, soit une cinquantaine d'années après la confection de la carte, que la Thaïlande élève des protestations officielles<sup>2721</sup>. Pendant certaines périodes, des gardiens, policier et militaires thaïlandais occupaient les abords du temple<sup>2722</sup>. La dissonance entre les degrés de l'État est remarquée par la Cour :

« Tout en accomplissant certains actes sur le plan local, [la Thaïlande] n'envisageait pas de rejeter la revendication française et cambodgienne sur le plan diplomatique »<sup>2723</sup>.

La double hiérarchie se manifeste (omission du *sommet* vs actes de la *base*) : la dissonance interne à la Thaïlande l'empêche d'alléguer une erreur restée inaperçue quant au tracé de la carte. Dans

<sup>2716</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, pp. 228-230.

<sup>2717</sup> La convention de 1892 : *ibid.*, p. 229.

<sup>2718</sup> *Ibid.*

<sup>2719</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 25.

<sup>2720</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>2721</sup> *Ibid.*, pp. 26 et 32.

<sup>2722</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>2723</sup> *Ibid.*, p. 32.

l'absolu, la Cour n'exclut pas que les actes accomplis sur le terrain puissent renverser l'attitude du sommet de l'État, il faudrait toutefois qu'ils soient d'une grande force :

« Quoi qu'il en soit, la Cour juge difficile d'admettre que ces actes émanant d'autorités locales aient annulé et neutralisé l'attitude uniforme et constante des autorités centrales siamoises à l'égard du tracé de la frontière indiqué sur la carte » <sup>2724</sup>.

L'affaire du *Rann of Kutch* contient des passages mettant en évidence des dissonances entre les activités sur le terrain et l'attitude des autorités. Bien que l'Inde ait durant les 75 ans précédant l'indépendance affirmée sa possession du Rann sans être contredite par les autorités britanniques, le Chairman note que :

« Nevertheless, it is significant that the State of Kutch did not establish even a token presence in the northern half of the Great Rann between 1819 and the demarcation of the vertical line in 1924. [...] No benefits of the assumed extension of territorial dominion were enjoyed by the State; nor were any sovereign duties discharged by Kutch » <sup>2725</sup>.

Par contraste, les effectivités du Pakistan sur la partie septentrionale du *Rann* sont de nature à lui conférer la souveraineté <sup>2726</sup>. La sentence accorde 90 % du *Rann* à l'Inde, le reste est obtenu par le Pakistan car – compte tenu de la configuration géographique – il y a eu une activité intense et continue, qui est a été accueillie « [w]ith no effective opposition from the Kutch side » <sup>2727</sup>.

La question de la divergence n'est pas abordée frontalement dans le dispositif. Cependant, le résultat (octroyer le nord du *Rann* au Pakistan) implique une préférence aux actes accomplis localement malgré les déclarations de souveraineté des plus hautes instances hiérarchiques. L'inaction locale de l'Inde (Kutch) n'était pas compensée par les affirmations de souveraineté des échelons diplomatiques <sup>2728</sup>. La divergence interne de l'Inde a laissé le champ libre aux effectivités du Pakistan. Certes dans des circonstances colo-

<sup>2724</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>2725</sup> *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. 564-565.

<sup>2726</sup> *Ibid.*, p. 569.

<sup>2727</sup> *Ibid.* Il s'agissait d'évaluer les effectivités adverses : « in respect of sectors where a continuous and for the region intensive Sind activity, meeting with no effective opposition from the Kutch side, is established, I am of the opinion that Pakistan has made out a better and superior title » (nos italiques).

<sup>2728</sup> *Ibid.*, pp. 358-359.



niales particulières, cette sentence consacre exceptionnellement la primauté de l'échelon local. La double hiérarchie (base vs sommet ; effectivités vs déclarations) est renversée dans ce cas.

Les affaires *Golfe du Maine*<sup>2729</sup> et *Frontière terrestre et maritime*<sup>2730</sup> confirment la double hiérarchie. L'acquiescement n'a été retenu que dans deux des affaires examinées : le *Temple de Préah Vihéar* et *Rann of Kutch*. Dans la première, la contradiction entre les échelons hiérarchiques thaïlandais a joué en défaveur de cet État, la base n'a pas pu contredire l'acquiescement du sommet. La Thaïlande est l'État « lésé » par l'acquiescement. Dans *Rann of Kutch* au contraire, l'acquiescement a été validé pour la partie nord du *Rann* ; le Pakistan a formulé une prétention par l'action de ses fonctionnaires locaux, l'Inde a adopté une attitude contradictoire qui l'a desservie (actes locaux d'abstentions contre actes du sommet de revendication). L'Inde est l'État « lésé » par l'acquiescement. C'est seulement dans *Rann of Kutch* que la faveur a été préférée aux actes et comportements subalternes dans un cas de contradiction avec les hautes autorités.

La plupart des affaires (*Parcelles*, *Temple*, *Golfe du Maine*, *Frontière terrestre et maritime*) confirment qu'en cas de contradiction, il existe une forte présomption et préférence aux attitudes des échelons les plus élevés. Dans les affaires des *Parcelles* et de la *Frontière terrestre et maritime*, l'incohérence entre les organes étatiques a interdit la concrétisation de l'acquiescement (dans ces deux affaires la prétention d'acquiescement était avancée par les États dont les échelons hiérarchiques se comportaient de manière contradictoire). Dans *Golfe du Maine*, l'instance a été introduite avant qu'une réelle dissonance se fasse jour entre autorités centrales et subalternes.

Pour compléter le cadre théorique de la contradiction interne de l'État et de ses conséquences, nous pouvons encore faire appel au « principe d'unité de l'État »<sup>2731</sup>. Un des pôles d'attraction de ce prin-

<sup>2729</sup> *Golfe du Maine* (Canada c. États-Unis d'Amérique), 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 306-308.

<sup>2730</sup> *Frontière terrestre et maritime* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant), fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, pp. 349-355.

<sup>2731</sup> H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, pp. 257-258 ; J.-F. Lalive, « L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales », *op. cit.*, p. 254 ; P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 131 ; Ch. Dupuis, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 173.

cipe est de concevoir l'État comme un tout *indivisible*, la séparation des pouvoirs ou l'organisation interne choisie n'a pas à être supportée par les autres États<sup>2732</sup>. L'État est pareil à une « boule de billard » pour reprendre l'image d'Abi-Saab<sup>2733</sup>. D'autre part, ce principe d'unité est généralement couplé à la souveraineté. *A priori* il tend ainsi à favoriser le comportement des plus hautes autorités : « [La souveraineté] entraînerait notamment pour conséquence que ce sont traditionnellement les organes supérieurs de l'État qui possèdent le monopole des relations extérieures »<sup>2734</sup>. Cette position est néanmoins nuancée dans un long passage qui peut être appliqué par analogie à notre sujet :

« Il ne faut pas confondre le monopole des organes suprêmes en matière de relations diplomatiques internationales avec les relations extérieures des communes frontalières [autorités et organes subalternes], imposées pour la gestion des affaires rentrant dans le cadre de leurs compétences, du fait de leur situation géographique particulière. *Un impératif demeure sans aucun doute, celui du maintien de la cohérence de l'action des différents organes publics, centraux et localisés. Mais il est assuré [...] par le strict respect du principe de spécialité des compétences propres aux entités infraétatiques [...]* »<sup>2735</sup>.

La jonction entre les organes subalternes, centraux, et l'unité de l'État, est opérée : tous les échelons étatiques peuvent engager l'État dans la mesure où ils restent dans les limites de leur autorité respective. En cas de contradiction entre organes, la « cohérence de l'action des différents organes » doit être maintenue : c'est précisément par ce que nous avons nommé la « double hiérarchie » que l'unité de l'État est maintenue<sup>2736</sup>. Quant à la dernière phrase de l'extrait, nous renvoyons à nos considérations relatives à l'article 7 TCDI (actes *ultra vires*)<sup>2737</sup>.

Rapporté aux comportements contradictoires émanant de différents échelons d'un même État, nous tirons deux conséquences de ce principe. Premièrement, l'État ne peut exprimer valablement qu'une attitude,

<sup>2732</sup> La conception ressemble à l'énumération à visée exhaustive de l'article 4 TCDI : tous les organes de l'État peuvent être l'auteur d'un fait illicite, peu importe la position occupée (centrale ou décentralisée ; exécutive législative, judiciaire). Pour le parallèle entre principe d'unité et attribution des faits illicites : cf. P.-M. DUPUY, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *AFDI*, 1977, vol. 23, pp. 845-847.

<sup>2733</sup> G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 62, 85.

<sup>2734</sup> P.-M. DUPUY, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *op. cit.*, p. 848.

<sup>2735</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>2736</sup> Priorité aux déclarations des hautes autorités sur les comportements des organes subalternes.

<sup>2737</sup> Cf. *supra*, la section 3 relative aux fonctionnaires subalternes.

qu'une position « officielle » unique au moment décisif de l'examen par un tribunal. Il est donc nécessaire de savoir à qui (subalterne ou sommet) et à quoi (actes ou déclarations) accorder une préférence pour établir la position officielle de l'État. En second lieu, et par effet de la première conséquence, dans le cas d'États dont les organes subalternes émettaient une prétention (cas des Pays-Bas dans *Parcelles frontalières* et du Nigéria dans *Frontière terrestre et maritime*), l'acquiescement a été empêché au vu des déclarations des hautes autorités. Globalement, le principe d'unité de l'État corrobore et renforce les conclusions obtenues par le biais de l'examen de la jurisprudence.

Le principe d'unité de l'État trouve sa limite dans la bonne foi, comme l'argumentation de *Golfe du Maine* permet de le souligner. Ainsi la Chambre de la CIJ refuse d'accorder un plein effet à la « lettre Hoffman », notamment aux motifs que :

« M. Hoffman, comme son homologue canadien d'ailleurs, agissait dans le cadre de ses attributions techniques, et il ne paraissait pas avoir été averti de ce que la question de principe que pouvait mettre en jeu l'objet de la correspondance n'était pas réglée, et que les arrangements techniques qu'il devait adopter avec ses correspondants canadiens ne devaient pas préjuger la position des États-Unis dans les négociations ultérieures entre gouvernements. Mais cette situation, propre à l'administration interne des États-Unis, ne permet pas au Canada de s'appuyer sur le contenu d'une lettre d'un fonctionnaire du Bureau of Land Management du département de l'intérieur, relative à un aspect technique, comme s'il s'agissait d'une déclaration officielle du Gouvernement des États-Unis sur les limites maritimes internationales de ce pays »<sup>2738</sup>.

La première moitié de l'extrait peut être comprise comme n'interdisant pas aux échelons subalternes d'engager l'État. Un fonctionnaire comme Hoffman aurait pu provoquer un acquiescement *s'il s'était contenté d'agir dans le cadre de ses fonctions*. Lu de cette manière, l'extrait ne fait que réaffirmer et confirmer qu'en cas de contradiction entre la position d'Hoffman et celle de la diplomatie américaine, cette dernière a la priorité (consécration de la double hiérarchie). Les actes d'Hoffman sont avant tout *comparés* avec l'attitude contraire des échelons supérieurs !

Dans la seconde moitié de l'extrait et concernant l'opposabilité au Canada de l'organisation interne américaine, la Chambre esquisse les frontières du principe de l'unité de l'État<sup>2739</sup>. Dans le

<sup>2738</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 307-308, § 139.

<sup>2739</sup> P.-M. DUPUY, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *op. cit.*, pp. 848, 851, et 860.

cadre du droit des traités seuls certains organes (par nature ou sur habilitation)<sup>2740</sup> peuvent conclure des traités, et pour autant que les procédures les plus importantes aient été respectées :

« Une violation [d'une disposition du droit interne d'un État] est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi »<sup>2741</sup>.

La mention de la bonne foi est cruciale. La Chambre de la CIJ ne fait pas supporter l'organisation interne américaine au Canada, elle souligne plutôt l'absence de bonne foi du Canada de vouloir trop tirer parti d'une déclaration d'un fonctionnaire subalterne. Ce n'est pas l'homologue canadien qui souhaitait profiter de la déclaration d'Hoffman, mais des autorités diplomatiques avec lesquelles il n'avait pas été en contact<sup>2742</sup>. Les conditions dans lesquelles la lettre a été confectionnée sont importantes pour évaluer la bonne foi que le Canada pouvait légitimement y faire reposer.

Quand un organe subalterne agit en excès de ses compétences (art. 7 TCDI), la question relève de la mesure dans laquelle la bonne foi de l'État adverse mérite d'être protégée. L'ancienne affaire *Savarkar*<sup>2743</sup> illustre cette problématique. Un policier français avait capturé un ressortissant indien qui s'était échappé d'un navire. Suite à la capture, le policier avait immédiatement remis le prisonnier aux autorités étrangères présentes à bord du bateau<sup>2744</sup>. Lorsque la hiérarchie du policier a été informée des événements, elle a souhaité récupérer le prisonnier. Le tribunal arbitral indique que :

« The conduct of the [french] brigadier not having been disclaimed by his chiefs before the morning of the 9<sup>th</sup> July, that is to say before the "Morea" left Marseilles, *the British Police might naturally have believed that the brigadier had acted in accordance with his instructions, or that his conduct had been approved* »<sup>2745</sup>.

Les autorités britanniques ont pu – de bonne foi – conclure que la remise était conforme. Contrairement à *Golfe du Maine*, il s'agit d'un dialogue entre autorités du même niveau (des policiers, tant du côté britannique que français).

<sup>2740</sup> Art. 7 CVDT (pratique de l'État, pleins pouvoirs, et « troïka »).

<sup>2741</sup> Art. 46, § 2 CVDT.

<sup>2742</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 305-306, § 132.

<sup>2743</sup> *The Savarkar Case (Great Britain, France)*, Sentence du 24 février 1911, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, pp. 243-255.

<sup>2744</sup> *Ibid.*, p. 254.

<sup>2745</sup> *Ibid.*, nos italiques.

En résumé, nous avons pu mettre en évidence une présomption de priorité accordée aux actes du sommet sur ceux de la base (1<sup>re</sup> hiérarchie), et des déclarations sur les actes (2<sup>e</sup> hiérarchie) en cas de contradiction des différents échelons de l'État. Cette double hiérarchie est *réfragable* suivant les circonstances – dans *Rann of Kutch* il fut accordé plus d'importance à l'inaction des autorités subalternes qu'aux déclarations du sommet de l'État indien <sup>2746</sup>.

Cette section fait apparaître les « techniques de la divergence », c'est-à-dire les arguments employés par les plaideurs afin de souligner une contradiction entre organes d'un État et/ou tout motif ayant pour but d'empêcher la concrétisation d'un acquiescement. Par exemple, l'existence d'un titre renforce la préséance des actes officiels des plus hautes autorités par rapport aux comportements sur le terrain (*Parcelles frontalières, Temple, Frontière terrestre et maritime*). Dans *Golfe du Maine*, les États-Unis échappent à l'acquiescement en soulignant la capacité limitée de M. Hoffman et que le dialogue n'a pas été mené entre diplomates. C'est pour l'État qui aurait à supporter l'acquiescement une manière de *minimiser* la contradiction interne et sa source (l'auteur, l'organe). Dans un sens de minimisation encore, l'importance des actes accomplis peut être dépréciée – dans les litiges territoriaux cela se traduit par considérer que les actes ne sont pas accomplis à titre de souverain <sup>2747</sup>. Technique supplémentaire : provoquer rapidement la cristallisation du différend suite aux actes contradictoires <sup>2748</sup>. L'admission d'un acquiescement est peu probable en cas de délai court entre les premières occasions de réagir et la « date critique » <sup>2749</sup>. Cette option est disponible si l'État est réellement conscient de la dissonance interne, elle justifie d'autant plus d'empêcher la survenance de l'acquiescement.

<sup>2746</sup> *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. 358-359 ; 564-569.

<sup>2747</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, pp. 228-230 ; *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 30.

<sup>2748</sup> La Cour reprochait à la Thaïlande de ne pas avoir émis de revendication officielle en plus des actes accomplis sur le terrain : *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 32.

<sup>2749</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 308, § 140.

### B. *L'organisation internationale comme auteure*

Jusqu'à présent, nous nous sommes cantonnés à l'identification de l'auteur dans les relations interétatiques. Les organisations internationales (ci-après : « OI ») multiplient les relations possibles : un acquiescement peut survenir entre un État et une OI<sup>2750</sup>, entre deux OI, ou même dans les relations internes à l'OI. Pour les États, le découpage s'opérerait entre les échelons hiérarchiques (sommet ou subalterne) et les divisions territoriales (organes centraux ou décentralisés). Dans les OI, les organes sont moins disparates. En tant que création étatique, une OI suit un organigramme qui permet généralement<sup>2751</sup> d'identifier l'appartenance précise de chaque fonctionnaire.

Nous nous appuyerons en partie et emprunterons les présents développements au chapitre qui évoquait diverses décisions et circonstances faisant apparaître un acquiescement dans la vie des OI (*supra*, Ch. 4.II.B – « Les actes unilatéraux des OI »). Quant aux pistes suivies, nous examinerons si la jurisprudence fait émerger des acquiescements entre OI (B.1), entre OI et États (B.2), ou interne à l'OI (B.3) – et la mesure dans laquelle les organes précis sont identifiés. Les questions de l'attribution de l'omission des OI ainsi que des contradictions entre échelons hiérarchiques de l'OI seront évoquées<sup>2752</sup>. Le caractère particulier des OI oriente la nature de l'acquiescement qu'on y rencontre : créées par des traités, les OI n'ont de compétences que dans certaines limites<sup>2753</sup>. Par conséquent, leurs comportements seront en priorité reliés au traité constitutif ou à un règlement intérieur et valorisés comme une interprétation par voie de pratique subséquente (art. 31, § 3, lit. b CVDT)<sup>2754</sup>. Le recours au principe général d'acquiescement n'est que subsidiaire. Toutefois les principaux éléments de la pratique subséquente sont communs à l'acquiescement.

<sup>2750</sup> Dans ce cas l'État interagit avec l'OI indépendamment de sa qualité de membre.

<sup>2751</sup> Voy. par ex. l'*Affaire Zhu* (11 juillet 1996, TAOIT, 81<sup>e</sup> session, Jugement n° 1509, p. 3, §§ 10-12) dans laquelle le rattachement du fonctionnaire à un service de traduction commun à l'ONU et à l'ONUDI était pour le moins indécis.

<sup>2752</sup> Voy. par ex. l'*Affaire Zhu* qui fait écho à une contradiction entre un règlement et la décision d'un directeur (*ibid.*, p. 4, § 14). Et l'*Affaire V. c. UNESCO* qui indique la marge de manœuvre d'un directeur (24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3942, p. 8, § 8).

<sup>2753</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ, *Rec. 1996*, p. 75, § 19.

<sup>2754</sup> La même norme est reproduite dans l'article 31, § 3, lit. b CVOI (*Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, signée à Vienne le 21 mars 1986*).

Pour débiter ce tour d'horizon des acteurs de l'OI, deux points de référence sont utiles : le droit des traités et la responsabilité internationale. La Convention de Vienne de 1986 relative aux OI (ci-après : « CVOI »), qui a pour but de s'appliquer aussi bien entre OI qu'entre États et OI, prévoit des règles relatives à la capacité de conclure des traités (cette Convention n'est pas encore entrée en vigueur au 16 mai 2023). L'article 7, § 3 CVOI est parallèle à l'article 7 CVDT :

« 3. Une personne est considérée comme représentant une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de cette organisation à être liée par un traité :

- a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés ; ou
- b) S'il ressort des circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme représentant l'organisation à ces fins, conformément aux règles de ladite organisation, sans présentation de pleins pouvoirs ».

C'est une première différence importante avec la structure des États, la « troïka » ne connaît pas d'équivalent dans les OI. Cette absence ne surprend pas, chaque organisation possède ses propres termes pour désigner les fonctions dirigeantes. En pratique, la compétence de conclure des traités au nom de l'OI revient aux organes les plus importants, par principe il s'agirait de l'assemblée plénière<sup>2755</sup>. Mais cela n'exclut pas une délégation de compétence ou une compétence technique pour conclure des traités liés à l'administration de l'OI : au sein de l'ONU, l'AG aurait la compétence générale de conclure des traités, la compétence du Secrétaire général serait subsidiaire et concernerait des domaines techniques<sup>2756</sup>. Cette première récurion dans les règles propres au droit des traités est globalement peu concluante : suivant le type d'OI, les règles relatives à la capacité de conclure des traités varient fortement, des lignes générales sur la capacité de tel ou tel organe de l'OI à conclure des traités ne peuvent pas être émises. Pour l'auteur de l'acquiescement, cela signifie qu'il n'existe pas de hiérarchie comparable à la troïka au sein des OI (absence d'hautes autorités aisément identifiables).

<sup>2755</sup> H. G. SCHERMERS, N. BLOKKER, *International Institutional Law*, op. cit., p. 1136, § 1765.

<sup>2756</sup> *Ibid.*, p. 1138, § 1767.



La seconde récurSION concerne la responsabilité internationale. Dans le projet d'articles de la CDI de 2011, l'article 6 prévoit :

« Comportement des organes ou des agents d'une organisation internationale »

1. Le comportement d'un organe ou agent d'une organisation internationale dans l'exercice des fonctions de cet organe ou agent est considéré comme un fait de cette organisation d'après le droit international, quelle que soit la position de l'organe ou agent dans l'organisation.
2. Les règles de l'organisation s'appliquent pour déterminer les fonctions de ses organes et agents ».

Cet article est parallèle à l'article 4 TCDI<sup>2757</sup>. L'article 6 a pour vocation d'englober le nombre le plus large possible d'organes et d'agents liés à la vie de l'OI<sup>2758</sup>. La mention « dans l'exercice des fonctions de cet organe ou agent » vise à bien délimiter les actions attribuables à l'OI – elle doit être lue et comprise en lien avec la problématique des actes *ultra vires*<sup>2759</sup>. D'ailleurs, l'article 7 TCDI (comportement *ultra vires*) trouve son parallèle<sup>2760</sup> dans l'article 8 du Texte de 2011 :

« Le comportement d'un organe ou agent d'une organisation internationale est considéré comme un fait de l'organisation d'après le droit international si cet organe ou agent agit en qualité officielle et dans le cadre des fonctions générales de l'organisation, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions ».

Le commentaire précise et confirme que – comme pour l'article 7 TCDI – le respect des règles internes de l'OI n'importe pas. La problématique de l'article 8 est l'attribution, cette question se résout indépendamment de la validité ou non de l'acte de l'organe en regard des règles de fonctionnement de l'OI<sup>2761</sup>. À la différence de l'article 7 TCDI, la protection de la bonne foi de la victime de l'acte illicite semble étran-

<sup>2757</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2011, pp. 54-55, § 8.

<sup>2758</sup> *Ibid.*, p. 54, § 3. L'article 2, lit. c) et d) donne les définitions suivantes : « c) Le terme "organe d'une organisation internationale" s'entend de toute personne ou entité qui a ce statut d'après les règles de l'organisation ; d) Le terme "agent d'une organisation internationale" s'entend d'un fonctionnaire ou d'une autre personne ou entité, autre qu'un organe, qui a été chargée par l'organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, et par l'intermédiaire de laquelle, en conséquence, l'organisation agit ».

<sup>2759</sup> *Ibid.*, p. 59, § 2 ; p. 54, § 7 : « Le comportement est attribuable à l'organisation internationale lorsque l'organe ou l'agent exerce les fonctions qui lui ont été confiées et, en tout état de cause, ne lui est pas attribuable lorsque l'organe ou l'agent agit à titre personnel ».

<sup>2760</sup> *Ibid.*, p. 59, § 3.

<sup>2761</sup> *Ibid.*, p. 60, § 5.



gère aux considérations de l'article 8. Cette différence de perspective s'explique car la responsabilité d'une OI est parfois établie de manière *concurrente* à celle d'un État ou d'une autre OI <sup>2762</sup>.

Ces points de comparaison avec le droit des traités et de la responsabilité internationale nous indiquent que les grandes lignes de réflexion sont similaires à celles des auteurs étatiques (priorité et identification du sommet de l'OI sur le comportement des organes subalternes ; possibilité pour tout organe d'engager la responsabilité de l'OI, y compris en cas de comportement *ultra vires*). L'application de détail appelle par contre un certain *esprit de finesse*, les spécificités des OI nécessitent de se défaire de solutions toutes faites propres aux États. Dernier point méritant une précision, le corps de règles propres aux OI a été expressément précisé tant dans la CVOI que dans le Texte d'articles de 2011. L'article 2, § 1, lit. j CVOI énonce que :

« L'expression "règles de l'organisation" s'entend notamment des actes constitutifs de l'organisation, des décisions et résolutions adoptées conformément auxdits actes et de la pratique bien établie de l'organisation ».

L'article 2, lit. b du Texte de 2011 sur la responsabilité prévoit une règle presque identique <sup>2763</sup>. La référence à la pratique n'est pas anodine, elle englobe notamment les règles sur les modalités de vote – il s'agit en somme de la « coutume » développée dans le cadre de l'OI <sup>2764</sup>. Un autre attrait de la pratique de l'OI est son potentiel de développement des buts et des modes d'action de l'OI <sup>2765</sup> :

« La définition s'efforce de réaliser un équilibre entre les règles consacrées dans l'acte constitutif et formellement acceptées par les membres, d'une part, et le besoin de l'organisation de se développer en tant qu'institution, d'autre part » <sup>2766</sup>.

<sup>2762</sup> *Ibid.*, pp. 57-58 et 59, § 6 ; H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, *op. cit.*, pp. 1014 et s.

<sup>2763</sup> « L'expression "règles de l'organisation" s'entend notamment des actes constitutifs [de l'organisation], des décisions, résolutions *et autres actes* de l'organisation internationale adoptés conformément *aux actes constitutifs*, ainsi que de la pratique bien établie de l'organisation », les italiques et crochets soulignent les différences (voy. : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 50, § 16).

<sup>2764</sup> *Ibid.*, p. 50, § 17.

<sup>2765</sup> La triade des compétences d'attribution, principe de spécialité, et des compétences implicites justifie le développement de pratiques permettant à l'OI de remplir ses buts (dimension téléologique de l'OI).

<sup>2766</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p. 50, § 18.

La pratique n'est toutefois pas toute-puissante et comporte une part de danger :

« [La pratique n'] a valeur juridique dans la mesure où elle ne contrevient pas à une norme de droit écrit en vigueur. Cette règle de base est importante parce qu'il y a parfois au sein des organisations internationales une tentation de ne pas procéder à la modification formelle d'une norme, mais de répondre aux nécessités de fonctionnement par une pratique » <sup>2767</sup>.

Dans le cadre de l'auteur de l'acquiescement, la conséquence de la « pratique bien établie » est qu'un organe qui agit de manière habituelle, conformément au mode de fonctionnement usuel de l'OI *reste dans le cadre de ses attributions*, y compris si un règlement n'encadre pas son action. Cette action s'inscrit alors dans l'article 6 du Texte de 2011 (organe agissant *de iure*) – et non dans l'article 8 (comportement *ultra vires* de l'organe).

1. *Acquiescements entre organisations internationales*

Ils sont rares <sup>2768</sup> et donnent difficilement lieu à des décisions. Nous n'avons pas découvert une illustration éclatante de cette configuration, ce qui s'explique aussi par la nécessité de procéder à un arbitrage international entre deux OI afin de déceler un acquiescement. De telles sentences sont peu courantes. Potentiellement les avis consultatifs de la CIJ rendus entre deux OI pourraient mettre en lumière un tel acquiescement.

2. *Acquiescements entre une Organisation et un État, indépendamment de sa qualité de membre*

a. *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*

Un avis consultatif de la CPJI s'intéresse aux relations entre la Commission européenne pour le Danube et la Roumanie <sup>2769</sup>. La Roumanie ne fut partie qu'à *certain*s traités de cette Commission européenne, et ce qu'à la suite de la création de cette OI <sup>2770</sup>. Le point central

<sup>2767</sup> D. PETROVIC, « Le droit applicable devant le tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail », *op. cit.*, p. 548.

<sup>2768</sup> Cf. deux cas évoqués *infra* dans la note de bas de page n° 2959.

<sup>2769</sup> *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 5.

<sup>2770</sup> *Ibid.*, pp. 11 et 54.

consistait à établir les compétences de la Commission européenne sur un secteur roumain du Danube avant la Première Guerre mondiale<sup>2771</sup>. La Roumanie était devenue partie à la Commission via la *Convention établissant le Statut définitif du Danube* (signée le 23 juillet 1921)<sup>2772</sup>. Les articles 5 et 6 de ce *Statut définitif* prévoyaient que la Commission exercerait les mêmes pouvoirs qu'avant la guerre, et que sa compétence s'étendait jusqu'à l'embouchure du fleuve<sup>2773</sup>. Dans ces circonstances, la CPJI devait vérifier la valeur des actes accomplis par la Commission avant la guerre et la réaction roumaine. En raccourci, la CPJI arriva à la conclusion que :

« Avant la guerre [de 1914-1918], la Commission européenne a exercé entre Galatz et Braïla les mêmes pouvoirs qu'en aval de Galatz et, par conséquent – vu l'interprétation donnée par la Cour à l'article 6 du Statut définitif –, que d'après le droit actuellement en vigueur, la *Commission jouit des mêmes pouvoirs sur l'un et l'autre de ces deux secteurs du Danube maritime* »<sup>2774</sup>.

Un État alors non membre (la Roumanie) a donc – d'une manière ou d'une autre – acquiescé aux prétentions de la Commission européenne pour le Danube. Il nous reste à examiner *si les organes précis* auteurs de cet acquiescement ont été identifiés, et, le cas échéant, *qui* sont-ils (tant au sein de l'OI que de la part de l'État) et *comment* ont-ils agi (abstention ou action).

La situation est complexe : du côté de l'OI, la compétence de la Commission fut étendue à la Roumanie alors même que celle-ci n'était pas partie au traité en cause<sup>2775</sup>. Dès le début, la compétence de la Commission était entachée d'un vice (action *ultra vires* ou *res inter alios acta* – à moins que ce principe n'existât pas en 1883 sous l'angle du droit intertemporel)<sup>2776</sup>.

Divers actes accomplis par l'OI sur le terrain sont évoqués dans l'avis ; un inspecteur de la navigation aborde un navire<sup>2777</sup>, des agents, pilotes et fonctionnaires de la Commission ont exercé des

<sup>2771</sup> *Ibid.*, p. 7, § 1.

<sup>2772</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>2773</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>2774</sup> *Ibid.*, p. 55, nos italiques.

<sup>2775</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>2776</sup> Au sujet de la *res inter alios acta* entre une OI et un État : *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, 15 décembre 1997, *RBDI*, vol. 1997/1, p. 393, § 43.

<sup>2777</sup> *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 13.

compétences de juridiction sur le secteur<sup>2778</sup>. Ces actes font peser une charge de réagir sur la Roumanie. Cependant, au niveau interne à l'OI, la situation est confuse : l'avis fait également état d'un inspecteur de la navigation zélé qui demanda à la Commission :

« Quels étaient les pouvoirs qu'il lui appartenait d'exercer dans ce secteur. Sa demande, cependant, semblerait avoir obtenu, comme seule réponse, la recommandation de s'abstenir provisoirement d'agir judiciairement dans le secteur en question »<sup>2779</sup>.

La question était posée en 1920, époque à laquelle le différend semble se cristalliser ou au moins être pris à bras-le-corps par toutes les parties. La Commission précisa que : « L'inspecteur de la navigation n'interviendra pas, mais la Commission réservera ses droits en émettant une protestation dans chaque cas où l'autorité roumaine serait intervenue [...] »<sup>2780</sup>. Le délégué de la Roumanie (qui avait entretemps accédé à la Commission européenne du Danube)<sup>2781</sup> s'était en effet opposé à cette inspection (l'opposition ne prend pas place sur le terrain, mais au sein de la Commission). Plus loin dans l'avis, l'ensemble des actes accomplis par la Commission en application de ses règlements sont évoqués, la liste est impressionnante, couvre la période de 1883 à 1914, et elle fait notamment état de 63 affaires tranchées par la Commission sur les secteurs litigieux, de l'exécution de travaux techniques et d'entretien, d'amendes infligées par la police fluviale, d'une vingtaine de sentences prononcées par la Commission elle-même et relatives au secteur, de la prise en charge de remorquages ainsi que de la protection des travaux<sup>2782</sup>.

À ce stade, les actes de la Commission se caractérisent principalement par des comportements sur le terrain via ses organes « subalternes » en charge de l'application des règlements. En plus, des déclarations émanaient du sommet de l'OI (la Commission réserve ses droits sur le secteur litigieux ; des sentences sont prononcées ; des règlements *généraux* sont édictés).

Du côté de la Roumanie, il semble qu'il y ait eu principalement un laissez-faire, les autorités locales ne se sont vraisemblablement pas opposées aux actions des organes de la Commission.

<sup>2778</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>2779</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>2780</sup> *Ibid.*

<sup>2781</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>2782</sup> *Ibid.*, pp. 47-52 pour ces exemples.

La protestation contre l'abordage d'un navire provient d'un délégué roumain, il s'agit d'une déclaration – et elle ne parvient qu'en 1920<sup>2783</sup>. La CPJI souligna l'inertie roumaine :

« Au cours de la longue période qui s'était écoulée depuis la conclusion [du Traité de 1883 auquel la Roumanie n'était pas partie], les choses avaient continué à se passer d'une façon plus ou moins satisfaisante, *et personne ne contestait que la Commission européenne eût exercé certaines attributions dans le secteur compris entre Galatz et Braïla, quels qu'aient pu être le titre juridique et la nature de ces attributions* »<sup>2784</sup>.

L'inaction de la Roumanie sanctifie l'usage en droit<sup>2785</sup>.

Nous pouvons faire appel à la double hiérarchie : du côté de l'OI, des actes sur le terrain accomplis par des organes « subalternes » (agents, fonctionnaires, inspecteurs) se sont doublés par des prises de position et des comportements uniformes des organes centraux de la Commission européenne. L'unité des organes de l'OI est acquise. Du côté roumain, la situation se manifeste par une abstention uniforme et quasi généralisée des organes subalternes et des hautes autorités jusqu'en 1920. Les hautes autorités roumaines ont néanmoins *accompli* deux actions, contradictoires entre elles : elles ont ratifié le traité de 1921 (la *Convention établissant le Statut définitif du Danube*)<sup>2786</sup>. D'autre part, le délégué roumain auprès de la Commission avait en 1920 contesté un abordage effectué par l'OI dans le secteur litigieux. Contradictoires entre eux, et de beaucoup postérieurs aux actes effectués par la Commission, ces deux comportements de la Roumanie ne pouvaient empêcher l'acquiescement<sup>2787</sup>.

Les organes ayant agi pour la Commission ne sont pas nécessairement identifiés, mais il va de soi que ce ne sont pas les organes centraux qui ont opéré certains travaux techniques ou opérations de police sur le terrain. La Commission s'étant comporté uniformément,

<sup>2783</sup> *Ibid.*, pp. 13 et 16.

<sup>2784</sup> *Ibid.*, p. 27, nos italiques.

<sup>2785</sup> En 1925, un comité chargé d'étudier la question avait relevé « [d]es usages ayant une valeur juridique par le seul fait qu'ils ont pu s'établir et se maintenir d'une façon continue du consentement unanime de tous les États intéressés » (*ibid.*, p. 17).

<sup>2786</sup> *Ibid.*, pp. 36-37.

<sup>2787</sup> *Ibid.*, p. 36 : « Vu que la Roumanie a signé et ratifié le Statut, s'il est avéré que cette situation comprenait l'exercice, par la Commission européenne, entre Galatz et Braïla, des mêmes pouvoirs qu'en aval de Galatz, il y a lieu de conclure que le Gouvernement roumain a maintenant accepté l'exercice de ces pouvoirs dans le secteur litigieux [...] ».

l'identification n'a pas besoin d'être opérée de manière suivie <sup>2788</sup>. L'activité législative de l'OI est mise en exergue : la Commission a légiféré de manière générique (sans préciser systématiquement où les règlements devaient être appliqués) et ces dispositions ont été *étendues* au secteur entre Galatz et Braïla <sup>2789</sup>. Ce comportement indique clairement que l'OI était convaincue de sa compétence sur le secteur de Galatz-Braïla <sup>2790</sup>.

Le dernier point est plus problématique : l'action *ultra vires* de la Commission. L'OI ne disposait initialement d'aucune compétence sur le secteur vu que la Roumanie n'était pas partie au traité. Du point de vue – certes anachronique – du Texte de 2011 de la CDI relatif à la responsabilité des OI, les actes sont attribuables aux organes selon les articles 6 et 8. Les agents, inspecteurs, etc. agissaient dans le cadre de leurs fonctions (art. 6 du Texte de 2011) et ils ont outrepassé leur compétence (art. 8) – c'est même l'OI dans son ensemble qui a outrepassé ses prérogatives. En adoptant une approche restrictive, l'inaction roumaine initiale peut être configurée comme étant uniquement une renonciation à protester contre les actes illicites de l'OI (art. 46 du Texte de 2011) <sup>2791</sup>. Chaque nouvel acte illicite suscitant alors une nouvelle occasion de protester. Cependant, grâce à la ratification du traité de 1921 et de ses articles 5 et 6, la Roumanie fait un pas de plus : elle acquiesce à la légalité du comportement de l'OI. Dès 1921 l'assainissement ne porte plus seulement sur les *actes* de l'OI, il s'attache véritablement à la compétence générale sur le secteur de Galatz-Braïla. Cet avis illustre *comment* une OI peut étendre ses compétences au détriment d'un État non membre. Le long silence et la lenteur de la Roumanie expliquent également le verdict d'acquiescement.

---

<sup>2788</sup> *Ibid.*, pp. 47-53. Par analogie, voy. Ch. 5.I.A.4 – « La substitution de l'auteur aux actes effectués ».

<sup>2789</sup> *Ibid.*, pp. 47-48 seule une partie de l'activité législative de l'OI est spécifiquement destinée au secteur litigieux.

<sup>2790</sup> *Cf. supra*, Ch. 5.I.A.4.b.

<sup>2791</sup> « Perte du droit d'invoquer la responsabilité » parallèle à l'article 45 TCDI.

b. *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*

Un considérable saut dans le temps nous amène en 1990 à la sentence relative au Laboratoire de biologie moléculaire européen (ci-après : « EMBL »)<sup>2792</sup>. Un aspect de l'affaire concernait la valeur d'une lettre relative à l'Accord de siège échangée entre le ministre allemand pour la Recherche et la Technologie (État-hôte de l'EMBL) et le DG du *Laboratoire*<sup>2793</sup>. La question disputée avait trait aux privilèges résultant des articles 10 et 19 de l'Accord de siège<sup>2794</sup>. Dans une première lettre de 1977 adressée au directeur administratif de l'EMBL, le ministre pour la Recherche et la Technologie faisait savoir que :

« [T]he Director-General can import goods for his personal benefit free from customs duties and consumption taxes and he enjoys insofar the full privileges which the Vienna Convention grants diplomatic agents of comparable rank »<sup>2795</sup>.

Dans une lettre de 1982 adressée au DG, le ministère des Affaires étrangères (*foreign office*) revenait sur cette déclaration :

« By contrast, you are not exempted from the payment of the import duty and of the value added tax for goods which you purchase for your personal benefit. This includes both purchases for the furnishing of your residence and the purchase of goods for the fulfilment of your duties of representation »<sup>2796</sup>.

Le tribunal arrive à la conclusion que la lettre de 1977 mettait fin à un différend sur l'interprétation de l'Accord de siège et, partant, la seconde lettre ne pouvait avoir pour effet de modifier l'assurance préalablement accordée par l'Allemagne sur les privilèges du DG<sup>2797</sup>.

Ce qui nous intéresse dans cette sentence, c'est la polyphonie allemande ; deux auteurs se sont alternés et contredits, à savoir le ministre pour la Recherche et le ministère des Affaires étrangères. Le tribunal résout cette contradiction en déclarant que : 1) la lettre de 1977 a mis fin à la controverse<sup>2798</sup>, 2) sans être un organe officiel des relations extérieures,

<sup>2792</sup> *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, pp. 1-74.

<sup>2793</sup> Voy. les pp. 2, 5, 7-8 du résumé : *ibid.*

<sup>2794</sup> *Ibid.*, pp. 48-49.

<sup>2795</sup> *Ibid.*, p. 49. Les articles sont reproduits en p. 71 de la sentence.

<sup>2796</sup> *Ibid.*, pp. 49-50.

<sup>2797</sup> *Ibid.*, pp. 54-55 et 69.

<sup>2798</sup> La lettre de 1982 intervient après la « date critique ».

le ministre pour la Recherche était compétent pour engager l'État allemand et traiter avec l'EMBL<sup>2799</sup>. Du côté de l'EMBL, le raisonnement du tribunal ne détermine pas les organes précis qui prennent part au dialogue. Ainsi, même si la première lettre est adressée au directeur administratif, le tribunal considère que : « The addressee was the EMBL, *care of the Administrative Director* »<sup>2800</sup>. La seconde lettre était directement adressée au DG. Quelle leçon tirer de cette affaire au regard de notre cadre théorique ? Nous sommes uniquement en présence de déclarations des plus hautes instances de part et d'autre. L'EMBL est pris comme un tout, les organes précis disparaissent au profit des lettres échangées. L'affaire est considérée sous l'angle de l'interprétation par voie d'accord subséquent, la CVOI est évoquée bien qu'elle ne soit pas en vigueur<sup>2801</sup>.

Cette sentence souligne l'absence d'unité dans la communication de l'Allemagne<sup>2802</sup>. La mise en œuvre de l'Accord de siège avait été opérée via le millefeuille institutionnel et organisationnel allemand, l'EMBL devait jongler entre des organes différents (et dont les pratiques différaient) afin de mettre en œuvre l'Accord :

« Competent for the EMBL are the Foreign Office, the Federal Ministry and the Federal Office of Finance, the BMFT [le ministre pour la recherche et la technologie] as well as the respective authorities of the Länder and of the local communities. The EMBL generally has to respect this internal distribution of competences »<sup>2803</sup>.

Cette partie ne concerne que très indirectement l'acquiescement, elle porte sur l'exécution d'un *traité*, mais peut néanmoins nous éclairer sur les problèmes générés par une contradiction entre autorités internes, en particulier dans le cas des États fédéraux. La seconde partie de la sentence est entièrement dédiée à l'organe allemand qui devait servir d'interlocuteur privilégié avec l'EMBL. Un accord de 1987 entre les deux parties prévoyait que le ministre pour la Recherche servirait d'interlocuteur privilégié en cas de désaccord sur l'interprétation de l'Accord de siège<sup>2804</sup>.

---

<sup>2799</sup> *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, p. 53 : « The letter of 21 September 1977 originated from a department of the Federal Government competent for binding declarations *vis-à-vis* the EMBL, the Federal Minister for Research and Technology ». L'Allemagne, au contraire, arguait que la lettre du ministère des Affaires étrangères de 1982 avait la priorité (*ibid.*, p. 54).

<sup>2800</sup> *Ibid.*, p. 53, nos italiques.

<sup>2801</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>2802</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>2803</sup> *Ibid.*, pp. 29-30.

<sup>2804</sup> *Ibid.*, p. 10, B.2.



Les grandes lignes de l'argumentation sont les suivantes : l'EMBL a droit à une exécution cohérente de l'Accord. L'EMBL faisait valoir que l'exécution finale de l'Accord n'était pas harmonieuse et qu'il devait s'adresser à de nombreux organes qui suivaient chacun leur propre pratique<sup>2805</sup>. Le laboratoire souhaitait donc disposer d'un interlocuteur unique assurant l'unité d'action de tous les autres échelons hiérarchiques allemands<sup>2806</sup>. L'Allemagne justifiait les difficultés de mise en œuvre par sa structure fédérale et le fait que les questions de détails devaient être laissées à l'appréciation des organes et autorités subalternes<sup>2807</sup>.

Le tribunal adopte une approche nuancée. De manière générale, l'Allemagne est libre de s'organiser comme elle l'entend (art. 2 CNU ; rés. 2625), l'EMBL est tenu de se conformer à la répartition des compétences de l'État-hôte<sup>2808</sup>. Par contre, quand les différents échelons hiérarchiques se contredisent, l'EMBL doit être « protégé » et avoir accès à un interlocuteur unique dont les décisions sont répercutées par les autres organes allemands :

« The indication of the BMFT [le ministre pour la Recherche et la Technologie] as the contact agency thus signifies that in the case of differences of opinion which do not concern pure details of execution, the EMBL may require from the Federal Republic of Germany that it be confronted with a single authority which is enabled to act and speak in the name of all German authorities and whose oral or written formal communications bind the other Federal ministries and the respective authorities of the Länder and of the local communities »<sup>2809</sup>.

La structure fédérale de l'Allemagne n'est pas un prétexte à l'expression de voix discordantes. Elle est tenue de s'assurer que l'ensemble de sa structure adopte des comportements coordonnés<sup>2810</sup>.

La contradiction a été réglée par l'accord de 1987 prévoyant le ministre pour la Recherche comme point de contact avec l'ensemble de l'État allemand. La sentence est significative par son utilisation du principe de l'unité de l'État : le souhait de l'EMBL de s'adresser à l'État allemand comme à un *tout insécable* est reconnu et protégé

<sup>2805</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>2806</sup> *Ibid.*, pp. 26-27.

<sup>2807</sup> *Ibid.*, pp. 27-29.

<sup>2808</sup> *Ibid.*, pp. 29-30.

<sup>2809</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>2810</sup> *Ibid.*

par le tribunal<sup>2811</sup>. L'EMBL postule que l'Allemagne ne peut pas se contredire et en tirer parti (interdiction préventive du *venire contra factum proprium*). Cette position de l'EMBL, couplée à l'identification d'un interlocuteur privilégié, est une véritable *règle de conflit* en cas de contradiction : plutôt que de recourir à la double hiérarchie, ce sont d'office les comportements du ministre pour la Recherche qui l'emporteront. La hiérarchie interne d'un État peut être mise à mal en cas d'accord, le ministre pour la Recherche peut ainsi engager d'autres organes – également supérieurs (*Foreign office*) – en vertu de l'accord de 1987. Exceptionnellement, un *auteur* peut donc être identifié d'avance<sup>2812</sup>.

c. *Pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO*

Cette affaire s'inscrit dans les relations entre la France et l'UNESCO<sup>2813</sup>. La question centrale concernait le droit des autorités françaises d'imposer les retraites des anciens fonctionnaires de l'OI vivant en France<sup>2814</sup>. Juridiquement, l'affaire était rattachée à la pratique subséquente afférente à l'accord de siège conclu entre l'UNESCO et la France<sup>2815</sup>. Le tribunal conclu à l'absence de pratique, les fonctionnaires retraités pouvaient être imposés par les autorités fiscales françaises :

« Le Tribunal ne peut que constater que les autorités françaises, ayant toujours soutenu que les fonctionnaires retraités de l'UNESCO ne bénéficiaient pas des dispositions de l'article 22 b) de l'Accord de 1954 (même s'il y a eu d'un côté des errements dans l'administration fiscale et si, de l'autre côté l'UNESCO a en quelque sorte gardé le silence jusqu'à une date relativement récente), il n'y a pas eu une "pratique ultérieure" susceptible d'être considérée comme constituant une interprétation de l'Accord dans un sens différent de celui qui résulte clairement de ses termes et qui coïncide avec l'intention des Parties au moment des négociations »<sup>2816</sup>.

<sup>2811</sup> P.-M. DUPUY, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *op. cit.*, pp. 844 et 852.

<sup>2812</sup> Correcte en temps normal, l'affirmation « The Federal Government has [...] submitted that a single contact agency could not bindingly obligate the other internal authorities » ne tenait plus à cause de l'accord de 1987 désignant un interlocuteur. Dès lors l'EMBL n'a plus à supporter les contradictions internes de l'Allemagne (*European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, p. 29).

<sup>2813</sup> *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. 231-266.

<sup>2814</sup> *Ibid.*, p. 247, § 39.

<sup>2815</sup> *Ibid.*, p. 238, §§ 7-8.

<sup>2816</sup> *Ibid.*, p. 260, § 76.

Cette sentence a le mérite de mentionner des acteurs de part et d'autre et de traiter explicitement de la contradiction interne (les « errements »).

Les acteurs sont du côté de l'UNESCO : l'OI (partie à l'accord), les négociateurs de l'accord de 1954<sup>2817</sup>, et les fonctionnaires retraités. Pour la France, les négociateurs de l'accord de 1954 sont cités, l'administration fiscale, le Secrétaire d'État au budget, et le Sénat<sup>2818</sup>. Les négociateurs de l'accord nous semblent importants en tant qu'acteurs car, même si leurs actions sont antérieures à la pratique subséquente, elles indiquent *comment* le tribunal conçoit la situation de départ. Le tribunal part du principe que l'absence de référence claire aux pensions de retraite à l'article 22, lit. b de l'accord de 1954 était délibérée<sup>2819</sup>. *Onus probandi* d'une éventuelle exonération par la pratique subséquente repose donc sur l'UNESCO. En comparant la situation au domaine territorial, il y aurait un « titre » en faveur de la France, l'UNESCO invoquerait des effectivités contraires pour modifier la frontière.

Post-1954, l'UNESCO n'a presque pas agi – ce qui s'expliquait par le fait que ses anciens fonctionnaires *n'étaient pas* imposés. De manière cohérente, elle a rejeté deux demandes en 1988 et 1991 de l'administration fiscale de communiquer le montant des rentes octroyées aux anciens fonctionnaires<sup>2820</sup>. Quant aux anciens fonctionnaires, ils n'ont pas déclaré leurs pensions de retraite et n'ont donc pas payé d'impôt (seuls les revenus *imposables* devaient être déclarés en France). Il est néanmoins contestable que la conduite des anciens fonctionnaires soit pertinente au regard de la pratique subséquente. Sans aborder explicitement ce point<sup>2821</sup>, la sentence retient une interprétation de l'accord de siège de 1954 qui a pour effet d'exclure la perpétuation des liens entre l'UNESCO et ses anciens fonctionnaires<sup>2822</sup>. Seule la pratique de l'OI et de ses organes a voie au chapitre.

La conduite de la France est moins harmonieuse et s'inscrit dans la double hiérarchie. Le Secrétaire d'État au budget en 1956 et le Sénat en 1994 ont affirmé que les pensions de retraite étaient

<sup>2817</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>2818</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>2819</sup> *Ibid.*, p. 255, § 61 (« [s]i les Parties voulaient que l'article 22 b) s'applique aux "anciens fonctionnaires" et à leurs pensions de retraite, elles l'auraient indiqué expressément [...] c'est en toute connaissance de cause que la France et l'UNESCO ont rédigé l'article 22 b) de l'Accord tel qu'il est »).

<sup>2820</sup> *Ibid.*, p. 257, § 66.

<sup>2821</sup> *Ibid.*, pp. 258-260.

<sup>2822</sup> *Ibid.*, p. 250, § 47 ; p. 252, § 51.

soumises à l'impôt<sup>2823</sup> (*déclarations des hautes autorités*). Quant à l'administration fiscale, elle s'est abstenue d'imposer les anciens fonctionnaires pendant près de 40 ans<sup>2824</sup>. Elle a tout au plus demandé à deux reprises (1988 et 1991) à l'UNESCO de lui communiquer les montants versés, sans succès. Les déclarations du sommet sont contredites par la conduite des organes subalternes – qui elles-mêmes manquent de cohérence<sup>2825</sup>.

Le tribunal part à la recherche des organes dont la pratique est pertinente pour la pratique subséquente – les considérations sont analogues à celles valables pour l'acquiescement<sup>2826</sup>. Ainsi, le tribunal exclut que la pratique ne puisse provenir que des autorités en charge des relations extérieures<sup>2827</sup>. *Tous* les organes peuvent être auteur de cette pratique :

« Le facteur déterminant, c'est l'expression non équivoque de la position de l'État. Cette position peut résulter tout aussi bien de déclarations ou de conduite des autorités investies du *treaty making power* tout comme des organes administratifs chargés de l'application de l'accord »<sup>2828</sup>.

Quid en cas de contradiction entre les diverses autorités étatiques ? Le tribunal franchit un pas supplémentaire et instaure une double hiérarchie *absolue* :

« Quand il y a divergence entre le comportement de l'administration et celui des autorités susceptibles d'exprimer la position d'un État, il faut préférer celui de ces dernières »<sup>2829</sup>.

La position officielle de la France est l'imposition des rentes, il n'y a pas de pratique subséquente autorisant l'exonération des anciens fonctionnaires<sup>2830</sup>. Dans cette formulation absolue de la double hiérarchie, les actes constants des fonctionnaires ne peuvent pas renverser les déclarations des plus hautes autorités<sup>2831</sup>.

<sup>2823</sup> *Ibid.*, p. 257, § 66.

<sup>2824</sup> *Ibid.*, p. 256, § 65.

<sup>2825</sup> *Ibid.*, p. 259, § 74.

<sup>2826</sup> *Contra* et pour une approche plus restrictive, voy. : I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, p. 147. Sa lecture de l'affaire des *fonctionnaires retraités de l'UNESCO* exclut de prendre en compte d'autres comportements que ceux des organes dédiés aux relations internationales.

<sup>2827</sup> *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. 258, § 70.

<sup>2828</sup> *Ibid.*, p. 259, § 74.

<sup>2829</sup> *Ibid.*

<sup>2830</sup> *Ibid.*, p. 260, § 75.

<sup>2831</sup> Dans *Rann of Kutch* et l'arrêt du *Temple de Préah Vihear*, il est admis que les actes des échelons inférieurs peuvent renverser ceux du sommet (*The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan*, Sentence du 19 février 1968,

Le mérite de cette affaire est de faire nettement ressortir une différence entre acquiescement et pratique subséquente ; le tribunal s'est ici appuyé sur l'absence de comportements convergents des deux sujets internationaux pour conclure à l'absence de pratique subséquente<sup>2832</sup>. Déplacée sous l'angle de l'acquiescement, la contradiction interne de la France aurait vraisemblablement profité à l'UNESCO qui, elle, avait toujours maintenu la même conduite (le long silence des autorités, l'absence de taxation et la tardiveté de la date critique autorisent cette affirmation)<sup>2833</sup>. À l'inverse, sous l'angle de la pratique subséquente, la contradiction interne sert à démontrer l'absence d'accord univoque sur l'interprétation. Alors que dans l'acquiescement la contradiction empêche un État d'acquiescer un droit, elle évite la modification de l'accord dans le cadre de l'article 31, § 3, lit. b CVDT/CVOI. Dans les deux hypothèses toutefois, la contradiction est utilisée afin d'éviter une *modification de la situation préexistante*.

Pour revenir à notre cadre théorique, l'UNESCO a été prise comme un *tout*, ni son inaction, ni le rejet des demandes d'informations de 1988 et 1991 ne sont attribués à un organe spécifique. Les actes seuls comptent et absorbent leur auteur précis. En se comportant de manière uniforme, l'UNESCO permet cette priorité aux actes sur les organes.

### 3. *Acquiescements internes à une organisation*

Dans cette dernière constellation, les acquiescements s'établissent entre l'OI et ses États membres ou entre l'OI et ses propres organes.

#### a. *Entre l'organisation et un État membre*

La première sentence porte sur les tarifs (l'Accord de travail) ayant cours pour les services rendus par l'Office européen des brevets (ci-après : « OEB ») à la Belgique<sup>2834</sup>. L'affaire peut être divisée en deux

---

Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII, p. 569 ; *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 30).

<sup>2832</sup> *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. 259, § 74 ; p. 260, § 76.

<sup>2833</sup> La date critique est très vague (« [l]e différend est sûrement [!] né dans les années 1980 et 1990 [...] »). L'inaction des autorités fiscales françaises se serait donc étendue de 1954 à 1988 au plus tôt (date de la première demande de communication des rentes auprès de l'UNESCO). *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 et 8 ; p. 257, § 66.

<sup>2834</sup> *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, 15 décembre 1997, *RBDI*, vol. 1997/1, pp. 381-407.

phases<sup>2835</sup> : la négociation et l'acceptation des tarifs, et leur contestation. En 1988, l'OEB, par l'entremise de son *Président*, informa le *Gouvernement belge* de son souhait de changer le calcul des tarifs<sup>2836</sup>. En l'absence de réponse de la Belgique, le changement du mode de calcul des tarifs fut entériné à l'unanimité par le *Conseil d'administration de l'OEB* au sein duquel siégeait un *représentant belge*<sup>2837</sup>. La Belgique versa la nouvelle taxe immédiatement. Formellement pourtant, l'Accord avec la Belgique n'était pas modifié, le Président reprit contact avec la Belgique en 1991 et l'*administration belge* accepta sur le principe le nouveau mode de calcul<sup>2838</sup>. C'est suite à ces échanges<sup>2839</sup> que la seconde phase s'ouvre.

L'OEB multiplia les lettres au Gouvernement belge en 1992 et 1994, jusqu'à ce que l'*administration belge* mette « [e]n doute la légalité de l'introduction de la taxe de recherche de type international et de son application à l'État belge » en 1994<sup>2840</sup>. Ce n'est qu'à ce stade que l'administration précisait que le versement de la taxe n'impliquait pas une « [r]econnaissance par les autorités belges de la légalité de ce tarif »<sup>2841</sup>. En 1994 toujours, le *ministre des Affaires économiques de la Belgique* indiquait que l'acceptation belge était simplement transitoire, plus tard dans l'année c'est au tour du *Directeur général a.i. de l'Administration du Commerce du ministère des Affaires économiques* de préciser que les conditions ne sont pas totalement réunies pour changer les tarifs<sup>2842</sup>. Le différend s'est donc cristallisé en 1994<sup>2843</sup>.

Le tribunal considéra que la Belgique était liée par la modification du calcul des tarifs, le comportement au sein du Conseil d'administration, le versement de la taxe et l'admission de principe du nouveau mode de calcul en 1991 indiquent cette acceptation<sup>2844</sup> (première phase). Les contestations de l'administration belge, du ministre des Affaires économiques et du Directeur général interviennent trop tard, c'est-à-dire *après* la formation de l'accord d'interprétation (seconde phase).

<sup>2835</sup> *Ibid.*, p. 397, § 54.

<sup>2836</sup> *Ibid.*, p. 398, § 56.

<sup>2837</sup> *Ibid.*, p. 398, § 58 ; p. 401, § 67.

<sup>2838</sup> *Ibid.*, p. 398, § 59.

<sup>2839</sup> *Ibid.*, p. 384.

<sup>2840</sup> *Ibid.*, p. 399, § 61.

<sup>2841</sup> *Ibid.*, p. 399, § 61.

<sup>2842</sup> *Ibid.*, p. 385, § 13.

<sup>2843</sup> *Ibid.*, pp. 385-386, §§ 12-14.

<sup>2844</sup> *Ibid.*, p. 401, § 67.

Cette affaire laisse entrevoir une hiérarchie supplémentaire : la prévalence des comportements des organes de l'État siégeant au sein d'une OI sur les organes purement étatiques. Ainsi, il serait légitime d'accorder un poids particulier à l'acceptation des tarifs par le représentant belge au Conseil d'administration de l'OEB. De nombreux organes belges ont été en contact avec l'OEB<sup>2845</sup>. La contradiction entre le comportement des organes durant la première phase et la seconde phase n'est pas examinée car la « date critique » de l'acceptation des nouveaux tarifs est déjà survenue quand l'administration et des hauts représentants belges s'opposent<sup>2846</sup>. En adoptant cette séquence des événements, le tribunal évite de faire apparaître une contradiction de la Belgique<sup>2847</sup>.

b. *Entre l'organisation, un organe, et un État membre*

L'affaire des *Activités militaires* de 1984 illustre la sophistication de l'acquiescement noué entre une OI, ses organes principaux, et ses membres. La CIJ dut se prononcer sur sa compétence alors que l'instrument d'acceptation du Nicaragua selon l'article 36, § 5 SCIJ n'était jamais parvenu à la CPJI<sup>2848</sup>. Cette affaire révèle deux dimensions de l'acquiescement et de ses auteurs dans les OI : 1) l'acquiescement entre organes de l'OI, et, 2) entre l'OI et ses États membres. La première dimension implique le Secrétaire général de l'ONU, l'Assemblée générale, et la CIJ. Bien qu'il s'agisse de trois organes principaux de l'ONU, le rôle du SG est prépondérant en ce qui concerne les traités et les instruments connexes, (art. 102, § 1 CNU). L'article 97 indique que le SG est « [l]e plus haut fonctionnaire de l'Organisation ». Il lui appartient d'enregistrer les déclarations d'acceptations de compétence au sens de l'article 36

<sup>2845</sup> Le Gouvernement, l'administration, des ministres, et le représentant au sein de l'OEB. L'OEB ne se plaint pas de la multiplicité des strates hiérarchiques. Comparer avec *European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 29 juin 1990, 105 ILR 1, pp. 28-30 et nos développements *supra* (Ch. 5.I.B.2.b).

<sup>2846</sup> *Affaire relative à la rémunération des services de recherche fournis par l'Office européen des brevets à l'État Belge*, pp. 401-402.

<sup>2847</sup> En suivant l'approche du tribunal dans *Pensions de l'UNESCO*, une telle contradiction aurait pu conduire au rejet de la pratique subséquente. Le tribunal s'était justement gardé d'établir clairement la « date critique » dans cette affaire.

<sup>2848</sup> *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. 400.



SCIJ et ensuite de les communiquer à la CIJ<sup>2849</sup>. Dans *Activités militaires*, le SG a publié plusieurs séries de documents qui énumèrent le Nicaragua en tant qu'État ayant émis une déclaration d'acceptation<sup>2850</sup>. La Cour mentionne également le Nicaragua comme État acceptant sa compétence (*Annuaire ; Rapport à l'AG*). Les publications de la Cour sont néanmoins assorties d'une mention indiquant que : « L'inclusion de la déclaration émanant d'un État quelconque ne saurait être considérée comme l'indication des vues du Greffe ni, a fortiori, celles de la Cour, sur la nature, la portée et la validité de l'instrument en question »<sup>2851</sup>. L'AG a reçu divers rapports de la CIJ faisant état de la déclaration d'acceptation du Nicaragua et ne les a jamais contestés<sup>2852</sup>. Les États-Unis et le Nicaragua sont membres originaires de l'ONU et siègent à l'AG<sup>2853</sup>.

Au terme d'une interprétation habile, l'absence de ratification formelle du Nicaragua n'est pas vue comme un obstacle invincible par la Cour<sup>2854</sup>. Cette conclusion est renforcée par le comportement de la CIJ et du SG :

« Un poids particulier doit être attribué à ces publications officielles que sont l'*Annuaire* de la Cour (depuis 1946-1947), les *Rapports* de la Cour à l'Assemblée générale des Nations Unies (depuis 1968) et les recueils, édités chaque année, des *Signatures, ratifications, acceptations, adhésions, etc., relatives aux conventions et accords multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire*. La Cour constate que ces publications ont toutes classé constamment, et depuis le début de leur parution, le Nicaragua parmi les États ayant accepté la compétence obligatoire de la Cour au titre de l'article 36, paragraphe 5, du Statut »<sup>2855</sup>.

L'exégèse que nous proposons dans les lignes suivantes est apocryphe. L'ONU, en raison des publications croisées et uniformes de ses organes, est liée par son propre comportement à l'égard

<sup>2849</sup> Si une déclaration à durée déterminée arrive à échéance, c'est aussi au SG qu'il appartient d'informer la CIJ de la caducité de l'instrument (voy. *supra*, nos développements sur le cas hypothétique de la déclaration de 2005 de Djibouti, Ch. 4.2.B).

<sup>2850</sup> *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. 402-403, § 22. La publication la plus importante à cet égard est « [l]e volume annuel intitulé *Signatures, ratifications, acceptations, adhésions, etc., relatives aux conventions et accords multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire* [...] ».

<sup>2851</sup> *Ibid.*, p. 403, § 23.

<sup>2852</sup> *Ibid.*, pp. 401-402, § 19-21.

<sup>2853</sup> *Ibid.*, p. 400, § 16.

<sup>2854</sup> *Ibid.*, pp. 405-408.

<sup>2855</sup> *Ibid.*, p. 408, § 36, italiques dans l'original.



du Nicaragua (la maxime *venire contra factum proprium* est pertinente)<sup>2856</sup>. La CIJ se défend pourtant d'être juge et partie à cet acquiescement ; les publications ne feraient que *confirmer* l'interprétation de l'article 36, § 5 SCIJ qui tolère qu'un État n'ayant jamais déposé sa déclaration soit partie au système de déclarations facultatives<sup>2857</sup>.

Cette première dimension illustre comment, au sein d'une OI, un acquiescement peut survenir entre organes en raison d'une erreur<sup>2858</sup>. Cette erreur, qui est initialement un fait *ultra vires*, est transformée en situation stable, constante<sup>2859</sup> à travers la reprise (par des publications) et l'absence de protestations des autres organes (CIJ, AG). Les organes principaux sont clairement identifiés. Quant à leurs domaines respectifs de compétence, le SG est l'organe phare en ce qui concerne les traités et instruments connexes déposés auprès de l'ONU. Et il est légitime d'escompter de la CIJ d'être au fait des États ayant déposé une déclaration d'acceptation de compétence. Le comportement de l'ONU a été parfaitement uniforme, aucun organe n'a remis en cause ou protesté contre l'incorporation du Nicaragua dans la liste des États ayant émis une déclaration selon l'article 36, § 5 SCIJ.

Cette première dimension illustre un autre aspect de l'acquiescement entre organes ; en fonction de l'arsenal réglementaire, de la structure, de la répartition des compétences de l'OI, un organe peut disposer de plus ou moins de marge afin de se défendre ou de favoriser un acquiescement. Il existe une asymétrie entre la CIJ et

<sup>2856</sup> La CIJ reconnaît à demi-mot cette situation exceptionnelle : « En objectant au Nicaragua qu'il aurait dû faire, dans le cadre du nouveau Statut, une déclaration sur la base de l'article 36, paragraphe 2, la 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 » (*ibid.*, p. 412, § 46, nos italiques).

<sup>2857</sup> *Ibid.*, p. 408, § 36 ; p. 409, § 38.

<sup>2858</sup> L'acquiescement peut survenir entre organes d'un même État et le lier vis-à-vis d'un autre État, la même situation est à l'œuvre ici, l'OI est liée envers elle-même au profit du Nicaragua. *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 111, § 3.9 : « These concepts [estoppel, preclusion, acquiescence or implied or tacit agreement] apply to the attitude of a party to its own conduct: it cannot subsequently act in a manner inconsistent with the legal position reflected in such conduct », nos italiques.

<sup>2859</sup> Le champ lexical employé dans les pp. 409-410, §§ 38-39 est celui de l'acquiescement et de l'*usucapion*. *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. 409 et 410.

le SG dans *Activités militaires* : la CIJ est l'organe directement concerné par la question des acceptations de compétence, mais le SG est l'organe compétent pour les recevoir et les communiquer à la CIJ. Cette asymétrie est en défaveur de la CIJ qui « subit » les communications émises par le SG <sup>2860</sup>.

La seconde dimension implique les États membres et leurs réactions face aux publications de l'ONU. La Cour examine tour à tour l'attitude du Nicaragua et des États-Unis face aux publications. Ainsi : « le silence du gouvernement de cet État [du Nicaragua] ne peut s'interpréter que comme une acceptation du classement qui lui était ainsi attribué » <sup>2861</sup>. La position imputée aux États-Unis est quasi identique :

« De même, le comportement des États-Unis pendant une période de trente-huit années constitue lui aussi la claire reconnaissance de la validité fondamentale de la déclaration du Nicaragua de 1929 par le jeu de l'article 36, paragraphe 5, du Statut ».

Chaque publication est considérée comme une occasion de réagir. En restant silencieux face aux « prétentions », les États ont avalisé la compétence de la CIJ.

Globalement, cette affaire illustre la complexité et la difficulté de dénouer les relations inter-organes et organes – État membres. Des organes mis sur pied d'égalité par la Charte (« organes principaux » par opposition à « subsidiaires ») possèdent chacun un champ de compétences qui se répercute sur leur *capacité* à se faire l'auteur d'un acquiescement. Les États membres, premiers intéressés par les conséquences juridiques, ne sont pas dans une position favorable pour empêcher l'acquiescement. La condition de la connaissance présumée (*constructive knowledge*) et du temps <sup>2862</sup> servent de ciment à cette affaire. Malgré une certaine opacité dans les considérations juridiques ayant présidé à l'incorporation du Nicaragua sur la liste des États acceptant la compétence, la CIJ note que :

« Compte tenu de la nature publique et constante des affirmations officielles portant sur l'engagement du Nicaragua selon le système de la clause facultative, le silence du gouvernement de cet État ne peut

---

<sup>2860</sup> La CIJ n'était pas en position de questionner l'exactitude des répertoires tenus par le SG.

<sup>2861</sup> *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.

<sup>2862</sup> 38 ans de silence : *ibid.*

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* »<sup>2863</sup>.

L'acquiescement existe en tant qu'institution juridique – le Nicaragua le sait et doit supporter les conséquences de son silence. Cette argumentation dite de la « conscience » ou « réflexive » est mise en lumière dans le cadre coutumier<sup>2864</sup>.

### c. *Entre l'organisation et un organe*

L'acquiescement en tant que tel au sein des OI est un phénomène plutôt rare. Dans la dimension de pratique subséquente-acquiescement par contre, il existe nombre de cas dans lesquels les règlements ou la constitution d'une OI ont été interprétés, voire modifiés<sup>2865</sup>. L'identification des auteurs de l'acquiescement suit donc des lignes très proches de celles des auteurs de la pratique subséquente. Ces changements dans le statut, constitution, ou charte de l'OI ne donnent pas forcément lieu à des différends judiciaires. Nous allons maintenant passer en revue ces catégories d'exemples de pratique subséquente modificative ou interprétative (c.i et c.ii). Après ce survol, les acquiescements et pratiques entre l'organisation et un fonctionnaire clôtureront l'analyse des auteurs (c.iii).

#### (i) *La modification de la Charte des Nations Unies*

Le cas le plus emblématique est sans doute « l'interprétation » ou « pratique » des modalités de vote au sein du Conseil de sécurité de l'ONU. L'article 27, § 3 CNU prévoit : « Les décisions du Conseil de sécurité sur toutes autres questions [que des points de procédure] sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres [...] ». Cette formulation laisse présager que l'adoption d'une résolution nécessite un vote *positif* de neuf membres. Tel n'est pourtant pas le cas, sans qu'il soit nécessaire de trancher s'il s'agit d'une pratique modificative ou interprétative<sup>2866</sup>, une abstention (siège vide ou

<sup>2863</sup> *Ibid.*, p. 410, § 39.

<sup>2864</sup> K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, op. cit., pp. 54 et 130-131.

<sup>2865</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 297-320.

<sup>2866</sup> C. A. STAVROPOULOS, « The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council Under Article 27, Paragraph 3, of the Charter of the United Nations »,

absence de vote) est assimilée à un vote positif plutôt qu'à un vote négatif ou à un veto<sup>2867</sup>. Cette pratique s'est développée dès 1949<sup>2868</sup> et n'a été scrutée dans un avis consultatif de la CIJ qu'en 1971<sup>2869</sup>.

Qui sont les auteurs de cette pratique et comment a-t-elle été reçue au sein de l'ONU ? La Cour indique simplement que :

« Les débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée, à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions »<sup>2870</sup>.

Le CS a généré cette pratique, l'adhésion des membres permanents est soulignée. L'action des membres permanents confine à l'interprétation « authentique »<sup>2871</sup>, ils renforcent la constance de la pratique. De plus, leur présence continue et leur possibilité d'opposer un veto justifient d'accorder un poids supplémentaire à leurs comportements.

En plus de la possibilité de différencier la valeur des comportements entre organes d'une OI comme on a pu le voir dans *Activités militaires* de 1984<sup>2872</sup>, la moindre différence dans les compétences des membres d'un même organe peut être riche de conséquences quant à leur statut d'auteurs d'un acquiescement. La hiérarchie a cours entre organes et dans les organes. Le CS est scindé en deux entre la pratique la « plus autorisée » des cinq membres permanents<sup>2873</sup>, et celle de ses dix membres tournants<sup>2874</sup>.

Le CS et ses membres ont joué le rôle d'émissaires de cette pratique/prétention. La réaction de l'AG – seul organe plénier – est intéressante car il s'agit de l'autre organe à dimension politique de

AJIL, vol. 61 (3), 1967, pp. 741-742 ; I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 242-243.

<sup>2867</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 239-244.

<sup>2868</sup> Ibid., p. 241 ; C. A. STAVROPOULOS, « The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members », op. cit., p. 746.

<sup>2869</sup> *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, p. 22, §§ 21-22.

<sup>2870</sup> Ibid., p. 22, § 22.

<sup>2871</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., p. 244.

<sup>2872</sup> La valeur des publications des organes est hiérarchisée : SG < CIJ < AG (*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. 400-409).

<sup>2873</sup> C. A. STAVROPOULOS, « The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members », op. cit., pp. 743-746.

<sup>2874</sup> Art. 23, § 1 CNU.

l'ONU <sup>2875</sup>. La CIJ est peu disert sur l'acceptation : « La procédure suivie par le Conseil de sécurité [...] a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation » <sup>2876</sup>. À suivre strictement ce passage, il aurait été du devoir des *États membres* de s'opposer à cette pratique : l'identification d'une opposition ne passe pas par un organe particulier <sup>2877</sup>.

Les récipiendaires susceptibles de s'opposer ou d'acquiescer sont les autres organes. Les membres du CS contemporains à une abstention valorisée comme un vote positif et les membres l'AG sont ceux dont l'opposition aurait eu le plus de valeur <sup>2878</sup>. L'opposition au sein même du CS a pour effet de tuer la pratique dans l'œuf. Pour l'AG, l'opposition acquiert une dimension inter-organe, qui a aussi comme conséquence de matérialiser le différend sur l'interprétation de l'article 27 CNU et de s'assurer de la connaissance des autres États siégeant au sein de cet organe. L'opposition de l'AG posséderait une force particulière au vu de sa vocation généraliste <sup>2879</sup>. Selon les circonstances et l'objet de la décision du CS adoptée via l'abstention « affirmative », d'autres organes que l'AG auraient légitimement pu s'opposer <sup>2880</sup>. La répartition des compétences, les types d'organes (politiques, techniques, pléniers ou restreints, permanents ou non) influencent la naissance d'un acquiescement au sein d'une OI. L'identification de chaque acquiescement/pratique subséquente fait appel à l'esprit de finesse et à l'observation éclairée de l'économie existante entre les organes ou à l'intérieur de ceux-ci <sup>2881</sup>.

<sup>2875</sup> Les membres non permanents du CS siègent de manière « permanente » à l'AG, leur réaction indique le rejet ou l'acceptation d'une pratique à laquelle ils peuvent potentiellement prendre part activement lors de leur élection au CS.

<sup>2876</sup> *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, p. 22, § 22.

<sup>2877</sup> La protestation peut-elle pour autant être exprimée par des États membres en dehors de leurs fonctions d'organes ? Tel n'est pas le cas, un État membre devrait s'opposer en faisant valoir auprès du CS l'impact de la résolution sur sa situation (art. 31 et 32 CNU), ou lors d'une intervention auprès de l'AG (art. 10 CNU), ou encore en réussissant à saisir la CIJ pour obtenir un avis consultatif sur la question du vote (art. 96, § 1 CNU ; art. 65, § 1 SCLJ).

<sup>2878</sup> C. A. STAVROPOULOS, « The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members », *op. cit.*, p. 746.

<sup>2879</sup> Art. 10 et 12 CNU à lire conjointement avec la résolution de l'AG n° 377 (V) du 3 novembre 1950 qui instaure la compétence subsidiaire de l'AG en cas de blocage du CS (*cf.* en particulier la lit. A en p. 11 de la résolution).

<sup>2880</sup> Si la résolution adoptée concerne principalement le Conseil de tutelle ou le Conseil économique et social, leur opposition acquiert la même force que celle de l'AG.

<sup>2881</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, p. 42 : « States' reactions to the practice of the organization are in a sense assessed in light of their capacity as members of that, rather than as parties to the constitutive treaty ».

L'effet final de cette pratique du CS a été de modifier la définition du vote positif<sup>2882</sup>. Cette pratique est devenue opposable à l'ensemble de l'ONU<sup>2883</sup>. Couronné de succès, un acquiescement/pratique modificative devient partie intégrante des règles de l'OI<sup>2884</sup>. La question de savoir s'il s'agit d'une pratique subséquente modificative ou interprétative<sup>2885</sup>, voire d'un acquiescement perd de sa pertinence, car dans le cadre des OI l'article 2, § 1, lit. j CVOI énonce que :

« L'expression "règles de l'organisation" s'entend notamment des actes constitutifs de l'organisation, des décisions et résolutions adoptées conformément auxdits actes et de la pratique bien établie de l'organisation ».

Acquiescement ou pratique subséquente constituent les conditions de formation de cette « pratique »<sup>2886</sup>.

La Charte a été modifiée sur de nombreux autres points, d'autres ouvrages énumèrent les circonstances et la magnitude de ces changements ou interprétation<sup>2887</sup>. Comment un acquiescement interne à l'OI peut-il être évité ? Nous entrevoyons trois pistes de réflexion : l'opposition interne à l'organe, l'opposition ou contradiction entre organes, et la référence aux limites de compétences.

L'avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires* répond au premier cas de figure<sup>2888</sup>. Au sein d'un organe, il suffit de mettre en lumière une dissonance entre les membres qui le composent : une résolution qui n'a pas été adoptée à l'unanimité n'est pas susceptible d'exprimer la pratique de l'OI<sup>2889</sup>.

<sup>2882</sup> *Ibid.*, p. 244 : « The effect of the modification could be regarded both as altering the contents of the first sentence of Article 27(3) and as supplementing them with the qualification of voluntary abstentions ».

<sup>2883</sup> *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, p. 22, § 22.

<sup>2884</sup> C. A. STAVROPOULOS, « The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members », *op. cit.*, p. 752.

<sup>2885</sup> *Ibid.*, pp. 741-742 ; I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 242-243.

<sup>2886</sup> Sur cette question, voy. l'analyse de I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 35-43. Sur la jonction entre la notion de « pratique » de l'article 2 CVOI et de l'article 31 CVOI/CVDT : *ibid.*, pp. 36 et 39.

<sup>2887</sup> *Ibid.*, pp. 239-244.

<sup>2888</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ, *Rec.* 1996, p. 66.

<sup>2889</sup> *Ibid.*, p. 81, § 27 ; I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 246-247.

La deuxième alternative consiste à tirer parti d'une pratique divergente ou d'une contestation entre organes, il n'existe pas de véritable « affaire phare » en la matière (notre connaissance du droit des OI est assez limitée). Il pourrait s'agir de l'adoption d'un point de vue différent entre le CS et l'AG sur la même problématique liée à une question de fonctionnement interne de l'ONU.

En troisième lieu, les attributions et compétences confiées peuvent être un motif de limitation d'un acquiescement entre organes, de rejet d'une pratique établie contrairement au cadre législatif de l'OI. En agissant à temps, il est possible d'éviter qu'une action *ultra vires* se perpétue en pratique<sup>2890</sup>. Même unanime, l'adoption d'une résolution contraire aux attributions de l'OI ne saurait être valide<sup>2891</sup>. La question de l'action *ultra vires* des organes prend une coloration particulière dans le cadre des OI en raison des conditions de création de ce sujet du droit international. Nous pouvons faire appel à l'avis sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires* ; une OI peut suivre une vocation généraliste ou sectorielle. L'ONU est généraliste ; l'OMS est limitée aux problématiques de santé. Trois « principes » connexes permettent de vérifier si une OI reste dans ses compétences (et, partant, si son action ou l'embryon de pratique est légal). Suivant une logique en cascade, les *compétences d'attribution* délimitent les compétences auxquelles les États ont « renoncé » pour les confier à l'OI. En conséquence, les OI ne peuvent (*principe de spécialité*) agir que dans la limite de ces compétences :

« Les organisations internationales sont régies par le “principe de spécialité”, c'est-à-dire dotées par les États qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir »<sup>2892</sup>.

Ces deux premiers « principes » sont nécessaires mais insuffisants pour rendre compte des buts d'une OI. À ce stade interviennent les « compétences implicites » qui autorisent une interprétation téléologique du statut<sup>2893</sup> :

« Les exigences de la vie internationale peuvent mettre en lumière la nécessité pour les organisations de disposer, aux fins d'atteindre leurs buts, de compétences subsidiaires non expressément prévues dans les

<sup>2890</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ, *Rec. 1996*, p. 82, § 29. Par opposition à un comportement *intra vires* (adopté conformément aux règlements internes : H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, *op. cit.*, pp. 155 et s., §§ 206 et s. ; p. 834, § 1337, note n° 664).

<sup>2891</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ, *Rec. 1996*, p. 82, § 29.

<sup>2892</sup> *Ibid.*, p. 78, § 25.

<sup>2893</sup> Sur les règles d'interprétation, voy. art. 31, § 1 CVOI (parallèle à l'article 31, § 1 CVDT).



textes fondamentaux qui gouvernent leur activité. Il est généralement admis que les organisations internationales peuvent exercer de tels pouvoirs dits "implicites" »<sup>2894</sup>.

Après l'énonciation de ces étapes, il ne reste plus à un tribunal qu'à mener une évaluation globale : est-ce que la pratique de l'OI est compatible avec ses compétences d'attribution ? La pratique déborde-t-elle le cadre d'action de l'OI (entorse au principe de spécialité) ? Et finalement, est-ce qu'il se justifierait de reconnaître à l'OI des compétences qui ne ressortent pas de son acte constitutif ? Si une des réponses est négative, la pratique peut être qualifiée d'illicite<sup>2895</sup> et l'acte entrepris frappé de nullité. Ces trois principes sont autant de moyens de juguler l'acquiescement.

Au-delà de l'article 27, § 3 CNU, il existe d'autres changements ou tentatives concernant la Charte<sup>2896</sup>. Leur modification n'a pas forcément été exposée lors d'un avis ou arrêt de la CIJ. L'article 2, § 4 CNU bannit le recours à la force et a été assailli de toutes parts depuis les premières années de l'ONU<sup>2897</sup>. Toutefois, cette pratique contraire provenait seulement de membres isolés, elle n'était pas acceptée par l'AG dans son ensemble.

Le développement des opérations de maintien de la paix (le « chapitre VI ½ » de la Charte) s'est aussi appuyé sur une pratique conjointe du CS et de l'AG<sup>2898</sup>. C'est une modification importante de l'ONU qui fut rendue possible car deux de ses organes principaux – les plus politisés et légitimes à définir ses buts – s'y sont engagés. De même, l'article 39 CNU, qui conditionne l'action du CS à la constatation préalable d'une « menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression » s'est trouvé passablement élargi<sup>2899</sup>. Les notions juridiques indéterminées et les termes vagues créent un appel d'air au profit des organes chargés de leur application<sup>2900</sup>. C'est en particulier la « menace contre la paix »<sup>2901</sup>

<sup>2894</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ, *Rec.* 1996, p. 79, § 25.

<sup>2895</sup> Voy. art. 8 du Texte de 2011 de la CDI sur la responsabilité internationale des organisations.

<sup>2896</sup> *Inter alia*, voy. art. 23 (la Russie remplace l'URSS au sein du CS), 42 (le système de sécurité collective), ou encore 47 (Comité d'état-major au service du CS ; la désuétude est proche).

<sup>2897</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 300-301.

<sup>2898</sup> *Ibid.*, pp. 302-303.

<sup>2899</sup> *Ibid.*, pp. 303-307.

<sup>2900</sup> *Ibid.*, pp. 306-307.

<sup>2901</sup> A.-L. GRAF-BRUGÈRE, *La menace contre la paix dans la pratique du conseil de sécurité des Nations Unies*, Genève, Schulthess, 2019, pp. 179-216.



qui a permis au CS de se saisir de situations de violences internes (CANI) – interprétation audacieuse si on limite la notion de « paix » à une utilisation de la force au niveau *interétatique*<sup>2902</sup>. Des situations n'impliquant aucune force ont aussi été classifiées sous cette dénomination<sup>2903</sup>. L'article 39 a été soumis à des forces centripètes importantes :

« The practice of the Security Council has strayed considerably from the original focus of Article 39 on inter-State conflicts and the maintenance of the “negative peace”, with far-reaching implications »<sup>2904</sup>.

La modification a été portée par le CS, et n'a, *au minimum*, pas fait l'objet d'oppositions par l'AG. Selon les cas, l'AG a même expressément soutenu ou encouragé cette pratique<sup>2905</sup>. L'AG a « acquiescé » et s'est faite complice de l'extension des compétences du CS. Les exemples de modification de la Charte pourraient être multipliés<sup>2906</sup>.

Au vu de l'abondance de cette pratique de modification et d'acquiescement, est-il légitime de considérer que – de manière générale et abstraite – l'article 108 CNU<sup>2907</sup> autorise désormais un mode informel d'amendement de la Charte ? Nous sommes d'avis que cette conclusion doit être rejetée. L'article 108 CNU a été utilisé de manière suivie au cours de la vie de l'ONU<sup>2908</sup>. Le simple fait de prévoir une procédure formelle est un obstacle à l'autorisation d'un mode informel de modification *de même portée* et existant en parallèle<sup>2909</sup>.

<sup>2902</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 303-304.

<sup>2903</sup> Lutte contre le changement climatique, contre le Sida, ou encore contre le Covid-19 (le CS est resté quelque temps bloqué sur cette question) : *ibid.*, p. 307.

<sup>2904</sup> *Ibid.*, p. 307, notes omises.

<sup>2905</sup> *Ibid.*, p. 305, qui évoque la création du TPIY.

<sup>2906</sup> *Ibid.*, pp. 307-310.

<sup>2907</sup> Au contraire de l'article 109 CNU qui prévoit la révision et n'a jamais été employé (*Charte des Nations Unies et Statut de la Cour internationale de Justice*, Nations Unies, New York/Genève, DPI/SALES/2002/1, pp. III et IV).

<sup>2908</sup> Les articles 23, 27, 61 et 109 ont été amendés ainsi : *Charte des Nations Unies et Statut de la Cour internationale de Justice*, Nations Unies, New York/Genève, DPI/SALES/2002/1, pp. III et IV.

<sup>2909</sup> D. PETROVIC, « Le droit applicable devant le tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail », *op. cit.*, p. 548. La ratification tacite d'un traité est l'exception, la ratification suivant les conditions énoncées par le traité est la règle. Si un État ne ratifie pas, il existe une forte présomption que c'est parce qu'il ne souhaitait pas être lié par le traité. Voy. : *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, pp. 25-26, §§ 28-29 ; *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica (litige portant sur un recouvrement de crédit)*, Sentence arbitrale, 26 juin 1998, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXV, pp. 36-54.

À chaque fois qu'un article de la Charte a été modifié/pratiqué différemment de son texte, c'est en rapport à cet article *uniquement* qu'un acquiescement s'est concrétisé. C'est à chaque fois une question d'espèce, et non une question de genre<sup>2910</sup>. Chaque modification/acquiescement s'inscrit dans des circonstances précises, met en jeu des forces spécifiques, des rapports entre organes et membres à chaque fois différents. Partout la doctrine affirme que l'acquiescement est fonction des circonstances, les développements précédents illustrent quelles sont-elles dans le domaine des OI. Ces nombreuses modifications confirment la vivacité de l'acquiescement dans le domaine des OI (son existence transversale, à travers toutes les modifications, en tant que *genre*)<sup>2911</sup>.

(ii) *La modification du traité constitutif de l'organisation : l'OIT et l'OMC*

D'autres OI ont connu des changements de leur constitution ou cadre législatif par l'action d'une pratique/acquiescement<sup>2912</sup>. L'Organisation internationale du Travail (OIT) a connu des changements quant au mode d'élection du président du Conseil d'administration et du président de la Conférence<sup>2913</sup>. L'élection de ces représentants, qui devait être faite au bulletin secret, a été *pratiquée* par consensus, et après consultation entre les électeurs<sup>2914</sup>. Deux considérations expliquent que ce changement ait pu aisément prendre place. Premièrement, le vote à bulletin secret n'était pas inscrit dans la Constitution, mais émanait de règlements édictés par les organes eux-mêmes concernés par le vote<sup>2915</sup>. En deuxième lieu, le vote à bulletin secret a été « remplacé » afin de poursuivre d'autres valeurs<sup>2916</sup>. Dans les deux cas, il y a un « parallélisme des formes », une identité entre les auteurs du règlement et ceux qui se sont éloignés de son respect. Du point de vue des conditions de l'acquiescement, la connaissance et les occasions de réagir sont donc acquises, la répétition de cette procédure de vote acquiert le statut de « pratique bien établie »<sup>2917</sup>.

<sup>2910</sup> Quelle est la signification du « vote affirmatif » de l'article 27, § 3 CNU (espèce) ≠ quelle est la procédure pour modifier un article (genre).

<sup>2911</sup> Ou en tant qu'*essence* qui se manifeste dans une forme contingente.

<sup>2912</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 310-320.

<sup>2913</sup> Resp. art. 7, § 7, et 17, § 1 de la Constitution de l'OIT ; *ibid.*, p. 312.

<sup>2914</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>2915</sup> *Ibid.* et notes n<sup>os</sup> 608 à 613.

<sup>2916</sup> *Ibid.*, p. 313 : « This practice is carried out in accordance with the unwritten rule of fair geographical rotation ».

<sup>2917</sup> *Ibid.*, p. 313.

Le GATT et à sa suite l'OMC ont connu des modifications sensibles. Le GATT – qui n'était initialement pas une OI – a assumé de plus en plus ce statut au fil des ans. C'est l'action de ses États *contractants*<sup>2918</sup> qui a permis cette modification, des prérogatives de plus en plus larges lui ont été transférées. Les États l'ont perçu comme un forum privilégié et, en contrepartie, se sont accordés pour lui octroyer plus de pouvoirs<sup>2919</sup>. Pour paraphraser G. Abi-Saab, la fonction a *développé* l'organe :

« The GATT gradually developed through subsequent practice into the *de facto* central organization for international trade – despite its flawed treaty basic, and despite the founders clear intention to the contrary [...] The object and purpose of the GATT was therefore supplemented and altered by subsequent practice in accordance with its evolved structure and function »<sup>2920</sup>.

Ces changements ont été le fait des États « membres » du GATT et des organes créés par ses membres.

Quant à l'OMC, elle est pour sa part une véritable OI dès sa création. Certaines de ses modalités de vote ont été modifiées (passage du vote majoritaire au consensus)<sup>2921</sup>. Pour pallier la rigidité des procédures d'adaptations formelles, un pouvoir accru a été octroyé à la Conférence ministérielle au sein de laquelle tous les États membres sont représentés<sup>2922</sup>. Des changements ont pu être instaurés via cet organe (« interprétation » du traité, amendements)<sup>2923</sup>. Cette pratique a été créée et suivie par les États membres<sup>2924</sup>.

Ces exemples en dehors de l'ONU illustrent comment les États membres s'emparent de l'OI, de leur *créature*. Le dédoublement fonctionnel trouve une expression dans ces exemples<sup>2925</sup>. Généralement, le changement émane et est entériné par des organes

<sup>2918</sup> *Ibid.*, pp. 317-318.

<sup>2919</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>2920</sup> *Ibid.*, pp. 318-319, italiques dans l'original.

<sup>2921</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>2922</sup> Art. IV, § 1 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce de 1994 ; I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 316-317.

<sup>2923</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, p. 317 : « Moreover, they [changes] have often been adopted without reference to a specific legal basis. Nevertheless, a number of these decisions have effectively modified WTO obligations, either by adding new obligations, or by adding exceptions to existing obligations to the covered agreements ».

<sup>2924</sup> *Ibid.*

<sup>2925</sup> G. SCELLE, « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *RCADI*, vol. 55, 1936-I, pp. 99-100 ; L. LE FUR, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, pp. 100-101 ; H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, p. 1211, § 1886.

où sont représentés l'ensemble des États membres (OMC). De plus, le changement concerne des fonctions ou procédures de vote de l'organe lui-même (OIT ; OMC). La pratique est connue ou facilement accessible par les autres organes et ne suscite pas de réactions. L'OI se révèle être un *outil* au service des États, les modifications de son fonctionnement et de ses buts, lorsqu'elles émanent de la pratique acceptée de ces mêmes États en tant qu'organes, ont la même valeur qu'un changement formel (amendement, révision des statuts). La circularité des États, des États membres, et des organes favorise la survenance paisible de ces changements.

L'existence d'une hiérarchie entre les organes d'une OI se dessine : les organes les plus représentatifs (ensemble des États membres) et/ou dotés de fonctions centrales sont les plus aptes à produire une prétention d'acquiescement (empiétement au-delà de leurs fonctions usuelles ou instauration d'une pratique contraire au cadre juridique de l'OI). En contrepartie, les organes « subalternes » sont ceux qui acquiescent à cette pratique ; cet acquiescement est favorisé par plusieurs facteurs (connaissance de la pratique en vertu de son caractère notoire, répétitions nombreuses de la pratique, les mêmes États siègent dans l'organe « principal » et les organes « subalternes » de l'OI). Ces organes ne sont pas réellement identifiés. En cas de comportement passif d'acquiescement, c'est l'ensemble des organes qui est censé avoir consenti au changement.

(iii) *Les relations entre l'organisation et les fonctionnaires internationaux*

À côté des organes à vocation « politique » et souvent non-permanents, il existe des organes techniques, permanents, directement engagés par, et au service de l'OI. Ces organes sont composés de personnes physiques, les « fonctionnaires internationaux », qui n'ont pas d'autre existence sur la scène internationale<sup>2926</sup>. Nous allons brièvement analyser les problématiques d'acquiescement propres à ce type d'organes. Notre source principale consiste en jugements du Tribunal administratif de l'OIT (« TAOIT ») : après avoir épuisé les recours internes à son OI d'appartenance<sup>2927</sup>, un fonctionnaire conteste la décision de son OI auprès du TAOIT. Ce

<sup>2926</sup> Ces organes/fonctionnaires sont caractérisés par une absence de dédoublement fonctionnel. H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law, op. cit.*, p. 490, § 690.

<sup>2927</sup> *Ibid.*, p. 464, § 643.

sont donc principalement des affaires relatives au droit du travail international qui sont portées devant le TAOIT (il existe d'autres tribunaux de ce genre <sup>2928</sup>).

Les affaires du TAOIT permettent d'identifier quels organes au sein de l'OI peuvent participer à un acquiescement ou établir des pratiques contraires aux règlements, et quelles sont les conditions auxquelles un fonctionnaire ou une OI participe à un acquiescement interne. À traits grossiers, nous classons une dizaine d'affaires en plusieurs rubriques qui font écho aux caractéristiques identifiées jusqu'ici (auteurs, réalisation ou non d'un acquiescement, contradictions entre organes, violations du règlement).

Les auteurs sont en général bien identifiés dans ces décisions, il s'agit dans la majorité des cas d'une employée (fonctionnaire internationale) et de la Directrice générale (« DG ») <sup>2929</sup>. Cette situation s'explique car la compétence pour procéder à l'engagement et au licenciement de fonctionnaires appartient souvent au DG <sup>2930</sup>. L'écrasante majorité des affaires répertoriées concernent des rapports de travail, et en particulier leur fin.

Parfois, des strates supplémentaires viennent s'intercaler entre le DG et le fonctionnaire. Les organes ou divisions s'occupant des ressources humaines sont les premiers concernés <sup>2931</sup>. La terminologie varie beaucoup, on rencontre un « Bureau de la gestion des ressources humaines » <sup>2932</sup> rattaché au SG de l'ONU, ou un « Service du personnel » <sup>2933</sup> au sein de l'ONUDI <sup>2934</sup>. Il peut aussi s'agir, en plus des organes de gestion du personnel, de mécanismes visant à assurer le contrôle du bon fonctionnement de l'OI et une « due diligence » interne à l'OI (un « Service d'évaluation et d'audit ») <sup>2935</sup>.

<sup>2928</sup> L'ONU s'est dotée d'un tribunal administratif (« TANU » : *UN Dispute and Appeals Tribunals*) dont les fonctions sont analogues au TAOIT. H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law, op. cit.*, pp. 462-464, § 642.

<sup>2929</sup> Voy., entre autres : *Affaire Nestle*, 26 avril 1955, TAOIT, 5<sup>e</sup> session, Jugement n° 16, p. 1, §§ 2 et 4 ; *Affaire De Villegas*, 24 avril 1980, TAOIT, 43<sup>e</sup> session, Jugement n° 404, pp. 6-7 ; *Affaire L. (n° 3) c. OMC*, 28 juin 2017, TAOIT, 124<sup>e</sup> session, Jugement n° 3815, p. 5, § 3.

<sup>2930</sup> Voy. : *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. 96-97 (art. 4.2, 12.2 et 52 d) du Statut du personnel de l'UNESCO). Le DG est l'organe « suprême » pour toutes les questions de ressources humaines.

<sup>2931</sup> *Affaire L. (n° 3) c. OMC*, 28 juin 2017, TAOIT, 124<sup>e</sup> session, Jugement n° 3815, p. 5, § 3 ; *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3942, p. 2.

<sup>2932</sup> *Affaire Zhu*, 11 juillet 1996, TAOIT, 81<sup>e</sup> session, Jugement n° 1509, p. 1.

<sup>2933</sup> *Ibid.*

<sup>2934</sup> Organisation des Nations Unies pour le développement industriel.

<sup>2935</sup> *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3942, p. 2. Dans cette affaire, ce service a pu « [ouvrir] une enquête, en application des dispositions de

Ces strates intermédiaires peuvent aussi remplir des fonctions décisionnelles (recours interne). Structurellement, les relations entre l'OI et le TAOIT ressemblent à l'empilement des niveaux de recours existants en droit national entre une administration et les tribunaux étatiques<sup>2936</sup>. Quand il existe des branches régionales, le DG *local* peut être considéré comme un échelon intermédiaire dans les instances internes à l'OI ; le fonctionnaire doit en priorité contester la décision du DG local, puis « recourir » auprès du DG de l'OI avant de s'adresser au TAOIT<sup>2937</sup>.

Les auteurs sont la plupart du temps précisément identifiés (DG, SG, entité chargée du personnel *vs* fonctionnaire). Le fonctionnaire apparaît comme un simple employé à travers ces décisions, et non comme un organe (y compris quand il s'agit d'un directeur ou d'un fonctionnaire de rang élevé)<sup>2938</sup>. La hiérarchie établie entre les organes d'un État se retrouve au sein des OI : le DG est souvent au sommet en ce qui concerne l'engagement et les ressources humaines, les échelons intermédiaires sont composés des services du personnel ou autres divisions établies sous l'autorité du DG. Finalement, les fonctionnaires « subalternes » sont au pied de la hiérarchie.

Il existe toutefois des affaires où les organes de l'OI ayant pris contact avec le fonctionnaire n'apparaissent pas clairement. Dans l'affaire *De Buck*, le jugement renvoie simplement aux prises de position de « l'Administration » et de « l'Organisation » de l'Organisation européenne pour des recherches astronomiques dans l'hémisphère austral (ci-après : « ESO »)<sup>2939</sup> sans identifier les organes<sup>2940</sup>. Cette indéfinition s'explique probablement par la petitesse de l'OI en cause<sup>2941</sup> : l'ESO poursuit une vocation spécialisée<sup>2942</sup> et elle

---

la Politique de l'UNESCO en matière de protection des personnes signalant des pratiques irrégulières ».

<sup>2936</sup> En Suisse, les administrations possèdent généralement un, voire plusieurs, échelons internes de recours que le fonctionnaire est tenu d'épuiser avant de s'adresser aux tribunaux étatiques de première instance. Voy. par ex. *Affaire Zhu*, 11 juillet 1996, TAOIT, 81<sup>e</sup> session, Jugement n° 1509, p. 3, §§ 6-8 et 10.

<sup>2937</sup> *Affaire Quraishi*, 14 juillet 1993, TAOIT, 75<sup>e</sup> session, Jugement n° 1267, pp. 1-3.

<sup>2938</sup> *Affaire Bonneau*, 19 juin 1985, TAOIT, 56<sup>e</sup> session, Jugement n° 671, p. 3, § 1 (le requérant était conseiller technique principal et directeur *ad interim* du bureau). Dans l'*Affaire G. (n° 5) c. ONUDI* (24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3950, p. 3, § 1 ; p. 4, § 5), le requérant brigait des postes de direction.

<sup>2939</sup> Organisation européenne pour des recherches astronomiques dans l'hémisphère austral.

<sup>2940</sup> *Affaire De Buck*, 4 octobre 1976, TAOIT, 37<sup>e</sup> session, Jugement n° 279, pp. 1-2, lit. A-F.

<sup>2941</sup> En 2018, l'ESO comptait 709 employés : ESO, *ESO annual report*, p. 95 (<https://www.eso.org/public/products/annualreports/>, consulté le 12 mai 2020). En 1967, le rapport annuel ne mentionne pas le nombre d'employés.

<sup>2942</sup> Construction, équipement et fonctionnement d'un observatoire astronomique.

comptait alors six États membres<sup>2943</sup>. De plus, cette indétermination se justifie lorsque, pareillement aux États<sup>2944</sup>, l'attitude de l'OI est parfaitement uniforme, que la même réaction a été constamment opposée au fonctionnaire et que les contacts n'ont pas été multipliés à l'excès<sup>2945</sup>.

Comme il est illusoire de vouloir totalement détacher l'auteur de l'acte accompli, nous allons évoquer le *fond* sur lequel portait la majorité des décisions du TAOIT évoquées. Les décisions s'axent autour de l'acquiescement sous la forme de la perte d'un droit (contester les conditions de licenciement, forclusion) ou l'acceptation d'une proposition de l'OI (renouvellement d'un contrat avec des modalités de licenciement différentes, versement d'une somme forfaitaire)<sup>2946</sup>. Juridiquement, les jugements évoquent la prescription<sup>2947</sup>, le consentement tacite<sup>2948</sup>, et parfois l'acquiescement en son nom propre<sup>2949</sup>. La dynamique dominante est en défaveur du fonctionnaire. L'OI est la partie au bénéfice de l'acquiescement en raison de l'attitude passive ou du comportement actif du fonctionnaire.

L'acquiescement imputé au fonctionnaire n'est toutefois pas la règle. En cas de contradiction interne de l'OI, le TAOIT peut conclure à l'absence d'acquiescement. La contradiction peut naître d'une divergence entre les organes de l'OI ou entre les principes généraux opposés au règlement de l'OI et à la décision d'un organe (le DG par ex.). Notons que la dynamique d'acquiescement peut aussi être inversée : une OI peut perdre le droit de contester l'avantage acquis par un fonctionnaire, comme dans *Villalobos* et *V. c UNESCO*<sup>2950</sup>.

<sup>2943</sup> Voy. : <https://www.eso.org/public/about-eso/memberstates/> (consulté le 12 mai 2020).

Le nom actuel est « Observatoire européen austral ».

<sup>2944</sup> Cf. *supra*, Ch.5.I.A.4 – « La substitution de l'auteur aux actes effectués ».

<sup>2945</sup> Il ressort que l'ensemble de l'OI s'est opposé aux prétentions du fonctionnaire : *Affaire De Buck*, 4 octobre 1976, TAOIT, 37<sup>e</sup> session, Jugement n° 279, pp. 1-2 ; *Affaire L. (n° 3)* c. OMC, 28 juin 2017, TAOIT, 124<sup>e</sup> session, Jugement n° 3815, p. 5, § 10.

<sup>2946</sup> Voy., resp., *Affaire De Buck*, 4 octobre 1976, TAOIT, 37<sup>e</sup> session, Jugement n° 279, p. 1, lit. A et B ; *Affaire L. (n° 3)* c. OMC, 28 juin 2017, TAOIT, 124<sup>e</sup> session, Jugement n° 3815, p. 5, § 10.

<sup>2947</sup> *Affaire Quraishi*, 14 juillet 1993, TAOIT, 75<sup>e</sup> session, Jugement n° 1267, p. 2, lit. c : le requérant a attendu sept trop longues années entre la promesse de sa nomination et la saisine d'un organe judiciaire.

<sup>2948</sup> *Affaire De Villegas*, 24 avril 1980, TAOIT, 43<sup>e</sup> session, Jugement n° 404, p. 7, lit. B.

<sup>2949</sup> *Affaire Niestle*, 26 avril 1955, TAOIT, 5<sup>e</sup> session, Jugement n° 16, p. 2, § 7 et A ; *Affaire Waghorn*, 12 juillet 1957, TAOIT, 6<sup>e</sup> session, Jugement n° 28, p. 4 ; *Affaire De Buck*, 4 octobre 1976, TAOIT, 37<sup>e</sup> session, Jugement n° 279, p. 2, lit. E.

<sup>2950</sup> *Affaire Villalobos Basurto*, 23 janvier 1990, TAOIT, 68<sup>e</sup> session, Jugement n° 1006, 4 p. ; *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3942, 11 p.



Au terme d'une plongée dans la jurisprudence dont nous épargnons les détails au lectorat, voici nos conclusions au sujet des acteurs de l'acquiescement lorsque celui-ci se déroule à l'intérieur d'une OI, sans impliquer des États. Les organes sont presque toujours identifiés<sup>2951</sup>. Il s'agit dans la majorité des cas du DG ou dotés de pouvoir d'examen quant à la situation du fonctionnaire<sup>2952</sup>. Il semble que n'importe quel organe de l'OI puisse se faire l'acteur d'un acquiescement pour autant que son comportement ou déclaration impacte la situation du fonctionnaire. Les décisions du DG revêtent une importance accrue et appellent des précisions. La jurisprudence reconnaît au DG ou SG une marge discrétionnaire dans la mise en œuvre des règlements et l'administration de l'OI. Cette marge n'est toutefois pas absolue : elle est limitée par les dispositions réglementaires « impératives »<sup>2953</sup> et par la protection de la bonne foi du fonctionnaire. Ainsi, un DG ne peut revenir sans motif valable sur une décision précédente (interdiction de l'arbitraire ; protection des attentes légitimes)<sup>2954</sup>. Vu la marge de manœuvre dont il dispose, les actes *ultra vires* du DG sont plus difficiles à cerner. Une limite externe semble se dessiner : le DG outrepassa clairement sa compétence en cas de violations flagrantes de règlements ou de décisions qui auraient pour effet de lier une autre OI<sup>2955</sup>. La « double hiérarchie » de mise pour les États et dans les relations externes des OI n'est pas transposable telle quelle au fonctionnement interne des OI. Si hiérarchie il y a, elle consiste à accorder un poids plus important aux décisions du DG, tant dans leur capacité à créer des prétentions<sup>2956</sup> qu'à acquiescer à celles-ci<sup>2957</sup>.

Nous pourrions consacrer de bien plus amples recherches à la question de la pratique et aux formes prises par l'acquiescement dans le droit de la fonction publique. Fondamentalement,

<sup>2951</sup> La seule exception que nous avons rencontrée est l'*Affaire De Buck*, 4 octobre 1976, TAOIT, 37<sup>e</sup> session, Jugement n° 279, 3 p. Cependant l'Organisation européenne pour des recherches astronomiques était une OI de petite taille.

<sup>2952</sup> Organes liés aux ressources humaines, commission d'audit, service du personnel ou encore comité paritaire servant de première instance décisionnelle au sein de l'OI.

<sup>2953</sup> Par ex. interdiction des discriminations (en application des principes généraux de droit).

<sup>2954</sup> *Affaire Villalobos Basurto*, 23 janvier 1990, TAOIT, 68<sup>e</sup> session, Jugement n° 1006, 4 p.

<sup>2955</sup> Voy. : *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3942, 11 p. ; *Affaire Milicua de Rabino*, 10 juillet 1997, TAOIT, 93<sup>e</sup> session, Jugement n° 1643, 3 p. ; *Affaire Zhu*, 11 juillet 1996, TAOIT, 81<sup>e</sup> session, Jugement n° 1509, 4 p.

<sup>2956</sup> Le fonctionnaire ne s'est pas opposé à la décision du DG ou a perdu le droit de la contester. Voy. : *Affaire Nistle*, 26 avril 1955, TAOIT, 5<sup>e</sup> session, Jugement n° 16, p. 1, §§ 2 et 4 ; *Affaire De Villegas*, 24 avril 1980, TAOIT, 43<sup>e</sup> session, Jugement n° 404, p. 6-7 ; *Affaire L. (n° 3) c. OMC*, 28 juin 2017, TAOIT, 124<sup>e</sup> session, Jugement n° 3815, p. 5, § 3

<sup>2957</sup> *Affaire Villalobos Basurto*, 23 janvier 1990, TAOIT, 68<sup>e</sup> session, Jugement n° 1006, 4 p. ; *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3942, 11 p.



nous sommes en présence d'un acquiescement tant lorsque des organes de l'OI sont impliqués envers un autre État ou une OI que lorsqu'un fonctionnaire s'oppose aux décisions d'un DG. La différence est que les fonctionnaires ne sont pas parties au traité constitutif, le droit qu'on leur applique est analogue à du droit national, à leur niveau l'acquiescement existe à titre de principe général *de droit* <sup>2958</sup>. L'acquiescement des fonctionnaires n'affecte que leur situation <sup>2959</sup>, il n'a pas d'effet général sur les autres fonctionnaires (portée restreinte, comme entre États) <sup>2960</sup>. Au niveau de l'OI et dans ses relations entre organes représentatifs d'États membre ou envers des États, l'acquiescement porte la marque de l'interprétation par voie de pratique subséquente <sup>2961</sup>.

#### 4. *Synthèse*

Nous avons catégorisé les auteurs de l'acquiescement en trois situations (OI-OI ; État-OI ; interne à l'OI). L'examen mené ici confirme les conclusions précédentes quant à l'acquiescement émanant de l'État. Cette section a permis de trouver des expressions jurisprudentielles claires de la double hiérarchie <sup>2962</sup>. Cette dernière est d'ailleurs confirmée dans les relations externes de l'OI. La forme de l'acquiescement est la pratique subséquente, il n'apparaît en son nom propre que dans les relations internes à l'OI. La valeur de la pratique subséquente est de faire apparaître un *accord* sur

<sup>2958</sup> Issu des traditions juridiques mondiales au sens de l'article 38, § 1, lit. c SCLJ.

<sup>2959</sup> Un trait de l'acquiescement qui le rapproche d'un acte juridique est qu'il ne déploie ses effets qu'entre les parties qui y participent (l'acquiescement est une *res inter alios acta*). Voy. les deux affaires qui mettaient en scène une tentative de faire supporter les décisions d'un DG à une OI différente (*Affaire Zhu*, 11 juillet 1996, TAOIT, 81<sup>e</sup> session, Jugement n° 1509, 4 p. ; *Affaire Milicua de Rabino*, 10 juillet 1997, TAOIT, 93<sup>e</sup> session, Jugement n° 1643, 3 p.).

<sup>2960</sup> L'acquiescement est souvent tributaire d'une décision de justice, à ce titre l'article 59 SCLJ spécifie que « [l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». Toutefois l'article 13, § 1 du *Règlement du Tribunal administratif de l'organisation internationale du travail* prévoit : « Toute personne ayant accès au Tribunal en vertu de l'article II du Statut peut demander à intervenir dans une affaire afin que la décision prise dans cette affaire lui soit applicable [...] » (OIT, *Statut de Règlement du tribunal administratif*, 2019, p. 13 ; p. 25 du document. Consulté le 14 mai 2020 : <http://www.ilo.org/tribunal/about-us/lang-fr/index.htm>). Le TAOIT a consacré le principe du *stare decisis* quant à sa propre jurisprudence : *Affaire L. N. c. OIT*, 11 février 2015, TAOIT, 119<sup>e</sup> session, Jugement n° 3450, pp. 9-10. Le recours au précédent judiciaire assimile encore un peu plus le TAOIT à un tribunal « national ».

<sup>2961</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 146-148.

<sup>2962</sup> *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. 259, § 74.

l'interprétation ou la modification d'un traité. Cette importance de l'accord explique la réticence à considérer que des actes accomplis *ultra vires* soient aptes à matérialiser une pratique<sup>2963</sup>. Le recours aux comportements *ultra vires* perd ainsi une part de sa pertinence dans les acquiescements d'OI par rapport aux acquiescements étatiques. Sur le banc d'essai plus large de nos hypothèses, la situation des OI illustre toutes les « circonstances » qui peuvent entourer l'acquiescement et qui commandent à une application dans un esprit de finesse. Les considérations propres au domaine sont omniprésentes et incontournables afin de percevoir et construire l'acquiescement dans le cadre des OI.

### C. Les autres entités et niveaux de l'acquiescement

Pour terminer, nous passerons notamment en revue les protectorats, mandats, colonies, groupes rebelles, et individus. L'enjeu consiste à vérifier et confirmer les principales conclusions obtenues pour les États. Un but supplémentaire est d'illustrer la diversité des « niveaux » entre lesquels l'acquiescement se noue. Nous débiterons par des formes historiques d'administration du territoire.

#### 1. Colonies, protectorats, mandats et tutelles

Nous ne nous lancerons pas dans une étude de l'acquiescement lors de l'expansion coloniale<sup>2964</sup>. Dans cette phase, l'acquiescement se nouait entre la *puissance coloniale* et l'*entité politique locale*, cette dernière « acquiesçait » à la perte de la souveraineté territoriale<sup>2965</sup>. En s'installant à proximité d'une entité politique locale, puis en multipliant les actes de souveraineté sur le territoire de celle-ci, un acquiescement se forme en faveur de la puissance coloniale<sup>2966</sup> :

« [The Dutch West India Company acting on behalf of the Dutch Government] performed acts of sovereign authority over certain places in the zone under discussion, regulating the commerce carried on for a long time there by the Dutch, submitting it to discipline, subjecting it to the orders of the Governor of the Colony, and obtaining from the

<sup>2963</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 146-148.

<sup>2964</sup> Voy. la thèse de M. HÉBÉ, *Souveraineté territoriale par traité : une étude des accords entre puissances coloniales et entités politiques locales*, Paris, PUF, 2015, 710 p.

<sup>2965</sup> M. HÉBÉ, *Souveraineté territoriale par traité*, op. cit., pp. 584-589.

<sup>2966</sup> *Ibid.*, p. 584, lit. b, citant *The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, Sentence du 6 juin 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, pp. 11-23.

*natives a partial recognition of the power of that official [...] such effective assertion of rights of sovereign jurisdiction was gradually developed and not contradicted, and, by degrees, became accepted even by the independent native tribes who inhabited these regions [...] »*<sup>2967</sup>.

Cette hypothèse est équivalente à une cession tacite du territoire, ou à une reconnaissance de la souveraineté au profit de la puissance coloniale<sup>2968</sup>. L'asymétrie des forces en présence commande d'admettre avec retenue les acquiescements « coloniaux »<sup>2969</sup>.

a. *Contexte d'acquiescement dans les colonies, les protectorats, mandats et tutelles*

L'acquiescement peut aussi survenir *pendant* la durée d'existence des colonies, en se nouant entre deux colonies, ou entre une colonie et un État. Les mêmes configurations existent pour le protectorat : la différence entre ces deux formes d'administration est parfois difficile à maintenir. La colonie est une forme d'intégration totale au territoire de l'État colonial<sup>2970</sup>, tandis que le traité de protectorat est normalement limité à la conduite des relations extérieures de l'État protégé par l'État protecteur<sup>2971</sup>. Dans les faits, la distinction relevait essentiellement du droit national de chaque puissance coloniale, des colonies étaient souvent déguisées en protectorat et des changements de statut n'étaient pas à exclure<sup>2972</sup>.

*Temple de Préah Vihéar* implique trois acteurs ; d'un côté le Cambodge (protectorat) et la France (État protecteur), et, de l'autre, la Thaïlande. La France pose les jalons<sup>2973</sup> de l'acquiescement en faveur du Cambodge. Ce n'est qu'en 1953 que le Cambodge

<sup>2967</sup> *The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, Sentence du 6 juin 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 22, nos italiques.

<sup>2968</sup> Voy. aussi : *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 38-39.

<sup>2969</sup> M. HÉBIEU, *Souveraineté territoriale par traité*, op. cit., p. 585. En protestant trop vivement, l'entité locale risquait de perdre bien plus que son territoire.

<sup>2970</sup> R. QUADRI, *Diritto coloniale*, 2<sup>e</sup> éd., Padoue, Cedam, 1953, p. 6.

<sup>2971</sup> *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Avis consultatif, 7 février 1923, CPJI, *Série B*, n° 4, p. 27.

<sup>2972</sup> A. MÉRIGNHAC, *Traité de législation et d'économie coloniales*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Sirey, 1925, p. 173 ; R. QUADRI, *Diritto coloniale*, op. cit., p. 34. Voy. aussi la réponse du Cameroun dans *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 403, § 202.

<sup>2973</sup> La commission mixte a été instaurée par la France, les cartes finales ont été communiquées à la France et à la Thaïlande. *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 25.

accéda à l'indépendance, et l'acquiescement de la Thaïlande était déjà établi à cette époque<sup>2974</sup>. Estimer que la France est parvenue à « imposer » l'acquiescement est pertinent : les colonies françaises ont rétréci le territoire de la Thaïlande, la réaction et protestation de cette dernière se voulaient donc prudentes pour éviter une perte plus importante<sup>2975</sup>. Néanmoins, cet argument est irréconciliable avec l'attitude thaïlandaise qui fut majoritairement passive et qui, par contraste, contesta le résultat de la délimitation sur certains secteurs de la frontière, mais jamais pour celui du *Temple*<sup>2976</sup>. Le Cambodge – en tant que colonie ou protectorat – n'exerce aucune relation diplomatique<sup>2977</sup>, c'est le comportement de la France qui a permis d'établir l'acquiescement. Le Cambodge a succédé à – et confirmé<sup>2978</sup> – l'acquiescement à la souveraineté telle qu'elle résultait de l'administration française au jour de l'indépendance. Cette première affaire révèle que l'acquiescement reste dans une logique bilatérale (le Cambodge est totalement assimilé à la France).

L'identification des auteurs (fonctionnaires, préposés) dans le cadre colonial appelle des précisions. Dans *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, l'Indonésie et Malaisie se disputaient des îles, les effectivités – dont la plupart étaient antérieures à l'indépendance – permirent de départager les deux États<sup>2979</sup>. C'est donc principalement l'activité des puissances coloniales antérieures qui fut invoquée par les parties (les Pays-Bas pour l'Indonésie, le Royaume-Uni pour la Malaisie)<sup>2980</sup>. Du côté indonésien/néerlandais, des patrouilles navales effectuées par des navires militaires et des relevés hydrographiques sont mentionnés, ainsi qu'une tradition de pêche aux abords des îles<sup>2981</sup>. Il y a donc seulement des actes,

<sup>2974</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 23 ; pp. 31-32.

<sup>2975</sup> M. HÉBÉ, *Souveraineté territoriale par traité*, op. cit., p. 585.

<sup>2976</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 28. L'asymétrie entre la puissance coloniale et l'entité locale est mieux illustré ailleurs : M. HÉBÉ, *Souveraineté territoriale par traité*, op. cit., p. 587 (se référant à *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 625).

<sup>2977</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 16.

<sup>2978</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>2979</sup> Accession à l'indépendance en 1949 pour l'Indonésie, et en 1957 pour la Malaisie. La date critique est fixée en 1969 : *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 642, p. 31.

<sup>2980</sup> *Ibid.*, pp. 680-681.

<sup>2981</sup> *Ibid.*, pp. 679-680, § 130.

des comportements de militaires et d'individus privés<sup>2982</sup>. Du côté malaisien/britannique, les autorités et fonctionnaires coloniaux ont accompli des actes *et* édicté des règlements qui portaient *directement* sur les îles<sup>2983</sup>. La Cour se rangea du côté de la Malaisie, les actes et réglementations témoignant d'une activité à titre de souverain<sup>2984</sup>. Le duo Indonésie/Pays-Bas a acquiescé à la souveraineté malaisienne :

« La Cour ne saurait en outre ignorer le fait que, à l'époque où ces activités ont été menées, ni l'Indonésie ni son prédécesseur, les Pays-Bas, n'ont jamais exprimé de désaccord ni élevé de protestation »<sup>2985</sup>.

L'Indonésie est aussi restée muette *après* son indépendance<sup>2986</sup>. Cette plongée dans le monde des fonctionnaires coloniaux s'inscrit dans la double hiérarchie.

La Malaisie fut opposée à Singapour dans un autre différend aux accents coloniaux<sup>2987</sup>. La Cour se basa à la fois sur les effectivités coloniales et ultérieures à l'indépendance pour arriver à sa conclusion (souveraineté de Singapour en tant que successeur du Royaume-Uni). Nous évoquerons les actes accomplis jusqu'en 1953 en les scindant en deux phases : de 1852 à 1952, puis la « correspondance de 1953 »<sup>2988</sup>.

De 1852 à 1952, le Johor (prédécesseur de la Malaisie) ne fut pas toujours indépendant, alors que le statut de Singapour ne varia presque pas. Singapour et son prédécesseur peuvent se targuer d'avoir réglementé le phare sis sur une des îles et d'avoir accompli des actes via des organes gouvernementaux et des personnes affectées au phare<sup>2989</sup>. Côté malaisien, il est fait état d'une déclaration

<sup>2982</sup> *Ibid.*, p. 683, § 140 (« les activités de personnes privées ne sauraient être considérées comme des effectivités si elles ne se fondent pas sur une réglementation officielle ou ne se déroulent pas sous le contrôle de l'autorité publique »).

<sup>2983</sup> Réglementation du ramassage des œufs de tortue ; construction de phares ; création d'une réserve ornithologique sur Sipadan : *ibid.*, p. 681, § 132. De plus, la navigation autour des îles a été soumise à autorisation (*ibid.*).

<sup>2984</sup> *Ibid.*, pp. 684-685, 686, § 150.

<sup>2985</sup> *Ibid.*, p. 685, § 148.

<sup>2986</sup> *Ibid.*, p. 681, § 131.

<sup>2987</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 12.

<sup>2988</sup> *Ibid.*, p. 12 ; p. 66, § 164. La période antérieure à 1852 se caractérise par la construction du phare, dont la Cour ne tira aucune conséquence sur la souveraineté, comme s'il s'agissait du « premier » acte sur un territoire *nullius* qui créait ensuite une obligation de réagir. La mise en service du phare est en quelque sorte le point de départ de la « période critique » à partir de laquelle la souveraineté est entourée d'incertitudes.

<sup>2989</sup> *Ibid.*, p. 67, § 168.

d'un directeur de la marine de la Fédération de Malaya qui proposait de prendre en charge des phares, mais pas celui concerné <sup>2990</sup>. Dans cette première phase, la Malaisie invoque encore (de manière non concluante pour la Cour) l'activité de contrôle de la pêche exercée par le « temenggong » <sup>2991</sup> (il s'agit d'un haut fonctionnaire, hiérarchiquement proche, quoique subordonné, au sultan) <sup>2992</sup>.

Dans une seconde phase, la Cour suivit de près la correspondance des prédécesseurs au sujet de l'île de *Pedra Branca*. À cette époque, la Malaisie fait partie d'un protectorat britannique et Singapour est une colonie : c'est donc entre deux possessions britanniques que cette correspondance est échangée <sup>2993</sup>. Plus précisément, c'est entre le secrétaire colonial de Singapour et le conseiller britannique du sultan de Johor que la lettre la plus importante fut émise, le secrétaire y demandait des renseignements quant au « statut » de *Pedra Branca* <sup>2994</sup>. D'autres fonctionnaires intervinrent dans la correspondance, comme le secrétaire du conseiller britannique (Johor) et le secrétaire d'État par intérim (Johor), ce dernier informa le secrétaire colonial de Singapour « [q]ue le gouvernement du Johore ne revendique pas la propriété de Pedra Branca » <sup>2995</sup>. La Malaisie dévalorise cette réponse au motif

« que le secrétaire d'État par intérim n'était "absolument pas autorisé à écrire la lettre de 1953" et "n'avait pas juridiquement qualité pour ce faire" » <sup>2996</sup>.

Cette défense n'est pas évidente à comprendre vu que dans sa première réponse, la Malaisie indiquait que le secrétaire d'État – c'est-à-dire le plus haut dirigeant du Johor – serait consulté avant de fournir une réponse sur cette question <sup>2997</sup>. Cette référence pourrait être perçue comme une « réserve » sur la réponse apportée par tout autre fonctionnaire en dehors du secrétaire d'État <sup>2998</sup>.

<sup>2990</sup> Ce qui peut être configuré comme un comportement d'*abstention* d'un organe de niveau intermédiaire. *Ibid.*, p. 70, § 178.

<sup>2991</sup> *Ibid.*, p. 72, § 190.

<sup>2992</sup> *Ibid.*, p. 25, § 21, note n° 1 ; p. 41, § 87 (sultan et « temenggong » sont souvent cités côte à côte dans l'arrêt. Dans les termes de l'article 7 CVDI, il ferait probablement partie de la « troïka »).

<sup>2993</sup> *Ibid.*, pp. 73 et s.

<sup>2994</sup> *Ibid.*, p. 73, § 192.

<sup>2995</sup> *Ibid.*, pp. 73-74, §§ 195-196.

<sup>2996</sup> *Ibid.*, p. 74, § 198.

<sup>2997</sup> *Ibid.*, p. 74, § 195 ; p. 76, § 210.

<sup>2998</sup> Par analogie à la réserve expresse de la « lettre Hoffman » (*Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 306, § 133).

La Cour se penche sur l'argument de l'action *ultra vires* du secrétaire d'État *a.i.* ; le paradoxe apparent de cette recherche est qu'elle consiste à analyser la répartition des compétences entre les fonctionnaires du protectorat (Johor) pour voir si leurs déclarations a pu profiter aux fonctionnaires coloniaux britanniques de Singapour<sup>2999</sup> ! Dans un premier mouvement, la Cour reconnaît que le secrétaire d'État n'est pas en charge des affaires extérieures, pour faire machine arrière : Singapour n'était *pas* un État étranger, mais une autre partie de la couronne, de plus, émettre une réponse à une demande de renseignement entre dans les attributions du secrétaire<sup>3000</sup>. L'acte aurait donc été parfaitement légal, ou, à tout le moins, Singapour pouvait légitimement y prêter foi<sup>3001</sup>. La Cour ne daignera pas se prononcer sur la valeur exacte de cette lettre (*estoppel*, renonciation, acquiescement, acte unilatéral) se limitant au constat que la Malaisie ne revendiquait pas la souveraineté<sup>3002</sup> et que Singapour pouvait partir du principe qu'elle lui revenait (en tant que successeur du Royaume-Uni)<sup>3003</sup>. La Cour attribua finalement une grande valeur à cette déclaration du secrétaire d'État. Conjuguée au comportement des parties postérieur à 1953, elle permit d'asseoir la souveraineté de Singapour sur l'île<sup>3004</sup>.

Par rapport aux actes de la période 1852-1953, c'est en définitive les *déclarations* des fonctionnaires coloniaux (secrétaire d'État ; secrétaire colonial de Singapour) qui ont revêtu une importance fondamentale pour la souveraineté. Un acquiescement peut se nouer entre des fonctionnaires coloniaux appartenant à la même puissance, les États successeurs héritent de la situation instaurée par l'administration coloniale. Même si le fonctionnaire agissait peut-être en dehors de ses attributions (*ultra vires*), l'apparence créée l'emporte : Singapour pouvait de bonne foi tabler sur l'exactitude des renseignements.

<sup>2999</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 78, § 215.

<sup>3000</sup> *Ibid.*, p. 77, § 211 ; p. 79, §§ 218-219.

<sup>3001</sup> *Ibid.*, p. 79, § 219.

<sup>3002</sup> Pour une approche plus critique : M. HÉBIE, *Souveraineté territoriale par traité*, *op. cit.*, pp. 588-589.

<sup>3003</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 80, § 223 ; p. 81, § 226 ; p. 82, § 230.

<sup>3004</sup> *Ibid.*, p. 96, § 275.



b. *Autorités coloniales principales ou sommet de la hiérarchie*

L'implication des fonctionnaires coloniaux varie selon les époques et les types de possessions : dans un protectorat, l'administration étrangère est censée se superposer à la structure du souverain local<sup>3005</sup>. Les structures « coloniales » sont variées, ainsi de l'Inde qui était sous un régime colonial unique, dénommé « Raj britannique ». Des fonctionnaires britanniques étaient présents dans ce régime orienté vers l'indépendance ; l'Inde avait elle-même des possessions coloniales<sup>3006</sup>. Dans l'affaire *Rann of Kutch*, le tribunal arbitral a dû se prononcer sur un différend territorial impliquant deux divisions du Raj britannique (le Sind et le Kutch, qui appartiendront respectivement au Pakistan et à l'Inde après l'indépendance). La situation était plus uniforme que dans l'affaire entre Malaisie et Singapour car la couronne était le souverain (ou exerçait le pouvoir suprême) sur l'ensemble du territoire litigieux, parfois aux côtés de l'administration locale :

« Great Britain ruled as Paramount Power, but the Indian States were permitted a varying measure of internal autonomy, including exclusive territorial, if not always jurisdictional sovereignty. There was thus a clear distinction between British territory [le territoire du Raj britannique ou « Empire des Indes »] and the territory of Indian States [le territoire de chaque entité faisant partie du Raj], and there must have existed the possibility of territory having an undetermined status, for the system was not conceptually closed »<sup>3007</sup>.

Des territoires peuvent donc, tout en faisant partie de l'Empire des Indes, ne relever d'aucun souverain local<sup>3008</sup> et faire l'objet de contestation de « souveraineté juridictionnelle ». L'attrait de ce cas est d'illustrer l'acquiescement entre autorités locales, et avec la puissance coloniale. L'activité de fonctionnaires du Sind et du Kutch a été précisément identifiée<sup>3009</sup>, nos développements ne concerneront que la dimension coloniale du cas.

Deux acquiescements se sont déroulés en parallèle bien que trois acteurs aient été impliqués : il y a d'une part un acquiescement entre l'Inde et le Royaume-Uni au sujet de la souveraineté sur le

<sup>3005</sup> Ainsi, on lit entre les lignes l'existence d'une telle situation pour Johor (*ibid.*, pp. 73-74, § 195).

<sup>3006</sup> A. D'ALIA, *Colonie, protectorati, mandati, op. cit.*, p. 15 ; pp. 134-137.

<sup>3007</sup> *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, p. 535.

<sup>3008</sup> La possibilité que le *Rann* soit *terra nullius* est évoquée (*ibid.*, pp. 513 et 563).

<sup>3009</sup> *Ibid.*, pp. 358-360.



Kutch <sup>3010</sup>, et d'autre part un acquiescement entre les souverains du Sind et du Kutch au sujet de la partie septentrionale du Kutch. Essentiellement, les autorités locales du Kutch ont affirmé disposer de la souveraineté sur le Rann, et la puissance coloniale ne s'est pas opposée à cette revendication <sup>3011</sup>. La revendication du Kutch était connue par le « Political agent » ainsi que par les autorités coloniales centrales (« India office ») <sup>3012</sup>. Par son inaction et la répétition de rapports officiels attribuant le Rann au Kutch, la souveraineté a été établie sur la plus grande partie de ce territoire <sup>3013</sup>. L'acquiescement ne concerne donc pas uniquement les souverains locaux, mais peut aussi se nouer entre la puissance coloniale et le territoire colonisé <sup>3014</sup>, ou entre le protecteur et l'État protégé. En exerçant des prérogatives qui ne lui appartiennent pas, le protégé peut ainsi empiéter sur la répartition initiale des pouvoirs et se créer de nouveaux droits à la faveur de l'acquiescement de la puissance coloniale.

Quant au second acquiescement, il se jouait sur la partie nord du *Rann* où le Sind (future division du Pakistan) avait accompli des actes de puissance publique sans réelle opposition du Kutch (ce dernier avait faiblement protesté au moyen de déclarations, mais n'avait rien accompli sur le terrain) <sup>3015</sup>. Bien que les rapports officiels attribuaient l'entièreté du Rann au Kutch, l'exercice effectif de son autorité permit au Sind de renverser la hiérarchie habituelle qui donne la priorité aux déclarations sur les comportements <sup>3016</sup>. De plus, ces « rapports » de la puissance coloniale n'étaient pas directement connus du Sind, ce qui explique que le tribunal ait consacré la souveraineté du Pakistan sur ce territoire <sup>3017</sup>.

<sup>3010</sup> *Ibid.*, p. 531.

<sup>3011</sup> *Ibid.*, pp. 553 et 564.

<sup>3012</sup> *Ibid.*, p. 550.

<sup>3013</sup> « Administration report », voy. par ex. *ibid.*, en p. 359.

<sup>3014</sup> On sort alors du cadre du droit international public pour entrer dans celui du « droit public » de l'État colonial. Le droit international public rattrape toutefois la problématique lorsqu'un litige survient au moment de l'indépendance entre l'ex-colonie et les États qui l'entourent. Les tribunaux doivent alors s'intéresser aux « principes » gouvernants l'organisation coloniale, y compris d'éventuels acquiescements noués entre des colonies dépendantes d'un seul État.

<sup>3015</sup> *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, p. 565.

<sup>3016</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>3017</sup> *Ibid.*, pp. 569-570. Voy. aussi p. 74, plaidoiries du Pakistan : « You do not merely, by making statements in your reports, create the situation which attracts the doctrine of acquiescence. It is when something has been done, and initially something that you do

Cette affaire illustre que même si trois acteurs sont impliqués, l'acquiescement conserve une logique bilatérale stricte. L'admission des effectivités du Sind sur le nord du territoire revêt presque une dimension correctrice : comme le Pakistan n'est pas partie à l'acquiescement entre l'Inde et le Royaume-Uni, le tribunal octroie un plein effet aux actes accomplis sur le terrain et reconnaît sa souveraineté, mais que sur la partie du territoire où l'autorité a été exercée. Le tribunal a ainsi permis au Pakistan « d'intervenir » dans l'acquiescement entre l'Inde et le Royaume-Uni dans la mesure où ses droits étaient touchés. L'affaire révèle aussi la marge de manœuvre à disposition des entités appartenant à la même puissance coloniale, une marge qui existe aussi vis-à-vis de la puissance elle-même.

Cette dernière question renvoie à la possibilité d'appliquer l'acquiescement entre des colonies ou territoires d'une même puissance, elle a été explicitée par le tribunal :

« Could acquiescence, acceptance, admission or recognition, being all principles of International Law, be applied in this case only if there was any place for International Law at all in India under British rule and, in the particular case, in the relationship between the Suzerain Power, Britain, and its vassals, the Indian States, and was there such a place? »<sup>3018</sup>

Il est vrai que le texte de la sentence fait preuve de retenue sur cette question. Dans un passage ambivalent, le tribunal indique que le Royaume-Uni s'est contenté de renoncer à des droits plutôt que de reconnaître la souveraineté du Kutch<sup>3019</sup>. L'origine de cette considération est à retracer dans l'argumentation du Pakistan qui soutint qu'en raison de sa position de particulière de juge et partie quant à ses colonies, le Royaume-Uni suivait une politique de

---

*not have a right to do, you keep doing it, and somebody suffers it, without raising an objection, than from the submission to the unlawful conduct, shall I say, of the submission to, or suffering, the encroachment of someone else without protest over a period of years, it might be said you have acquiesced. But the question of acquiescence does not arise until that situation is created »* (nos italiques).

<sup>3018</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>3019</sup> *Ibid.*, p. 553 : « The absence of a demonstrable connection between representations of the Rao of Kutch or rulers of other neighbouring Indian States and the British administrative acts in question leads me to conclude that the acts constitute a relinquishment of potential rights rather than an explicit acceptance of claimed rights ». Cette ligne de raisonnement s'inspire peut-être de l'affaire du *Droit de passage* : « 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 » (fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, p. 39).

non-intervention dans les « affaires intérieures » de la colonie<sup>3020</sup>. Cependant, au fond et comme nous l'avons vu, le tribunal a admis que l'acquiescement et d'autres *principes* s'appliquaient à l'intérieur des colonies britanniques.

L'affaire du *Droit de Passage* s'est tout d'abord déroulée entre des puissances coloniales (Portugal et Royaume-Uni) puis entre le Portugal et l'Inde. À l'origine, le Portugal a signé un traité avec un chef local qui ne transférerait pas la souveraineté mais s'arrêta à créer une *concession*<sup>3021</sup>. Dans les faits, le Portugal a durablement assis son influence sur les villages concernés<sup>3022</sup>, tant et si bien que le Royaume-Uni n'a pas contesté la souveraineté portugaise : « 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 »<sup>3023</sup>. Cette reconnaissance est le premier acquiescement présent dans cette affaire, un second s'est également noué et est relatif à la distinction entre le droit de passage des personnes privées et des forces armées. Le premier est bien établi, une pratique suivie tant par les Britanniques que par l'Inde en tant que successeur est clairement attestée, la Cour range cette situation dans la catégorie de la coutume bilatérale<sup>3024</sup>. Le droit de passage illimité des forces armées est rejeté en vertu d'un traité et des déclarations des fonctionnaires coloniaux des deux États<sup>3025</sup>. Le Gouvernement de Bombay protesta contre des passages non annoncés et obtint des assurances du gouverneur général de l'Inde portugaise qui réaffirma l'obligation de demander une autorisation préalable<sup>3026</sup>. La

---

<sup>3020</sup> *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, p. 82 : « The British followed a declared policy of not taking any step that might be capable of being taken as overruling, prejudicing or otherwise jeopardising the claim of a vassal before the claim had been duly entertained and formally decided. *Omission to contradict assertions of a claim by a vassal did not therefore mean an acceptance of that claim. The British silence in regard to informal territorial claims of vassals is intelligible also on the ground that they stood in the position of arbitrator and would have to decide those claims if formally brought by the vassal* », nos italiques.

<sup>3021</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, p. 38. Ces possessions sont intégrées à la colonie de Goa, Damao, et Diu : A. D'ALIA, *Colonie, protettorati, mandati*, op. cit., pp. 142-143.

<sup>3022</sup> Sur cette « technique » : M. HÉBIE, *Souveraineté territoriale par traité*, op. cit., p. 584.

<sup>3023</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, p. 39.

<sup>3024</sup> *Ibid.*, pp. 39-40. Cf. *supra*, Ch. 3.II F.3 et 4.I.B.

<sup>3025</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>3026</sup> *Ibid.*, p. 41.

Cour attacha une grande importance à cette correspondance<sup>3027</sup>. Les déclarations des plus hauts dirigeants sont préférées à la pratique des fonctionnaires subalternes<sup>3028</sup>.

À côté des actes accomplis dans ou en rapport avec l'Empire colonial britannique, il existe d'autres structures coloniales qui offrent des points d'appui pour l'acquiescement. Dans *Burkina-Faso/Mali*, la valeur des communications internes à l'administration coloniale est étudiée<sup>3029</sup>. Le gouverneur général de l'Afrique occidentale française demandait des précisions sur le tracé de la frontière entre le Soudan français (futur Mali) et le Niger (qui comprenait une partie du Burkina-Faso)<sup>3030</sup>. Il s'adressa aux lieutenant-gouverneurs de ces deux colonies. Lors de l'instance, le Burkina-Faso allégua que la réponse du lieutenant-gouverneur du Soudan constituait un acquiescement, argument rejeté par la CIJ :

« La Chambre estime ne pas pouvoir retenir l'argument fondé sur la prétendue acceptation, par le lieutenant-gouverneur du Soudan français, du tracé indiqué dans la lettre du gouverneur général, pour les raisons suivantes. Tout d'abord, les auteurs des lettres considérées ne se trouvaient pas sur un pied d'égalité et leur compétence territoriale n'était pas la même : le lieutenant-gouverneur répondait à une communication émanant de son supérieur hiérarchique. Dans ces circonstances, on voit mal comment un acquiescement, qui suppose le libre exercice de la volonté, aurait pu intervenir »<sup>3031</sup>.

Ce passage fait écho à une thématique que nous avons mise en valeur *supra*<sup>3032</sup> : l'égalité des armes. En présence d'un contact ponctuel, limité dans le temps, le niveau hiérarchique respectif des acteurs importe afin de déterminer s'ils sont conscients de la portée de leurs actes. Plutôt que la volonté, ce qui est en jeu est la *connaissance* des possibles conséquences de sa réponse par le lieutenant-gouverneur<sup>3033</sup>. La structure coloniale ajoute une restric-

<sup>3027</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>3028</sup> Peu importe que la « violation » ou les actes *ultra vires* aient peut-être été acceptés par le Royaume-Uni.

<sup>3029</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, pp. 594 et s.

<sup>3030</sup> A. D'ALIA, *Colonie, protettorati, mandati, op. cit.*, pp. 36-37. L'Afrique-Occidentale française regroupait neuf colonies dotées chacune d'une administration, mais unies sous un seul Gouverneur général.

<sup>3031</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, pp. 596-597, § 80 (citée dans : M. HÉBIE, *Souveraineté territoriale par traité, op. cit.*, p. 586).

<sup>3032</sup> Voy. Ch. 5.IA.2 et 3 (*Golfe du Maine ; Services aériens*).

<sup>3033</sup> Il ressort des déclarations du gouverneur que la valeur de la limite n'est pas claire et qu'il prévoit de la fixer de manière pérenne dans un texte et une carte. Le projet du

tion supplémentaire : le gouverneur général demande un renseignement <sup>3034</sup> auprès des fonctionnaires du Soudan et du Niger, *mais ne les fait pas communiquer entre eux*. L'acquiescement ne peut pas survenir dans cette configuration <sup>3035</sup>. À la différence des « possessions » britanniques de l'Inde, les colonies françaises obéissaient à une administration centralisée. Quelles que soient les réponses des lieutenant-gouverneurs, elles ne liaient pas formellement le gouverneur général <sup>3036</sup>. Point intéressant, la Chambre n'écarte pas l'application de l'acquiescement à l'intérieur d'une colonie <sup>3037</sup>, mais seulement sa concrétisation dans le cas particulier.

c. *Autorités coloniales subalternes*

Quid des actes de fonctionnaires subalternes ? Dans *Cameroun c. Nigeria*, la France et le Royaume-Uni disposent de *mandats* (art. 22 du Pacte de la SdN) <sup>3038</sup> et procèdent à des délimitations de territoires par l'entremise d'un « commissaire de la République française au Cameroun » et d'un « gouverneur de la colonie et du protectorat du Nigéria », cette déclaration Thomson-Marchand de 1929 tient lieu de véritable traité international <sup>3039</sup>, ce qui va influencer la capacité des fonctionnaires subalternes à modifier la frontière. La Cour dut par exemple déterminer la valeur d'un croquis signé par de simples fonctionnaires français et britanniques. Sans écarter la possibilité que ce croquis ait pu revêtir une valeur quant au tracé de la frontière, la Cour rejette la carte établie par les fonctionnaires en 1921 car irréconciliable avec le traité <sup>3040</sup>. Dans cette optique hiérarchique, l'acte du fonctionnaire subalterne passe au

---

gouverneur n'a connu aucune suite. *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, pp. 594-595, §§ 75-76.

<sup>3034</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, p. 598, § 82 : « [S]i le but recherché était de modifier une limite existante ayant "valeur de fait", il aurait fallu que le gouverneur général eu connaissance d'une telle limite [...] ».

<sup>3035</sup> La demande de renseignement (prétention) aurait dû émaner du lieutenant-gouverneur.

<sup>3036</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, p. 598, § 83.

<sup>3037</sup> Formellement, l'application de l'acquiescement dans ce cadre dépend du droit public pertinent (droit français, anglais, etc.). Toutefois les tribunaux peuvent estimer que des principes s'appliquent également dans le cadre du droit national.

<sup>3038</sup> Voy. : G. DISTEFANO, « Article 22 », in R. KOLB (éd.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, op. cit., pp. 841-1001.

<sup>3039</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, pp. 340-341.

<sup>3040</sup> *Ibid.*, pp. 363-364.

second plan quand une décision plus officielle est prise au sujet de la même situation<sup>3041</sup>. Les actes accomplis sur le terrain cèdent face à une déclaration des plus hautes instances.

Les actes d'un fonctionnaire élevé et de subalternes sont examinés dans le différend frontalier<sup>3042</sup> entre le Bénin et le Niger, toutes deux anciennes colonies de l'AOF<sup>3043</sup>. Dans un premier temps, l'arrêt s'intéresse aux déclarations du Gouverneur *a.i.* du Niger (la lettre de M. Raynier de 1954)<sup>3044</sup> et de sa compétence pour modifier les frontières de la colonie. Ainsi, la compétence pour établir des subdivisions coloniales revenait au gouverneur général de l'AOF, les lieutenant-gouverneurs des différentes colonies – comme M. Raynier – n'ont que le pouvoir de créer des « sous-divisions » territoriales à l'intérieur des subdivisions préexistantes<sup>3045</sup>. Par sa lettre de 1954, M. Raynier confirmait une limite établie entre le Bénin et le Niger prise par le gouverneur-général dans un arrêté de 1900 ; la Chambre rejette que l'arrêté de 1900 ait légitimement fixé une limite mais se pose tout de même la question de la *valeur* de la confirmation de 1954<sup>3046</sup>. Le droit colonial français ne permet pas au lieutenant-gouverneur de fixer les limites externes de sa colonie : Raynier a outrepassé ses compétences (acte *ultra vires*), le fait qu'il n'ait pas été désavoué par une autorité supérieure n'y change rien<sup>3047</sup>. Plus spécifiquement, la lettre s'inscrivait dans une correspondance entre *égaux* : le lieutenant-gouverneur du Dahomey avait demandé des renseignements sur les limites (ce à quoi Raynier répondit en confirmant l'arrêté de 1900) et les textes précis qui les contenaient (ce à quoi Raynier ne répondit pas)<sup>3048</sup>. L'absence d'acquiescement du Dahomey possède donc de multiples racines : les lieutenant-gouverneurs sont avertis que la compétence de fixer les limites externes ne leur appartient pas<sup>3049</sup>, la correspondance a pris place entre égaux, la demande des références précises est restée sans réponse.

<sup>3041</sup> *Ibid.*, p. 393, § 175 (la ligne « Jeffreys » de 1941).

<sup>3042</sup> *Affaire du différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, 12 juillet 2005, CIJ, *Rec. 2005*, p. 90.

<sup>3043</sup> Resp. sous les noms de Dahomey et Niger (A. d'ALIA, *Colonie, protettorati, mandati, op. cit.*, p. 37).

<sup>3044</sup> *Affaire du différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, 12 juillet 2005, CIJ, *Rec. 2005*, p. 115, § 38.

<sup>3045</sup> *Ibid.*, pp. 120-121, § 47.

<sup>3046</sup> *Ibid.*, pp. 121-122.

<sup>3047</sup> *Ibid.*, §§ 58-60.

<sup>3048</sup> *Ibid.*, pp. 124-125, §§ 62-64.

<sup>3049</sup> Le Gouverneur général de l'AOF aurait pu valider l'arrêté de 1900 : *ibid.*, p. 125, § 66.

Dans ces circonstances, nous constatons que les tribunaux vont loin dans la recherche exacte de la répartition des compétences telle qu'établie par le droit interne (colonial) français. Le principe que les lois internes « sont un simple fait » au regard du droit international n'a plus cours. Néanmoins, l'examen de la Chambre se fait en fort écho avec le droit international public : la bonne foi de Raynier n'est pas présente (il connaissait les limites de sa compétence), et son interlocuteur n'était pas dans une obligation de réagir face à cette confirmation. Cette confirmation de 1954 est inapte à produire un *titre*, mais elle peut servir à mettre en évidence des *effectivités*<sup>3050</sup>. Les tribunaux procèdent donc à un examen à géométrie variable : les conditions seront plus strictes pour l'acquiescement producteur d'un titre versus l'acquiescement propre aux effectivités.

Dans un second temps, et en raison de l'absence de titre<sup>3051</sup>, l'arrêt est consacré à des effectivités relatives au secteur du fleuve Niger. Des effectivités accomplies sur le terrain par des actes sont évoquées de part et d'autre pour la période de 1914 à 1954<sup>3052</sup>. C'est cependant à une correspondance que la Chambre va attacher le plus d'importance. Le commandant du secteur de Gaya (Niger) et administrateur adjoint, M. Sadoux, s'adressa au commandant du cercle du Moyen-Niger (Dahomey) afin de régler une question de pacage. Pour ce faire, il adopta une délimitation entre les deux colonies et joignit une liste des îles attribuées respectivement au Niger ou au Dahomey :

« Dans sa lettre, l'administrateur adjoint Sadoux invitait le commandant du cercle du Moyen-Niger à venir le rencontrer à Gaya si la liste devait donner lieu à des contestations. *Le dossier de l'affaire ne révèle aucune réaction à cette lettre*. Il semble toutefois qu'une telle rencontre ait eu lieu et débouché sur un arrangement »<sup>3053</sup>.

Ce *modus vivendi* a été respecté jusqu'en 1954, date de la correspondance citée de M. Raynier<sup>3054</sup>. La période 1954-1960 est marquée par des troubles sur les îles, mais elle ne remet presque pas en cause le *modus vivendi* de 1914<sup>3055</sup>.

<sup>3050</sup> *Ibid.*, p. 125, § 66.

<sup>3051</sup> *Ibid.*, p. 127, § 75.

<sup>3052</sup> *Ibid.*, pp. 127-128.

<sup>3053</sup> *Ibid.*, pp. 128-129, § 84, nos italiques.

<sup>3054</sup> *Ibid.*, pp. 129-130.

<sup>3055</sup> *Ibid.*, pp. 132-133, §§ 100-103.



Le raisonnement de la Chambre indique que les fonctionnaires coloniaux subalternes étaient à même de « modifier » les frontières entre colonies (dans la mesure où aucun titre n'existait) ! Ce qui compte dans cette affaire, c'est la *manière* et la *valeur* de ce changement. La valeur : il s'agit d'effectivités, les critères pour les admettre sont plus souples que pour les titres. La manière : une correspondance entre égaux marque le point de départ d'une pratique. Les fonctionnaires *pouvaient s'accorder sur une question de pacage dont les effets s'étendirent aux frontières*. L'arrêt révèle que l'acquiescement du Dahomey a pu survenir, le commandant du secteur n'a pas réagi (déclarations) et les effectivités démontrent que le *modus vivendi* a été suivi (comportements).

Que retenir de cette affaire ? L'acquiescement est plus souple dans les effectivités que dans les titres. Les lettres de Raynier ne sont pas pertinentes car contraires à ses compétences (examen minutieux du droit colonial français). À l'inverse, la lettre de Sadoux (déclaration d'un fonctionnaire subalterne) est mise en pratique de 1914 à 1954 (comportements des fonctionnaires et des individus privés). Cette pratique de 1914-1954 est valorisée car elle s'inscrit dans la déclaration préexistante (uniformité dans l'action de l'État/la colonie). La situation finale est quelque peu paradoxale : à cause du dilemme titre/effectivités<sup>3056</sup>, les déclarations d'un fonctionnaire moins autorisé et étrangères à la question frontalière sont préférées !

La dernière affaire met également en valeur des fonctionnaires subalternes. *Kasikili/Sedudu* s'inscrit entre les titres et les effectivités : la Cour est sur le terrain de la pratique subséquente à un traité de 1890<sup>3057</sup>. Les effectivités ne serviront donc pas à établir l'existence d'un titre, mais à éclairer *l'interprétation* à donner au titre (via la pratique subséquente). Dans ce contexte, le Botswana produit notamment<sup>3058</sup> :

« Un arrangement intervenu en août 1951 entre un magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi, le major Trollope, et un commissaire de district du protectorat du Bechuanaland, M. Dickinson, ainsi que les échanges de correspondance ayant précédé et suivi cet arrangement [...] »<sup>3059</sup>.

<sup>3056</sup> Nous serions tentés de voir dans cet arrêt une « technique » permettant d'accorder un poids plus important aux effectivités. L'application d'un standard et de conditions élevées pour être en présence d'un titre diminue les possibilités d'en prouver l'existence. Au vu de cette difficulté probatoire, les effectivités seront plus facilement prises en compte (alors qu'elles ne sont que *subsidiaries* au titre).

<sup>3057</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, pp. 1075-1076.

<sup>3058</sup> Un rapport britannique avait été élaboré en 1911, mais n'avait jamais été communiqué à l'Allemagne : la condition de la connaissance n'est pas satisfaite. *Ibid.*, p. 1078, § 55.

<sup>3059</sup> *Ibid.*, p. 1076, § 52.



Le Botswana (Bechuanaland) était un protectorat britannique. La Namibie (Sud-ouest africain) était d'abord une colonie allemande avant d'être placée sous mandat, puis sous tutelle, de l'Afrique du Sud de 1919 à 1966<sup>3060</sup>. À l'époque des faits, l'Afrique du Sud (comme tuteur) et le Royaume-Uni sont respectivement les deux puissances derrière la correspondance Trollope-Dickinson (Dickinson ayant été précédé par un dénommé Redman).

La correspondance tire son origine d'une demande d'un entrepreneur zélé qui s'adressa à deux fonctionnaires afin d'obtenir une autorisation. S'ensuivent des échanges entre les fonctionnaires, Trollope écrit :

« Je reconnais en outre qu'il s'agit là d'une question [la frontière, par référence au chenal navigable] qui intéresse nos deux administrations et que ce n'est pas simplement une affaire entre mes services et M. Ker [l'entrepreneur zélé].

5. À ce sujet, je propose que moi-même et votre assistant à Kasane examinions officiellement la question et soumettions ensuite des rapports (en commun si nous pouvons nous mettre pleinement d'accord) à nos administrations respectives pour que la question soit réglée de manière définitive et officielle »<sup>3061</sup>.

Ces admirables fonctionnaires (Trollope et Redman à ce stade) étaient pleinement conscients de la portée de leurs actes, de la limite de leurs compétences, et de la priorité qu'ils devraient laisser à leur hiérarchie. Après avoir averti leur hiérarchie de la solution qu'ils souhaitaient consacrer, celle-ci s'y oppose et un désaccord relatif à une île se fait jour<sup>3062</sup>. Les plus hautes autorités correspondent alors entre elles et se pose notamment la question de la modification du mandat/tutelle sur le Sud-Ouest africain : le problème frontalier est finalement renvoyé aux fonctionnaires<sup>3063</sup>.

Confrontés à l'impasse de leurs hiérarchies respectives et soucieux de ne pas consacrer une solution qui pourrait servir à régler le litige frontalier<sup>3064</sup>, Trollope et Dickinson (successeur de Redman) conviennent finalement de ne rien convenir et de revenir au *statu quo ex ante* de 1947<sup>3065</sup>. La correspondance révèle également qu'ils

<sup>3060</sup> *Ibid.*, p. 1054 ; D'ALLA, *Colonie, protettorati, mandati, op. cit.*, pp. 73 et 171-172.

<sup>3061</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, p. 1079, § 56.

<sup>3062</sup> *Ibid.*, p. 1079.

<sup>3063</sup> *Ibid.*, pp. 1080-1083.

<sup>3064</sup> *Ibid.*, p. 1084.

<sup>3065</sup> *Ibid.*, p. 1084 ; p. 1087, § 62.

étaient en profond désaccord sur la souveraineté de l'île de Kasikili/Sedudu<sup>3066</sup>. Cette discordance empêche la Cour de conclure à la présence d'une pratique interprétative *commune*<sup>3067</sup>. Le mérite de l'arrêt est de mettre en lumière que cette pratique *aurait pu émerger*, et ce sur la base d'une simple entente entre fonctionnaires subalternes. Tant la structure de la puissance coloniale que le cadre juridique (présence d'un titre, interprétation de celui-ci, ou, subsidiairement, recours aux effectivités) constituent les différents curseurs qui indiquent la possibilité pour des fonctionnaires subalternes de se faire les acteurs d'un acquiescement.

d. *Synthèse*

Que ce soit dans les colonies, protectorats, mandats de la SdN ou tutelles de l'ONU, les acteurs de l'acquiescement semblent répondre aux mêmes critères et à la double hiérarchie. À chaque fois qu'ils le peuvent, les tribunaux se rattachent aux déclarations plutôt qu'aux actes accomplis sur le terrain. La structure particulière de la puissance étrangère est prise en compte aux fins de mieux cerner les conditions de l'acquiescement (connaissance, prévisibilité de la survenance d'un acquiescement, charge de réagir). Les affaires parcourues illustrent à grands traits que l'acquiescement est moins probable dans une structure coloniale centralisée (France) que dans les possessions britanniques (protectorats, coexistence avec l'entité locale, latitude des fonctionnaires subalternes). Dernier point mis en évidence : la nature de *res inter alios acta* de l'acquiescement transparaît dans la jurisprudence. Des rapports internes à l'administration coloniale ne peuvent pas créer d'acquiescement sans être communiqués à la partie concernée. L'acquiescement se cantonne à une logique bilatérale. Même si trois, voire quatre acteurs peuvent être simultanément impliqués, c'est par le prisme de l'opposition entre deux factions que la situation sera analysée.

2. *Acteurs infra-étatiques (les divisions d'États fédéraux)*

Nous présentons les acquiescements internes à un État qui se nouent soit entre divisions territoriales (provinces canadiennes ; cantons suisses), soit entre une division et l'État lui-même (États-Unis et Louisiane). Ces affaires permettent de poser plusieurs

<sup>3066</sup> *Ibid.*, pp. 1085-1086.

<sup>3067</sup> *Ibid.*, pp. 1086-1087, §§ 62-63.

questions : quelle est la nature de l'acquiescement dans cette constellation ? S'agit-il d'un principe de droit interne ou de droit public, à quel « titre » le juge interne y fait-il référence ? Quels critères de fonctionnements sont assignés à l'acquiescement ?

a. *Acquiescement entre divisions fédérales*

(i) *Aux États-Unis*

Dans *Arkansas v. Tennessee*, les deux États s'opposaient sur l'emplacement de la frontière dans une rivière dont le lit avait fluctué en raison d'avulsions<sup>3068</sup>. Le « Special Master »<sup>3069</sup> affecté à la résolution du différend, et à sa suite la Cour suprême, conclurent que les nouvelles terres appartenaient au Tennessee, l'Arkansas ayant acquiescé :

« [T]ennessee had continuously performed various acts of public authority over the area in question from the year 1826 to the time of bringing the present suit [en 1940]; and that Arkansas had never asserted any claim to the area prior to this institution of this suit »<sup>3070</sup>.

Le raisonnement de la Cour énonce d'autres caractéristiques de l'acquiescement, comme la longue et paisible possession, l'effet de perte/gain respectif d'un droit et les valeurs centrales de maintien de l'ordre et de la stabilité<sup>3071</sup>. L'arrêt évoque de nombreux cas similaires dans lesquels l'acquiescement a déjà été appliqué par la Cour<sup>3072</sup>.

Cependant, l'acquiescement n'est *pas* appliqué en son nom propre : il est utilisé au sein de la prescription, comme un raffinement de ses conditions<sup>3073</sup>. Quant à sa nature, la prescription/acquiescement est « [a] principle of public law universally recognized [...] »<sup>3074</sup>. Malgré cette affirmation, le titre exact d'application n'est pas cristallin : il semble que la Cour l'ait appliqué à titre

<sup>3068</sup> *Arkansas v. Tennessee* (United States Supreme Court), 3 juin 1940, 9 ILR 112, cas n° 43, pp. 112-113.

<sup>3069</sup> Il s'agit de juges fédéraux, de professeurs ou de spécialistes nommés par la Cour suprême et chargés d'établir un rapport et des conclusions sur l'affaire. La Cour se prononce ensuite sur le rapport. Sur cette notion, voy. : M. W. REED, *Shore and Sea Boundaries*, vol. 3, Washington, U.S. Government Printing Office, 2000, pp. 369-378.

<sup>3070</sup> *Arkansas v. Tennessee* (United States Supreme Court), 3 juin 1940, 9 ILR 112, cas n° 43, p. 113.

<sup>3071</sup> *Ibid.*, pp. 113-115.

<sup>3072</sup> *Ibid.*, pp. 113-114 (par ex. : *Rhode Island c. Massachusetts* et *Indiana c. Kentucky*).

<sup>3073</sup> *Ibid.*, pp. 113-116.

<sup>3074</sup> *Ibid.*, p. 113 (citant *Indiana c. Kentucky*). L'arrêt cite Oppenheim, Wheaton, Moore, Hyde et Hall (*ibid.*, p. 114).

de principe de droit international public qui coexiste dans le droit interne des États-Unis<sup>3075</sup>. Finalement l'Arkansas prétendait que le Tennessee ne pouvait pas profiter de la prescription car :

« [The] title to the land in controversy is in the United States ; that the land is still unsurveyed land of the United States ; and, hence, that the defense of adverse possession could not be good against Arkansas as she did not have title »<sup>3076</sup>.

La Cour ne donna pas suite à cette argumentation en se plaçant strictement sur le terrain d'un litige de frontière et de « juridiction politique » entre les deux États (et non de titre)<sup>3077</sup>, les frontières *internationales* des États-Unis n'étaient pas en cause. Nous verrons plus loin l'intérêt de cette argumentation (C.2.b)<sup>3078</sup>.

Cinquante ans plus tard, c'est entre la Géorgie et la Caroline du Sud que survient un différend territorial<sup>3079</sup>. L'acquiescement portait sur des îles sises dans la rivière Savannah et qui, en vertu d'un « traité » de 1787, revenaient à la Géorgie<sup>3080</sup>. La Cour conclut cependant à l'acquisition de la souveraineté par la Caroline du Sud en raison d'actes répétés d'administration du territoire et de la très longue inaction de la Géorgie de 1787 jusqu'en 1950<sup>3081</sup>. L'arrêt énonce les points essentiels de l'acquiescement « territorial » : une possession publique, continue et paisible (*usucapio*), la création d'une charge de réagir pour que le silence soit pertinent, le recours à la connaissance due (*constructive knowledge*), l'exercice d'actes de souveraineté sur le territoire litigieux, l'insuffisance de la réaction du lésé, le passage d'un long temps<sup>3082</sup>.

Comme dans *Arkansas v. Tennessee*, c'est en lien avec la prescription que l'acquiescement est invoqué, mais *sans y être subordonné*. Ces deux notions se complètent et encadrent le processus global : il s'agit d'une acquisition de la souveraineté « by prescription and acquiescence »<sup>3083</sup>. L'État au bénéfice de l'acquiesce-

<sup>3075</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>3076</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>3077</sup> *Ibid.*

<sup>3078</sup> *United States v. Louisiana and Others*, United States Supreme Court, 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 424, § 87.

<sup>3079</sup> *Georgia v. South Carolina* (United States Supreme Court), 25 juin 1990, 91 ILR 439, pp. 439-466.

<sup>3080</sup> *Ibid.*, p. 440, § 1 (résumé).

<sup>3081</sup> *Ibid.*, p. 450.

<sup>3082</sup> *Ibid.*, pp. 449-451.

<sup>3083</sup> *Ibid.*, p. 448.

ment prescrit ; le lésé acquiesce <sup>3084</sup> : « South Carolina established sovereignty by [its own] prescription and [thanks to Georgia's] acquiescence » <sup>3085</sup>.

(ii) *Au Canada*

Remontons au nord avec l'arbitrage entre Terre-Neuve-et-Labrador et la Nouvelle-Écosse <sup>3086</sup>. Pour cette affaire nous débiterons par les questions « théoriques » du cadre et de la nature de l'acquiescement avant de passer à son application.

Le tribunal arbitral est constitué en raison d'un accord entre le Canada et ses provinces, c'est une différence importante avec les cas précédents <sup>3087</sup>. La sentence indique qu'une province avait essayé de porter le différend devant les tribunaux canadiens, sans succès. Le différend concerne exclusivement la limite des zones offshore des deux *provinces* <sup>3088</sup>, mais il s'inscrit dans un contexte plus large de tractations entre le gouvernement central et les provinces pour l'exploitation des gisements <sup>3089</sup>. En lien avec la constitution particulière de ce tribunal, se pose la question du droit applicable. Selon les accords jumeaux conclus entre le Canada et les provinces :

« Where the procedure for the settlement of a dispute pursuant to this section involves arbitration, the arbitrator *shall apply the principles of international law governing maritime boundary delimitation, with such modifications as the circumstances require* » <sup>3090</sup>.

Cette formulation, qui était censée donner un cadre clair pour la résolution des disputes potentielles, fut elle-même sujette à controverses. Étant donné la différence entre un État au sens du droit international et une province canadienne, la Nouvelle-Écosse mettait en cause le « titre » d'où devait découler un droit pour chaque province sur les zones offshore <sup>3091</sup>. Si « la terre irradie la mer » et qu'un État tient ses droits sur le PC et la ZEE de sa souveraineté territoriale, qu'en est-il des *provinces* <sup>3092</sup> ? Pour Terre-Neuve-et-Labrador,

<sup>3084</sup> *Ibid.*, pp. 449 et 451.

<sup>3085</sup> *Ibid.*, p. 451. Ajouts autorisés par la suite de l'arrêt : « But inaction alone may constitute acquiescence when it continues for a sufficiently long period ».

<sup>3086</sup> *Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia concerning portions of the limit of theirs offshore areas*, Award, Second Phase, 26 mars 2002, pp. 1-102.

<sup>3087</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

<sup>3088</sup> *Ibid.*, p. 6, § 1.4.

<sup>3089</sup> *Ibid.*, pp. 13-17.

<sup>3090</sup> *Ibid.*, p. 28, § 2.1, nos italiques.

<sup>3091</sup> *Ibid.*, p. 29, § 2.4.

<sup>3092</sup> *Ibid.*, p. 30, § 2.7.

ce point n'était pas insurmontable, le choix d'appliquer le droit international devait être compris comme impliquant de traiter les provinces *fictivement* comme des États<sup>3093</sup>. Le droit international en tant que tel n'était pas directement applicable<sup>3094</sup>.

Le tribunal se rallia à la position de Terre-Neuve<sup>3095</sup>. Les principes de droit international (délimitations maritimes, acquiescement, *estoppel*, circonstances pertinentes) seront appliqués *par analogie*<sup>3096</sup>. Grâce à cette référence *analogique* au droit international, le tribunal peut infléchir ces principes en raison des nécessités et des particularités de la structure du Canada et de l'enjeu du différend<sup>3097</sup>.

Le tribunal examine ensuite l'acquiescement sans aucune référence à la prescription<sup>3098</sup>. Il est ici utilisé dans la droite lignée des affaires maritimes afin d'établir un accord des parties sur une méthode de délimitation. Le critère principal repris à son compte par le tribunal est tiré directement du droit international public, sans médiation (depuis l'affaire *Libye/Malte*). Il s'agit de savoir s'il est possible de :

« Déceler d'un côté ou de l'autre un type de comportement suffisamment net pour constituer soit un acquiescement soit une indication utile des vues de l'une des Parties sur une solution équitable qui diffère sensiblement des thèses avancées par cette même Partie devant la Cour »<sup>3099</sup>.

L'existence ou non d'une ligne de conduite univoque est exploitée par le tribunal pour éviter l'acquiescement<sup>3100</sup>. Quant aux particularités dues au contexte, la Nouvelle-Écosse soutient qu'un plus grand poids devrait être accordé à la conduite de chaque province au vu du contexte interne du différend<sup>3101</sup>. Les provinces canadiennes seraient plus tenues par leurs conduites respectives (bonne foi) car

<sup>3093</sup> *Ibid.*, p. 31, § 2.10.

<sup>3094</sup> *Ibid.*

<sup>3095</sup> *Ibid.*, p. 33, § 2.14 : « As Canadian provinces, the Parties enjoy no sovereignty over their coasts and no sovereign rights to explore and exploit the resources of the continental shelf adjacent to those coasts; this sovereignty and these rights are vested in Canada as a state in international law ».

<sup>3096</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>3097</sup> *Ibid.*, p. 48, § 2.35.

<sup>3098</sup> *Ibid.*, pp. 49-59.

<sup>3099</sup> *Affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte)*, arrêt, CIJ, *Rec. 1985*, p. 29, § 25.

<sup>3100</sup> *Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia*, p. 53, § 3.7 ; p. 55, § 3.10 ; p. 59 pour le rejet final de l'acquiescement.

<sup>3101</sup> *Ibid.*, p. 53, § 3.6. Les relations se sont nouées entre les provinces sous le « parrai-nage » de l'État canadien.

il s'agit de provinces d'un même État<sup>3102</sup>. Toutefois le tribunal ne voit pas là un motif suffisant pour modifier le standard d'univocité énoncé dans l'affaire *Libye/Malte*<sup>3103</sup>. L'acquiescement n'est pas retenu en raison de l'absence d'une ligne de conduite univoque<sup>3104</sup>.

(iii) *En Suisse*

L'ATF 106 Ib 154 de 1980 opposait le Valais au Tessin au sujet de la localisation de la frontière intercantonale au col du Nufenen. La question du droit applicable est immédiatement résolue :

« The Court stated that the relations between cantons were governed by public international law if a dispute could not be settled by reference to either federal law or inter-cantonal treaty or customary law. In such circumstances the law of nations was applied by analogy rather than in its strict sense »<sup>3105</sup>.

La perspective n'est ni moniste<sup>3106</sup>, ni dualiste, mais *subsidaire* et – comme pour l'arbitrage canadien – *analogique*. Ce n'est pas le premier cas auquel le TF est confronté et il s'agit d'une pratique bien établie de cette instance<sup>3107</sup>.

Comme le droit suisse ne prévoit pas de solution pour les litiges de frontières intercantonaux, les juges puisent intégralement la solution dans le droit international public. Un examen en cascade est prévu :

« According to practice and doctrine with regard to the law of nations, there is an order of priority amongst the grounds on which a frontier may be claimed. According to this order of priority, frontiers are derived principally from treaty rules or from unilateral recognition. In the absence of such a source, uncontested possession (prescription), that is to say the so-called rule of effectiveness, is decisive. [...] Where

<sup>3102</sup> Cet argument se retrouve dans la jurisprudence suisse sous la forme plus explicite de la fidélité confédérale (ATF 120 Ib 512, 14 décembre 1994, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, consid. 6) *cf. infra*).

<sup>3103</sup> Des juristes aguerris au droit international public siégeaient dans le tribunal et représentaient les parties, ce qui explique peut-être cet attachement indéfectible (et inflexible) au droit de la mer et à la jurisprudence de la CIJ (*cf. la liste : Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia*, pp. 1-3).

<sup>3104</sup> *Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia*, p. 59.

<sup>3105</sup> ATF 106 Ib 154, 2 juillet 1980, *Canton du Valais c. Canton du Tessin* (trad. partielle dans 75 ILR 114, p. 117 pour cette citation).

<sup>3106</sup> L'ordre juridique suisse est moniste (art. 190 Cst. : « Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international »).

<sup>3107</sup> *Canton of Valais v. Canton of Tessin* (Switzerland, Federal Tribunal), 2 juillet 1980, 75 ILR 114, p. 117, lit. d.

uncontested possession of the territory in dispute, and therefore prescription, cannot be established, then recourse must be made to a series of rules concerning the localization of natural frontiers »<sup>3108</sup>.

Le TF ne fait pas référence au dilemme titre/effectivité<sup>3109</sup>. L'acquiescement peut s'appliquer à travers la reconnaissance (tacite) et la prescription.

L'acquiescement est présent en son propre nom à travers l'examen de la reconnaissance, bien qu'il y soit assimilé à un acte juridique unilatéral. L'arrêt se réfère à la maxime *qui tacet consentire videtur*, au *Temple de Préah Vihéar* et aux conditions usuelles de l'acquiescement<sup>3110</sup>. L'*estoppel* est aussi examiné, le TF arrive à la conclusion que le Valais n'a pas reconnu tacitement le tracé de la frontière *figurant sur une carte nationale de la Suisse*<sup>3111</sup>. L'argumentation des cantons consistait principalement à alléguer que son homologue avait accepté une carte nationale établie par la Confédération<sup>3112</sup>. Contrairement aux affaires internationales invoquant la cartographie, aucun des deux Cantons n'avait établi la carte de 1947, ils s'étaient contentés de l'utiliser comme *référence* afin de construire une route<sup>3113</sup>. La question de la valeur probatoire des cartes n'est pas examinée par le TF.

Le Tribunal passe à la « prescription » ou possession effective, continue et paisible : l'acquiescement est aussi présent dans cette partie, caché sous le vêtement de la prescription, de l'absence de protestation. Le TF conclut à l'absence d'effectivités<sup>3114</sup> et passe au dernier critère, la configuration naturelle :

« Where the frontier is formed by mountains, the only acceptable criteria from the practical point of view is the watershed line [...] The watershed line forms a natural frontier »<sup>3115</sup>.

Si la formulation est contestable<sup>3116</sup>, face à l'échec des autres critères, le TF était fondé à se baser sur les considérations géographiques. Il faut toutefois remarquer que la ligne de partage des eaux

<sup>3108</sup> *Ibid.*, p. 117, lit. c.

<sup>3109</sup> L'arrêt du *Différend frontalier* n'avait pas encore été tranché (*Burkina-Faso c. République du Mali*, CIJ, Rec. 1986, p. 587, § 63).

<sup>3110</sup> *Canton of Valais v. Canton of Tessin* (Switzerland, Federal Tribunal), 2 juillet 1980, 75 ILR 114, pp. 118-119, lit. dd.

<sup>3111</sup> *Ibid.*, p. 118, lit. dd ; p. 120, § 7.

<sup>3112</sup> Le Valais s'appuie sur la carte « Siegfried » de 1872 et le Tessin sur la carte nationale de 1947 (*Canton of Valais v. Canton of Tessin* (Switzerland, Federal Tribunal), 2 juillet 1980, 75 ILR 114, pp. 115-116).

<sup>3113</sup> *Canton of Valais v. Canton of Tessin* (Switzerland, Federal Tribunal), 2 juillet 1980, 75 ILR 114, p. 115.

<sup>3114</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>3115</sup> *Ibid.*, pp. 120-121, § 8, nos italiques.

<sup>3116</sup> Les frontières ne sont telles que parce que le droit leur attribue ce caractère : les phénomènes n'existent que dans la mesure où ils sont pris en compte par le droit (J. SALMON,



ainsi retenue – heureuse coïncidence – correspond au tracé de la frontière figurant sur la carte « Siegfried » de 1872 dont le Valais se faisait le champion<sup>3117</sup>. D'autre part, la carte de 1947 semblait entachée d'erreur car elle aurait dû consacrer une ligne de partage des eaux, le Tessin prétendait d'ailleurs qu'il utilisait cette ligne de partage comme référence pour les limites de son territoire<sup>3118</sup>. Bien que le TF s'appuie sur une stricte logique en cascade pour retenir la ligne de partage des eaux, nous apercevons à la lecture de l'arrêt que les deux parties s'accordaient sur la même *méthode* pour délimiter le territoire litigieux – le tracé exact de cette ligne étant par ailleurs source de difficulté.

La seconde affaire suisse concerne à nouveau le Valais, qui s'opposait à Berne au sujet du glacier de la Plaine Morte<sup>3119</sup>. Le raisonnement juridique déployé par le TF est similaire : comme la Constitution est muette sur les frontières cantonales, l'examen s'effectue en cascade (« traités », actes unilatéraux, effectivités, puis considérations géographiques) : « Cette jurisprudence correspond, pour l'essentiel, aux critères appliqués lors de la solution juridictionnelle de différends territoriaux entre États »<sup>3120</sup>. Par contre, le titre exact d'application (analogie, monisme, comparaison) de ces règles n'est dans un premier temps pas spécifié.

Le TF constate d'abord qu'il n'y a pas de convention valable sur ce secteur<sup>3121</sup>, puis *qu'à une époque* le canton de Berne a acquiescé (sous forme de reconnaissance tacite) à la souveraineté valaisanne sur la Plaine Morte<sup>3122</sup>. Les cartes ont joué un rôle de premier plan dans cette conclusion intermédiaire : le canton de Berne ne s'est pas opposé à des cartes nationales (établies par la Confédération, et non par les parties) et s'y est référé lors de la résolution d'un litige portant sur un autre secteur de la frontière<sup>3123</sup>. L'importance accor-

---

« Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, pp. 280-282). Voy. aussi : *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, p. 8, nos italiques : « La souveraineté territoriale est, en général, une situation reconnue et délimitée dans l'espace, soit par les frontières dites naturelles *telles qu'elles sont reconnues par le droit international* [...] ».

<sup>3117</sup> *Canton of Valais v. Canton of Tessin* (Switzerland, Federal Tribunal), 2 juillet 1980, 75 ILR 114, pp. 116, 121.

<sup>3118</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>3119</sup> ATF 120 Ib 512, 14 décembre 1994, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, pp. 512-526.

<sup>3120</sup> *Ibid.*, consid. 2.

<sup>3121</sup> *Ibid.*, consid. 3.

<sup>3122</sup> *Ibid.*, consid. 4.

<sup>3123</sup> *Ibid.*

dée à la carte est surprenante vu le peu de temps écoulé (la carte date de 1863, l'acquiescement constaté comme existant en 1873) la pauvreté des comportements respectifs et leur pertinence relative (une carte des archives bernoises – dont on ne sait si elle a été communiquée aux autorités valaisannes – est utilisée comme preuve de la reconnaissance)<sup>3124</sup>. Cette phase de la procédure est au final de peu d'impact vu que le TF *continue* son examen car :

« Le canton de Berne prétend avoir exercé une souveraineté prolongée et incontestée sur le glacier de la Plaine-Morte ; il soutient qu'en tolérant cette situation, le canton voisin a reconnu le tracé de la frontière représenté sur les cartes et les plans actuels »<sup>3125</sup>.

Le premier acquiescement – bernois – de 1873 pourrait être renversé par un second acquiescement valaisan. Le TF se place sur le terrain des effectivités et de la possession adverse (ou « prescription ») :

« Le cas de l'acquisition par l'effet d'un comportement passif de l'État cédant, constitutif d'une reconnaissance tacite, ne se distingue guère de celui de l'acquisition par prescription acquisitive ou usucapion : l'absence d'un titre d'acquisition originel, tel qu'un traité, ou le vice de ce titre est suppléé par l'exercice exclusif, prolongé et incontesté de la souveraineté sur le territoire concerné »<sup>3126</sup>.

Pour conclure à une « réversion » de la souveraineté au profit du canton de Berne, le TF s'appuie sur trois lignes argumentatives complémentaires : les cartes, la loi suisse, et les actes. Dès 1875 et jusqu'au litige en 1994, les cartes officielles suisses ont situé la Plaine-Morte en territoire bernois, et ce en application de la ligne de partage des eaux<sup>3127</sup>. Chaque canton était légalement en charge de la mensuration officielle de son territoire, sans concertation ni contestation, les deux cantons procèdent à la mensuration en attribuant la Plaine à Berne<sup>3128</sup>. Ce qui est marquant, c'est que les comportements ne sont pas échangés dans ce cadre, mais sont convergents et produits en parallèle<sup>3129</sup>. Cette situation d'acquiescement est possible en raison de la présence d'un État central *chapeautant* les deux entités. Les cartes conjuguées à la mensuration officielle

<sup>3124</sup> *Ibid.*

<sup>3125</sup> *Ibid.*, consid. 5.

<sup>3126</sup> *Ibid.*, consid. 6. a), note omise.

<sup>3127</sup> *Ibid.*, consid. 5. a).

<sup>3128</sup> *Ibid.*, consid. 6. b).

<sup>3129</sup> *Ibid.*, consid. 7.

ont eu pour effet de faire passer la Plaine en mains bernoises <sup>3130</sup>. Au surplus, des actes de « souveraineté » sont mentionnés, mais ne sont pas pris en compte pour résoudre le différend, sinon pour corroborer la souveraineté de Berne <sup>3131</sup>.

Si les cartes ont été d'une telle importance c'est en raison du mode d'application du droit international et des particularités du système juridique helvétique. Le TF adopte le point de départ de l'application subsidiaire (et non plus analogique) des principes de droit international :

*« La validité de ces principes et leur portée dans les rapports intérieurs à la Suisse doivent toutefois être préalablement évaluées et, au besoin, adaptées en tenant compte des particularités de l'État fédératif : les cantons doivent plus d'égards à la communauté intercantonale qu'un État souverain n'en doit à la communauté internationale ; ils ont dès lors, dans leurs relations entre eux, un devoir de fidélité confédérale inconnu du droit international »* <sup>3132</sup>.

Ce devoir de fidélité confédérale s'illustre à travers des dispositions de la Constitution <sup>3133</sup> et n'est pas l'apanage de la Suisse (on l'entraperçoit dans l'arbitrage canadien) <sup>3134</sup>. Dans le cadre du différend, il est utilisé pour empêcher qu'un canton se serve de la « prescription acquisitive » alors qu'il savait parfaitement que le territoire ne lui appartenait pas <sup>3135</sup>. Sur cette base, le TF juge que seule une *rectification* de la frontière consacrée en 1873 est possible : il faut que la modification soit de faible étendue, ou concerne une région peu hospitalière <sup>3136</sup>. Le but de la rectification, qui était d'améliorer la frontière en se servant d'une méthode plus claire n'attente pas à la fidélité confédérale <sup>3137</sup>. D'autre part, la rectification est possible car aucune population n'est touchée et que la modification ne nécessite pas une validation par l'Assemblée

<sup>3130</sup> *Ibid.*

<sup>3131</sup> *Ibid.*, consid 5. c), d) et 8.

<sup>3132</sup> *Ibid.*, consid 6. c), nos italiques.

<sup>3133</sup> Art. 1<sup>er</sup>, 5 et 7, § 1 de l'ancienne Constitution : *ibid.*, consid 6. b).

<sup>3134</sup> *Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia*, p. 53, § 3.6 : la Nouvelle-Écosse prétextait que la conduite des parties (bonne foi et attentes légitimes) était d'une importance accrue vu le contexte interne du différend.

<sup>3135</sup> ATF 120 Ib 512, 14 décembre 1994, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, consid 6.c) : « Ces obligations confédérales interdisent qu'un canton invoque la prescription acquisitive ou une reconnaissance tacite à l'égard d'un territoire dont ses organes savaient ou auraient dû savoir qu'il appartenait à un autre canton ».

<sup>3136</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, Série A/B, n° 53, p. 46.

<sup>3137</sup> ATF 120 Ib 512, 14 décembre 1994, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, consid. 6. b).

fédérale<sup>3138</sup>. Ainsi, bien que le canton de Berne savait – au vu de la carte de 1863 – qu'il ne possédait pas la Plaine-Morte, la *rectification* par la voie des comportements convergents des deux cantons est possible car elle n'enfreint pas la fidélité confédérale.

Cette affaire est d'une grande valeur pour l'acquiescement au sein des États, mais également pour la mise en évidence de problématiques dans l'acquiescement *en général*. Au sein des États, car il apporte une illustration de la manière dont les idiosyncrasies étatiques influencent son fonctionnement et prennent le pas sur le droit international, par exemple en tenant compte de comportements convergents des deux cantons. Cette prise en compte de comportements indépendants est rendue possible par la présence d'un État central et d'un cadre de référence uniforme : les acteurs sont égaux et obéissent aux mêmes lois. Au niveau de l'acquiescement, le rôle de la bonne foi est mis en valeur, les acquiescements en chaîne sur le même territoire sont possibles, le territoire concerné est en général inhabité ou de faible étendue.

b. *Les effets internes de l'acquiescement à l'égard d'une division fédérale ou d'un État*

Les acquiescements examinés ici concernent des baies, eaux, ou titres historiques. Ils profitent directement à un État (rapports externes), mais la division fédérale peut en bénéficier pour exclure l'État d'une zone maritime (rapports internes)<sup>3139</sup>.

(i) *United States v. California*

La Californie souhaitait étendre sa souveraineté au-delà des limites prévues par le droit américain (chaque État ne dispose que de la partie de la mer la plus proche de son littoral ; les États-Unis exercent leur juridiction sur la bande maritime la plus externe au territoire)<sup>3140</sup>. Dans ce cadre, elle prétendait que cinq baies avaient un caractère historique, ce qui aurait eu pour effet de les

<sup>3138</sup> *Ibid.* : « Seule une rectification de frontière est en cause, dont la validité n'est pas subordonnée à l'accord du peuple et des cantons [...] ».

<sup>3139</sup> La logique et le raisonnement qui président aux relations entre les États-Unis et ses États fédéraux ne nous sont pas totalement limpides. L'examen des affaires se fera donc de manière très succincte.

<sup>3140</sup> *United States v. California* (United States Supreme Court), 14 octobre 1952, 57 ILR 54, pp. 54-55. Il s'agit des baies suivantes : « Monterey Bay, Crescent City Bay area, San Luis Obispo Bay, Santa Monica Bay and San Pedro Bay » (*ibid.*, p. 70, § 30).

mettre sous la souveraineté exclusive de l'État fédéral et de décaler d'autant la « laisse de basse mer » en sa faveur<sup>3141</sup>. Le « Special Master »<sup>3142</sup> examine d'abord si les États-Unis se sont comportés de manière à transformer les zones maritimes en baies historiques. Tel n'est pas le cas<sup>3143</sup> et la question suivante est d'établir si les actes de la *Californie* ont eu pour effet de constituer des baies historiques :

« Answer to that question must, therefore, depend upon whether acts of California can take the place of, or amount to, effective assertion by the United States »<sup>3144</sup>.

Nous avons déjà résolu cette question par l'affirmative dans la partie relative au comportement des organes et autorités subalternes des États<sup>3145</sup>. Dans la présente affaire, la question est habilement éludée : les États-Unis arguent que les États n'ont pas la capacité à nouer des relations extérieures, et le Special Master adhère à cette affirmation sous l'angle restreint des relations *internes* aux États-Unis :

« I agree with counsel for the United States that when the action of a State is actually contrary to action by the Federal Government the action is invalid for the reason that it is in conflict with the superior authority of the United States »<sup>3146</sup>.

Cet argument se retrouve en droit international public dans le cadre des comportements contradictoires et de la double hiérarchie, mais pour des raisons indépendantes du droit interne : les actes les plus officiels sont préférés aux actes des entités subalternes. Cependant, comme nous l'avons illustré plus haut, les actes *ultra vires* de tous les organes étatiques sont aptes à influencer les relations internationales. La Californie avançait un point de vue analogue : « [A]n assertion or exercise of jurisdiction by the State of California ... is the same as if the action had been taken by the United States »<sup>3147</sup>. Sans donner raison ni à la Californie, ni aux États-Unis quant à la valeur internationale des actes (*ultra vires*)

<sup>3141</sup> *Ibid.*, p. 56 (Historical waters).

<sup>3142</sup> À propos du « special master », voy. *supra*, note n° 3069.

<sup>3143</sup> *United States v. California* (United States Supreme Court), 14 octobre 1952, 57 ILR 54, p. 77, §§ 30-31.

<sup>3144</sup> *Ibid.*, p. 77, § 31.

<sup>3145</sup> Cf. *supra*, Ch.5.I.A.3 et 5.

<sup>3146</sup> *United States v. California* (United States Supreme Court), 14 octobre 1952, 57 ILR 54, p. 78, § 32.

<sup>3147</sup> *Ibid.*, p. 77, § 31.

des États fédéraux, le Special Master ne répond pas car il conclut à l'absence d'actes suffisants de la Californie<sup>3148</sup>. Les comportements allégués sont trop faibles pour créer une prétention :

« These instances of assertion of right by the State of California in the courts did not constitute an assertion of exclusive authority over these waters such as might be the occasion for objection by foreign governments or action by the United States in our international relations. [...] Under these circumstances, absence of objection from foreign countries cannot be regarded as acquiescence in the position of California, nor, I think, could silence on the part of the United States be interpreted as a concurrence by the United States in its foreign relations with the proposition on which California stood in these cases »<sup>3149</sup>.

La constitution d'une baie historique est examinée du point de vue international et interne dans l'extrait précédent. International car le silence de la communauté internationale ne peut être pertinent que si des actes sont accomplis vis-à-vis des puissances étrangères<sup>3150</sup>. Interne ensuite : la question qui apparaît en filigrane de l'arrêt est *la possibilité de constituer un acquiescement entre les États-Unis et la Californie au sujet des baies historiques*. Cette possibilité est rejetée : une baie historique est une notion internationale, dont le titulaire est un État, vis-à-vis de la communauté internationale. L'application analogique du droit international aux relations entre les États-Unis et ses divisions n'est pas retenue. La seule possibilité offerte est la constitution, sur le plan international, d'une baie dont les États-Unis seraient les titulaires, mais dont la Californie bénéficierait effectivement<sup>3151</sup>.

(ii) *United States v. Louisiana and Others*

La constitution d'une baie historique est établie dans cette affaire qui nous indique comment les États fédéraux peuvent bénéficier d'un titre appartenant aux États-Unis. Le « Mississippi

<sup>3148</sup> *Ibid.*, p. 78, §§ 31-32.

<sup>3149</sup> *Ibid.*, pp. 80-81, § 35.

<sup>3150</sup> Dans l'affaire *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), le tribunal se contente d'établir l'absence d'interventions sur des navires étrangers pour prouver le statut de baie historique (26 février 1985, 91 ILR 411, p. 426, § 6b).

<sup>3151</sup> La loi californienne de 1949 qui indiquait les eaux comme intérieures aurait pu avoir cet effet à l'égard de la communauté internationale : une loi interne, même émanant d'une division territoriale, est un acte pertinent pour la constitution de baies historiques. Le titulaire en aurait été les États-Unis (en tant que souverain de la Californie), mais le bénéficiaire final la Californie qui aurait pu décaler sa laisse de basse mer. Sur cette loi : *United States v. California* (United States Supreme Court), 14 octobre 1952, 57 ILR 54, p. 83, §§ 38-39.

Sound » est une vaste étendue peu profonde et bordée d'îlots formant une barrière qui court parallèlement à la côte<sup>3152</sup>. L'enjeu pour les États côtiers (Louisiane, Mississippi, Alabama) était de voir le statut de baie historique du *Sound* reconnu par la Cour suprême, ce qui aurait pour effet de fixer leur laisse de basse mer sur les îlots extérieurs<sup>3153</sup>. Le « Special Master » examine les comportements et revendications des États-Unis ainsi que le cadre juridique interne et international. Au niveau interne, une loi fédérale de 1953 prévoyait une méthode de fixation de la ligne de côte qui tenait compte des eaux intérieures préexistantes :

« The Submerged Lands Act of 1953 [...] confirms to each State title to and ownership of the lands beneath navigable waters within the State's boundaries. § 1311(a). The Act also confirms in each coastal State a seaward boundary three geographical miles distant from its coastline »<sup>3154</sup>.

La mise en œuvre de cette loi était contestée par les États, notamment au motif du cadre international : l'article 7, § 6 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë<sup>3155</sup> prévoit que les baies historiques sont des eaux intérieures (« inland waters »)<sup>3156</sup>. Le tribunal énumère ensuite les critères du droit international pour établir l'existence d'une baie historique et les applique aux *États-Unis* (et non aux états fédéraux)<sup>3157</sup>.

Les actes évoqués sont très inégaux entre eux : construction d'ouvrages défensifs, de fortifications et de phares sur les îles bordant le *Sound*, mais aussi promulgation de lois internes reconnaissant la valeur importante de la baie en tant que voie d'eau

<sup>3152</sup> *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 411. Cf. la carte dans M. W. REED, *Shore and Sea Boundaries*, vol. 3, Washington, U.S. Government Printing Office, 2000, p. 78 (accessible en ligne : <https://nauticalcharts.noaa.gov/publications/docs/shore-and-sea-boundaries/volume-3/cse-library-shalowitz-p1.pdf>).

<sup>3153</sup> *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 412 ; p. 415, § 78.

<sup>3154</sup> *Ibid.*, p. 413.

<sup>3155</sup> *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, signée à Genève, le 29 avril 1958* (RTNU, 1964, vol. 516, p. 211).

<sup>3156</sup> « Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas aux baies dites "historiques" ni dans les cas où le système des lignes de base droites prévu par l'article 4 est appliqué ». Le texte de l'article 10, § 6 de la Convention UNCLOS 1982 consacre la même solution.

<sup>3157</sup> *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, pp. 417-418, § 81.

intérieure<sup>3158</sup>. Une affaire entre la Louisiane et le Mississippi est utilisée pour démontrer le statut d'eaux intérieures du *Sound* à l'égard des États-Unis, mais aussi de la communauté internationale :

« The United States also argues that it cannot be bound by the holding because it was not a party in that case. The significance of the holding for the present case, however, is not its effect as precedent in domestic law, but rather its effect on foreign nations that would be put on notice by the decision that the United States considered Mississippi Sound to be inland waters[!] »<sup>3159</sup>.

Cette conclusion est surprenante vu que l'affaire *Louisiane c. Mississippi* concernait avant tout la détermination d'une ligne de délimitation entre les États fédéraux grâce à une application analogique des principes internationaux. Le statut des eaux n'était pas le point principal de l'affaire.

Plus convaincant par contre, et d'une réelle valeur sur le plan international, la politique menée par les États-Unis, aussi tôt que 1903, d'affirmer comme intérieures toutes les échancrures dont l'ouverture ne dépasse pas 10 milles<sup>3160</sup>. Dans cette veine, la distribution en 1971 aux gouvernements étrangers de cartes déclarant que les États-Unis renonçaient à faire figurer le *Sound* parmi les eaux intérieures devrait être elle aussi d'une grande importance<sup>3161</sup> ! Tel n'est pas le point de vue de la Cour suprême : cette distribution de cartes aux autres nations est vue comme une manœuvre des États-Unis pour éviter de reconnaître les eaux comme appartenant aux États fédéraux concernés<sup>3162</sup> ! Il y a peut-être là un point de droit constitutionnel américain qui nous échappe<sup>3163</sup>. Un point qui est insuffisamment mentionné dans le jugement et qui pourrait expliquer ces arabesques est que le *Sound* satisfait aux critères de la baie juridique de la Convention de 1958 (ouverture de moins de 24 miles), la qualification de baie historique est donc peu pertinente<sup>3164</sup>.

<sup>3158</sup> *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, pp. 418-420.

<sup>3159</sup> *Ibid.*, p. 422, § 84.

<sup>3160</sup> *Ibid.*, p. 421.

<sup>3161</sup> *Ibid.*, p. 424, lit. A.

<sup>3162</sup> *Ibid.*, p. 424, § 87 : « The disclaimer "would appear to be more in the nature of an attempt by the United States to prevent recognition of any pre-existing historic title which might already have ripened because of past events but which was called into question for the first time in a domestic lawsuit"! »

<sup>3163</sup> Une modification de territoire d'un état des États-Unis devant peut-être suivre certaines procédures ?

<sup>3164</sup> *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 416, § 79.



La Cour passe en revue l'autre versant des baies historiques : l'acquiescement de la communauté internationale et la preuve d'un exercice de souveraineté sur le *Sound* <sup>3165</sup>. Les États-Unis tentèrent de démontrer l'absence d'exercice effectif de leur autorité vu l'absence totale de cas (*records*) d'exclusion des navires étrangers. Le tribunal adopte une approche plus flexible <sup>3166</sup> sur cette question :

« Although a coastal nation has the privilege to exclude from its inland waters foreign vessels in innocent passage, the need to exercise that privilege may never arise. Indeed, in the present case, as the United States seems to concede, the record does not indicate that there ever was any occasion to exclude from Mississippi Sound foreign vessels in innocent passage. [...] We conclude that the absence in the record of evidence of any occasion for the United States to have exercised its privilege to exclude foreign navigation in innocent passage from Mississippi Sound supports rather than disproves the claim of historic title to the Sound as inland waters » <sup>3167</sup>.

Une autre lecture serait tout aussi raisonnable : l'absence de *records* est le fruit de l'absence d'exercice de la souveraineté. Du côté de l'acquiescement, aucune protestation n'a jamais été émise <sup>3168</sup> et ce pendant une période considérable :

« The facts establish that the United States effectively has exercised sovereignty over Mississippi Sound as inland waters from the time of the Louisiana Purchase in 1803 until 1971, and has done so without protest by foreign nations » <sup>3169</sup>.

À eux seuls, ces deux éléments justifieraient la conclusion. Le tribunal tranche donc qu'en 1961, lors de la ratification de la Convention sur la mer territoriale de 1958, le *Sound* avait déjà acquis le statut de baie historique, les États fédéraux peuvent faire partir leur laisse de basse mer sur les îlots bordant la baie <sup>3170</sup>. La perspective est renversée par rapport à l'affaire précédente : la Californie tentait vainement de démontrer la constitution d'une baie historique par son propre comportement ; ici les comportements et déclarations des États-Unis sont instrumentés afin de déclarer qu'une baie historique a été reconnue et qu'elle *bénéficie* aux États fédéraux.

<sup>3165</sup> *Ibid.*, p. 418 : « The Court also has noted that there appears to be general agreement that at least three factors are to be taken into consideration in determining whether a body of water is a historic bay: (1) the exercise of authority over the area by the claiming nation; (2) the continuity of this exercise of authority; and (3) the acquiescence of foreign nations ».

<sup>3166</sup> *Ibid.*, p. 425, § 6b.

<sup>3167</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>3168</sup> *Ibid.*, p. 423, lit. C.

<sup>3169</sup> *Ibid.*, p. 418.

<sup>3170</sup> *Ibid.*, p. 424, § 88.

(iii) *United States v. State of Maine and Others*

En cause dans cette dernière affaire : une étendue d'eau peu profonde, le Nantucket Sound, dont le Massachussetts revendiquait le statut de baies historiques sur la base d'un « ancien titre », prétention qui sera rejetée par la Cour suprême<sup>3171</sup>. La notion correspond *grosso modo* à la possession immémorielle appliquée aux zones maritimes : « An "ancient title" is based on a state's discovery and occupation of territory unclaimed by any other sovereign when it was first acquired »<sup>3172</sup>. Pour être opposable aux États-Unis, la Cour et les parties estiment que ce titre devait exister *avant* que la liberté des mers ne devienne la règle en droit international<sup>3173</sup>. Les preuves d'occupation de la part du Royaume-Uni et de son successeur seront jugées insuffisantes : si une exploitation intensive a bien pris place, elle n'a pas été exclusive et n'a pas été accompagnée de déclarations ou revendications, ce n'est pour la première fois qu'en 1971 que le Massachussetts a formulé sa prétention sur le *Sound*<sup>3174</sup>. Au final, les mêmes critères que ceux de la baie historique développés pour l'article 7, § 6 de la Convention sur la mer territoriale de 1958 sont employés<sup>3175</sup>.

(iv) *Bilan des affaires américaines*

Les rapports entre l'État central et les États fédéraux ont des conséquences sur la façon dont le droit international public est « convoqué » pour résoudre le problème. Dans une première lecture, l'impression dominante est que le droit international de la mer est appliqué sans médiation ni ajustement, les arrêts se réfèrent volontiers à la Convention de 1958 et à son article 7, § 6. Les trois décisions sont émaillées de renvois aux principes internationaux, à des jurisprudences internationales, d'autres États<sup>3176</sup>, et à d'anciennes décisions de la Cour suprême. Cependant, ce n'est pas un monisme (ou un dualisme abouti) qui donne tant de force au droit international, mais une logique à cheval entre l'appropriation et

<sup>3171</sup> *United States v. State of Maine and Others* (United States Supreme Court), 25 février 1986, 91 ILR 427, p. 428.

<sup>3172</sup> *Ibid.*, p. 432. Voy. la référence à un passage de l'affaire des *Pêcheries norvégiennes* en p. 434, § 76 (« The court acknowledged that Norwegian fishermen had exploited fishing grounds in this region "from time immemorial," [...] »).

<sup>3173</sup> *Ibid.*, p. 433.

<sup>3174</sup> *Ibid.*, pp. 433-438.

<sup>3175</sup> *Ibid.*, p. 434, § 75 ; p. 438, § 80.

<sup>3176</sup> *Ibid.*, pp. 434-435, § 77.

le renvoi législatif<sup>3177</sup>. La Cour se substitue au juge international dans l'optique de *déterminer le statut d'une baie*. Le droit international est utilisé pour la solution qu'il consacre *au fond* : un État fédéral est fondé à déclarer historique une baie si et pour autant qu'elle satisfasse aux critères internationaux. Ce qui invite la Cour à évaluer si les États-Unis ont réussi à constituer une telle baie. Cependant la décision de la Cour ne produit des effets de droit qu'à l'égard des États-Unis et des États fédéraux. Il n'y a ainsi aucune assurance que les États-Unis possèdent réellement ces baies historiques, ces arrêts ne sont, du point de vue international, que des *prétentions*. En ce sens, le régime du droit de la mer appliqué par la Cour suprême provient du droit international public mais en est déconnecté dans ses effets. Contrairement aux affaires *territoriales* des cantons et États fédéraux, le droit international n'est pas ici appliqué par analogie.

Ces considérations impactent le rôle des acteurs de ces décisions. La Cour commence par établir l'existence de la baie sur le plan international, puis en fait bénéficier les États fédéraux. Toutefois, cela n'empêche pas les États fédéraux d'établir une baie historique par leur comportement : c'était le verdict recherché par la Californie et le Massachusetts. Concrètement, la Cour devrait reconnaître que les États fédéraux peuvent produire des actes attribuables aux États-Unis sur le plan international. Ce n'est qu'une fois la baie constituée (au profit des États-Unis vis-à-vis de la communauté internationale), que l'État fédéral peut en jouir vis-à-vis des États-Unis. L'acquiescement ne se forme donc pas entre l'État central et fédéral, mais entre l'État (parfois secondé par les actes des états fédéraux) et la communauté internationale. Les États fédéraux ne peuvent pas revendiquer une baie historique à *l'encontre* des États-Unis : la Cour indique que la notion de baies historiques appartient au droit international, et non au droit américain<sup>3178</sup>.

---

<sup>3177</sup> Le renvoi consiste par ex. en une référence de la loi aux norme établies par des acteurs externes (les normes de la Société suisse des ingénieurs et des architectes ; les directives de l'Académie Suisse des Sciences Médicales).

<sup>3178</sup> La Californie ne peut pas prétendre à une occupation des baies qui aurait pour effet d'exclure les États-Unis de celles-ci sans qu'il ne s'agisse de véritables baies historiques internationales. Cf. *supra* et notre explication de *United States v. California* (United States Supreme Court), 14 octobre 1952, 57 ILR 54, pp. 80-81, § 35.

c. *Synthèse*

La jurisprudence territoriale accueille pleinement l'acquiescement et a tendance à le délier de la prescription et du consentement. L'absence de population semble être un facteur de facilitation (étendue inhabitée, de faible surface ou inhospitalière). Dans quelle mesure le contexte interne influence-t-il l'application de notions internationales et de l'acquiescement ? Des considérations communes à l'acquiescement territorial et aux baies historiques affleurent. La bonne foi est ouvertement utilisée, par ex. en mettant en évidence ce qu'une division fédérale aurait dû connaître, et ainsi éviter qu'elle prétende ne pas savoir qu'un territoire ne lui appartenait pas. Le contexte d'égalité des acteurs (ce qu'un ATF dénomme « fidélité confédérale »)<sup>3179</sup> de disponibilité de l'information, et d'uniformité du cadre légal permet cette importance accrue. Les cartes sont utilisées plus libéralement, et ce même si elles n'ont pas été établies par une des divisions fédérales ou intégrées dans un « traité ». Un acquiescement peut résulter de comportements indépendants et convergents (la dynamique d'action et de réaction n'a pas besoin d'être vérifiée strictement)<sup>3180</sup>. Une importance accrue est aussi accordée aux décisions internes (*stare decisis*), y compris afin d'établir le statut historique d'une baie et l'acquiescement des États étrangers<sup>3181</sup>. Dans ce contexte où jusqu'à quatre entités peuvent être impliquées (deux divisions fédérales, l'État central, la communauté internationale/un État étranger) des doutes peuvent survenir afin d'identifier les acteurs de l'acquiescement. Le recours à la technique juridique et au principe de la *res inter alios acta* permet d'inscrire l'acquiescement dans une logique bilatérale<sup>3182</sup>.

<sup>3179</sup> ATF 120 Ib 512, 14 décembre 1994, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, pp. 523-524, consid. 6.c.

<sup>3180</sup> *Ibid.*, consid. 7 ; *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 426, § 6b.

<sup>3181</sup> Voy. *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 422, § 84.

<sup>3182</sup> Les États-Unis déniaient le statut de baie historique au *Mississippi Sound* : « The United States also argues that it cannot be bound by the holding [d'une décision précédente de la Cour suprême] because it was not a party in that case. The significance of the holding for the present case, however, is not its effect as precedent in domestic law, but rather its effect on foreign nations that would be put on notice by the decision that the United States considered Mississippi Sound to be inland waters ». La Cour admet que l'arrêt précédent est *res inter alios acta* pour mieux revenir par la fenêtre : l'arrêt émane d'un organe des États-Unis et est donc une preuve de sa prétention à la constitution d'une baie historique ! Ce passage souligne le double niveau des décisions internes : elles résolvent un différend territorial ou maritime entre des États fédéraux et peuvent représenter une prétention de l'État à l'égard de

### 3. *Les personnes physiques (individus et groupe d'individus)*

L'acquiescement recherché est « international » et découle d'une application du droit international, par opposition à l'acquiescement présent dans les ordres internes<sup>3183</sup>. L'obstacle principal résulte de la position des individus (seuls les États et les OI sont des sujets)<sup>3184</sup>. Les personnes physiques<sup>3185</sup>, seules ou en groupes, ne sont prises en compte par l'ordre juridique international que de manière exceptionnelle. Les litiges territoriaux illustrent parfaitement le principe (inexistence de l'individu) et son exception (prise en compte à des fins limitées), nous débiterons par ce domaine avant de passer ponctuellement en revue les autres apparitions de l'individu.

#### a. *L'individu dans les différends territoriaux*

Parmi une riche jurisprudence, *Indonésie c. Malaise* énonce la règle et son exception. Un des enjeux était de déterminer l'influence de comportements de privés sur la souveraineté d'une île :

« L'Indonésie déclare pour finir que les eaux entourant Ligitan et Sipadan ont traditionnellement été utilisées par des pêcheurs indonésiens. Toutefois, la Cour fera observer que les activités de personnes privées ne sauraient être considérées comme des effectivités si elles ne se fondent pas sur une réglementation officielle ou ne se déroulent pas sous le contrôle de l'autorité publique »<sup>3186</sup>.

Les actes de privés ne sont pris en compte que s'ils s'inscrivent dans, et prolongent l'intention de l'État d'agir à titre de souverain<sup>3187</sup>, par exemple en vertu d'une habilitation ou d'un contrôle

---

la communauté internationale. Ce faisant, la Cour admet implicitement et à juste titre qu'un organe qui n'est pas chargé des relations internationales (la Cour elle-même) puisse engager les États-Unis sur le plan international (la question avait été évoquée dans un arrêt plus ancien dans lequel la Cour semblait rejeter cette hypothèse : *United States v. California* (United States Supreme Court), 14 octobre 1952, 57 ILR 54, p. 78, § 32).

<sup>3183</sup> Comme l'acquiescement d'instance du droit français ou l'*estoppel* de la common law, cf. *supra*, Ch. 4.I.C.

<sup>3184</sup> Ce postulat est « classique », il existe néanmoins d'autres tendances qui accordent plus de place à l'individu sur la scène internationale. Fondamentalement, l'adhésion à l'une ou l'autre tendance n'influence pas le contenu et les conclusions de cette section. Sur les conditions d'acquisition de la personnalité juridique internationale : G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., pp. 51-73.

<sup>3185</sup> Pour les personnes morales, cf. Ch. 5.I.C.4.

<sup>3186</sup> *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, Rec. 2002, p. 683, § 140.

<sup>3187</sup> *Ibid.*, p. 683, § 141.

étatique sur l'activité. Le tribunal s'attache alors à l'existence d'un règlement, l'activité des privés confirme sa mise en œuvre effective. Le critère est strictement interprété par la Cour : ni la durée, ni l'importance, ni l'absence d'opposition aux actes des privés ne permettent de compenser l'absence d'intention d'agir à titre de souverain <sup>3188</sup>.

Ces considérations sont applicables à d'autres domaines du droit. Si elle est pratiquée exclusivement par un État, l'activité de pêche ou de culture perlière privée peut être prise en compte afin d'ajuster une délimitation maritime (au stade des circonstances spéciales) <sup>3189</sup>. Dans le cadre de la pratique subséquente à un traité, les actes des privés doivent aussi être accomplis à titre de souverain <sup>3190</sup>.

L'affaire *Pérou c. Chili* offre un exemple où l'activité des privés est digne d'être prise en compte. L'existence d'un accord tacite relatif à une limite maritime est constatée : la Cour doit cependant déterminer jusqu'où s'étend cette limite en direction du large <sup>3191</sup>. Toute une série d'activités, de déclarations et de documents sont passés en revue pour fixer le point final de la limite <sup>3192</sup>. C'est à ce titre que la Cour prend en compte les activités de pêche des privés des deux États. Il est établi que l'accord tacite visait plusieurs buts, dont l'exclusion des navires étrangers afin de favoriser la pêche des privés, qui revêtait parfois une importance fondamentale pour la population et l'économie de la région <sup>3193</sup>. Le but de l'accord autorise – voire oblige – la Cour à examiner la distance maximale à laquelle les petites embarcations s'éloignaient des côtes (60 à 100 milles marins suivant le point de départ) <sup>3194</sup>. L'activité des pêcheurs est à la fois une activité privée et la preuve que l'État accomplit des actes à titre de souverain. La Cour ne se fonda pas sur cette seule activité afin d'établir la longueur de la limite <sup>3195</sup>, mais il est intéressant de

<sup>3188</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec. 1999*, p. 1079, § 87 ; p. 1081 ; p. 1087 ; pp. 1094-1095, §§ 74-75.

<sup>3189</sup> *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, 16 mars 2001, CIJ, *Rec. 2001*, pp. 112-113, §§ 235-236.

<sup>3190</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 47-50 ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec. 1999*, pp. 1094-1095, §§ 74-75.

<sup>3191</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec. 2014*, p. 41, § 102.

<sup>3192</sup> *Ibid.*, pp. 41-58.

<sup>3193</sup> *Ibid.*, p. 42, § 106 ; p. 44, § 108.

<sup>3194</sup> *Ibid.*, p. 44, § 108.

<sup>3195</sup> *Ibid.*, p. 45, § 111.

noter que la longueur finale correspond à 80 milles <sup>3196</sup> (la moyenne exacte des deux mesures précédemment évoquées *et* la distance maximale des espèces pêchées par les privés) <sup>3197</sup>. Ce n'est que parce qu'elle s'inscrivait dans le but et l'objet de l'accord tacite que l'activité de pêche privée était pertinente pour la détermination de la limite.

Dans *Droits de navigation et des droits connexes*, la Cour devait interpréter un traité (écrit) qui excluait tout droit de pêche du Costa Rica dans le fleuve San Juan <sup>3198</sup>. La question était de savoir si l'interdiction explicite du traité concernait *toutes* les formes de pêche <sup>3199</sup>, ou si la pêche de subsistance pratiquée de longue date par les riverains avant et après la conclusion du traité pouvait perdurer <sup>3200</sup> :

« De l'avis de la Cour, le 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 » <sup>3201</sup>.

Le Nicaragua n'avait jamais protesté contre ces activités privées et avait admis à l'instance qu'il laisserait cette pratique se poursuivre, il estimait par contre que c'est en vertu d'une « tolérance », et non d'un droit que cette pêche de subsistance pouvait se dérouler en contradiction avec les termes du traité de 1858 <sup>3202</sup>. Le Costa Rica s'était placé d'emblée sur le terrain coutumier pour asseoir la pratique de pêche des riverains et il fut suivi par la Cour <sup>3203</sup> :

« En conséquence, la Cour conclut que la pêche à des fins de subsistance pratiquée par les habitants de la rive costa-ricienne du San Juan depuis cette rive doit être respectée par le Nicaragua en tant que droit coutumier » <sup>3204</sup>.

Il aurait été tout aussi loisible d'invoquer une pratique subséquente aux termes de l'article 31 CVDT dans la mesure où il s'agissait d'interprétation et non de modification du traité de 1858. Cette

<sup>3196</sup> *Ibid.*, p. 57, § 149.

<sup>3197</sup> *Ibid.*, p. 46, §§ 106-107.

<sup>3198</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, pp. 263-266.

<sup>3199</sup> *Ibid.*, p. 265, § 141.

<sup>3200</sup> *Ibid.*, p. 263, §§ 134-135.

<sup>3201</sup> *Ibid.*, p. 266, § 141.

<sup>3202</sup> *Ibid.*, pp. 265-266.

<sup>3203</sup> *Ibid.*, p. 263, § 135 ; p. 266, § 144.

<sup>3204</sup> *Ibid.*, p. 266, § 144.

affaire démontre qu'en matière de coutume bilatérale également, les actes des privés peuvent être pris en compte pour autant qu'ils s'inscrivent dans, et prolongent, le comportement des États<sup>3205</sup>.

Les cas mis en évidence concernent des acquiescements *entre États*. L'individu participe à l'acquiescement uniquement par le prisme de la réalisation de ses conditions pour le compte d'un État<sup>3206</sup>, et non en tant que protagoniste principal.

#### b. *La protection diplomatique*

Les personnes physiques (individus ou groupes d'actionnaires) sont concernées par la protection diplomatique. Pour l'essentiel, nous renvoyons et nous nous inspirons de nos développements sur la prescription extinctive, il s'agit de la forme prise par l'acquiescement dans ce contexte<sup>3207</sup>. La question centrale est celle du retard à agir de l'individu (ou de la personne morale) et de l'impact de ce retard pour le succès de la prétention diplomatique lorsque l'État « prend fait et cause » pour son national. Chronologiquement, le retard à agir qui nous intéresse est celui de l'individu, entre le moment où il est victime d'une violation du droit des étrangers<sup>3208</sup> et le moment où il contacte son État de nationalité<sup>3209</sup>. Est-ce que ce retard, qui est uniquement dû à l'individu, flétrit les chances de succès de l'État de nationalité ? Est-ce que l'État auteur de la violation peut opposer le retard de l'individu à contacter son gouvernement en cas de litige international ? La réponse est positive<sup>3210</sup>, le retard d'un individu à agir aura pour effet de restreindre les chances de succès<sup>3211</sup>. Les considérations de destruction des preuves justifient cette limitation<sup>3212</sup>, ainsi que la présomption que l'inaction de l'individu laisse penser qu'il n'accorde pas d'importance à la violation subie<sup>3213</sup>.

<sup>3205</sup> *Ibid.*, pp. 265-266 : le Nicaragua n'avait pas formellement contesté la pratique, mais sa nature (tolérance à la place d'une coutume).

<sup>3206</sup> Accomplissement d'un comportement attribuable à l'État, comportement qui peut faire naître une charge de réagir.

<sup>3207</sup> *Supra*, Ch. 3.II.C.

<sup>3208</sup> Sauf en cas de déni de justice ou d'impossibilité d'accès aux tribunaux de l'État auteur de la violation, ce *dies a quo* débute lorsque la décision du dernier niveau de recours a été rendue.

<sup>3209</sup> L'autre moment est celui qui débute par la première réclamation diplomatique de l'État de nationalité : voy. la note doctrinale dans l'affaire *Louis Brand (États-Unis c. Pérou)*, 27 novembre 1863, Lapradelle-Politis, vol. II, p. 270.

<sup>3210</sup> R. PINTO, « La prescription en droit international », *op. cit.*, pp. 442-443.

<sup>3211</sup> E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, *op. cit.*, p. 825, § 384.

<sup>3212</sup> *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.

<sup>3213</sup> *Gentini Case*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 561.



Cependant, quand l'affaire arrive au stade interétatique, l'individu n'est pas directement parti au litige. Seuls les deux États sont concernés. Pourtant, la prescription peut être opposée à l'État de nationalité qui n'en est en fait nullement responsable. La logique bilatérale de l'acquiescement est à l'œuvre : État de nationalité et individu sont assimilés en un *unicum* opposé à l'État auteur de la violation. Ainsi, l'individu peut être fortement assimilé à son État de nationalité dans la protection diplomatique. Et ce, surtout quand l'ensemble de la dynamique d'actions et de réactions s'est déroulé entre l'individu et l'État auteur du trouble : l'État de nationalité ne fait que s'emparer de la prétention.

c. *Droits humains, droit international humanitaire, droit international pénal*

Ces domaines font apparaître directement l'individu sur la scène internationale. Par la présence de Cours et tribunaux internationaux et de mécanismes de répression mis en œuvre au niveau national <sup>3214</sup> l'individu peut être directement partie à un litige international. Ce n'est que parce que le droit international public le prévoit que cet affleurement sur la scène internationale survient.

(i) *Le droit international pénal*

Les articles 25, § 3 et 28, lit. a du Statut de la CPI (SCPI) ont retenu notre attention :

« Article 25 – Responsabilité pénale individuelle [...] »

3. Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : [...]

d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou

ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ; [...] ».

L'article 25, § 3 SCPI décrit l'entreprise criminelle commune (« ECC » ; *joint criminal enterprise*). L'article 28 concerne l'hypothèse dite du *respondeat superior* (*command responsibility*).

<sup>3214</sup> Compétence universelle, *aut dedere, aut iudicare*, etc.

« [...] a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ; [...] ».

Dans ces deux articles<sup>3215</sup>, l'acquiescement prend place entre individus (les membres de l'ECC ; le chef militaire et son subordonné) et il consiste en un *mode* de commission d'un crime international (conditions de la responsabilité pénale individuelle et attribution d'un comportement délictueux)<sup>3216</sup>.

L'ECC<sup>3217</sup> intègre l'acquiescement à son fonctionnement car la participation au crime et au plan commun peut être aussi bien explicite qu'implicite<sup>3218</sup> : « The agreement might also be inferred from subsequent concerted action of the co-perpetrators »<sup>3219</sup>. Un accord explicite entre les membres n'est pas nécessaire, c'est l'intention commune aux membres de l'entreprise criminelle qui est déterminante<sup>3220</sup>. Une participation « silencieuse » est donc possible<sup>3221</sup>.

<sup>3215</sup> Nous n'entrons pas dans le détail des interactions entre ces articles : O. TRIFFTERER et K. AMBOS (éds), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, op. cit., art. 25, pp. 1095-1096, §§ 108-109 ; p. 1105, §§ 137-138 ; H. VAN DER WILT, « Srebrenica: On Joint Criminal Enterprise, Aiding and Abetting and Command Responsibility », *Netherlands International Law Review*, vol. 62, 2015, pp. 229-241.

<sup>3216</sup> O. TRIFFTERER et K. AMBOS (éds), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., [s.l.], C. H. Beck/Hart/Nomos, art. 25, p. 985, § 3 ; p. 1027, § 56 ; art. 28, p. 1059, § 1.

<sup>3217</sup> La doctrine distingue généralement trois formes principales d'ECC : 1) tous les membres élaborent et mettent en œuvre un plan commun ; 2) un « système » est mis en place pour commettre un crime, l'accusé connaît ce plan et participe volontairement à sa mise en œuvre (exemple du camp de concentration) ; 3) un plan est mis en place pour commettre un crime, l'accusé y participe, mais le crime est différent de celui initialement prévu (« dol éventuel »).

<sup>3218</sup> O. TRIFFTERER et K. AMBOS (éds), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, op. cit., art. 25, p. 988, § 9.

<sup>3219</sup> *Ibid.*, p. 992, § 10.

<sup>3220</sup> *Ibid.*, pp. 989-990, § 9.

<sup>3221</sup> *Ibid.*, p. 1000, § 15 : « Mid-level perpetrators lack unlimited control, their actions might always be "disturbed" by superiors; therefore, they rather qualify as coperpetrators than indirect perpetrators assuming that they have an, at least, silent agreement with the direct, low-level perpetrators ».

L'ECC emploie aussi le critère de la connaissance des membres du groupe, cette connaissance est dirigée vers la réalisation des éléments du crime <sup>3222</sup>. Comme dans l'acquiescement (par analogie à la *constructive knowledge*), la connaissance requise n'est cependant pas une connaissance réelle et parfaitement informée : une connaissance « générale » de l'intention du groupe suffit (lit. i) <sup>3223</sup>, ou, alternativement, être conscient qu'un crime va probablement être commis (lit. ii) <sup>3224</sup>. Cette connaissance varie en fonction de l'échelon *hiérarchique* de participation à l'ECC (les simples soldats exécutent, les commandants font figure d'intermédiaire, ils répercutent les ordres transmis par les plus hautes instances militaires).

Le lien entre l'article 28 et l'acquiescement est plus immédiat. L'inaction du chef militaire (sa tolérance silencieuse) <sup>3225</sup> peut être interprétée comme un « consentement tacite » à la commission des crimes par ses subordonnés s'il était en mesure de savoir que la commission allait ou avait pris place. C'est donc la passivité et son contexte qui sont au centre de l'article 28, la définition donne les éléments qui permettent de valoriser l'inaction en un crime <sup>3226</sup>. La connaissance réelle, mais aussi celle « possible » en fonction des circonstances sont prises en compte afin de conclure à la culpabilité du chef militaire : l'article 28 tend donc vers un standard de *constructive knowledge* <sup>3227</sup>. Le TPIY avait jugé que l'absence temporaire d'un chef militaire ne l'exonère pas de devoir contrôler et s'informer de l'activité de ses subordonnés <sup>3228</sup>. La notion de « diligence requise » éclaire aussi la compréhension des devoirs du commandant et enserme le standard de connaissance auquel il doit satisfaire <sup>3229</sup>. Dans l'acquiescement, la condition de la charge de réagir est fonction de l'intérêt de l'État pour un domaine ou un droit particulier ; dans l'article 28 SCPI, c'est le statut de « commandant » qui crée cette obligation de réagir <sup>3230</sup>.

<sup>3222</sup> *Ibid.*, p. 992, § 10.

<sup>3223</sup> *Ibid.*, p. 1015, § 33.

<sup>3224</sup> *Ibid.*, p. 1015, § 34.

<sup>3225</sup> *Ibid.*, p. 1062, § 8.

<sup>3226</sup> *Ibid.*, p. 1062, §§ 8-9.

<sup>3227</sup> *Ibid.*, art. 28, pp. 1089-1091, §§ 95-97. Les circonstances sont déterminantes pour évaluer si le chef militaire s'est acquitté du devoir d'information.

<sup>3228</sup> H. VAN DER WILT, « Srebrenica: On Joint Criminal Enterprise, Aiding and Abetting and Command Responsibility », *Netherlands International Law Review*, vol. 62, 2015, p. 237.

<sup>3229</sup> *Ibid.*, art. 28, p. 1095, § 104.

<sup>3230</sup> *Ibid.*, p. 1095, § 105.

Les parallèles avec l'acquiescement sont multiples : les différentes conditions de l'article 25 SCPI sont entrelacées et des concepts similaires sont utilisés. Par exemple, la causalité est examinée sous l'angle d'un résultat hypothétique : est-ce que l'intervention du chef militaire aurait permis d'éviter le crime<sup>3231</sup> ? Pour l'acquiescement, il s'agit de voir si une protestation aurait empêché la modification de la situation juridique. Le comportement attendu est évalué de manière objective et circonstanciée, par référence à un « chef militaire moyen et diligent » placé dans la même situation, mais en tenant compte des réalités de la chaîne de commandement et des possibilités de modifier les ordres pour le chef militaire<sup>3232</sup>. La reconstruction hypothétique de la situation est aussi caractéristique de l'acquiescement : le tribunal examine *rétrospectivement* les mesures qui pouvaient être objectivement prises par un État « diligent » pour éviter une perte de droit.

Dans ces deux articles, c'est dans une dynamique d'attribution ou de participation que l'acquiescement est employé – un trait distinctif de sa présence dans les « droits humains ». Il n'y a pas « d'acteurs » à proprement parler comme dans les cas examinés jusqu'ici, l'acquiescement joue le rôle de critère pour conclure à la participation à un crime. Dans l'ECC, l'acquiescement est validé si l'inculpé s'est joint tacitement au but criminel ; dans la *command responsibility*, il s'agit de voir si l'inaction ou action insuffisante du chef militaire le rend coupable.

## (ii) *Le droit international humanitaire*

L'article 4, lit. A, § 2 CG III prévoit :

« Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi : [...]

2. *Les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit* et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes [...] »<sup>3233</sup>.

Les « partisans » accèdent au statut de prisonniers de guerre s'ils remplissent certains critères, cette protection étant subordonnée à l'établissement d'un lien entre les milices et une partie étatique

<sup>3231</sup> *Ibid.*, pp. 1096-1097, § 110.

<sup>3232</sup> *Ibid.*, p. 1101, §§ 120-§ 122.

<sup>3233</sup> Nos italiques.

au conflit. Tout le problème est de voir comment ce lien peut être créé. Historiquement il fallait une autorisation explicite de la partie au conflit concernée :

« Cette condition n'est plus considérée comme indispensable depuis les Conférences de La Haye. Une "liaison de fait" entre l'organisation de résistance et le sujet de droit international se trouvant en état de guerre est indispensable. Mais elle est suffisante. *Cette "liaison de fait" peut se manifester par un simple accord tacite, le caractère des opérations indiquant clairement au service de quelle Partie l'organisation de résistance exécute ses opérations [...]* » <sup>3234</sup>.

Les acteurs de l'acquiescement sont, d'un côté, un groupe d'individus (les membres de la milice) et, de l'autre, une partie au conflit (un État). L'acquiescement est discipliné par son effet, à savoir définir le cercle des bénéficiaires du statut de prisonnier de guerre. Concrètement, comment la partie adverse qui capture un combattant au sens de l'article 4, lit. A, § 2 CG III peut-elle savoir qu'il fait partie d'une milice ? L'acquiescement se noue entre deux acteurs *étrangers* à la partie adverse (*res inter alios acta*). C'est ici qu'intervient en deux temps le caractère systématique du droit, et du DIH en particulier : même si l'acquiescement est inconnu à la partie adverse, celle-ci devra partir du principe qu'il s'agit d'un prisonnier de guerre puisqu'il satisfait aux conditions de l'article (porter ouvertement les armes, être clairement identifié, etc.). Dans un second temps, et en cas de doute *après* la capture, la présomption réfragable est d'accorder le statut de prisonnier <sup>3235</sup>. L'acquiescement entre les miliciens et la partie au conflit est bien une *res inter alios acta* <sup>3236</sup>, mais la satisfaction de certaines conditions permet à la partie adverse d'identifier les individus devant

<sup>3234</sup> J. PICTET (éd.), *Commentaire. III La Convention de Genève relative à la protection des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1959, p. 64, nos italiques (version en ligne, accès au 2 juin 2020 : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/375>). L'exemple en note n° 24 est la fourniture d'armes aux groupes de partisans.

<sup>3235</sup> Art. 5 CG III : « [S]'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent » ; R. KOLB et R. HYDE, *An introduction to the international law of armed conflicts*, Oxford, Hart, 2008, pp. 203-204, § 6.

<sup>3236</sup> Partant, tant les miliciens que les parties au conflit pourraient briser ce lien *sans* en référer à la partie adverse. À titre d'hypothèse, une milice pourrait cesser de partager les buts de la partie au conflit et s'opposer à la partie, voire rejoindre la partie initialement adverse. En tant que statut, seul compte le moment de la capture pour établir le régime octroyé à l'individu capturé.

bénéficier du statut de prisonnier de guerre. Ici comme en droit international pénal, l'acquiescement poursuit un but *d'attribution* au sens large : en partageant le même but qu'une partie au conflit, les miliciens se voient attribuer un statut. Par contre, nous sommes ici vraiment en présence de deux *acteurs* de l'acquiescement.

En prolongeant ce registre, l'acquiescement pourrait aussi être présent dans les conflits internes (CANI) relativement à l'acceptation et l'application du droit humanitaire. L'Organisation non gouvernementale « Appel de Genève » poursuit un but de protection des civils dans les conflits armés, et dans les CANI tout particulièrement<sup>3237</sup>. Dans ce cadre, l'ONG incite les groupes armés à signer des « actes d'engagements » afin de respecter le DIH<sup>3238</sup>. Bien que le DIH s'applique aussi aux acteurs non étatiques, la situation n'est pas toujours exempte d'incertitudes<sup>3239</sup>, et ces « actes d'engagements » permettent de supprimer les doutes et/ou d'étendre les obligations à charge des groupes armés<sup>3240</sup>. Une solution pour pallier l'incertitude est de retenir que même en l'absence d'un « acte d'engagement », la pratique et les déclarations des groupes armés pourraient établir leur acquiescement à être lié par le DIH<sup>3241</sup>. En tant que mode informel de consentement à être lié, l'acquiescement aurait un rôle à jouer :

« A plausible means of ensuring respect for and implementation of IHL and IHRL by ANSAs [armed non state actors] is to take into account some form of consent to be bound by the law. This consent could be found in their practices, codes of conduct or written declarations. *The main challenge for this proposal would be the possible lowering of legal standards* »<sup>3242</sup>.

Cet acquiescement se nouerait entre le groupe armé et l'ensemble des autres États parties à la Convention concernée, il serait équivalent dans ses effets à une ratification en bonne et due forme entre États.

<sup>3237</sup> « Geneva Call » : <https://www.genevacall.org/fr/what-we-do/> (consulté le 2 juin 2020).

<sup>3238</sup> Par ex. la protection des déplacés internes, la protection des enfants, l'interdiction des mines antipersonnel. A. BELLAL et E. HEFFES, « “Yes, I Do”: Binding Armed Non-State Actors to IHL and Human Rights Norms Through their Consent », *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 12 (1), 2018, p. 132.

<sup>3239</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>3240</sup> *Ibid.*, pp. 122-127.

<sup>3241</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>3242</sup> *Ibid.*, p. 132. IHL : international humanitarian law. IHRL : international human rights law (*ibid.*, p. 120).

(iii) *Les droits humains*

Les individus peuvent aussi bénéficier d'un acquiescement dans le cadre des droits humains, à l'exemple de la garantie de la propriété telle que consacrée par le premier protocole à la CEDH <sup>3243</sup>. Un individu, un groupe d'individu, voire une personne morale peut entrer illégalement en possession d'un meuble ou d'un immeuble et, si certaines conditions sont remplies, opposer la situation à l'État. Une auteure identifie notamment les « Actions and actual conduct of the authorities » comme sources d'attentes légitimes au profit de l'administré <sup>3244</sup>. En percevant des impôts sur une propriété, en fournissant des services publics à des parcelles, en laissant une situation s'éterniser ou en la tolérant, en restant passif tout en ayant connaissance d'une situation, les autorités d'un État peuvent acquiescer à ce qu'un bien entre dans la possession ou propriété d'un individu <sup>3245</sup>. Les critères de l'acquiescement sont utilisés afin d'établir si les « legitimates expectations » d'un individu méritent d'être protégées (connaissance, passivité, temps) <sup>3246</sup>. La dynamique d'actions et de réactions est répliquée : en réponse à la conduite erronée de l'État, l'individu doit, par des actes positifs, démontrer qu'il s'estime légitimement en possession du bien <sup>3247</sup>. Toutes les possessions auxquelles l'État a « acquiescé » ne sont cependant pas protégées, le test ultime pour consacrer cet état de fait est de vérifier que la balance des intérêts le justifie (intérêt de l'individu à la protection de la situation ; intérêt de l'État à ne pas consacrer une situation illégale) <sup>3248</sup>.

Cet acquiescement à la propriété se noue entre un individu et l'État, toujours dans les mêmes rôles : la tolérance de l'État envers une situation illicite entraîne sa conversion en situation licite et digne de protection. Le comportement initialement illicite de l'individu fait figure de prétention entraînant une obligation de réagir.

D'autres acquiescements existent en matière de droits humains (dans le cadre de la protection contre les disparitions forcées, la torture, et le statut de réfugiés) <sup>3249</sup>. Mais à la différence de l'exemple

<sup>3243</sup> *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signé à Paris, le 20 mars 1952.*

<sup>3244</sup> M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 142 et s.

<sup>3245</sup> *Ibid.*, pp. 149-155.

<sup>3246</sup> *Ibid.*, pp. 153-154.

<sup>3247</sup> *Ibid.*, pp. 172-175.

<sup>3248</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>3249</sup> *Cf. supra*, Ch. 4.I.A, il s'agit d'un acquiescement-attribution.

de la garantie de la propriété qui fait apparaître deux véritables acteurs, ils concernent l'obtention d'un statut ou la vérification d'un crime commis par l'État (l'individu n'y joue qu'un rôle accessoire).

(iv) *Les immunités*

Le droit des immunités accorde une petite place à l'individu. C'est l'État qui est titulaire de l'immunité, mais cette dernière peut profiter à son organe. La règle est que seul l'État peut décider de lever l'immunité. En ne s'opposant pas à la compétence d'un tribunal ou en signant un accord d'arbitrage, l'État renonce implicitement à l'immunité<sup>3250</sup>. Par contre, le seul silence semble insuffisant à la levée implicite : un acte positif doit être accompli par l'État<sup>3251</sup>.

Quelle est la situation en matière d'immunité pénale des organes de l'État ? L'immunité appartient aussi à l'État, qui est en droit de la lever ou non, sans consulter l'organe concerné<sup>3252</sup>. Par contre, une levée implicite de l'immunité ne semble pas envisageable : les deux États communiquent et abordent expressément cette question. Les cas énumérés dans la jurisprudence semblent indiquer que la levée de l'immunité pénale a toujours pris place de manière explicite<sup>3253</sup>. Dans une étude de 2008, la CDI scrute le problème et conclut que si les renonciations implicites à l'immunité sur le plan civil existent et sont documentées, la levée implicite de l'immunité pénale n'est généralement pas acceptée<sup>3254</sup>. Nous pouvons tout au plus dessiner une tendance : la ratification par un État d'instruments de droits humains ou de droit international pénal sera peut-être interprétée comme une renonciation implicite *a priori* en cas de poursuite d'un organe accusé de crimes (les crimes de *ius cogens* seront les premiers concernés)<sup>3255</sup>. En tout état de cause, l'acquiescement se noue ici entre deux États : celui qui este, et celui dont l'organe est concerné par l'instance. L'individu ne joue pas de rôle

<sup>3250</sup> G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU (éds), *La pratique des États concernant les immunités des États*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 59-63.

<sup>3251</sup> *Ibid.*, p. 64. Dans l'article 8 de la Convention de 2004 sur les immunités, l'État qui comparaît ou prend position sur le fond est considéré avoir agi. À l'inverse, un État qui ne comparaît pas ne serait pas considéré avoir acquiescé.

<sup>3252</sup> E. H. FRANEY, *Immunity, Individuals and International Law*, Londres, London School of Economics, 2009, p. 204.

<sup>3253</sup> *Ibid.*, pp. 205-206 et p. 342.

<sup>3254</sup> CDI, *Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*, Mémoire du secrétariat, Doc. A/CN.4/596, 31 mars 2008, pp. 176-182.

<sup>3255</sup> X. YANG, *State Immunity in International Law*, *op. cit.*, pp. 340-341 ; E. H. FRANEY, *Immunity, Individuals and International Law*, *op. cit.*, pp. 245-279.



dans cette constellation et il n'est concerné que par les *effets* de l'acquiescement (il ne participe pas en tant qu'acteur à l'émergence de l'acquiescement, il n'a pas de moyens de le faire échouer).

(v) *Excursus – Les révoltés du Bounty*

Au niveau étatique, l'acquiescement est parfois utilisé à l'égard d'individus ou de groupes d'individus. Dans *The Queen v. Seven Named Accused*, une question à résoudre était celle de l'existence de la souveraineté britannique sur les îles Pitcairn (l'affaire implique des descendants des révoltés du *Bounty*)<sup>3256</sup>. Le tribunal suit deux chemins pour affirmer sa compétence : 1) la souveraineté est établie au niveau international, elle n'a apparemment pas été disputée, le Royaume-Uni se repose sur l'acquiescement et l'*estoppel* des autres États<sup>3257</sup>. Contrairement aux réflexions américaines vues *supra*<sup>3258</sup>, l'arrêt britannique prend bien soin de préciser que le traitement du droit international public dépasse la compétence de la Cour et qu'il n'est fait que pour donner un contexte à l'accusation des individus<sup>3259</sup>. 2) Les individus ont eux-mêmes acquiescé, au niveau interne, à être traités comme des sujets britanniques vu leurs réactions à l'application des lois :

« We agree that “cession”, or the “yielding up of property rights”, means something other than capitulation or granting property rights in the context of this Statute [une loi britannique de 1890]. However, *capitulation can be taken to mean “acquiescence”, and it is clear that the Islanders did so capitulate in relation to British laws and governance* »<sup>3260</sup>.

L'arrêt utilise l'application des lois internes à un double titre : pour prouver aux accusés – qui s'en défendaient – qu'ils étaient bien des citoyens britanniques car leurs ancêtres n'avaient pas contesté l'autorité de la couronne sur l'île<sup>3261</sup>. À titre externe aussi car l'application des lois démontre que le Royaume-Uni s'est comporté en tant que souverain sur l'île<sup>3262</sup>.

<sup>3256</sup> *The Queen v. Seven Named Accused*, Pitcairn Island, Supreme Court, 19 avril 2004 ; Court of Appeal, 5 août 2004, 127 ILR 232, pp. 232 et s.

<sup>3257</sup> *Ibid.*, pp. 272-273.

<sup>3258</sup> Cf. Ch. 5.I.C.2.b, à propos de l'affaire *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 422, § 84.

<sup>3259</sup> *The Queen v. Seven Named Accused*, Pitcairn Island, Supreme Court, 19 avril 2004 ; Court of Appeal, 5 août 2004, 127 ILR 232, p. 272, § 152.

<sup>3260</sup> *Ibid.*, p. 260, § 101, nos italiques.

<sup>3261</sup> *Ibid.*, pp. 263-271.

<sup>3262</sup> *Ibid.*, p. 273, § 157.

L'intérêt de cette affaire réside dans le transperçement de l'acquiescement entre la scène interne et internationale. Nous avons vu *supra* (3.a.) que le comportement d'individus privés n'est pas une marque de la souveraineté d'un État, sauf s'ils agissent dans le cadre d'une habilitation. C'est dans cette optique, mais pas uniquement, que l'application des lois britanniques aux îliens est mise en exergue par la Cour suprême. C'est chronologiquement grâce à l'acquiescement des îliens que ces lois sont susceptibles de manifester la souveraineté du Royaume-Uni à l'égard des autres États :

« In applying the principles from the above cases, the Public Prosecutor submitted that British sovereignty is established in the same sorts of ways over Pitcairn. *For example, the establishment of laws and courts, the machinery of Government, the provision of financial support, overseas recognition of British sovereignty by foreign States (including New Zealand and France), United Nations and European Union recognition of British sovereignty, the absence of competing claims to sovereignty and the recognition and acquiescence of the inhabitants of the Island* »<sup>3263</sup>.

L'acquiescement interne des individus à l'autorité de l'État est propulsé sur la scène internationale. Dans le cadre particulier de l'établissement de la souveraineté sur un territoire faiblement organisé<sup>3264</sup>, l'acquiescement qui se joue entre les individus et l'État prend une ampleur internationale. Ce cas de figure se rencontre dans les affaires coloniales<sup>3265</sup>. L'acquiescement utilisé découle du droit international et implique des individus et l'État. L'importance accrue accordée au comportement des individus s'explique et se légitime quand le territoire n'est pas revendiqué par d'autres États, ce qui était le cas dans cette affaire<sup>3266</sup>. Les situations territoriales n'étant pas considérées comme des *res inter alios acta* (l'existence d'une frontière est opposable à l'ensemble des États)<sup>3267</sup>, l'acquiescement de privés peut donc produire des effets à l'égard des autres États que le Royaume-Uni.

<sup>3263</sup> *Ibid.*, pp. 272-273, § 157.

<sup>3264</sup> Ch. SALOMON, *L'occupation des territoires sans maître*, op. cit., pp. 232-236.

<sup>3265</sup> *The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, Sentence du 6 juin 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 22. Cité *supra*, Ch.5.I.C.1.

<sup>3266</sup> *The Queen v. Seven Named Accused*, Pitcairn Island, Supreme Court, 19 avril 2004 ; Court of Appeal, 5 août 2004, 127 ILR 232, p. 273, § 157.

<sup>3267</sup> *Costa Rica v. Nicaragua*, Central American Court of Justice, arrêt, 30 septembre 1916, in *AJIL*, vol. 11 (1), 1917, pp. 218-221.

d. *Synthèse*

L'individu ou un groupe d'individus peut participer en tant qu'acteur à un acquiescement avec un État. Ces cas sont toutefois discrets et remplissent des buts variés, le principe que l'individu n'est pas un sujet du droit international public et qu'il n'apparaît sur la scène internationale qu'en raison de dispositions particulières est confirmé. En dehors d'un rôle de protagoniste, le droit international peut se servir de l'acquiescement de l'individu afin de lui attribuer un statut (prisonnier de guerre). Dans d'autres cas, sans être partie à l'acquiescement (qui se joue alors entre États), l'individu est concerné de manière médiate par son effet final (consécration d'un droit coutumier de pêche pour des riverains).

4. *Les personnes morales (entreprises et multinationales)*

Les personnes morales répondent aux mêmes considérations que les personnes physiques : leur prise en compte est occasionnelle, elles apparaissent par exemple dans le domaine de la protection diplomatique (*supra*, 3.b). Ce domaine a connu des développements particuliers pour les entreprises multinationales, les litiges d'investissements avec les États hôtes constituent une branche à part entière du droit international public. C'est sous cet angle que nous débutons cette section.

a. *Droit des investissements*

Les investissements d'entreprises et les litiges qui en découlent avec l'État d'accueil bénéficient de structures d'arbitrages mises en place notamment par l'ICSID<sup>3268</sup> (International Centre for Settlement of Investment Disputes). Un différend typique qui peut survenir est la frustration du traitement juste et équitable et des attentes légitimes de l'entreprise par l'État d'accueil (*fair and equitable treatment ; legitimate expectations*). L'acquiescement se joue entre les deux acteurs de manière unilatérale : c'est toujours l'entreprise qui pourra se prévaloir de promesses, explicites ou non, de comportements, ou encore de « representations »<sup>3269</sup>. Les attentes légitimes sont frustrées si, par son comportement ou ses déclarations, l'État d'accueil a acquiescé à la création d'une

<sup>3268</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes, CIRDI en français.

<sup>3269</sup> Pour de plus amples développements, cf. *supra*, Ch. 4.I.C.

situation dont l'entreprise a pu bénéficier<sup>3270</sup>. L'acquiescement des litiges d'investissements lorgne vers l'*estoppel* : l'entreprise devra probablement démontrer comment le changement d'attitude de l'État a affecté sa situation.

Une affaire opposant une entreprise au Kenya au sujet de la révocation d'une concession minière offre un aperçu de l'argumentation type de ces cas d'investissements :

« As part of their FET claim, the Claimants contend that the treatment they received from various State officials and authorities was arbitrary, unreasonable, discriminatory, and lacking in transparency. Further, *by issuing and approving CMK's licences and acquiescing in the Claimants' activities at Mrima Hill, the State frequently affirmed the legality of the Claimants' investments*. Indeed, the State also made positive representations to the Claimants that it supported the Claimants' investments in Mrima Hill. *Such representations and approvals generated legitimate expectations on the part of the Claimants, namely that they held valid and enforceable mining rights to Mrima Hill. The Claimants have reserved their right to argue that the State is estopped (or barred by principles of preclusion or acquiescence) from denying that valid and enforceable mining rights were granted to the Claimants in respect of Mrima Hill* »<sup>3271</sup>.

L'acquiescement/*estoppel* s'ancre dans le *fair and equitable treatment* dû à l'entreprise, et il ne fut finalement pas retenu : l'organe ayant délivré la licence minière n'avait pas l'autorité pour le faire et il contrevenait aux lois kenyanes<sup>3272</sup>. Le tribunal retient en outre que l'entreprise était au courant de ces limitations et qu'elle ne pouvait pas s'attendre à ce que la concession soit considérée comme valide<sup>3273</sup>. Les actes *ultra vires* du commissaire aux mines<sup>3274</sup> ne profitent pas à l'entreprise car elle aurait dû remarquer les incohérences de la procédure. L'attitude générale de l'État n'a pas eu pour effet d'assainir – par acquiescement – les défauts de la concession<sup>3275</sup>.

<sup>3270</sup> R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>3271</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, Procedural Order no. 5 on Document Production, 5 mai 2017, ICSID Case No. ARB/15/29, pp. 5-6, § 3.6.

<sup>3272</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, Award, 22 octobre 2018, ICSID Case No. ARB/15/29, p. 83, § 222.

<sup>3273</sup> *Ibid.*, p. 83, § 223.

<sup>3274</sup> *Ibid.*, p. 42, § 116.

<sup>3275</sup> Le gouvernement Kenyan s'est distancié du commissaire aux mines (M. Masibo) et l'a accusé de corruption : *ibid.*, pp. 141-143.

L'acquiescement est aussi présent en dehors du « FET », il peut être employé de manière générale dans les litiges d'investissements pour vérifier si des attentes ont été créées par rapport à l'application d'un traité ou de lois nationales<sup>3276</sup>. L'acquiescement est parfois employé afin d'assainir des conditions procédurales propres aux litiges auprès des tribunaux arbitraux (compétence du tribunal et admissibilité de la requête, par analogie au *forum prorogatum*)<sup>3277</sup>. Cet échantillon démontre un usage large de l'acquiescement dans les litiges entre entreprises et États. Les multinationales peuvent librement invoquer l'acquiescement car le droit appliqué par les tribunaux est bien du droit international public. Quand l'acquiescement n'est pas invoqué dans le cadre du « FET », il peut profiter aussi bien à l'entreprise qu'à l'État.

#### b. *Droits humains et immunités*

Les entreprises sont titulaires des droits humains, elles peuvent actionner un État auprès de la CEDH, ces affaires pourraient alors faire apparaître un acquiescement<sup>3278</sup>. Dans une perspective historique, les « compagnies à charte »<sup>3279</sup> (des entreprises qui colonisaient des territoires pour et sur autorisation de l'État) ont pu faire apparaître des acquiescements avec l'État ou les souverains locaux<sup>3280</sup>. Le droit des immunités et la renonciation implicite à celle-ci s'appliquent aux entreprises détenues majoritairement par un État, les remarques faites au sujet des individus sont aussi valables.

<sup>3276</sup> *Marvin Feldman v. Mexico*, Award, 16 décembre 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, pp. 505-509 (*estoppel*).

<sup>3277</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 19 décembre 2012, ICSID Case No. ARB/07/26, pp. 33-38, §§ 112-125.

<sup>3278</sup> Les droits les plus pertinents sont la garantie de la propriété, la liberté d'expression, le droit à un procès équitable et le respect de la vie privée.

<sup>3279</sup> A. MÉRIGNHAC, *Traité de législation et d'économie coloniales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1925, pp. 192-199.

<sup>3280</sup> *The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, Sentence du 6 juin 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 22 (« That, however, the right of the British State as the successor to Holland, to whom the Colony belonged, is based on the exercise of rights of jurisdiction by the Dutch West India Company, which, furnished with sovereign powers by the Dutch Government, performed acts of sovereign authority over certain places in the zone under discussion, regulating the commerce carried on for a long time there by the Dutch, submitting it to discipline, subjecting it to the orders of the Governor of the Colony, and obtaining from the natives a partial recognition of the power of that official », nos italiques).

c. *Responsabilité sociétale des entreprises (corporate social responsibility).*

Cette forme de « responsabilité » s'articule autour de plusieurs considérations : l'obligation pour les filiales d'une multinationale de respecter les droits humains et la protection de l'environnement, la protection des populations locales, et, point décisif, la possibilité pour les lésés de s'adresser aux tribunaux de la société-mère si leurs chances de succès sont compromises auprès des juridictions locales. Ainsi, en cas de pollution due à l'activité d'une filiale d'une société britannique en Zambie, les individus lésés pourraient s'adresser aux tribunaux britanniques afin d'obtenir réparation<sup>3281</sup>. Les affaires analogues se multiplient devant les Cours internes, une Convention des Nations unies est en cours de négociation<sup>3282</sup>, et des projets de lois nationales émergent.

Nos connaissances sont trop limitées pour affirmer que l'acquiescement se manifeste dans le fonctionnement de cette responsabilité sociétale<sup>3283</sup>. Pour l'instant, ce sont plutôt les acteurs qui nous retiennent, ils sont au nombre de quatre : *l'État* du siège de la multinationale (1), *la société multinationale* sise dans cet État (2), *sa filiale* sise dans l'État où la violation survient (3), et *les individus* dont les droits sont violés (4). La société et sa filiale (2 et 3) sont traitées comme un seul acteur. En dehors d'une convention – pour l'instant inexistante – c'est par la voie du droit coutumier que la responsabilité sociétale peut se développer<sup>3284</sup>. L'activité des individus et de la société peut être valorisée comme un *comportement*

<sup>3281</sup> *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*, United Kingdom Supreme Court, Judgement, 10 avril 2019, 2019 UKSC 20, pp. 2-3.

<sup>3282</sup> Un projet de convention « sur les activités commerciales et les droits de l'homme » est à l'étude. Le Conseil des droits de l'homme préside les travaux : <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc> (état au 23 mai 2023).

<sup>3283</sup> Un des piliers de cette responsabilité est l'obligation pour l'entreprise et la filiale de prendre toutes les mesures nécessaires (*due diligence*) afin d'éviter la création d'un risque. Par ex. en sécurisant les installations, en faisant régulièrement des rapports sur l'activité de la compagnie. Par hypothèse, cette obligation ne serait pas remplie si, alors qu'elle était avertie d'un risque (connaissance présumée ou réelle), l'entreprise a renoncé à agir. Dans cette hypothèse, l'entreprise « acquiescerait » au risque et serait responsable de la violation des droits humains qui en résulte. L'acquiescement est utilisé dans une optique d'attribution (par analogie avec la *command responsibility* vue dans la section relative au droit international pénal : 3.c.i).

<sup>3284</sup> K. STEFANIK, « Rise of the Corporation and Corporate Social Responsibility: The Case for Corporate Customary International Law », *Annuaire canadien de droit international*, vol. 54, 2016, pp. 276-308.

(élément objectif). Nous avons vu plus haut que la pêche de subsistance de riverains avait largement contribué à l'apparition d'une coutume bilatérale<sup>3285</sup>. Il en irait de même avec les sociétés et les individus victimes : certaines sociétés mettent volontairement en œuvre la protection des droits humains par leurs filiales ou établissent des rapports sur le respect des droits humains<sup>3286</sup>. Et c'est en actionnant les tribunaux étrangers que les individus créeraient de la pratique. Il appartient aux États de *valoriser* cette pratique : c'est en entrant en matière sur la responsabilité sociétale que les tribunaux internes participent à la pratique<sup>3287</sup> et émettent une *opinio iuris* (en fonction de la solution au fond). Si les États ne s'opposent pas à la pratique des sociétés et des tribunaux, une coutume peut émerger et, à terme, obliger *tous* les tribunaux étatiques à se déclarer compétents en cas de litige sur la responsabilité sociétale. La responsabilité sociétale est importante pour notre propos car elle met en évidence l'influence du comportement des sociétés dans la création d'une coutume<sup>3288</sup>. Le comportement des sociétés peut contribuer à manifester l'acquiescement de l'État à la formation d'une coutume<sup>3289</sup>.

#### d. Synthèse

Le rôle des entreprises ressemble à celui tenu par les personnes physiques. Leur place est discrète dans le droit international public, et les cas d'acquiescements directs entre l'entreprise et un État le sont tout autant. La particularité des entreprises est de pouvoir bénéficier d'un acquiescement à sens unique dans le droit des investissements (cadre restreint du standard de protection du *fair and equitable treatment*). Pour l'instant les entreprises ne sont pas astreintes à un régime de responsabilité dans le droit international pénal et humanitaire. Cette situation pourrait être amenée à évoluer, le concept de *corporate social responsibility*

<sup>3285</sup> Section précédente, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 266, § 141.

<sup>3286</sup> K. STEFANIK, « Rise of the Corporation and Corporate Social Responsibility: The Case for Corporate Customary International Law », *op. cit.*, pp. 296-297.

<sup>3287</sup> Comme la Cour suprême du Royaume-Uni l'a fait en 2019 : *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*, United Kingdom Supreme Court, Judgement, 10 avril 2019, 2019 UKSC 20, p. 37, § 102.

<sup>3288</sup> K. STEFANIK, « Rise of the Corporation and Corporate Social Responsibility: The Case for Corporate Customary International Law », *op. cit.*, pp. 307-308.

<sup>3289</sup> *Ibid.*, pp. 302-304. L'auteur franchit un pas de plus : il attribue une *opinio iuris* aux entreprises (pp. 301-302).



marque un pas dans cette direction. La responsabilité sociétale a fait apparaître *comment* le comportement des entreprises peut contribuer à l'apparition d'une coutume internationale et manifester l'acquiescement de l'État de domicile de l'entreprise. Un trait commun des acquiescements impliquant les personnes physiques et morales est d'être fortement discipliné par son effet final et sa consécration dans des textes conventionnels. Alors que pour les États l'acquiescement possède une dimension générale et un cadre d'application potentiellement illimité, l'acquiescement des personnes physiques et morales est strictement cantonné à des problèmes ponctuels ou à des domaines précis. L'individu participe à l'acquiescement sans en être l'acteur principal, il est concerné par les *effets* de l'acquiescement sans avoir nécessairement la possibilité de l'interrompre.

#### D. Synthèse

Les développements relatifs aux acteurs de l'acquiescement sont longs, mais il était important pour nous d'énumérer le maximum « d'entités » concernées : elles illustrent sa nature de principe général de droit qui traverse l'ensemble du droit international public. Ces développements nous permettent de démontrer que les formes d'acquiescements sont très nombreuses.

Les auteurs constituent un « aspect » plutôt qu'une condition de l'acquiescement au sens strict car il s'agit d'un présupposé nécessaire à son application. Les tribunaux n'abordent généralement pas explicitement la question des acteurs d'un acquiescement. Quand cette question est examinée, c'est par ex. dans le but de déterminer à *qui* l'acquiescement peut être opposé (dans une perspective de *res inter alios acta*)<sup>3290</sup>. L'acquiescement opère selon une logique bilatérale, d'où l'importance d'en identifier les protagonistes : A acquiesce et B est au bénéfice de l'acquiescement (création d'un droit, etc.). Mais tant A que B peuvent recouvrir plusieurs sujets ou entités. Trois États peuvent ainsi être au bénéfice de la création d'une baie historique (B) et c'est l'acquiescement de la communauté internationale qui le permet (A)<sup>3291</sup>.

<sup>3290</sup> Voy. par ex. : *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, 15 décembre 1997, *RBDI*, vol. 1997/1, p. 393, § 43.

<sup>3291</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras, Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec.* 1992, p. 598, § 400 ; *The Republic*



La formule *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* insiste sur le fonctionnement de l'institution plus que sur les parties qui y prennent part. Elle est d'ailleurs formulée de manière unilatérale : la situation est perçue du point de vue de l'acteur qui perd un droit alors qu'il aurait dû réagir. Si dans la plupart des cas, l'acquiescement implique deux entités, une « gagnante » et une « perdante », il peut aussi être utilisé afin d'identifier un changement de statut. Le droit international pénal fait un tel usage de l'acquiescement dans l'ECC et la responsabilité du supérieur militaire (art. 25, § 3 et 28 SCPI). Le chef militaire qui « acquiesce » à la commission de crime en sera tenu pour responsable. L'attribution d'un statut est une des variantes de l'acquiescement. Au niveau étatique, l'inaction d'un État face à des violations des droits humains peut également être considérée comme un acquiescement, ce qui résultera en la commission d'un crime par l'État (torture, disparition forcée)<sup>3292</sup>. Et ce, sans qu'il y ait réellement d'autres « parties » à l'acquiescement qui soient à égalité avec l'État et en mesure d'en empêcher la concrétisation. Il existe ainsi des types d'acquiescements où le comportement de l'acquiesçant prend une importance prépondérante.

L'acquiescement-phare est bien entendu celui interétatique, qui se manifeste en particulier dans les litiges territoriaux. La doctrine s'est donc orientée vers l'analyse des conditions de fonctionnement (silence, temps, réaction, protestation), alors que l'identification des parties appartient plutôt au cadre, au prérequis qui préside à la naissance d'un acquiescement. Dans la jurisprudence, cela s'illustre par le renvoi d'un comportement à un État de manière monolithique plutôt que de mener un examen précis de l'organe auteur du comportement<sup>3293</sup>. Dans certains domaines, l'acquiescement prend les habits d'autres institutions, comme la pratique subséquente à un

---

of *El Salvador v. the Republic of Nicaragua*, Sentence du 9 mars 1917, *AJIL*, 1917, vol. 11 (3), pp. 701, 711.

<sup>3292</sup> Par ex. : art. 2 de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* : « 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 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 ».

<sup>3293</sup> *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 161-162.

traité (art. 31, § 3, lit. b CVDT). La recherche se concentre donc sur les acteurs de cette *pratique*, tout en étant compatible avec les acteurs que nous avons identifiés<sup>3294</sup>.

Au sujet de l'État, nos investigations se sont concentrées sur l'établissement d'une « double hiérarchie » : hiérarchie des organes, hiérarchie des comportements. Les comportements les plus autoritaires pour établir ou faire échec à un acquiescement émanent du sommet de l'État et consistent en des déclarations. À l'inverse, les actes et attitudes, omissions des fonctionnaires subalternes seront de moindre valeur. En cas de contradiction entre les échelons hiérarchiques, c'est le comportement du sommet qui prime dans l'écrasante majorité des cas. Pour autant qu'il ne soit pas évident à reconnaître comme tel par l'autre partie (limite de la bonne foi), un comportement *ultra vires* d'un organe peut aussi être pris en compte pour établir un acquiescement ou susciter des attentes légitimes<sup>3295</sup>.

L'examen de la jurisprudence de l'État comme acteur a surtout fait apparaître trois *niveaux* hiérarchiques : le sommet, qui correspond *grosso modo* à la troïka, un niveau intermédiaire, et les autorités et organes subalternes. Le niveau intermédiaire est le plus difficile à appréhender car il s'agit de fonctionnaires spécialisés qui agissent et acquiescent dans leur domaine de compétence. Ce qui compte pour ce niveau, c'est d'examiner dans quelles circonstances l'acquiescement prend lieu, si les échanges ont eu lieu entre homologues, et si une communication avec les supérieurs hiérarchiques était établie<sup>3296</sup>. Les fonctionnaires subalternes contribuent à l'acquiescement par leur pratique (actes positifs, omissions), qui

<sup>3294</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 32-50.

<sup>3295</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, Award, 22 octobre 2018, ICSID Case No. ARB/15/29, p. 83, § 222 : « In the Tribunal's view, neither the BIT nor the ICSID Convention can be construed to protect an investment (SML 351) prohibited by Kenyan law especially in circumstances where, in the Tribunal's view, the Claimants knew that they had no such entitlement but attempted a political end-run around the statutory requirements with Mr. Juma's assistance ».

<sup>3296</sup> Les affaires du *Golfe du Maine* et du *Temple de Préah Vihéar* l'illustrent. La lettre Hoffman a été d'abord échangée entre pairs et une communication avec les supérieurs est rapportée (les ministres et diplomates respectifs). Si la lettre est dénuée d'effet, c'est en raison de la réserve émise par le fonctionnaire, du caractère équivoque des actes et du peu de temps écoulé. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, la carte litigieuse fut communiquée à des membres thaïlandais de la commission de délimitation et à des fonctionnaires qui étaient sous l'autorité d'un ministre : l'inaction de ces fonctionnaires est à prendre en compte car ils ont forcément dû communiquer la carte à leurs supérieurs.

est prise en compte principalement afin de confirmer et prolonger l'attitude des plus hautes autorités (ainsi, les actes accomplis à titre de souverain par les fonctionnaires « de terrain »).

Quoiqu'établies selon une structure radicalement différente, les OI confirment les grandes lignes définies pour les États. La double hiérarchie y est aussi présente : la jurisprudence accorde une importance accrue aux comportements des Directeurs généraux. L'OI peut nouer des acquiescements avec d'autres OI, des États, ou entre ses organes. En raison de la présence d'un traité constitutif et de règlements internes, les acquiescements des OI sont presque tous configurés en une pratique subséquente : le comportement de l'organe ou de l'OI est rattaché à un article, un point de règlement. Cette situation s'explique en raison de la compétence limitée des OI (elles émanent des États et obéissent aux principes de l'attribution des compétences et de la spécialité).

Nous avons pu mettre en évidence la diversité spatiale et temporelle des autres entités susceptibles de participer à un acquiescement : mandats, colonies, souverains locaux, personnes physiques, divisions fédérales, groupes rebelles. N'importe quelle entité prise en compte par des normes internationales peut être protagoniste d'un acquiescement. Les degrés de participations sont néanmoins assez variés : une entité peut être bénéficiaire et protagoniste de l'acquiescement, ou alors son comportement sera attribué à l'acquiescement d'un État, ou encore l'entité ne sera concernée que par *l'effet* de l'acquiescement, sans avoir participé à sa formation. Comme l'acquiescement, ses acteurs sont en définitive tributaires du domaine (et de l'époque) où il se manifeste.

Cette section a été l'occasion de montrer les particularités de quelques domaines et la manière dont elles influencent la réception et l'appropriation de l'acquiescement. L'acquiescement est ainsi reçu à titre analogique dans les ordres internes afin de trancher des litiges territoriaux entre des divisions territoriales. Le juge interne s'inspire du droit international et l'adapte aux considérations nationales, par exemple la « fidélité confédérale » due entre cantons suisses<sup>3297</sup>. Bien que la prise en compte des personnes physiques et morales sur la scène internationale soit plutôt discrète, nous avons pu identifier leur participation – plus ou moins immédiate – à l'acquiescement dans certains domaines<sup>3298</sup>.

*Le temps* est un autre « prérequis » de l'acquiescement.

<sup>3297</sup> ATF 120 Ib 512, pp. 523-524, consid. 6.c.

<sup>3298</sup> C'est souvent sur la base d'une convention que l'acquiescement est appliqué aux personnes physiques et morales. Pour les personnes physiques : cf. art. 4, lit. A, § 2 CGIII ; art. 25,

## II. *Le temps*

« [L]e temps n'a aucune vertu productrice, et rien ne se fait par le temps, quoique tout se fasse dans le temps »<sup>3299</sup>.

Cette célèbre citation de Grotius illustre deux caractères du temps dans l'acquiescement. « Tout se fait *dans* le temps » : son passage est un fait de la nature, inévitable. Pour l'acquiescement, qui est un processus existentiel<sup>3300</sup>, le temps est la « scène » sur laquelle la pièce de théâtre se joue. Peu importe que le temps qui encadre l'acquiescement soit court ou long, il est toujours présent. L'acquiescement, qui est selon nous un *fait juridique*, ne prend pas place en une fois par la magie d'un consentement ou d'une rencontre de volontés concordantes. Situer l'acquiescement à une date précise est illusoire. Par comparaison à la géométrie, un acte juridique est un point, qui est identifié par ses coordonnées (une date), alors que l'acquiescement et certains faits juridiques, comme les violations continues dans le droit de la responsabilité<sup>3301</sup>, sont des lignes<sup>3302</sup>. Cette comparaison est encore imparfaite, car si sa fin peut être indisputée (en raison d'une date critique clairement identifiée), les débuts précis de l'acquiescement peuvent rester nébuleux. Ce premier temps accueille l'acquiescement, il en constitue le *support*.

« [L]e temps n'a aucune vertu productrice, et rien ne se fait *par* le temps » : à l'exception de la prescription extinctive, aucune institution juridique n'utilise un temps nu, réduit à lui-même. Même cette affirmation mérite d'être nuancée, utilisée dans des droits nationaux, la prescription sert *d'espace temporel de référence* pour agir (intenter une action, demander un dommage, dénoncer un délit). Plutôt que le temps, la prescription valorise l'inaction prolongée pendant une durée prédéterminée. D'autre part, la prescription s'appuie sur des points de départ et de fin dont la détermination peut s'avérer épineuse<sup>3303</sup>. En amont, la concrétisation de la prescription s'appuie sur des considérations pratiques (sources matérielles) qui n'ont pas

§ 3 SCPI ; art. 28 SCPI. Pour les personnes morales, il s'agit de l'article du traité bilatéral de protection des investissements qui prévoit le traitement juste et équitable (« FET »).

<sup>3299</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 210.

<sup>3300</sup> Application analogique de R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 505, note n° 369, repris par A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 278-279, § 181. L'acquiescement est existentiel (par opposition à essentiel) car il se constate *après coup*, il prend place de manière graduelle.

<sup>3301</sup> Art. 14, § 2 TCDI.

<sup>3302</sup> G. VICO, *De l'antique sagesse de l'Italie*, Paris, GF-Flammarion, 1993, trad. par J. MICHELET, pp. 75-76 et 92-100.

<sup>3303</sup> Fixation du *dies a quo* par référence à la connaissance de la victime, problématique du calcul, de suspension, ou de report du délai.

pour but de sacraliser le temps, mais, par exemple, d'éviter la destruction de preuves et de favoriser une bonne administration de la justice<sup>3304</sup>. La citation de Grotius porte pleinement : le temps n'est pas « un fait en soi »<sup>3305</sup>, c'est sa conjugaison avec d'autres facteurs qui autorise une conclusion juridique. C'est dans cette optique de conjugaison que l'acquiescement prend en compte le temps. Nous analysons le temps en second, après les auteurs, car comme eux il peut être intellectuellement dissocié des éléments et conditions, une mesure d'objectivité est possible (par référence aux nombres d'années qui se sont écoulées). Cet élément ne fonctionne pourtant pas en isolation : un temps long compense la rareté des comportements ou permet de s'assurer de la notoriété d'une situation. Le temps peut être utilisé pour fait mûrir des conditions inaptes à faire obstacle à une protestation. Ou, au contraire, il peut être utilisé dans une perspective d'exclusion<sup>3306</sup> afin d'affirmer que les conditions n'ont pas encore pu s'ancrer durablement et être à la source d'une modification de la situation juridique.

Rassemblés au sein de l'acquiescement, ces deux caractères donnent l'image suivante : le temps-support (« tout se fait *dans* le temps ») coexiste au temps-condition (« rien ne se fait *par* le temps »). L'acquiescement prend place dans le temps-support. Mais par sa structure et son fonctionnement, l'acquiescement ne se préoccupe que du temps-condition. En d'autres termes, l'acquiescement se sert du temps afin de vérifier si des conclusions peuvent être tirées pour affirmer ou rejeter son existence. Le temps est un élément inévitable (temps-support) mais pas toujours expressément pris en compte dans le raisonnement (temps-condition). Il s'agit d'un implicite de l'acquiescement. Un tribunal peut parfaitement statuer sur l'acquiescement et rester muet sur le temps.

Ces distinctions nous permettent de donner forme à la présente section : nous ne traiterons que du temps-condition présent dans l'acquiescement. La *ligne* de l'acquiescement est composée de trois unités successives : son début ou *dies a quo* (II.A), son extension ou la « durée » au sens strict (II.B), et sa fin ou *dies ad quem* (II.C).

<sup>3304</sup> *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.

<sup>3305</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, pp. 391-395.

<sup>3306</sup> Comme dans le processus coutumier : un tribunal peut invoquer un temps « trop court » afin de dénier l'apparition d'une coutume. Voy. : *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. 43, § 74. Pour l'acquiescement, voy. : *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 308, § 140.

### A. *Début de la ligne ou dies a quo*

L'acquiescement le plus courant en droit international public découle d'une (re)construction judiciaire<sup>3307</sup>. Le tribunal, épaulé par les plaidoiries, fixe le début de la ligne. Si les parties s'accordent sur une période de commencement, il s'agit d'avaliser l'accord. Il est aussi possible que les échanges d'écritures et les plaidoiries dévoilent un accord des parties sur le point de départ d'un hypothétique acquiescement. Dans ce cas le juge peut se contenter d'en prendre acte (l'entente des parties sur les faits n'emporte pas accord sur leur signification). En matière coutumière, le juge peut partir du principe qu'une coutume existe si les parties ne la remettent pas en cause<sup>3308</sup>.

Si les parties ont des opinions divergentes, le juge tranche. La situation est comparable à la vérification *a posteriori* d'une norme coutumière<sup>3309</sup>. Une fois qu'un acquiescement a pris place il est plus facile d'en tracer les contours et de décider de son commencement. Le regard vers le passé permet de faire le tri dans l'accumulation des actions et réactions des parties : ce n'est qu'une fois *sédimentés* que les comportements dévoilent leur chronologie.

#### 1. *Le dies a quo comme dynamique d'action et de réaction*

Le début d'un acquiescement correspond aux premières manifestations d'une prétention et aux réactions (ou omissions) qui y répondent. Des typologies variées existent, les échanges peuvent être très denses, ou au contraire s'alanguir sur une longue période. Le début de l'acquiescement est lié à d'autres conditions qui seront traitées plus largement *infra* : connaissance et notoriété de la prétention, première occasion de réagir (et de protester) pour le potentiel acquiesçant. Pour l'instant, retenons que les premiers « comportements » (qu'il s'agisse de déclarations ou d'actes) pertinents pour l'acquiescement doivent contenir – au moins en germe ou implicitement – une *prétention* ou l'acceptation d'une situation. Par exemple l'application d'une méthode de délimitation maritime ou l'affirmation de la souveraineté sur un territoire.

<sup>3307</sup> Par opposition aux acquiescements incorporés dans des traités ou mentionnés dans des correspondances diplomatiques.

<sup>3308</sup> P. PALCHETTI, « La rilevanza dell'atteggiamento degli Stati parti nell'accertamento del diritto internazionale generale da parte della Corte internazionale di Giustizia », *RDI*, 1999, vol. 82 (3), pp. 650-651.

<sup>3309</sup> *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, pp. 32-33, § 47, nos italiques.

Nous allons maintenant passer en revue des affaires qui obéissent à des typologies différentes pour l'établissement du début de l'acquiescement (densité élevée, moyenne ou faible des comportements réciproques).

a. *Densité élevée : Golfe du Maine*

L'affaire du *Golfe du Maine* se joue sur un temps court (5 ans). C'est principalement l'échange de lettres des fonctionnaires subalternes qui a servi de point de départ à l'acquiescement (qui fut finalement rejeté).

La Chambre procède par zooms successifs afin de définir les comportements pertinents pour la résolution du différend. Il s'agit ici de délimitation maritime, la proclamation Truman aurait pu être pertinente<sup>3310</sup>, mais elle est trop générale, un premier zoom est nécessaire :

« En réalité, ce différend se manifesta d'abord au sujet du plateau continental de ce qui est actuellement l'aire de la délimitation, et ceci dès les débuts de l'activité exploratrice menée de part et d'autre en vue de déceler des ressources en hydrocarbures, particulièrement dans le sous-[s]ol de certaines parties du banc de Georges. La prospection des ressources en hydrocarbures du plateau continental dans la région du golfe du Maine débuta dans les années soixante »<sup>3311</sup>.

La Chambre définit un sujet juridique (le plateau continental) par référence au compromis (les parties cherchent à délimiter leur limite maritime). La zone géographique précise est identifiée<sup>3312</sup>, il convient de passer ensuite à la loupe l'activité relative à *titre principal* à cette zone. C'est-à-dire que si l'activité sur cette zone était maigre, la proclamation Truman aurait pu être pertinente, mais vu la densité de l'activité, la Chambre peut s'en passer. L'identification des comportements pertinents (la prospection) est liée à la période de référence (les années soixante).

Fort de ce premier zoom, la Chambre peut ensuite énumérer l'activité des parties en matière maritime tant générale que spécifique à cette zone dans les années soixante. Les dates de ratifications de la Convention de 1958 sur le plateau continental sont mentionnées,

<sup>3310</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 278, § 60.

<sup>3311</sup> *Ibid.*, p. 279, § 61.

<sup>3312</sup> Voy. la carte en p. 285 : *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*.



de même que la législation interne (en distinguant la proclamation de la mise en œuvre) des deux États<sup>3313</sup>. De deux côtés, la chambre relève que c'est en 1964 que les premiers permis d'exploitations furent octroyés<sup>3314</sup>. Ces permis d'exploitations donnèrent lieu à un second zoom qui a pour objet la correspondance entre MM Hoffman et Hunt, fonctionnaires subalternes des États-Unis et du Canada<sup>3315</sup>.

S'ensuit une chronologie des échanges diplomatiques entre les deux États intervenus entre 1966 et 1969. C'est à la fin de cette dernière année que le différend fut fixé par deux lettres. Les États-Unis abordaient la question de la délimitation sur le banc de Georges le 5 novembre 1969 et proposaient un moratoire, le Canada acceptait de mener une négociation mais refusait le moratoire en date du 1<sup>er</sup> décembre 1969 : « La Chambre est d'avis que c'est à ce stade – c'est-à-dire après la note diplomatique des États-Unis [...] et après la réponse du Canada [...] que l'existence du différend se trouve clairement fixée »<sup>3316</sup>. D'autres événements se sont passés jusqu'à l'introduction de l'instance en 1981<sup>3317</sup>, mais ils n'intéressent pas l'acquiescement, les deux États campent sur leurs positions<sup>3318</sup>.

La Chambre reviendra ensuite sur la valorisation *juridique* de cette chronologie. Mais à ce stade, arrêtons-nous déjà sur les faits et leur présentation. Nous avons utilisé la métaphore cinématographique du cadrage et du zoom, mais le jeu d'emboîtement des *matriochkas* convient aussi. L'idée phare est celle d'identifier le bon niveau de détail, en termes de focale. Le plan large est proscrit s'il est incapable d'informer la résolution du différend ; la proclamation Truman est rejetée. Ce sont les échanges des parties, la zone géographique précise et les questions juridiques qui déterminent le niveau de détail adéquat. La question n'est toutefois pas analysée de la sorte dans la jurisprudence, le tribunal est mis directement et « instinctivement » en présence des faits pertinents et du cadre de référence. L'identification du détail adéquat se fait presque naturellement, mais il peut être important d'en rappeler l'enjeu – par exemple à cause du rejet de la pertinence de la proclamation Truman comme trop générale dans la présente affaire.

<sup>3313</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 279, § 61. Ratifications en 1961 et 1970 ; Lois internes de 1953 et 1960.

<sup>3314</sup> *Ibid.*, p. 279, § 61.

<sup>3315</sup> *Ibid.*, p. 280, § 63.

<sup>3316</sup> *Ibid.*, p. 281, § 64.

<sup>3317</sup> *Ibid.*, pp. 281-287, §§ 65-76.

<sup>3318</sup> *Ibid.*, p. 282, § 68.



Cette section est dédiée au début de la ligne de l'acquiescement (*dies a quo*), mais les développements du *Golfe du Maine* nous permettent de voir chaque partie de cette ligne et leurs interactions. La question nébuleuse, sinon épineuse, est bien celle de son début. La Chambre dispose de plusieurs options : faire correspondre la première prétention avec la proclamation Truman de 1945, ou la reporter en 1953 avec l'édiction d'une loi interne américaine, ou en 1960 avec la ratification de la Convention de 1958 par les États-Unis toujours <sup>3319</sup>. La Chambre semble finalement jeter son dévolu sur l'octroi des premiers permis d'exploitations en 1964 par les deux États et les échanges entre les deux fonctionnaires <sup>3320</sup>. La durée du potentiel acquiescement prend donc place entre 1964 et 1969, année où la Chambre constate que le différend s'est cristallisé <sup>3321</sup>. La question de la fin ou *dies ad quem* est ainsi résolue simultanément à celle de l'extension (1969). La question de la date critique n'est cependant pas toujours expressément abordée <sup>3322</sup>, elle peut être reportée au plus tard à l'introduction de l'instance <sup>3323</sup>, allongeant d'autant la période durant laquelle le tribunal pourra évaluer la concrétisation d'un acquiescement.

Le Canada soutenait qu'un acquiescement avait pris place, c'est donc sur sa manière de construire les faits que la CIJ se penche <sup>3324</sup>. Les premiers comportements pertinents sont la délivrance de permis d'exploitation en 1964 <sup>3325</sup>. La question disputée sera alors l'aptitude de ces permis à être opposés aux États-Unis. En termes d'acquiescement, il en va de la notoriété et de la connaissance de cette prétention canadienne, de la publicité nécessaire afin de s'assurer de la connaissance réelle ou présumée par les États-Unis. En premier lieu, le Canada alléguait que ces permis étaient connus car ils avaient été transcrits dans une publication officielle :

« Les États-Unis répondent à cela que l'octroi de permis offshore en vertu de la législation canadienne était un fait dépourvu de notoriété et qu'il ne s'agissait que d'une activité administrative interne insusceptible d'être la base d'un acquiescement ou d'un *estoppel* sur le plan international. Pour qu'un effet quelconque ait pu se produire sur ce

<sup>3319</sup> *Ibid.*, p. 279, § 61.

<sup>3320</sup> *Ibid.*, pp. 279-280, §§ 61-63.

<sup>3321</sup> *Ibid.*, p. 281, § 64.

<sup>3322</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 167.

<sup>3323</sup> L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *Luti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 281.

<sup>3324</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 303, §§ 126 et s.

<sup>3325</sup> *Ibid.*, p. 305, § 131.

plan il aurait tout au moins été indispensable qu'une communication diplomatique fût adressée par le ministère des affaires extérieures du Canada au département d'État des États-Unis »<sup>3326</sup>.

La Chambre ne se prononce pas sur l'argumentation américaine, car le Canada peut utiliser un autre moyen pour démontrer la connaissance.

C'est au plus tard en avril 1965 que les États-Unis étaient avertis de l'activité canadienne sur le banc de Georges, année de la correspondance Hunt-Hoffman (les deux fonctionnaires subalternes). Cette correspondance marque le début de la période propice à l'acquiescement :

« Les 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 ; ils ne permettent pas non plus de conclure que la simple absence de réaction à la délivrance de permis d'exploration canadiens, de 1964 jusqu'à l'aide-mémoire du 5 novembre 1969, ait eu comme conséquence juridique que les États-Unis ne pouvaient plus désormais revendiquer une limite suivant le chenal Nord-Est [...] »<sup>3327</sup>.

C'est donc bien aussi tôt qu'en 1964 avec les permis canadiens que les premiers jalons d'un potentiel acquiescement sont posés, et ce même si ce n'est que pour la première fois en 1966 que le Canada fait *clairement* connaître sa position par la voie diplomatique<sup>3328</sup>. Pourquoi la Chambre n'a-t-elle pas repoussé le début de l'acquiescement à cette dernière date ?

A la lecture de l'arrêt et par référence au fonctionnement de l'acquiescement, le début de la ligne ou *dies a quo* nécessite la réunion de plusieurs conditions interdépendantes<sup>3329</sup> : émission d'une prétention identifiable pour l'autre partie (même implicite), notoriété de cette prétention, connaissance réelle ou présumée de la prétention. Une interaction entre les parties, même silencieuse, est nécessaire afin que la ligne d'acquiescement débute. L'octroi des permis et ses suites répondent aux conditions énumérées. Par inférence, octroyer des permis signifie que le Canada considère disposer d'un contrôle sur cette partie de la mer (prétention implicite). La notoriété est divisible en deux éléments : le carac-

<sup>3326</sup> *Ibid.*, p. 305, § 131.

<sup>3327</sup> *Ibid.*, p. 307, § 138.

<sup>3328</sup> *Ibid.*, p. 306, § 312 ; p. 308, § 142.

<sup>3329</sup> *Ibid.*, p. 305, § 131.

tère public de cette pratique et la réception par l'autre partie. En publiant les permis, le caractère public est acquis. La réception rejoint dans une large mesure la connaissance dans cette affaire : les échanges entre les deux fonctionnaires subalternes ont joué ce rôle. C'est d'ailleurs cette *interaction* qui permet de faire partir la période d'acquiescement. La simple émission unilatérale d'une prétention est perfectionnée par la connaissance réelle ou présumée de celle-ci. Dans *Golfe du Maine*, la connaissance est réelle au vu des échanges entre les fonctionnaires :

« [Au 1<sup>er</sup> avril 1965] le Bureau of Land Management du département de l'intérieur des États-Unis avait écrit au ministère du Nord canadien et des ressources nationales pour s'enquérir de la position de deux permis offshore canadiens [délivrés en 1964] » <sup>3330</sup>.

Cette demande de renseignement explicite évite à la Chambre de se prononcer sur une connaissance présumée (*constructive knowledge*) établie sur la base de la seule législation canadienne ou des publications des permis dans le *Monthly Oil and Gas Report* <sup>3331</sup>.

L'octroi des permis, suivi de la demande de renseignement américaine, constituent des interactions *nécessaires et suffisantes* pour faire débiter la période de référence de l'acquiescement. La lettre Hoffman du 14 mai 1965 est postérieure au début de la ligne et fait partie des potentiels comportements d'acquiescement, c'est à ce titre qu'elle est analysée par la Chambre <sup>3332</sup>. Le niveau de détail des permis est adéquat : il exprime *implicitement* une prétention et offre un exemple de manifestation d'un comportement du Canada sur la scène internationale.

Ces développements soulignent les liens entre notoriété des faits, publicité, et début de la ligne de l'acquiescement. Les faits qui donnent naissance à cette ligne doivent particulièrement répondre à ces deux caractères (notoriété et publicité). Les comportements subséquents des deux États dans le cadre de l'acquiescement doivent aussi répondre à ces critères <sup>3333</sup> : mais une fois que la prétention initiale s'est manifestée, les parties doivent être plus vigilantes par rapport aux actes et déclarations de leurs adversaires. C'est

<sup>3330</sup> *Ibid.*, p. 305, § 132.

<sup>3331</sup> *Ibid.*, p. 305, § 131.

<sup>3332</sup> *Ibid.*, p. 305, § 132.

<sup>3333</sup> Un acquiescement ne peut procéder d'un comportement caché ou qui est resté inconnu.

d'ailleurs ce qu'illustre *Golfe du Maine* : après la correspondance Hunt-Hoffman, les deux États ont neutralisé chaque nouveau comportement par une protestation adéquate<sup>3334</sup>. Les échanges des fonctionnaires coloniaux dans *Kasikili/Sedudu* suivent le même schéma<sup>3335</sup>.

La sédimentation de l'acquiescement est à l'œuvre dans *Golfe du Maine* : par sa position temporelle postérieure aux faits et son rôle d'intermédiaire entre les parties, le tribunal surplombe les événements, il en ordonne la chronologie et la pertinence. La lecture *ex post* des événements permet d'identifier le début de l'acquiescement en faisant le tri dans les multiples faits allégués par les parties. C'est bien entendu l'objet du différend, la zone géographique pertinente, mais aussi la répartition des rôles entre l'État qui invoque l'acquiescement à son profit et celui qui en conteste l'application qui guident le juge dans la sélection de l'interaction qui fait débiter la ligne de l'acquiescement.

C'est par l'identification d'une interaction que débute l'acquiescement<sup>3336</sup>. Cette interaction constitue le « moment 0 » : elle indique simultanément la prétention et le premier comportement à prendre en compte pour l'acquiescement. En cas d'absence de réaction à la prétention initiale, l'acquiescement débute tout de même, les exigences de connaissance, de notoriété et de *durée* sont renforcées en proportion (un silence d'une longueur conséquente face à la première prétention crée une présomption de connaissance). La *fin* de l'acquiescement obéit à la même règle d'interaction. La Chambre fixe la cristallisation du différend à un échange des 5 novembre et 1<sup>er</sup> décembre 1969, échange qui mettait en évidence un gel dans la position des parties<sup>3337</sup>.

<sup>3334</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 282-286, §§ 68-74.

<sup>3335</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, pp. 1084-1087 (cf. *supra*, Ch. 5.I.A.3). Les deux fonctionnaires protestent réciproquement contre les déclarations de leur homologue ; la Cour en conclut à l'impossibilité d'établir un accord par voie de pratique subséquente.

<sup>3336</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, §§ 131-132.

<sup>3337</sup> *Ibid.*, p. 281, § 64.

b. *Densité moyenne : Pêcheries norvégiennes*

L'acquiescement prend place sur une durée de plus de 60 ans, entre 1869 et 1933<sup>3338</sup>. La Cour débute par énoncer les « données historiques », et procède par approximations successives vers la « période d'acquiescement »<sup>3339</sup>. Le fait que les pêcheurs britanniques se soient abstenus de pêcher à proximité des côtes norvégiennes de 1618 jusqu'en 1906 n'est que partiellement pris en compte<sup>3340</sup>. Un premier cadrage est nécessaire : la Cour relève que l'activité de pêche britannique reprend en 1906, la Norvège précise alors ses limites maritimes et des incidents avec les chalutiers britanniques surviennent en 1911 et 1922<sup>3341</sup>. Alors pourquoi retenir 1869 comme date du début de l'acquiescement ? Un examen plus serré par la Cour révèle que le système des limites maritimes appliqué par la Norvège s'appuie sur deux décrets principaux, l'un datant de 1812 et l'autre de 1869<sup>3342</sup>. Plus spécifiquement, le décret de 1812 énonce un système général de délimitation que le second décret met en œuvre et précise – le Royaume-Uni reconnaît explicitement la « place capitale » du décret de 1812<sup>3343</sup>. Quant au caractère public et notoire du décret de 1869, il est assuré par l'application qu'en fait la Norvège et une correspondance diplomatique avec la France intervenue en 1869-1870<sup>3344</sup>. Cette correspondance démontre qu'un État indirectement intéressé aux délimitations norvégiennes était au courant de ces lois internes – à plus forte raison la Cour peut présumer que le Royaume-Uni avait connaissance du décret. Ce qui justifie encore la prise en compte de cette date comme point de départ de l'acquiescement est que la Norvège s'est comportée de manière cohérente après 1869 (adoption d'une ligne de conduite univoque qui manifeste une prétention). La Cour déclare :

« Sur la base de ces considérations, et en l'absence de preuve contraire convaincante, la Cour est fondée à dire que les autorités norvégiennes ont appliqué leur système de délimitation d'une façon suivie et constante depuis 1869 jusqu'à la naissance du différend »<sup>3345</sup>.

<sup>3338</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 124 et 138.

<sup>3339</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>3340</sup> *Ibid.*

<sup>3341</sup> *Ibid.*

<sup>3342</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>3343</sup> *Ibid.*

<sup>3344</sup> *Ibid.*, pp. 135-137.

<sup>3345</sup> *Ibid.*, p. 138.

La cristallisation du différend ou date critique est située en 1933 au plus tôt, année durant laquelle le Royaume-Uni a élevé une protestation claire contre le système de délimitation. Il découle donc de ces considérations que le « moment 0 » de l'acquiescement est fixé en 1869<sup>3346</sup>, son terme en 1933, et l'ensemble des comportements « médians » constituent le matériau à examiner pour confirmer la prétention norvégienne à un acquiescement du Royaume-Uni (voire de la communauté internationale).

Comme dans *Golfe du Maine*, quoique de manière plus diffuse, c'est par une *interaction* que le début de la ligne d'acquiescement prend place. Le système de délimitation norvégien mis en place et appliqué dès 1869 constitue une prétention explicite, suffisamment notoire et publique pour créer une charge de réagir pesant sur le Royaume-Uni, ce qui est démontré par une correspondance entre la France et la Norvège, et également par l'intérêt du Royaume-Uni pour la question maritime et halieutique<sup>3347</sup>. La prétention est plus explicite car elle repose dans une loi qui concerne directement le statut de la haute mer et la manière de délimiter les espaces maritimes, alors qu'elle n'était qu'implicite dans *Golfe du Maine* (l'octroi des concessions *suppose* une limite maritime). Même si le Royaume-Uni ne réagit pas directement à la prétention convoquée par le décret de 1869, c'est ce silence, cette omission qui est considérée comme une réaction. L'écoulement d'un long temps et la réaffirmation de la prétention par la Norvège en 1882 permettent de s'assurer que l'acquiescement a bien débuté<sup>3348</sup>.

Quant à sa fin et durée, l'acquiescement des *Pêcheries norvégiennes* procède également d'une interaction. L'augmentation du nombre de saisies et d'admonestations des navires britanniques en 1932 est la première partie de cette interaction (action), le Royaume-Uni s'opposa formellement en 1933 à la délimitation « injustifiable » résultant des lignes de bases norvégiennes (réaction)<sup>3349</sup>. La Cour considère cette réaction britannique de 1933 comme pertinente car elle concerne *directement* le différend porté devant elle :

« Ce n'est, semble-t-il, que dans son mémorandum du 27 juillet 1933 que le Royaume-Uni a élevé une protestation formelle et bien définie [au sujet [du tracé des lignes de base] »<sup>3350</sup>.

<sup>3346</sup> *Ibid.*, p. 139 : « Si l'on tient compte du fait que, quelques années auparavant, la délimitation du Sunnmore par le décret de 1869 avait été présentée comme une application du système norvégien, on ne peut se soustraire à la conclusion que, dès cette époque, tous les éléments du problème des eaux côtières norvégiennes se trouvaient nettement posés », nos italiques.

<sup>3347</sup> *Ibid.*

<sup>3348</sup> *Ibid.*

<sup>3349</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>3350</sup> *Ibid.*, p. 138.

Suite à cette réaction, la situation fut gelée : la Norvège décida de tempérer l'application du décret litigieux jusqu'en 1948<sup>3351</sup>, ce qui confirme que l'opposition britannique fut le dernier comportement pertinent à prendre en compte pour l'acquiescement<sup>3352</sup>.

Cette affaire dénote une densité *moyenne* : la période de 60 ans est plus longue que dans *Golfe du Maine*, mais les comportements ne sont pas abondants. Les comportements pertinents pour l'acquiescement sont principalement le fait de la Norvège, le Royaume-Uni a manifesté ponctuellement sa position, son attitude est pour l'essentiel restée passive<sup>3353</sup>.

c. *Densité faible* : Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)

*Différend territorial et maritime* entre le Nicaragua et la Colombie<sup>3354</sup> illustre le début de la ligne avec un acquiescement à « faible densité » qui s'est peut-être concrétisée sur une période de 180 ans. La Cour débute par identifier la date critique grâce à une interaction *terminale* survenue entre les parties en 1969. C'est l'octroi de concessions pétrolières par le Nicaragua qui conduisit la Colombie à protester et à affirmer que la délimitation suivait le 82° méridien (action) ; l'opposition et le rejet de cette prétention par le Nicaragua en date du 12 juin 1969 précipitèrent le litige (réaction)<sup>3355</sup>. La Cour peut alors se concentrer sur le début de la ligne et la sélection des effectivités.

La Colombie prétendait avoir exercé des activités de souveraineté sur les formations « pendant plus de 180 ans » contre lesquelles le Nicaragua n'avait jamais protesté pendant plus de 150 ans<sup>3356</sup>.

<sup>3351</sup> *Ibid.*, pp. 124-125.

<sup>3352</sup> *Ibid.*, p. 140. Le décret de 1935 ne fait que concrétiser le système norvégien des lignes de bases. Bien qu'il intervienne après la date critique, il permet d'évaluer la position norvégienne par rapport au tracé de ses lignes de bases (il s'agit d'une continuation normale d'activités antérieures). Le décret n'est pas pris en compte comme un comportement pertinent pour l'acquiescement britannique, mais comme une preuve de la manière dont la Norvège délimitait son territoire. La démarche est identique aux effectivités et preuves confirmatoires postérieures à la date critique en matière de différends territoriaux (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. 63-69).

<sup>3353</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 139.

<sup>3354</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 624.

<sup>3355</sup> *Ibid.*, p. 652, § 69 ; p. 653, § 71.

<sup>3356</sup> *Ibid.*, pp. 653-654, §§ 74-75.

Pour sa part le Nicaragua ne pouvait pas invoquer d'actes de souveraineté, son comportement se limitait à l'émission de protestations éparées<sup>3357</sup>. Contrairement aux deux affaires précédentes (1.a ; 1.b), l'arrêt ne contient pas de partie « historique » où l'ensemble des faits et leur chronologie apparaît.

Concrètement, la Cour se contente dans un premier temps de relayer les affirmations de la Colombie, qui alléguait entre autres des activités de surveillance et de contrôle sur les îles « à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>3358</sup>. Quand elle passe en revue les effectivités, c'est par un crible étroit<sup>3359</sup> : des preuves datées et bien documentées sont nécessaires<sup>3360</sup>. Dans le cadre de cette affaire, les effectivités sont opposées les unes aux autres comme si le territoire n'appartenait à aucun État. La conséquence pour le début de l'acquiescement est que la création d'une prétention et d'une charge de réagir est plus diffuse : le propre d'une occupation est d'être graduelle, en particulier si les territoires sont inhospitaliers<sup>3361</sup>. C'est aussi pour ces raisons que la date critique (finale) est établie en priorité dans ce type de différend : le tribunal *comparera* toutes les effectivités des deux parties pour établir sa conclusion, comme si elles existaient séparément. Alors que dans l'acquiescement, le raisonnement juridique insiste sur la dynamique d'action et de réaction. La Cour peut ainsi se passer d'établir le « début » des effectivités, il lui suffira de constater de quel côté penche la balance. Malgré ces différences entre l'examen des effectivités et de l'acquiescement en matière territoriale, nous estimons que les similitudes sont suffisantes pour tenter de déterminer les premières effectivités prises en compte par la Cour.

Dans ces circonstances, la Cour se limite à prendre en compte des activités publiques, dont le caractère notoire sera aisé à établir<sup>3362</sup>. Chacune de ces activités exprime, de manière plus ou

<sup>3357</sup> *Ibid.*, pp. 654-655, §§ 76-79. L'argumentation malheureuse du Nicaragua reposait presque tout entière sur l'*uti possidetis* (p. 653, § 72 ; p. 654, § 76).

<sup>3358</sup> *Ibid.*, p. 654, § 74.

<sup>3359</sup> *Ibid.*, p. 655, § 80. La jurisprudence a affiné une série de catégories non exhaustives d'effectivités (l'arrêt de 2007 de la CIJ dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* sert de référence).

<sup>3360</sup> *Ibid.*, pp. 656-657, § 82.

<sup>3361</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 46.

<sup>3362</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 657, § 84.



moins explicite, la prétention de souveraineté de la Colombie sur les formations maritimes. L'activité la plus ancienne de la Colombie remonte à 1871 :

« En septembre 1871, le préfet de San Andrés et San Luis de Providencia prit un arrêté interdisant la collecte du guano sur Alburquerque, Roncador et Quitasueño et, en décembre 1871, il conclut un contrat relatif à une plantation de cocotiers sur Alburquerque » <sup>3363</sup>.

Une confirmation prend place en 1892 :

« En 1892, le ministère colombien des finances prit des dispositions pour qu'un navire soit mis à la disposition du préfet de Providencia afin que ce dernier puisse se rendre sur Roncador et Quitasueño et mettre un terme à l'exploitation du guano » <sup>3364</sup>.

En prenant respectivement les années 1871 et 1892 comme repères, la période d'acquiescement aurait duré 98 ou 77 ans. Cette durée pourrait être rallongée en admettant que ces activités d'exploitation du guano confirment la prétention à la souveraineté née du traité de 1803 <sup>3365</sup>. Quoi qu'il en soit la Cour ne se prononce pas sur la durée totale et pertinente des effectivités autrement qu'en ne mentionnant pas d'activités antérieures à 1871.

Le *dies a quo* de l'acquiescement se concrétise par une interaction entre la prétention d'une partie (action) à laquelle on oppose la réaction de la partie adverse. Quid d'une réaction silencieuse ? Le Nicaragua ne protestait que bien plus tard et l'arrêt n'évoque pas de confrontation sur le terrain <sup>3366</sup>. Dans ces conditions, les activités de 1871 et 1892 marquent l'étape initiale de l'acquiescement : si le Nicaragua avait eu un *intérêt* à la souveraineté sur ces formations, il aurait été en mesure de connaître le comportement de la Colombie et d'y réagir. La prétention convoyée par la réglementation de la collecte de guano est suffisamment explicite, publique et notoire pour que tout État intéressé par ces formations maritimes daigne y réagir. La charge de réagir naît, en plus du caractère public et notoire de la prétention, de l'intérêt nourri par l'État à l'égard de l'île, du territoire, de l'espace maritime. La connaissance du Nicaragua peut ainsi être valablement *présumée*

<sup>3363</sup> *Ibid.*, p. 656, § 82.

<sup>3364</sup> *Ibid.*, p. 656, § 82.

<sup>3365</sup> Hypothèse renforcée par le fait qu'un préfet, simple organe subalterne, décide de légiférer à propos des îles : il est probable qu'il ne faisait en cela que prolonger la conviction de souveraineté de la Colombie. *Ibid.*, p. 650, § 60.

<sup>3366</sup> *Ibid.*, pp. 658-659, §§ 87-89. Cette protestation n'intervient qu'en 1928.

(*constructive knowledge*) et son silence être considéré comme une réaction aux comportements de 1871 et 1892 de la Colombie. Un passage des *Pêcheries norvégiennes* peut être adapté en remplaçant le Royaume-Uni par le Nicaragua et la Norvège par la Colombie :

« La Cour constate qu'à l'égard d'une situation qui ne pouvait manquer de se fortifier d'année en année, le Gouvernement du Royaume-Uni s'est abstenu de formuler des réserves.

La notoriété des faits, la tolérance générale de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la mer du Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas à la Norvège d'opposer son système au Royaume-Uni »<sup>3367</sup>.

Effectivement, la position géographique du Nicaragua dans la mer des Caraïbes le dessert : cet État est bien plus proche des formations maritimes litigieuses que la Colombie (et donc plus averti de ce qui s'y passe)<sup>3368</sup>. Cette adaptation des *Pêcheries* démontre aussi l'interchangeabilité et la convergence de différentes institutions juridiques qui sont traditionnellement bien séparées (la doctrine assigne les *Pêcheries norvégiennes* dans la catégorie de la consolidation historique de titre)<sup>3369</sup>.

Dans ce type de configuration (longue période d'acquiescement et silence assourdissant d'une partie), définir avec précision le début de la ligne peut s'avérer aléatoire. Cette incertitude est cependant compensée par la perte d'intérêt de la question : le *dies a quo* peut rester nébuleux vu la multiplication des actes d'une partie et l'inaction presque totale de l'autre. Ce dédain pour le *dies a quo* a pour conséquence de reporter l'attention sur la durée de l'acquiescement (les comportements entrepris durant cette période) et sa fin.

<sup>3367</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 139.

<sup>3368</sup> Voy. les cartes : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, pp. 672 et 677.

<sup>3369</sup> Ch. DE VISSCHER, « Cours général de principes de droit international public », *RCADI*, vol. 86, 1954-II, p. 490 ; Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, not. pp. 335-336.

d. *Les densités réconciliées : synthèse du dies a quo*

Les trois affaires et leurs densités se rejoignent sur de nombreux points : c'est par une interaction que l'acquiescement débute (« moment 0 ») et prend fin (date critique ; cristallisation du différend). Les différences tiennent à la dynamique et à l'identification temporelle de cette interaction initiale : en cas de silence de l'État qui finira par acquiescer, la connaissance de la prétention sera présumée. Le caractère notoire et public de la prétention sera le critère de référence afin de valoriser le silence de l'État. Grâce à cette connaissance présumée, le silence de l'État est valorisé comme une *réaction* à la prétention initiale : une interaction (action-réaction) est donc nouée au début de la période de référence de l'acquiescement. Le début de l'acquiescement correspond au(x) comportement(s) qui manifeste(nt) de manière suffisamment explicite la prétention qui sera l'objet du différend à trancher. Dans *Nicaragua c. Colombie*, il serait tout à fait possible d'estimer que le début de l'acquiescement correspond à la période 1871-1893, soit l'édition de lois internes sur l'exploitation du guano dans les îles disputées et leur mise en œuvre<sup>3370</sup>.

Nous nous sommes contentés de passer en revue des affaires ou la durée n'était pas poussée dans des extrêmes de brièveté ou de longueur. La possession immémoriale fait disparaître les premiers actes dans les brumes de l'histoire. L'élément caractéristique de cette institution est l'absence d'un début net, compensé par la longévité et la stabilité de la situation :

« Possession from time immemorial is understood as the form of possession where no evidence can be adduced that the situation was ever different and no living person has ever heard of a different state of affairs. Such possession must also be unbroken and uncontested [...] and it is self-evident that possession so defined must have continued up to the present – that is, up to the time at which the dispute leading to the conclusion of an arbitration agreement occurred »<sup>3371</sup>.

En poussant à l'extrême la condition du temps et du début d'une situation, la possession immémoriale ôte toute valeur aux comportements d'empiétements – forcément de faible amplitude – des

<sup>3370</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 656, § 82.

<sup>3371</sup> *Decision of the arbitral tribunal established to settle the dispute concerning the course of the boundary between Austria and Hungary near the lake called the "Meerauge"*, 13 septembre 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, p. 391.

autres États sur le territoire litigieux<sup>3372</sup>. La situation est tellement opposable, notoire, publique et ancienne que les États adverses ne peuvent pas ignorer qu'ils ne disposent pas de la souveraineté sur un territoire qui fait l'objet de la possession immémoriale.

À l'autre extrême du temps, la brièveté d'une situation empêche l'acquiescement de débiter, ou, sitôt initié, il est mis à mal par une protestation opportune ou la cristallisation du différend<sup>3373</sup>. Dans *Golfe du Maine*, l'acquiescement eut à peine le temps d'éclore, qu'il était déjà corseté et rejeté par la réaction suffisamment prompte des États-Unis. Parfois, l'interaction initiale se solde immédiatement par la cristallisation du différend<sup>3374</sup> : la protestation claire et nette possède cet effet.

Ce « début de la ligne » de l'acquiescement ne s'est appuyé que sur un faible échantillonnage de trois affaires. Les exemples pourraient être multipliés, ce qui est crucial est de constater que le début (comme la fin) de l'acquiescement nécessite une *interaction* ou « moment 0 » qui initie l'éventuel acquiescement en même temps qu'elle en constitue le premier comportement pertinent. Les affaires évoquées étaient relativement évidentes, il existe toutefois des « cas limites » qui ne font pas apparaître une interaction claire entre les parties et où elles gardent toutes deux le silence pendant de nombreuses années.

## 2. *L'identification du dies a quo dans un cas limite : Activités militaires*

*Activités militaires et paramilitaires* de 1984 répond à ce schéma. Le Nicaragua n'avait pas agi, c'est la CIJ et l'ONU qui, de manière répétée et sur de longues années l'avaient inclus dans la liste des États ayant fait une déclaration de reconnaissance de la compétence au sens de l'article 36, § 2 SCIJ. Les États-Unis devaient supporter cet « acquiescement »<sup>3375</sup>. La Cour était parvenue à la conclusion que :

« Compte tenu de la nature publique et constante des affirmations officielles portant sur l'engagement du Nicaragua selon le système de la clause facultative, le silence du gouvernement de cet État ne peut s'interpréter que comme

<sup>3372</sup> M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, [version online], *op. cit.*, pp. 220-221, §§ 142-146.

<sup>3373</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec.* 1978, pp. 9-10.

<sup>3374</sup> Il y a *simultanéité* entre l'interaction initiale et finale, le « moment 0 » correspond à la date critique. Il n'y a donc aucune durée, sauf à considérer celle qui sépare l'action-prétention de la réaction-protestation-cristallisation du différend.

<sup>3375</sup> *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. 411-414.

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 »<sup>3376</sup>.

Nous sommes ici à la limite de l'identification du début de l'acquiescement.

La situation n'est cependant pas totalement irréconciliable avec les axes théoriques précédemment échafaudés. Le premier acquiescement se nouerait entre l'ONU et le Nicaragua (comme dans l'extrait précité) : les publications répétées seraient une prétention de l'ONU à compter cet État comme relevant de l'article 36, § 2 SCIJ. Vu le caractère public, notoire et officiel de cette liste, la première publication consisterait donc au début de l'acquiescement ou « moment 0 ». Le silence du Nicaragua serait sa *réaction* à la publication, et ce silence se confirmerait en tant que réaction par l'inaction face aux publications ultérieures.

Un second acquiescement se nouerait entre les États-Unis et le Nicaragua : en ne contestant pas la publication, le Nicaragua manifeste une prétention à l'égard de *tous* les autres États parties au système de la clause facultative de l'article 36, § 2 SCIJ. La première publication serait, elle aussi, le point de départ de cet acquiescement : de caractère public et notoire (ces deux États étant membre des Nations Unies), cette prétention rencontre un silence assourdissant des États-Unis (et de l'ensemble des autres États membres des Nations Unies ayant fait une déclaration d'acceptation de la compétence facultative de la CIJ). Même dans cette affaire « extrême » d'acquiescement en partie dû au comportement d'une organisation internationale, il est possible de réconcilier la chronologie avec notre schéma d'interactions.

D'ailleurs, la Cour considère explicitement que le début de l'acquiescement correspond à la première publication officielle faisant (faussement) état de l'acceptation, par le Nicaragua, de la compétence de la Cour. C'est donc le premier *Annuaire*, de l'année 1946-1947, qui en constitue le point de départ<sup>3377</sup>. Lorsque l'instance est introduite en 1984<sup>3378</sup>, c'est au total 38 années qui se sont écoulées :

« Le comportement des États-Unis pendant une période de trente-huit années constitue lui aussi la claire reconnaissance de la validité fondamentale de la déclaration du Nicaragua de 1929 par le jeu de l'article 36, paragraphe 5, du Statut »<sup>3379</sup>.

<sup>3376</sup> *Ibid.*, p. 410, § 39.

<sup>3377</sup> *Ibid.*, p. 408, § 36.

<sup>3378</sup> *Ibid.*, p. 395, § 1.

<sup>3379</sup> *Ibid.*, p. 411, § 43.

Est-ce que cela signifie que l'interaction *finale* entre le Nicaragua et les États-Unis est accomplie en 1984 ? Nous serions tentés de le croire, la CIJ nuance pourtant cette hypothèse.

L'arrêt ne mentionne pas une opposition ouverte et claire entre les États-Unis et le Nicaragua au sujet de la compétence de la Cour avant la présente instance, c'est tout l'enjeu de cet arrêt sur la compétence et recevabilité que de déterminer la validité – voire la réalité – de la déclaration d'acceptation du Nicaragua<sup>3380</sup>. En ce sens, la date critique, la cristallisation du différend, ou encore le *dies ad quem* de l'acquiescement correspondraient au jour d'opposition des États-Unis à la compétence, c'est-à-dire le 13 avril 1984<sup>3381</sup>.

Dans un court passage, la CIJ laisse entendre que l'acquiescement s'était *déjà* réalisé avant 1984, l'introduction de l'instance, et l'opposition américaine :

« Du reste, la Cour observe que si, dans une instance qui aurait été engagée contre lui à un moment quelconque durant ces dernières années, 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 »<sup>3382</sup>.

L'arrêt fait également état de protestations américaines, principalement entre 1955 et 1958, mais jugées trop faibles au regard de l'ensemble du comportement pour faire échouer l'acquiescement<sup>3383</sup>. Ce passage précité nous indique que l'interaction « finale » avait déjà pris place avant 1984, ou, plutôt, que la Cour serait arrivée à la même conclusion si elle avait été saisie « à un moment quelconque durant ces dernières années » (constat de sa compétence et validité de la déclaration d'acceptation).

Cet extrait nous fait préciser le cadre et la nécessité d'une interaction *finale* pour mettre fin à l'acquiescement. Nous sommes en présence d'une situation analogue à l'apparition d'une norme coutumière : un tribunal peut être saisi à trois *moments* différents de sa vie : avant (1), pendant (2), ou après (3) sa naissance. Dans les cas 1 et 3, le juge conclura à l'absence – respectivement la présence – de la norme dans le tissu du droit international. Dans le cas 2, la situation est indécise un tribunal peut soit constater

<sup>3380</sup> *Ibid.*, pp. 395-400.

<sup>3381</sup> *Ibid.*, p. 395, § 3.

<sup>3382</sup> *Ibid.*, p. 410, § 39.

<sup>3383</sup> *Ibid.*, pp. 413-414, §§ 49-51.

que la norme ne s'est pas encore concrétisée et « aménager » le terrain pour lui réserver un bon accueil (ou au contraire lui fermer la porte), soit constater qu'elle vient d'apparaître et « réserver » ses contours exacts<sup>3384</sup>. Ces considérations peuvent être transposées à l'acquiescement : dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* de 1984, le tribunal est saisi (introduction de l'instance en 1984) quand l'acquiescement s'est déjà solidifié (3). Le paradoxe de cette situation est que ce n'est que grâce à l'observation que la réalité de l'acquiescement (ou de la norme coutumière) peut être établie. L'acquiescement vit en dehors de son observation par le tribunal (multiplication des publications de l'ONU dans l'affaire des *Activités militaires*), mais seule la constatation judiciaire permet de le rendre tangible. Dans cette affaire, le délai nécessaire pour faire naître l'acquiescement était ainsi inférieur à 38 ans : c'est tout le sens du passage précité de la CIJ (« à un moment quelconque durant ces dernières années »)<sup>3385</sup>. Ce moment exact est – évidemment – laissé dans le flou.

Ces développements nous amènent à dissocier deux notions : la maturité ou concrétisation de l'acquiescement (a) et l'interaction finale ou cristallisation du différend (b). Dans deux des trois affaires précédemment examinées<sup>3386</sup> (*Pêcheries norvégiennes*, *Nicaragua c. Colombie*), ces deux moments étaient simultanés, ou en tout cas n'étaient pas explicitement dissociés dans le raisonnement du tribunal. Ces deux notions correspondent à l'inévitable distinction entre la substance (a) et la forme (b). Quant à sa substance, l'acquiescement se concrétise une fois que les comportements se sont multipliés et qu'une protestation n'a pas été émise ou était insuffisante, le temps parcouru depuis le début de la ligne n'est qu'un critère parmi d'autres, et relatif qui plus est<sup>3387</sup>. Quant à sa forme, l'acquiescement est *borné* par une interaction finale qui a lieu au plus tard durant les premières étapes de l'instance, mais qui peut survenir bien avant.

<sup>3384</sup> Le tribunal peut identifier le noyau dur de la coutume et laisser dans le flou ses contours exacts. Dans ses stades initiaux, une coutume qui vient d'apparaître se renforce et se précise par la pratique. Une dimension d'interprétation de la norme se surajoute au processus de sa création.

<sup>3385</sup> *Ibid.*, p. 410, § 39.

<sup>3386</sup> Dans *Golfe du Maine*, l'acquiescement n'était pas réalisé, donc n'avait jamais pu attendre sa maturité.

<sup>3387</sup> Le temps doit être comparé aux occasions d'application de l'acquiescement et à la nécessité de réagir.

Dans *Activités militaires*, l'acquiescement mûrit bien avant 1984 : les faits démontrent que les deux parties sont restées silencieuses et que le passage du temps n'a rien ajouté en termes de comportements. Par contre, l'interaction finale n'a lieu qu'en 1984 quand les États-Unis contestent l'interprétation de leur silence. Cette interaction finale a pour effet de déterminer la période pertinente (1946-1984) pour vérifier qu'un acquiescement a pris place. Or, la CIJ considère que l'acquiescement a pris place avant, dans une période temporelle allant de 1946 à une date indéterminée, mais antérieure à 1984<sup>3388</sup>. 1984 n'est que la date à laquelle la Cour observe l'existence d'un acquiescement. Aux notions (a) et (b) nous pouvons ajouter la notion (c) : la date d'observation de l'acquiescement, qui correspond au moment où un tribunal (ou un autre mécanisme de résolution des différends) est saisi. Les trois dates et notions peuvent différer ou se recouper.

Une vertu de ces développements est de fournir le cadre pour apprécier les acquiescements en chaîne qui surviennent à propos d'un même objet (typiquement en matière territoriale)<sup>3389</sup>. La souveraineté sur une île revient dans un premier temps à l'État X, puis, à la faveur d'un second acquiescement, à l'État Y. Le tribunal saisi 150, peut-être 200 ans après les faits découpe donc les différentes périodes d'acquiescements pertinentes. C'est seulement par son point de vue extérieur que le tribunal peut observer et délimiter les différentes périodes. Dans ce schéma, les effectivités postérieures à la date critique<sup>3390</sup> s'insèrent entre les moments (b) et (c).

En gardant ces développements et nuances en mémoire, nous nous tournons maintenant vers l'extension ou la durée proprement dite de l'acquiescement.

<sup>3388</sup> *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.

<sup>3389</sup> Par ex. : ATF 120 Ib 512, 14 décembre 1994, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, consid. 4 et 7.

<sup>3390</sup> Cf. not. 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*, op. cit., pp. 53-60.



### B. *Extension de la ligne ou temps proprement dit*

À l'évidence, la durée est la période qui s'étend entre le *dies a quo* (II.A) et le *dies ad quem* (II.C). L'importance de cette durée est son rôle de facteur de la réussite d'un acquiescement. Schématiquement, plus la durée est longue, plus l'acquiescement est susceptible d'être consacré.

#### 1. *Fonctions et enjeux du temps-durée*

La durée ou temps proprement dit remplit deux fonctions dans l'acquiescement : immédiatement après le début de la ligne son passage assure la connaissance, voire la notoriété de la prétention initiale. Le temps-connaissance est présent surtout quand l'interaction initiale est composée d'une prétention et d'un silence (comme dans l'affaire des *Pêcheries norvégiennes*<sup>3391</sup>, abordée *supra*, A.1.b). Cette première durée, dont le but est de s'assurer de la connaissance d'une prétention, peut parfois atteindre plusieurs années. En cas de silence comme réponse, il est difficile de dire quand cette durée prend fin. Un moyen de contourner la question est de repérer une nouvelle interaction. Dans le cas des *Pêcheries*, c'est la prise d'un second décret en 1889 qui assure et renforce la connaissance de la prétention portée par le décret de 1869.

La deuxième fonction du temps est celle du temps-durée, ou temps-condition que l'on évoquait en rapport avec la citation de Grotius<sup>3392</sup>. Cette durée débute également avec l'interaction initiale, mais elle s'étend jusqu'au *dies ad quem*. C'est cette durée que nous avons déjà rencontrée dans la section précédente et qui focalise l'attention des tribunaux. Plus spécifiquement, il existe trois différentes durées pertinentes pour l'acquiescement : le temps nécessaire à sa concrétisation ou mûrissement (a), le temps jusqu'à la date critique ou cristallisation du différend (b) et le temps jusqu'à l'introduction de l'instance, moment où le tribunal jette son regard sur la chronologie et sélectionne les faits (c). Dans la plupart des cas, les moments (a) et (b) sont simultanés, (c) étant distinct<sup>3393</sup>. Le *dies ad quem* correspond généralement au double moment (a)(b).

<sup>3391</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 139.

<sup>3392</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.II.A – « Le temps » et la distinction entre le temps-support (la scène inévitable) et le temps-condition (en tant qu'élément de l'acquiescement).

<sup>3393</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 653, § 71 : la date critique est 1969 (b), l'instance est introduite en 2001 (c) (*ibid.*, p. 630, § 1). L'acquiescement s'étend de 1871-1892 à 1969 (a) (*ibid.*, p. 656, § 82).

Cependant, la question de la date critique est éludée dans quelques cas et le tribunal fait correspondre (a), (b) et (c) : tous les événements jusqu'à l'introduction de l'instance sont pris en compte pour l'acquiescement<sup>3394</sup>. Parfois, le mûrissement de l'acquiescement (a) survient *avant* la date critique (b) et l'introduction de l'instance (c)<sup>3395</sup>.

Ce temps-durée permet la prise en compte des comportements pertinents pour évaluer la concrétisation d'un acquiescement. Le temps-durée indique les bornes temporelles entre lesquelles ce qui se joue sur la scène du temps absolu peut être pris en compte par le tribunal. *A priori*, le temps est convoqué et examiné comme une condition *positive* de l'acquiescement, permettant de confirmer sa présence. Néanmoins, le temps peut être utilisé dans une dimension d'exclusion de l'acquiescement, de manière comparable à une protestation. Dans *Golfe du Maine*, la Chambre affirmait :

« Sans vouloir nier qu'il y ait eu quelque imprudence de la part des États-Unis à garder le silence après que le Canada eut accordé les premiers permis d'exploration sur le banc de Georges, il paraît tout au moins disproportionné de vouloir attribuer à ce silence, de courte durée au surplus [1964-1969], des conséquences juridiques pouvant se concrétiser par un *estoppel* »<sup>3396</sup>.

Le silence de cinq ans<sup>3397</sup> est ici insuffisant pour laisser place à un acquiescement (ou *estoppel*)<sup>3398</sup>.

Une comparaison avec la coutume s'impose. Dans *Mer du Nord*, la Cour concluait :

« Bien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine, il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition

<sup>3394</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 167.

<sup>3395</sup> *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.

<sup>3396</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 308, § 140.

<sup>3397</sup> *Ibid.*, p. 308, § 142.

<sup>3398</sup> *Ibid.*, p. 305, § 130.

invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »<sup>3399</sup>.

Les développements sont valables pour l'acquiescement : la durée du temps n'est qu'un indice de la concrétisation d'un acquiescement, c'est la multiplication des comportements pendant cette durée qui est cruciale. Mais ce qui nous intéresse dans cet extrait, c'est le recours à la « condition » du temps pour exclure la réalisation d'une institution (que ce soit l'émergence d'une coutume, une pratique subséquente, ou l'acquiescement).

## 2. *Approche empirique de la durée de l'acquiescement*

Le serpent de mer en matière de durée de l'acquiescement (ou de la prescription extinctive) est l'existence d'un nombre d'années précis, ou aisément déterminable qui déclencherait automatiquement un acquiescement. La réponse simple est l'absence d'une telle durée. Martin-Bidou affirme que :

« L'écoulement du temps permet de renforcer la présomption. Pendant ce délai, le silence ou d'autres attitudes viendront confirmer la présomption et apporter la preuve de l'acquiescement. À ce stade, le temps n'intervient donc pas comme une condition de l'acquiescement, mais comme un élément dans la preuve de cet acquiescement »<sup>3400</sup>.

Dans cette veine, Marie rappelle que la date critique ou cristallisation du différend ne joue pas le rôle de durée prédéterminée pour l'acquiescement<sup>3401</sup>. Ce qui importe, c'est la *densité* du temps, les occasions de réagir : la scène du temps ne prend de valeur que par les actes qui s'y déroulent<sup>3402</sup>.

Parmi les auteurs favorables à l'existence de la prescription extinctive, Hober souligne les nombreuses incertitudes qui planent sur son application<sup>3403</sup>. Il évoque des cas (principalement en matière diplomatique) où de longs délais – allant jusqu'à 32 ans – se sont

<sup>3399</sup> *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. 43, § 74.

<sup>3400</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 83.

<sup>3401</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 611, § 398 : « [Il est erroné d'affirmer que] le moment désigné par la date critique conditionne l'efficacité du silence ni qu'elle permette d'identifier le moment auquel le silence produit ses effets. C'est simplement que, à cette date, le comportement doit déjà exister, i.e. être cohérent », nos italiques.

<sup>3402</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 611, § 399.

<sup>3403</sup> K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, op. cit., p. 279.

écoulés sans que la prescription soit retenue<sup>3404</sup>. Le point crucial est que le délai doit être accompagné d'autres circonstances qui justifient le rejet de la demande, le temps ne fait naître qu'une présomption de prescription<sup>3405</sup>. L'acquiescement s'appuie aussi sur cette présomption dans son rapport au temps.

a. *Tableau*

Dressons un tableau à valeur purement empirique d'affaires impliquant l'acquiescement ou d'autres institutions. Notre but est d'évaluer si, et à partir de quelle durée, la présomption en faveur de l'acquiescement devient presque irrésistible. La note de bas de page complète est indépendante du tableau pour une question de mise en forme<sup>3406</sup>. Pour les affaires diplomatiques, nous avons repris une

<sup>3404</sup> *Ibid.*, pp. 286-287.

<sup>3405</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>3406</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec.* 1978, pp. 9-10 ; *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, §§ 57-73 ; *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 279-280, §§ 61-63 ; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec.* 1960, pp. 203 et 213 ; *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. 30, 66-67 ; *Affaire Quraishi*, 14 juillet 1993, TAOIT, 75<sup>e</sup> session, Jugement n° 1267, p. 2, lit. c ; *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec.* 1955, pp. 19-20 ; *Affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte)*, arrêt, 3 juin 1985, CIJ, *Rec.* 1985, pp. 28-29 ; *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, pp. 444-445 ; *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. 201, 203, 207-208 ; *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, pp. 352-354 ; *The Ambatielos claim* (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, pp. 93-107 ; *Irene Roberts Case*, 1903-1905, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pp. 207-208 ; *Grisbadarna*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 162 (les actes initiaux sont identifiés, mais non datés) ; *Tagliaferro Case*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 592-593 ; *Giacopini Case*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 595-596 ; *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. 404-414 ; *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. 238, 257-258 ; *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Taba*, Sentence, 29 septembre 1988, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, pp. 44-45 ; *Spader et al. Case*, 1903-1905, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 223 ; *Affaire concernant Ann Eulogia Garcia Cadiz*

partie des ouvrages de K. Hober<sup>3407</sup> et de R. Kolb<sup>3408</sup>. Lorsque les dates précises du début ou de la fin de la ligne de l'acquiescement n'étaient pas explicitement déterminées dans la sentence, nous avons volontairement opté pour une fourchette basse (le début le plus tardif et la fin la plus précoce).

| Affaire                     | Durée (ans) | Dates     | Domaine                  | Résultat                    |
|-----------------------------|-------------|-----------|--------------------------|-----------------------------|
| <i>Mer Égée</i> (CIJ)       | 1           | 1973-1974 | Délimitation maritime    | Pas d'acquiescement         |
| <i>Saïga</i> (TIDM)         | 1           | 1997-1998 | Compétence d'un tribunal | <b>Forum prorogatum</b>     |
| <i>Golfe du Maine</i> (CIJ) | 5           | 1964-1969 | Délimitation maritime    | Pas d'acquiescement         |
| <i>Roi d'Espagne</i> (CIJ)  | 6           | 1906-1912 | Validité d'une sentence  | Acquiescement <b>validé</b> |

(Loretta G. Barberie) c. Venezuela, Opinion du Commissaire Findlay du 2 avril 1890, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 297 ; *Temple de Préah Vihéar* (Cambodge c. Thaïlande), fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 23 et 32 ; *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec.* 1982, p. 37, § 10 ; pp. 69-70, §§ 93-95 ; *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 124 et 138 ; *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. 564-565 ; *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec.* 1960, pp. 34, 39-41 ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, pp. 652-657 ; *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, pp. 228-230 ; *Arkansas v. Tennessee* (United States Supreme Court), 3 juin 1940, 9 ILR 112, cas n° 43, p. 113 ; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec.* 2009, pp. 263-266 ; *Georgia v. South Carolina* (United States Supreme Court), 25 juin 1990, 91 ILR 439, p. 450 ; *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 413 ; *Yuille, Shortridge & Cie (Grande-Bretagne c. Portugal)*, Sentence du 21 octobre 1861, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 60-65.

<sup>3407</sup> K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, *op. cit.*, pp. 286-287.

<sup>3408</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 393, § 73.

|                                    |      |               |                             |                              |
|------------------------------------|------|---------------|-----------------------------|------------------------------|
| <i>Services aériens France-USA</i> | 6    | 1955-1961     | Pratique modificative       | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Quraishi</i>                    | 7    | 1985-1992     | Fonction publique (OI)      | Prescription <b>atteinte</b> |
| <i>Nottebohm</i>                   | 7    | 1939-1946     | Acquisition de nationalité  | Pas d'acquiescement          |
| <i>Libye c. Malte</i> (CIJ)        | 8    | 1965-1973     | Délimitation maritime       | Pas d'acquiescement          |
| <i>Indemnité Russe</i>             | 12   | 1890-1902     | Renonciation tacite         | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Costa-Rica c. Nicaragua</i>     | 12   | 1858-1870     | Perte du droit de contester | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Cameroun c. Nigeria</i> (CIJ)   | 14   | cir.1980-1994 | Titre c. effectivités       | Pas d'acquiescement          |
| <i>Ambatielos claim</i>            | 16   | 1919-1925     | Protection diplomatique     | Pas de prescription          |
| <i>Irene Roberts</i>               | 28   | 1875-1903     | Protection diplomatique     | Pas de prescription          |
| <i>Grisbadarna</i>                 | ~ 30 | 1879(?)-1909  | Délimitation maritime       | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Tagliaferro</i>                 | 31   | 1872-1903     | Protection diplomatique     | Pas de prescription          |
| <i>Giacopini</i>                   | 32   | 1871-1903     | Protection diplomatique     | Pas de prescription          |
| <i>Activités militaires</i> (CIJ)  | 38   | 1946-1984     | Compétence de la CIJ        | Acquiescement <b>validé</b>  |

|                                     |       |              |                                                        |                              |
|-------------------------------------|-------|--------------|--------------------------------------------------------|------------------------------|
| <i>Pensions de l'UNESCO</i>         | ~ 40  | 1954-1994    | Pratique subséquente                                   | Pas de pratique              |
| <i>Bornes Taba</i>                  | 42    | 1906-1948    | Différend territorial                                  | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Spader</i>                       | 43    | 1846-1889    | Protection diplomatique                                | Prescription <b>atteinte</b> |
| <i>Loretta G. Barberie</i>          | 45    | 1823-1868    | Protection diplomatique                                | Prescription <b>atteinte</b> |
| <i>Temple de Préah Vihéar (CIJ)</i> | 50    | 1908-1958    | Perte du droit de contester                            | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Tunisie c. Libye (CIJ)</i>       | 57    | 1919-1976    | <i>Modus vivendi</i>                                   | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Pêcheries norvégiennes (CIJ)</i> | 64    | 1869-1933    | Délimitation maritime                                  | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Rann of Kutch</i>                | 75    | 1872-1947    | Souveraineté (effectivités)                            | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Droit de Passage (CIJ)</i>       | 76    | 1878-1954    | Coutume bilatérale                                     | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Nicaragua c. Colombie (CIJ)</i>  | 76-98 | 1871/93-1969 | Souveraineté (effectivités)                            | Acquiescement <b>validé</b>  |
| <i>Parcelles frontalières (CIJ)</i> | 79    | 1843-1922    | Titre contre effectivités                              | Pas d'acquiescement          |
| <i>Arkansas v. Tennessee</i>        | 114   | 1826-1940    | Litige territorial entre divisions fédérales d'un État | Acquiescement <b>validé</b>  |

|                                     |     |             |                                                        |                             |
|-------------------------------------|-----|-------------|--------------------------------------------------------|-----------------------------|
| <i>Droits de navigation (CIJ)</i>   | 149 | 1858-2007   | Coutume bilatérale                                     | Acquiescement <b>validé</b> |
| <i>Georgia v. South Carolina</i>    | 150 | ~ 1800-1950 | Litige territorial entre divisions fédérales d'un État | Acquiescement <b>validé</b> |
| <i>United States v. Louisiana</i>   | 168 | 1803-1971   | Baie historique                                        | Acquiescement <b>validé</b> |
| <i>Yuille, Shortridge &amp; Cie</i> | 172 | 1654-1826   | Désuétude (traité)                                     | Pas de désuétude            |

Cette liste pourrait être doublée vu la notion large d'acquiescement que nous avons adoptée. Pour nos besoins limités, nous pouvons nous arrêter ici, bien que de larges pans du droit international pourraient encore être plus amplement cités (baies historiques, différends territoriaux, droit de la fonction publique internationale<sup>3409</sup>, pratique subséquente ou modificative).

b. *Interprétation du tableau*

Ce tableau a pour vocation de présenter de manière lisible et accessible d'éventuels liens entre le temps-durée et la concrétisation de l'acquiescement. Nous avons donc en priorité opté pour des affaires qui avaient examiné et retenu l'acquiescement. Sur les 33 entrées, l'acquiescement ou une institution apparentée a été retenu 21 fois.

Le tableau confirme que l'acquiescement ne se réduit pas à une durée. Il ne s'agit que d'une de ses composantes. Nous pouvons tout de même esquisser quelques conclusions : si un temps long n'est pas un gage incontesté de réussite de l'acquiescement, un temps court

<sup>3409</sup> Nous n'avons cité que l'affaire *Quraishi*. Cependant, en se reportant au Ch. 5.I.B – « L'organisation internationale comme auteure », nous constatons que dans cette partie du droit international, qui fonctionne de manière très similaire au droit privé interne (droit du travail), des délais courts suffisent à créer la prescription de l'action en justice.



est tout aussi inapte à en empêcher la concrétisation. Dans quatre affaires l'acquiescement survient en l'espace de 8 ans ou moins. Le record est d'une année dans l'affaire *Saiga* <sup>3410</sup>. Le domaine de manifestation de l'acquiescement affecte la durée.

Sous l'angle de la naissance d'une présomption favorable à l'acquiescement, un tournant se dessine au-delà des 30 années. Au total 15 des 21 affaires qui valident l'acquiescement (~ 70 %) se situent après ce cap. Gardons-nous d'une conclusion hâtive ; la durée de plus de 30 ans, en elle-même et par elle-même n'est pas synonyme de la réalisation de l'acquiescement. Quand la durée franchit ce cap, c'est généralement le signe qu'un ensemble d'autres composantes de l'acquiescement sont réalisées. La durée n'est qu'un indice de réalisation des autres facteurs de l'acquiescement : s'il faut plus de 30 ans pour qu'un différend se cristallise (par la date critique ou l'introduction de l'instance, voire le dépôt d'un contre-mémoire lors de l'instance <sup>3411</sup>), c'est le signe du peu d'intérêt nourri à l'égard de la situation juridique.

Une longue durée est rendue possible par une multiplicité de facteurs qui peuvent être présents conjointement ou de manière pondérée, par exemple l'absence d'intérêt d'une partie pour la situation trouve sa contrepartie dans la liberté d'action dont jouira la partie adverse sur cette question. Ainsi, dans le différend opposant le Nicaragua à la Colombie, seule cette dernière s'est emparée de la question de la souveraineté sur les îles <sup>3412</sup>. Quand une zone litigieuse est de faible étendue, inhospitalière, ou encore inhabitée, elle peut plus aisément échapper à la vigilance d'un État et l'incertitude sur la souveraineté peut alors se poursuivre de nombreuses années <sup>3413</sup>. La longue durée peut aussi être liée à une cristallisation tardive du différend, dans de rares cas l'acquiescement se concrétise en amont de la date critique <sup>3414</sup>.

<sup>3410</sup> *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, §§ 57-73.

<sup>3411</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 265, § 140.

<sup>3412</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 652-657. Le Nicaragua se reposait presque exclusivement sur une argumentation mettant en avant un titre, titre qui ne fut pas retenu par la Cour.

<sup>3413</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 46 ; *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Taba*, Sentence, 29 septembre 1988, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, pp. 79-81, §§ 39-48.

<sup>3414</sup> *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.

Au nombre des facteurs et conditions de l'acquiescement sous-jacents à une longue durée, nous pouvons encore citer de longues périodes de silence<sup>3415</sup>, la pauvreté des actes du bénéficiaire et de l'acquiesçant<sup>3416</sup> ou une tolérance qui se transforme en situation juridiquement contraignante. Deux exemples illustrent ce dernier et important motif. Dans *Tunisie c. Libye*, ce qui n'était initialement qu'un *modus vivendi* de l'ancienne puissance coloniale fut conservé après l'accession à l'indépendance et la Cour estima que la longue durée laissait présager le caractère équitable de cet arrangement<sup>3417</sup>. Dans *Droits de navigation*, une des parties était convaincue que la pratique ne revêtait pas de nature juridique et l'avait toléré pour cette raison<sup>3418</sup>.

L'absence de protestations est bien évidemment en lien direct avec la longue durée et le mûrissement de l'acquiescement. Dans les affaires du *Temple de Préah Vihéar*, des *Pêcheries norvégiennes* et *Nicaragua c. Colombie*, les premières protestations précipitent la cristallisation du différend<sup>3419</sup>.

Nous pouvons remarquer qu'au-delà de ce cap des 30 ans, la durée – qui, on le rappelle, n'est pas une de ses conditions<sup>3420</sup> – devient un véritable *élément* qui peut être pris en compte aux côtés des autres conditions de l'acquiescement. Cependant, la longue durée ne fait que se *surajouter* aux autres facteurs qui l'ont rendue possible. La présomption qui s'attache

<sup>3415</sup> *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. 297 ; *Georgia v. South Carolina* (United States Supreme Court), 25 juin 1990, 91 ILR 439, p. 450.

<sup>3416</sup> *Grisbadarna*, Sentence, 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 162 ; *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. 564-565.

<sup>3417</sup> *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec. 1982*, pp. 69-70, §§ 93-95 et p. 37, § 21.

<sup>3418</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 265, § 140.

<sup>3419</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 23 et 32 ; *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 124-138 ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 652-657.

<sup>3420</sup> Dans trois affaires, des durées comprises entre 1 et 6 ans ont suffi à concrétiser l'acquiescement sans que le temps apparaisse comme un facteur important de cette conclusion. *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, §§ 57-73 ; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 203-213 ; *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. 30, pp. 66-67.

à l'écoulement d'une longue durée – et c'est là tout le sens d'une présomption<sup>3421</sup> – est de servir de *raccourci* juridique afin d'évaluer la satisfaction des conditions de l'acquiescement. Plus le délai va en s'étirant depuis le début de la ligne de l'acquiescement (le « moment 0 »), plus il est vraisemblable que l'ensemble des conditions de l'acquiescement sont réunies (en particulier pour la passivité générale et l'absence de protestations<sup>3422</sup> de l'État acquiesçant face à la prétention). C'est dans ce cadre d'une longue durée que les tribunaux sont légitimés à faire référence au temps comme à un élément probatoire de l'acquiescement.

Dans sa dimension extrême qui confine à la prescription extinctive<sup>3423</sup>, c'est une durée nue qui sépare le début de la fin de la ligne de l'acquiescement. Ce silence assourdissant où rien ne se passe à part la durée a pour vertu de transformer le temps : il devient un « fait en soi »<sup>3424</sup>. Les cas faisant apparaître un temps sans comportements sont rares, *Loretta G. Barberie* s'inscrit dans cette veine :

« What was done with the claim, and under this power, appears from the affidavit of the present claimant, daughter of Mr. Cadiz, made in New York on February 28, 1890, in which she says “that according to deponent's best knowledge, information, and belief, the family of Ramon, from 1823 to about 1866, all of which time they had charge and possession of the papers on which this claim is founded, never collected nor received anything on account of the claim in question, and never endeavored or undertook to collect the said claim” »<sup>3425</sup>.

De 1823 à 1868, une demande potentielle est restée oubliée, le tribunal rejettera la demande en raison de l'effet dévastateur du temps<sup>3426</sup>. Ce cas appartient au domaine de la protection

<sup>3421</sup> En tant que raccourci juridique la présomption sert à éviter des développements chronophages qui aboutissent au même résultat. Cette présomption-raccourci peut aussi servir d'axiome dans un domaine juridique. Par ex. Ch. De Visscher note que : « La responsabilité internationale a pour base la présomption que l'État exerce, par l'entremise de ses organes, une autorité effective dans les limites de ses frontières » (« Cours général de principes de droit international public », *op. cit.*, p. 512).

<sup>3422</sup> Les premières protestations de valeur ont généralement pour conséquence de cristalliser le différend et avec lui la date critique de l'acquiescement. Si elles arrivent loin en aval du « moment 0 », c'est un premier indice de la possibilité de l'acquiescement, qu'il faut ensuite préciser en recourant aux comportements et abstentions des deux parties.

<sup>3423</sup> Pour une prescription *acquisitive*, il faut que des actes positifs soient accomplis.

<sup>3424</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, pp. 391-395.

<sup>3425</sup> *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. 297.

<sup>3426</sup> Nous retenons 1868 comme date finale car c'est à ce moment que des actes sont faits en lien avec la demande (la requête ou *claim* ne fait que changer de main en 1866).

diplomatique au sens large <sup>3427</sup>. Il implique donc indirectement des personnes privées, ce qui peut expliquer que la prescription internationale ressemble à s’y méprendre à celle rencontrée dans les ordres internes.

3. *L'influence du domaine sur la durée de l'acquiescement*

Les spécificités de chaque domaine du droit expliquent que des durées analogues débouchent ou non sur une concrétisation de l’acquiescement. Au-delà du seuil des 30 ans, nous reproduisons ici les affaires qui n’ont pas donné lieu à l’acquiescement et tenterons d’en expliquer les raisons.

| Affaire                             | Durée (ans) | Dates     | Domaine                   | Résultat            |
|-------------------------------------|-------------|-----------|---------------------------|---------------------|
| <i>Tagliaferro</i>                  | 31          | 1872-1903 | Protection diplomatique   | Pas de prescription |
| <i>Giacopini</i>                    | 32          | 1871-1903 | Protection diplomatique   | Pas de prescription |
| <i>Pensions de l'UNESCO</i>         | ~ 40        | 1954-1994 | Pratique subséquente      | Pas de pratique     |
| <i>Parcelles frontalières (CIJ)</i> | 79          | 1843-1922 | Titre contre effectivités | Pas d'acquiescement |
| <i>Yuille, Shortridge &amp; Cie</i> | 172         | 1654-1826 | Désuétude (traité)        | Pas de désuétude    |

Dans les deux affaires diplomatiques, la prescription n’a pas été retenue car sa *ratio legis* n’était pas satisfaite. Dans *Giacopini*, l’écoulement d’une longue durée est dû à l’inaction de l’État

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, pp. 297-298.

<sup>3427</sup> De nombreuses « commissions de réparations » sont créées au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. C’est par un traité qu’elles peuvent prendre place : dans le cas *Loretta G. Barberie* et *Spader*, il s’agit d’un accord entre les États-Unis et le Venezuela.

responsable (le Venezuela), or la prescription vise à protéger la destruction de preuve défavorable au défendeur. Le tribunal rejette la prescription car l'État responsable (et occupant la position de défendeur) était parfaitement au courant de l'existence et des tenants et aboutissants de la demande : « Full notice having been given to the defendant, no danger of injustice exists, and the rule of prescription fails »<sup>3428</sup>. *Tagliaferro* s'inscrit dans la même logique, lorsque la longue durée est causée par l'inaction de l'État en raison d'un déni de justice, la prescription ne peut pas être valablement opposée<sup>3429</sup>.

Dans *Pensions de l'UNESCO*, la France et l'OI s'opposaient sur la question de la taxation des rentes des anciens fonctionnaires. Comme il s'agit d'une OI, le litige a été analysé sous l'angle de la pratique subséquente à un traité<sup>3430</sup>. L'inaction pertinente était celle de la France, et de ses autorités fiscales en particulier, qui avaient omis de collecter et taxer les rentes des anciens fonctionnaires de l'UNESCO sur une durée d'environ 40 ans<sup>3431</sup>. Le crible de la pratique subséquente, malgré sa proximité avec l'acquiescement, adopte une approche plus formelle : la pratique doit être cohérente et partagée par les deux parties pour pouvoir être retenue (les autorités inférieures et supérieures de la France s'étaient contredites ; l'UNESCO n'avait pas répondu à des demandes de renseignement des autorités fiscales). Cette univocité n'étant pas réalisée, le long délai d'absence de taxation n'y changeait rien. Analysée sous l'angle de l'acquiescement seul, nous ne pouvons que supputer que ses critères plus souples auraient conduit à conclure à un acquiescement de la France à l'exonération des anciens fonctionnaires.

*Parcelles frontalières* s'inscrit avant l'heure dans une dynamique de titre (favorable à la Belgique) contre des effectivités (accomplies par les Pays-Bas)<sup>3432</sup>. Depuis le différend territorial entre le Burkina-Faso et le Mali, on sait que la préférence du

<sup>3428</sup> *Giacopini Case*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 595-596.

<sup>3429</sup> *Tagliaferro Case*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 593.

<sup>3430</sup> Cf. Ch. 5.I.B et 4.II.B.

<sup>3431</sup> *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. 260, § 75.

<sup>3432</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, pp. 228-230.

droit international va à l'écrit plutôt qu'aux actes<sup>3433</sup>. Les 79 ans d'effectivités furent jugés insuffisants pour renverser le titre. La présence d'un titre oriente immédiatement l'acquiescement, le tribunal n'est pas dans une perspective de comparaison entre comportements, il doit, sur la base des effectivités, déduire un consentement au passage de la souveraineté de la Belgique aux Pays-Bas. Cette exigence entraîne un seuil probatoire plus élevé pour conclure à la présence d'un acquiescement, la durée perd de son importance.

Dans *Yuille, Shortridge & Cie*<sup>3434</sup> l'argumentation s'articulait autour de la désuétude d'un traité sur une durée de 172 ans, et ne fut pas accueillie par le tribunal<sup>3435</sup> (à propos de la désuétude et de ses rapports avec l'acquiescement, cf. *supra*, Ch. 3.II.E). Sur un plan aussi formel, qui repose sur une opposition frontale à un traité, le seuil probatoire est encore plus exigeant que pour une pratique subséquente. L'État qui se prévaut d'une désuétude doit démontrer une inapplication totale du traité en cause, voire une pratique contraire à ses termes, par exemple manifestée par des traités successifs portant sur la même matière<sup>3436</sup>. La longue durée ne suffit pas, car le tribunal put identifier des cas d'applications du traité<sup>3437</sup>.

Les trois affaires précédentes ont en commun de s'articuler autour d'un traité : dès que l'acquiescement est confronté à des domaines où le formalisme prime, il perd en efficacité. Le droit des OI est hautement dépendant des traités constitutifs, la pratique subséquente prend racine dans un traité, tout comme la désuétude, ou son négatif la ratification tacite. Parce que des modes formels de modifications existent (amendement d'un traité, accord subséquent, dénonciation d'un traité), l'acquiescement doit atteindre un seuil qui confine au consentement formel afin d'être pris en compte. La durée sur laquelle il se déroule perd son caractère de présomption.

<sup>3433</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, p. 587, § 63.

<sup>3434</sup> *Yuille, Shortridge & Cie (Grande-Bretagne c. Portugal)*, Sentence du 21 octobre 1861, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 57-71.

<sup>3435</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>3436</sup> 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.

<sup>3437</sup> *Yuille, Shortridge & Cie (Grande-Bretagne c. Portugal)*, Sentence du 21 octobre 1861, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 65.

En ce sens la durée est *indifférente* à l'acquiescement si le différend s'appuie sur un traité : elle ne le favorise pas plus qu'elle ne l'empêche.

Cela explique que de courtes durées puissent conduire à un acquiescement dans des différends impliquant du droit conventionnel. Dans *Saiga* et *Services aériens entre la France et les États-Unis*, des durées comprises entre 1 et 6 ans ont suffi car les conditions phares de l'acquiescement étaient satisfaites<sup>3438</sup>. Les deux États étaient sur un pied d'égalité, la prétention était à portée de la connaissance de l'autre partie, la dynamique d'action et de réaction prenait place dans un temps dense où chaque occasion de réagir comptait et était susceptible de faire perdre son droit à une partie.

#### 4. *La durée comme facteur de rejet de l'acquiescement*

Parmi les affaires qui n'ont pas débouché sur un acquiescement, reste celles dont la durée est comprise entre moins d'une année et seize ans<sup>3439</sup>. Dans cet intervalle, six affaires ont validé l'acquiescement, et six l'ont rejeté. Une courte durée transforme-t-elle l'acquiescement en jeu de hasard ? Tel n'est pas le cas, les six affaires qui le rejettent démontrent un comportement d'opposition suffisant de l'État à qui l'on souhaitait prêter un acquiescement<sup>3440</sup>. Alternativement, et si l'opposition ne transparaît pas clairement, les comportements ne sont pas jugés suffisamment univoques

<sup>3438</sup> *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, §§ 57-73 (référence à l'article 91 UNCLOS) ; *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. 30, 66-67.

<sup>3439</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec. 1978*, pp. 9-10 ; *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 279-280, §§ 61-63 ; *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, pp. 19-20 ; *Affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte)*, arrêt, 3 juin 1985, CIJ, *Rec. 1985*, pp. 28-29 ; *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 352-354 ; *The Ambatielos claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, pp. 93-107.

<sup>3440</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec. 1978*, pp. 9-10 ; *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, pp. 19-20 ; *the Ambatielos claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, pp. 93-107.



pour démontrer un acquiescement<sup>3441</sup> (par ex. parce que l'État qui cherche à se prévaloir d'un acquiescement a adopté des attitudes contradictoires)<sup>3442</sup>.

Dans deux de ces affaires, la courte durée s'invite dans la négation de l'acquiescement. Dans *Golfe du Maine* (cinq ans), la Chambre déclare :

« Il paraît tout au moins disproportionné de vouloir attribuer à ce silence, de courte durée au surplus, des conséquences juridiques pouvant se concrétiser par un *estoppel* »<sup>3443</sup>.

C'est avant tout l'effet du silence des États-Unis qui est examiné, la durée ne joue qu'un rôle de présomption négative *supplémentaire*. Cet extrait indique et confirme que la durée n'est qu'une auxiliaire à l'évaluation d'un *estoppel*, acquiescement, ou de toutes institutions parentes. La durée fait partie du « faisceau d'indices convergents » qui permettent, à choix, de confirmer ou d'infirmer la concrétisation d'un acquiescement *une fois* que ses conditions de bases sont établies.

Dans *Plateau continental de la mer Égée*, la Grèce avait réagi avec toute la promptitude nécessaire pour empêcher la Turquie de faire débiter et perdurer une situation<sup>3444</sup>. La période entre la prétention et la réaction-cristallisation du différend ne dépassait pas quatre mois<sup>3445</sup>. Les deux États se sont engagés dans un processus de négociation moins de deux ans après la formation de la prétention initiale de la Turquie<sup>3446</sup>. Lorsque la durée est aussi courte, et que l'interaction initiale (« moment 0 ») correspond simultanément à l'interaction finale ou cristallisation du différend, l'acquiescement n'a aucune chance de se nouer<sup>3447</sup>. Ce n'est pas la courte durée en

<sup>3441</sup> *Golfe du Maine* (Canada c. États-Unis d'Amérique), 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 279-280, §§ 61-63 ; *Affaire du plateau continental* (Jamahiriya Arabe Libyenne/ Malte), arrêt, 3 juin 1985, CIJ, *Rec. 1985*, pp. 28-29.

<sup>3442</sup> *Frontière terrestre et maritime* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant), fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 352-354.

<sup>3443</sup> *Golfe du Maine* (Canada c. États-Unis d'Amérique), 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 308, § 140, nos italiques.

<sup>3444</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée* (Grèce c. Turquie), arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec. 1978*, pp. 9-10.

<sup>3445</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>3446</sup> *Ibid.*, p. 9 ; p. 42, § 103.

<sup>3447</sup> L'acquiescement n'est presque jamais instantané, mais sa durée peut parfois se résumer à deux interactions seulement : la prétention et l'acceptation de celle-ci. Dans le contexte judiciaire, cette quasi-instantanéité de l'acquiescement est possible car les parties sont en contact direct, la prétention est connue et la charge de réagir naît immédiatement, la réponse est soit un refus, soit un acquiescement. En dehors de ce cas, une courte durée de l'acquiescement



tant que telle qui interdit la concrétisation de l'acquiescement <sup>3448</sup>, mais elle peut être utilisée comme une présomption défavorable à l'acquiescement. Un temps court joue le rôle exactement inverse que le temps long (> 30 ans) en matière de présomption. Quand les durées sont inférieures à une dizaine d'années, cela peut laisser supposer que la connaissance de la prétention n'est pas parfaite, que la notoriété n'a pas atteint son paroxysme, ou encore que le silence est gardé pour des raisons de tolérance ou de courtoisie.

Nous avons évoqué les deux fonctions de la durée dans l'acquiescement <sup>3449</sup> : il y a d'abord un temps-connaissance et ensuite un temps-condition. Le temps-condition correspond à la durée totale de l'acquiescement, ce temps qui débute à l'interaction initiale et prend fin avec le *dies ad quem*. Le temps-connaissance est celui qui débute avec l'interaction initiale, il sépare la prétention de la première réaction adverse. C'est ce temps-connaissance qui permet d'évaluer la notoriété de la situation et la connaissance réelle ou supposée de la prétention de l'État adverse. En cas de courte durée totale, le temps-connaissance est compressé, ce qui peut laisser supposer que les conditions de l'acquiescement sont plus difficilement satisfaites.

##### 5. *Le temps : condition, élément, ou présomption de l'acquiescement ?*

Esquissons quelques conclusions quant à l'importance du temps pour son fonctionnement. 1) Le temps n'est pas un élément absolu de l'acquiescement, il n'opère pas en isolation, sauf dans de rares cas <sup>3450</sup>. 2) Le passage d'un long temps (plus de 30 ans) fait naître des dispositions favorables et une présomption d'acquiescement, surtout dans des domaines dominés par des sources coutumières <sup>3451</sup>. La présomption sert de raccourci afin d'évaluer la

---

indique généralement un refus. Dans les hypothèses de temps très court et de refus, l'acquiescement n'est généralement même pas évoqué.

<sup>3448</sup> *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, §§ 57-73.

<sup>3449</sup> Paragraphes introductifs de la section Ch. 5.II.B.

<sup>3450</sup> *Spader et al. Case*, 1903-1905, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 223 ; *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. 297.

<sup>3451</sup> Les effectivités des différends territoriaux, la coutume bilatérale, les baies historiques, la protection diplomatique.

satisfaction des conditions de l'acquiescement. 3) À l'inverse, une courte durée laisse présumer que l'acquiescement n'a pas pu se réaliser<sup>3452</sup>. 4) La durée est un élément qui se surajoute aux conditions de l'acquiescement, que ce soit en sa faveur (long temps) ou défaveur (courte durée). 5) L'acquiescement repose avant tout sur le complexe d'action et de réaction, sur la densité du temps plutôt que sa durée. De courtes durées peuvent suffire, et à l'inverse des longues durées émaillées d'actes contraires sont inaptes à faire naître un acquiescement.

Revenons à Grotius : « [L]e temps n'a aucune vertu productrice, et rien ne se fait par le temps, quoique tout se fasse dans le temps »<sup>3453</sup>. Cette citation destinée à l'usucapion est valable pour l'acquiescement. En tant que phénomène le droit est captif du temps, mais son élaboration scientifique est libre de choisir de s'appuyer ou non sur le temps<sup>3454</sup>. Les institutions juridiques, faits ou actes juridiques sont ou non conditionnés par le temps dans leur fonctionnement : la définition du plateau continental a évolué dans le temps (droit-phénomène ; histoire du droit), par contre les conditions de son existence en sont indépendantes<sup>3455</sup>. La position est encore plus subtile pour l'acquiescement. L'élaboration scientifique de l'acquiescement suppose l'écoulement du temps (des actions, réactions et protestations ne pouvant pas, par définition, être simultanées)<sup>3456</sup>. Mais cette élaboration scientifique

<sup>3452</sup> Le temps-connaissance ne serait pas satisfait, la prétention ne peut être suffisamment connue, la situation n'est pas notoire, le silence est gardé par-devers soi.

<sup>3453</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 210.

<sup>3454</sup> Il s'agit de voir *si et comment* le temps est « représenté » dans le droit, comment il est pris en compte et quelles caractéristiques sont valorisées sur le plan juridique. En tant que phénomène naturel, le temps est divisé en secondes, minutes, heures. Il peut servir à mesurer des distances (années-lumière), des cycles de vie (temps biologique), la dégradation d'éléments chimiques (demi-vie des isotopes radioactifs), un rythme (les mesures d'une partition de musique), ou à structurer une journée (laudes, nones, vêpres). Ainsi chaque domaine d'activité de la vie humaine s'empare du temps pour ses propres besoins. En droit, le temps est essentiellement lié aux délais : la prescription est déterminée en jours, mois ou années. La durée peut être relative (courir à partir de la connaissance du sujet) ou absolue (dès la survenance d'un événement). Le temps est aussi un repère pour les droits des sujets : majorité civile, droit de vote, et retraite sont fixés par l'âge.

<sup>3455</sup> Un PC ne doit pas avoir existé depuis un nombre d'années prédéterminé pour être reconnu comme tel : ses conditions sont liées à la prolongation d'un territoire terrestre et, en cas d'extension, à ses caractéristiques géologiques (art. 76, en particulier son § 8 ainsi que l'Annexe II de l'UNCLOS relative à la Commission des limites du plateau continental).

<sup>3456</sup> De la même manière, le mécanisme de la responsabilité internationale suppose une chronologie, mais n'en fait pas une condition. Le temps apparaît indirectement dans les violations continues ou composites (art. 14, §§ 2 et 3 et 15 TCDD). La causalité implicite à la responsabilité s'appuie évidemment sur le temps (voy. not. art. 36 TCDD ; R. KOLB, *The International Law of State Responsibility*, op. cit., p. 161).

n'érige pas le temps en une condition du fonctionnement de l'acquiescement<sup>3457</sup>. Empiriquement, l'acquiescement est cependant rattrapé par le temps : une présomption en sa faveur surgit lorsqu'il s'éternise. Le temps est omniprésent dans l'acquiescement, mais n'existe pas de manière indépendante, comme condition autonome. Il est distillé entre les conditions de connaissance, notoriété, protestations et silence ou abstention.

#### 6. *L'importance de choisir son moment*

Examinons quelques problèmes rencontrés dans la jurisprudence. Le premier concerne la divergence entre la durée de concrétisation de l'acquiescement et son extension totale, l'affaire des *Activités militaires* doit y faire face :

« Du reste, la Cour observe que si, dans une instance qui aurait été engagée contre lui à un moment quelconque durant ces dernières années, 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 »<sup>3458</sup>.

Les faits sont tels que l'interaction finale qui borne l'acquiescement est distincte de la date critique et de l'introduction de l'instance.

Cette citation jette une lumière nouvelle sur notre tableau énumérant les durées de l'acquiescement. La durée de concrétisation de l'acquiescement peut être inférieure à la durée totale inscrite dans le tableau. C'est en particulier le cas quand un seul État a agi, son adversaire s'étant muré dans le silence. Probablement que les durées officielles des affaires du *Temple de Préh Vihéar*, *Nicaragua c. Colombie* ou *Droits de navigation* (respectivement de 50, 76, et 149 ans) pourraient être réduites. C'est-à-dire que la chronologie des actions et réactions de ces affaires penche ouvertement du côté de l'acquiescement : les actes sont à sens unique et le « retardement » de la date critique ne fait que permettre l'accumulation d'un surplus des comportements qui cimentent sa concrétisation.

<sup>3457</sup> Nous avons inventorié une situation analogue en ce qui concerne la présence d'une volonté dans l'acquiescement. Il se *peut* qu'une intention soit présente, mais cette volonté n'est pas valorisée par l'acquiescement et n'en est pas une condition. Voy. : *supra*, Ch. 4.II.A (« Les actes unilatéraux ») et M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 376-377 ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>3458</sup> *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.

Cela nous amène à une deuxième considération : l'acquiescement n'est pas forcément à sens unique, en fonction de l'époque à laquelle on l'examine, il ressemble à une ligne sinusoïdale qui oscille entre deux plafonds de réalisation ou de non-réalisation. En fonction des actes accomplis par les parties, des actions et réactions, l'établissement d'une date critique sera favorable à l'acquiescement ou à son rejet. Il y a ainsi une dimension stratégique<sup>3459</sup> selon la position des parties de provoquer la date critique dans un moment d'essoufflement de l'acquiescement ou au contraire de multiplier les actes favorables avant de précipiter la cristallisation du différend. En somme, observer l'acquiescement, arrêter une date pour en examiner les conditions, c'est le modifier<sup>3460</sup>. Cette dernière remarque est en particulier applicable aux quelques cas qui renoncent à fixer une date critique antérieure à l'introduction de l'instance<sup>3461</sup>.

Tôt dans la vie de l'acquiescement, chaque action sera importante car elle projette l'acquiescement dans un sens ou un autre, à charge pour la réaction suivante de défaire ou confirmer la tendance inaugurée. L'émergence d'une coutume répond aux mêmes considérations : quand la pratique est pauvre, chaque nouveau cas d'application sera d'autant plus déterminant pour sa naissance ou son oblitération.

## 7. *Le temps codifié*

Parfois, la structure de base de l'acquiescement est transcrite dans un traité, il peut s'agir d'une codification de la coutume ou d'une appropriation pure et simple du mécanisme pour des fins particulières. Ces « acquiescements conventionnels » (*cf. supra*, Ch. 4.I.A) abordent parfois la question du *dies a quo*<sup>3462</sup>, de la durée et du *dies ad quem*. L'article 252 UNCLOS nous servira d'exemple :

« Consentement tacite

*Les États ou les organisations internationales compétentes peuvent mettre à exécution un projet de recherche scientifique marine à l'expiration d'un*

<sup>3459</sup> La limite de cette stratégie est la création de dates critiques « artificielles », dont les tribunaux ne tiennent pas compte. Voy. : L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *L'uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 283.

<sup>3460</sup> Librement inspiré du principe d'incertitude d'Heisenberg (observer, c'est modifier).

<sup>3461</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 167 ; *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.

<sup>3462</sup> L'article 45 CVDT aborde le *dies a quo* en le liant à la connaissance (interaction initiale) : « 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 : [...] 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 » (nos italiques).

*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 : [suit une liste d'exceptions] »<sup>3463</sup>.*

Ce « consentement tacite » ou acquiescement à la conduite d'activités scientifique dans les eaux de l'État côtier indique les étapes de l'acquiescement de manière claire : un début de ligne lors de la réception des renseignements, une durée de six mois et un *dies ad quem* à la fin de cette durée.

Chaque transcription normative de l'acquiescement est opérée en vue d'un but particulier. En conséquence, le but et le domaine dans lequel l'acquiescement est transcrit disciplinent<sup>3464</sup> son fonctionnement. Tel ou tel de ses éléments ou conditions prennent l'ampleur souhaitée par le législateur international. Dans l'article 252 précité, deux considérations conduisent à se tourner vers l'acquiescement et à le formuler ainsi : son effet équivalent au consentement (création du droit de mener des recherches) et la nécessité de pouvoir procéder à des recherches scientifiques en cas de silence de l'État côtier (l'intérêt de la science et la certitude juridique l'emportent sur les droits d'exclusion dans l'espace maritime).

Dans ces circonstances, la durée, qui n'est qu'un élément d'appréciation ou présomption de l'acquiescement lorsqu'il consiste en un principe général, est ici transformée en condition et délimitée. La durée n'opère pas seule, c'est conjuguée au silence qu'elle joue le rôle de fiction de consentement<sup>3465</sup>. La brièveté de l'article 252 (six mois) s'explique par plusieurs motifs. Cet acquiescement prend place dans un cadre conventionnel, les États ont exprimé leur consentement définitif à être lié par ce traité, l'effet, les modalités et le fonctionnement de cette disposition sont donc parfaitement connus par tous les intéressés. De ce point de vue, la

<sup>3463</sup> *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, RTNU*, vol. 1834, pp. 103-104, nos italiques. Pour des développements sur cet article, cf. *supra*, Ch. 4.I.A – « Les Conventions internationales ».

<sup>3464</sup> Dans le sens de soumettre à une règle intellectuelle ou morale. Voy. l'acception italienne : « controllare, ordinare, regolamentare, regolare, [riferito al traffico] dirigere. 3. (fig.) [di cose astratte, regolare ciò che è o tende a essere disordinato: d. i propri impulsi] ≈ controllare, dominare, frenare, moderare, placare, reprimere » (*Enciclopedia Treccani* [online], 2020, voce : disciplinare, <http://www.treccani.it/vocabolario/disciplinare2> consulté le 22 juin 2020).

<sup>3465</sup> L'État qui ne désire pas la recherche scientifique dans son espace maritime mais qui omet de réagir sera réputé avoir consenti, sans possibilité de faire valoir sa volonté non consacrée juridiquement.

transparence et l'égalité entre parties sont totales. D'autre part, une durée aussi courte s'explique par le but recherché (nécessité d'une action rapide en matière scientifique) et par la connaissance réelle et absolument certaine que la demande de recherche rencontrera (des documents et une notification sont requis).

Les exemples pourraient être multipliés<sup>3466</sup>, l'article 20, § 5 CVDT relatif à l'acceptation des réserves est similaire à l'article 252 UNCLOS dans son fonctionnement. Des organisations internationales et divers traités prévoyant une conférence des États parties disposent d'une technique dite « d'opting » (*-in, -out, etc.*)<sup>3467</sup> qui permet de faire évoluer le cadre normatif en adoptant des traités ou autres instruments en cas de silence des États membres<sup>3468</sup>.

Quelles sont les caractéristiques de ce temps corseté et ses conséquences sur l'acquiescement ? En tant que principe général, l'acquiescement est indépendant d'une durée prédéfinie : il prend naissance dans le temps, mais ne l'érige pas en condition. Dès que le *principe* est précipité dans une forme conventionnelle, il en prend les contours. Ce formatage transforme la durée en une condition des divers acquiescements conventionnels que nous avons évoqués. L'énorme avantage de prévoir un *dies a quo* et une durée explicite est d'objectiver l'acquiescement. La durée inscrite dans ces articles est comparable à celle de l'acquiescement : elle est doublement bornée par un début et une fin et à chacun de ses instants une protestation répondant aux exigences de forme peut interrompre l'acquiescement. En somme, cette durée explicite de six ou douze mois (art. 252 UNCLOS et 20, § 5 CVDT) fonctionne comme une période de référence durant laquelle il sera accordé des conséquences juridiques à l'opposition manifestée par l'État.

<sup>3466</sup> Par ex. art. 22 de la Constitution de l'OMS.

<sup>3467</sup> A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., pp. 183-196 ; L. CHANTUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., p. 178.

<sup>3468</sup> A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., pp. 193-196.

8. *Synthèse*

La durée nue, dépouillée de tout contexte, n'explique en rien et n'aide pas la réalisation d'un acquiescement. Par contre, les différences de durées, elles, peuvent s'expliquer, c'est d'ailleurs un enjeu important qui découle du tableau des affaires et domaines de l'acquiescement que nous avons dressé. Les durées s'expliquent par référence au domaine concerné, à la connaissance de la prétention, à la notoriété de la situation, mais la durée en tant que telle n'explique pas l'acquiescement. Même dans les rares cas où la durée semble être le seul élément permettant la concrétisation d'un acquiescement<sup>3469</sup> et obtient une importance accrue, parce que rien d'autre n'est fait, elle est conjuguée au silence, aux occasions de réagir. Il ne s'agit jamais d'une durée « crue », mais toujours « cuite », d'une durée qui s'inscrit dans un contexte plus riche que l'unique écoulement du temps. La durée est bel et bien un *élément* plutôt qu'une *condition* de l'acquiescement. L'accroissement de la durée fait naître une présomption de réalisation des conditions de l'acquiescement. En cela nous n'avons fait que préciser et approfondir de précédentes positions doctrinales qui avaient affirmé la nature inopérante du temps<sup>3470</sup>. Tout au plus pouvons-nous remarquer qu'en cas de transcription de l'acquiescement dans une convention, l'élément de la durée se transforme parfois en une condition autonome. Il nous reste à élucider la fin du délai, fin dont la fixation interagit avec la durée.

C. *Fin de la ligne ou dies ad quem*

Nous voici arrivés en bout de course, la fin de la ligne marque la borne temporelle à partir de laquelle les comportements ne peuvent plus contribuer à la réalisation d'un acquiescement<sup>3471</sup>. Cette section est terminale à un autre titre : elle est l'occasion de rassembler les fils éparpillés dans les deux sections précédentes, d'en tirer les conséquences et de les faire converger en un tout cohérent.

Plusieurs moments et lettres ont été évoqués pour marquer les différentes étapes de l'acquiescement. L'interaction initiale correspond au « moment 0 », à l'échange qui fait débiter la ligne de

<sup>3469</sup> Il s'agit des cas qui confinent à la prescription extinctive et relèvent principalement du domaine de la protection diplomatique.

<sup>3470</sup> Entre autres : P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, p. 83 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 611, § 399.

<sup>3471</sup> La question des comportements postérieurs qui servent à interpréter l'acquiescement est réservée.

l'acquiescement. Suit ensuite la durée ou extension de l'acquiescement. Pour terminer, trois moments sont identifiables, bien qu'ils puissent se recouper. Soit :

- (a) le moment de l'interaction finale, qui marque la concrétisation ou le mûrissement de l'acquiescement ;
- (b) le moment de la date critique ou cristallisation du différend ; et,
- (c) le moment de l'introduction de l'instance, lorsque le tribunal jette son regard sur la chronologie et sélectionne les faits.

Le *dies ad quem* correspond généralement au moment simultané (a) (b), (c) étant distinct<sup>3472</sup>. Cependant, la question de la date critique est éludée dans quelques cas et le tribunal fait correspondre (a), (b) et (c) : tous les événements jusqu'à l'introduction de l'instance sont pris en compte pour l'acquiescement<sup>3473</sup>. Parfois, le mûrissement de l'acquiescement (a) survient *avant* la date critique (b) et l'introduction de l'instance (c)<sup>3474</sup>.

#### 1. *L'identification de l'interaction finale dans l'acquiescement*

Le début de l'acquiescement et la fin de l'acquiescement obéissent à des règles similaires : c'est une interaction, un *échange* entre les deux parties qui inaugure et termine la ligne.

La recherche d'une interaction finale est mise en lumière dans *Golfe du Maine*. La Chambre fixe la cristallisation du différend à un échange des 5 novembre et 1<sup>er</sup> décembre 1969 qui mettait en évidence un gel dans la position des parties :

« Le 1<sup>er</sup> décembre 1969 le Canada fit observer *en réponse* [à la note diplomatique du 5 novembre 1969] que les États-Unis n'avaient jamais jusque-là protesté contre la délivrance de permis canadiens d'exploration pétrolière et gazière. Tout en acceptant la proposition d'une négociation sur la délimitation du plateau continental telle que proposée par les

<sup>3472</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 653, § 71 : la date critique est 1969 (b), l'instance est introduite en 2001 (c) (*ibid.*, p. 630, § 1). L'acquiescement s'étend de 1871-1892 à 1969 (a) (*ibid.*, p. 656, § 82).

<sup>3473</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 167 : « The Court has considered the notion of the critical date to be of little value in the present litigation and has examined all the evidence submitted to it, irrespective of the date of the acts to which such evidence relates ».

<sup>3474</sup> *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.



États-Unis, le Canada rejetait la demande de moratoire. *La Chambre est d'avis que c'est à ce stade* – c'est-à-dire après la note diplomatique des États-Unis du 5 novembre 1969 refusant d'accepter toute autorisation canadienne d'exploration ou d'exploitation des ressources naturelles du banc de Georges, et après la réponse du Canada du 1<sup>er</sup> décembre de la même année, où il refusait, entre autres, de donner son accord à un quelconque moratoire – *que l'existence du différend se trouve clairement fixée* »<sup>3475</sup>.

Dans cette affaire, la date critique (b) et l'interaction finale de l'acquiescement coïncidaient (a), l'instance n'était introduite que plus tard (c), en 1981<sup>3476</sup>.

D'autres échanges ont eu lieu entre l'interaction finale (1969) et l'introduction de l'instance (1981)<sup>3477</sup>. Alors pourquoi fixer la date critique (et la fin de l'acquiescement) aussi tôt qu'en 1969 ? Cette manière de faire s'explique par le jeu de miroir existant entre l'identification de l'interaction finale et de l'interaction initiale. Leur point commun est de rejeter dans l'ombre les comportements qui prennent place en dehors de leurs bornes respectives (*avant* ou *après* la période d'acquiescement) et de se focaliser sur une interaction qui consiste en un véritable seuil. Leur dissonance s'exprime dans la manière de fixer ou identifier cette interaction.

#### a. *La protestation comme indice*

Pour l'interaction initiale, il s'agit de définir le bon niveau de zoom, l'expression – même implicite – d'une prétention dans le comportement adopté par une partie et la réaction de l'État adverse. La spécificité de l'interaction finale est d'être déterminée comme l'interaction à partir de laquelle les positions respectives sont *gelées*. Chaque partie campe ensuite sur sa position et les comportements ne permettent plus de faire évoluer l'acquiescement. C'est principalement par le moyen de la protestation que l'interaction finale prend place. Cette protestation prend des formes variées, dans l'extrait précité de *Golfe du Maine*, c'est le rejet de la demande de moratoire par le Canada qui en tient lieu<sup>3478</sup>.

<sup>3475</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 281, § 64, nos italiques.

<sup>3476</sup> *Ibid.*, p. 252, § 1 (lettre conjointe du 25 novembre 1981).

<sup>3477</sup> *Ibid.*, p. 306, § 135 ; pp. 281-287, §§ 65-76.

<sup>3478</sup> *Ibid.*, p. 281, § 64.

Cependant – et en cela l'acquiescement s'illustre une fois de plus par l'imbrication de son fonctionnement – une protestation isolée ne saurait suffire à précipiter l'interaction finale. Le gel dans la position des parties doit être *univoque*. Cette nécessité se comprend par un contre-exemple et l'évocation de la durée de l'acquiescement. En cas de longue durée, les comportements peuvent être parfois denses ou s'alanguir par période, des protestations occasionnelles peuvent survenir, mais elles ne permettent pas de mettre fin à la durée de l'acquiescement si elles ne sont pas suivies d'actes d'opposition à la prétention ou si elles ne sont pas répétées après chaque nouveau comportement. Dans *Cameroun c. Nigeria*, la durée s'étend de 1980 à 1994 environ<sup>3479</sup>. L'arrêt mentionne pourtant plusieurs protestations durant ces quatorze années :

« [En 1987], le Cameroun se contenta de protester contre quelques "incidents" [...] plutôt que contre l'évolution de la situation en tant que telle. Il est cependant établi que le Cameroun a toujours tenté, de temps à autre, d'exercer un certain contrôle administratif sur les zones en question, avec un succès limité durant les dernières années »<sup>3480</sup>.

Pour sa part, le Nigeria était solidement implanté sur le territoire litigieux, mais n'en avait jamais officiellement revendiqué la souveraineté autrement que par son comportement. Ce n'est définitivement qu'en 1994 que ce fut chose faite et que le différend est précipité :

« C'est le 14 avril 1994, dans une note diplomatique, que le Nigéria revendiqua pour la première fois la souveraineté sur Darak. Le Cameroun réagit par une note verbale du 21 avril 1994, dans laquelle il exprimait "sa profonde consternation devant la présomption que Darak faisait partie du territoire nigérian", et réaffirmait sa propre souveraineté »<sup>3481</sup>.

Les faibles protestations des fonctionnaires locaux se sont soldées par des échecs, en particulier elles n'ont pas réussi à mettre fin à la présence continue du Nigeria sur le territoire litigieux. Le vocabulaire du premier extrait est éloquent à cet égard<sup>3482</sup>. C'est pour cette raison qu'elles ne sont pas retenues par la Cour comme de nature à constituer l'interaction finale de la période d'acquiescement. Cette dignité est réservée à l'échange diplomatique de 1994, qui est d'ailleurs postérieur à l'introduction de l'instance<sup>3483</sup>.

<sup>3479</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 352-354. Cf. notre tableau Ch. 5.II.B.2.

<sup>3480</sup> *Ibid.*, p. 354, § 69.

<sup>3481</sup> *Ibid.*

<sup>3482</sup> *Ibid.* : le vocabulaire indique que la tentative, les protestations et actes contraires sont trop faibles en comparaison des actes du Nigéria. La Cour insiste plus sur la persistance du Cameroun que sur l'efficacité de son action.

<sup>3483</sup> Le Cameroun dépose sa requête le 29 mars 1994. *Ibid.*, p. 312, § 1.

Ainsi, une ou plusieurs protestations de faible ampleur ne suffisent pas à faire naître l'interaction finale. Un lien avec la ligne sinusoïdale<sup>3484</sup> que peut décrire un acquiescement s'impose. Lorsque la durée est importante, l'acquiescement peut être plus ou moins proche d'une concrétisation en fonction des comportements des parties. Par exemple, la période qui suit l'accomplissement d'effectivités importantes et immédiatement antérieure à l'émission d'une protestation est propice à consacrer un acquiescement. Dans ce contexte sinusoïdal, le succès éventuel d'un acquiescement est ainsi directement fonction du *moment* auquel il est arrêté<sup>3485</sup>.

Revenons à *Golfe du Maine* et sa protestation caractérisée suivie d'actes univoques de rejet. Suite à l'échange de novembre/décembre 1969, les États-Unis ont tenté à plusieurs reprises d'octroyer des concessions dans la zone maritime litigieuse. Le Canada s'opposa fermement à ces comportements, qui ne purent pas, en conséquence, asseoir l'acquiescement :

« Le 15 mai 1975 les États-Unis avisèrent le Canada de leur intention de lancer un appel [...] pour des zones du banc de Georges ; par note du 3 juin 1975, le Canada fit savoir qu'il ne pouvait acquiescer à des actes des États-Unis visant à constituer un exercice de juridiction sur une partie quelconque du plateau continental relevant de la juridiction canadienne. En 1976, deux cent six lots de fonds marins du banc de Georges furent sélectionnés en vue d'une "étude intensive" en préparation du projet de bilan des effets sur l'environnement à établir avant tout octroi de concession ; vingt-huit de ces lots se trouvaient sur la partie nord-est du banc de Georges, dans la zone revendiquée comme plateau continental canadien. Le Canada protesta le 2 février 1976 et, le 10 février de la même année, les États-Unis réitérèrent que selon eux tous les lots dont il s'agissait faisaient partie du plateau continental des États-Unis ; les lots en litige n'en furent pas moins temporairement retirés de l'adjudication prévue pour décembre 1976, de manière à ne pas gêner les négociations ; les États-Unis ont expliqué que, dans un souci d'apaisement, les concessions avaient été limitées aux parties du banc de Georges qui n'étaient pas en litige »<sup>3486</sup>.

Dans les deux situations évoquées, le Canada réagit avec une grande célérité (un mois au plus) aux comportements américains. La ligne de conduite adoptée est univoque, elle s'inscrit pleinement

<sup>3484</sup> Section *supra*, II.B.6.

<sup>3485</sup> Tous les acquiescements ne sont pas sensibles aux fluctuations intérieures. Parfois, la balance penche ouvertement en faveur ou en défaveur d'une concrétisation, le moment où l'interaction finale intervient ne fait qu'ajouter une durée supplémentaire pour aboutir à une conclusion évidente (concrétisation ou rejet au vu des comportements effectués).

<sup>3486</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 282, § 67.

dans une prolongation de l'échange de 1969 et ne modifie pas la position du Canada. Pour ces raisons la Chambre considère l'échange de 1969 comme le *dies ad quem* de l'acquiescement.

La protestation est le moyen le plus direct pour mettre fin à la période d'acquiescement, mais ce n'est pas l'unique manière de faire. L'interaction finale peut être identifiée grâce à d'autres facteurs, présents en isolation ou conjointement. Ainsi, dans *Golfe du Maine* la protestation est le moyen privilégié ou déclencheur, mais deux autres considérations renforcent le choix de retenir les échanges de 1969 comme interaction finale : les négociations (1.b) et le mode de saisine d'un tribunal (1.c).

b. *Les négociations comme indice*

Ces négociations sont menées en parallèle des comportements évoqués dans la citation *supra* (« [l]es lots en litige n'en furent pas moins temporairement retirés de l'adjudication prévue pour décembre 1976, de manière à ne pas gêner les négociations [...] »)<sup>3487</sup>. Lorsque des négociations sont engagées, les comportements ne peuvent plus (sauf pour corroborer un acquiescement préétabli) être pris en compte pour modifier la situation juridique entre les parties. L'État est un tout « unitaire » vis-à-vis de la communauté internationale : il ne peut pas formuler deux opinions divergentes sur le même sujet au même moment.

Cette prohibition de jouer sur deux plans différents se retrouve dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*<sup>3488</sup>. Le Nigéria participait à une commission de délimitation (la CBLT) et accomplissait des actes à titre de souverain sur le territoire concerné par cette négociation<sup>3489</sup>.

<sup>3487</sup> *Ibid.*, p. 282, § 67, nos italiques.

<sup>3488</sup> À la différence de *Golfe du Maine*, les « négociations » ou travaux de la CBLT sont englobés dans la ligne de l'acquiescement. La raison en ressort dans un passage de l'arrêt : « Le Cameroun a déclaré à la Cour qu'à son sens les activités du Nigéria dans la région du lac Tchad, entre 1984 et 1994, n'avaient pu être exercées à titre de souverain, dès lors que pendant cette période le Nigéria participait à part entière aux travaux confiés à la CBLT et à ses cocontractants, et avait accepté que ces travaux se déroulent sur la base des différents instruments conventionnels régissant le titre. La Cour ne saurait partager l'avis du Nigéria selon lequel l'argumentation du Cameroun présupposerait que les conclusions des experts auraient été automatiquement contraignantes pour le Nigéria. Cette argumentation part plutôt du principe que les travaux de démarcation étaient entrepris sur une base agréée ». (*Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, Rec. 2002, p. 354, § 69).

<sup>3489</sup> *Ibid.*, p. 351, § 63.

Les négociations peuvent intervenir après l'interaction finale ou, au contraire, contribuer à l'apparition d'un différend. Les négociations peuvent apparaître comme un indice important que l'interaction finale s'est déjà concrétisée, surtout si leur échec est en rapport direct avec la saisine d'un tribunal.

Nous pouvons esquisser une typologie fragmentaire des différentes étapes qui peuvent être retenues comme point d'ancrage de l'interaction finale. C'est au plus tôt les protestations qui peuvent jouer ce rôle et précipiter le différend. Si les protestations sont absentes ou trop faibles, la fin de la ligne de l'acquiescement peut être marquée par l'ouverture de négociations. Sans négociations préalables, la saisine du tribunal et la requête qui l'accompagne permettent de fixer la date de fin de l'acquiescement. Il est cependant nécessaire qu'un différend – au sens du Statut de la CIJ – soit identifiable et existe *déjà* lors de l'introduction de l'instance<sup>3490</sup>. Parfois, le différend se concrétise durant l'instance<sup>3491</sup>, la fin de la ligne d'acquiescement peut alors être postérieure à la saisine. La condition de l'existence d'un différend n'est pas abordée de manière exagérément stricte par la Cour, ce qui peut expliquer que la fin de la ligne de l'acquiescement puisse parfois se situer après l'introduction de l'instance :

« The proceedings themselves can reveal the exact scope of the dispute. The aggrieved party's claim will, up to a point, define the dispute; that definition can evolve in light of supervening events of the parties' forensic exchanges; in the course of the dispute, the parties can drop certain aspects of the dispute, or add new ones to it »<sup>3492</sup>.

Notons encore que les négociations au sens large<sup>3493</sup>, pas plus qu'une protestation isolée, ne sont automatiquement suffisantes pour précipiter un litige et marquer la fin de l'acquiescement. Il est nécessaire d'avoir une opposition tranchée :

« Dès qu'elles furent au courant des revendications nigérianes, les autorités centrales camerounaises ne manquèrent pas de réagir de manière à préserver les droits du Cameroun ; elles le firent tout d'abord dans le cadre de la CBLT, puis par le biais d'une note du ministère des affaires étrangères camerounais en date du 21 avril 1994 »<sup>3494</sup>.

<sup>3490</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, exceptions préliminaires, 1957, CIJ, *Rec.* 1957, pp. 148-149 ; *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. 842, §§ 46-47.

<sup>3491</sup> Selon R. KOLB : « The definitive dispute can, however, crystallise later, in the course of the proceedings. And it can equally well be modified or evolve as the case progress » (*The International Court of Justice, op. cit.*, p. 315).

<sup>3492</sup> *Ibid.*

<sup>3493</sup> Y compris l'établissement d'une commission chargée de résoudre une question, comme la CBLT.

<sup>3494</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, p. 351, § 63.

Cet extrait indique aussi le type de réaction nécessaire à mettre fin à la période d'acquiescement et pouvant être considéré comme une interaction finale : lorsque la question des *droits*, de la situation juridique est abordée, il existe une forte vraisemblance que la position des parties s'immobilise <sup>3495</sup>.

c. *Le mode de saisine comme indice*

Revenons à *Golfe du Maine* : après les protestations et l'ouverture de négociations, c'est, de manière générale, le mode de saisine qui peut influencer la fin de l'acquiescement. La CIJ peut être saisie sur la base d'une déclaration unilatérale d'acceptation, via une clause compromissoire présente dans un traité, par un compromis juridictionnel, ou encore en cas de *forum prorogatum*. Dans les deux premiers cas, l'interaction finale est constituée par le couple requête/réaction à la requête. Le *forum prorogatum* obéit à la même logique. Si l'État visé procède au fond, c'est cette réaction qui met fin à la période d'acquiescement <sup>3496</sup>.

Par comparaison, le cas du compromis juridictionnel ne s'appuie pas sur une interaction finale : c'est d'un commun accord que les parties transcrivent l'objet du différend et la décision recherchée. Le compromis apparaît après la survenance d'un différend <sup>3497</sup>. Il est donc probable que l'interaction finale ait déjà pris place, *avant* la conclusion du compromis juridictionnel, lors de la cristallisation du différend ou pendant les négociations qui aboutissent à la signature du compromis. En soi, le compromis juridictionnel n'est pas une aide précieuse à l'identification de l'interaction finale, tout au plus sa présence suggère que celle-ci a déjà eu lieu, en amont de sa conclusion. Par commodité et en cas d'incertitude, l'interaction finale peut être fixée au plus tard à la date de la conclusion pour autant que l'acquiescement soit dans un rapport suffisamment étroit avec le différend défini dans le compromis. En effet – et il s'agit d'une question d'espèce – le différend et l'acquiescement peuvent se recouvrir qu'imparfaitement. De plus, et bien qu'elles partagent

<sup>3495</sup> En comparaison de la note de 1994, la réaction dans le cadre de la CBLT peut paraître trop faible ou dénuée de pertinence, tout d'abord car le résultat du travail de cette commission n'est pas impératif (*ibid.*, pp. 344-345, § 56). Puis parce qu'une protestation dans le cadre restreint de la CBLT peut être interprétée comme une simple opinion sur la manière dont la commission devait procéder. Et finalement parce que le Cameroun n'a pas réagi sur le terrain contre les actes accomplis par le Nigéria.

<sup>3496</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 381.

<sup>3497</sup> *Ibid.*, p. 530.

de nombreux points communs, les notions de date critique, d'existence d'un différend (en tant que condition de la juridiction de la Cour) et d'interaction finale de l'acquiescement ne sont pas toujours réalisées en même temps.

Au vu de ces considérations, existe-t-il un autre intérêt d'un compromis juridictionnel afin d'identifier l'interaction finale de l'acquiescement ? Le compromis laisse une grande liberté aux parties dans sa rédaction : la définition du différend, la formulation de la question posée à la Cour, les choix du droit ou des principes applicables sont laissés à l'appréciation des États. Les parties peuvent tout à fait convenir d'une *date butoir* à partir de laquelle les preuves ne peuvent plus être prises en compte pour régler le différend.

L'affaire du *Golfe du Maine* s'inscrit dans cette veine. Le compromis fut conclu en 1979 et la Cour saisie par lettre conjointe en 1981<sup>3498</sup>. Les deux États avaient tenté de négocier une solution auparavant<sup>3499</sup>. L'article V du compromis est libellé ainsi :

« 1. Ni l'une ni l'autre Partie ne communique à titre de preuve ou d'argument ni ne divulgue publiquement de quelque manière que ce soit la nature ou le contenu des propositions en vue d'un règlement du différend relatif à la délimitation des frontières maritimes, ou des réponses à ces propositions, faites au cours des négociations ou discussions entreprises depuis 1969 »<sup>3500</sup>.

Ce passage est à mettre en écho avec l'affirmation de la Chambre que c'est « [a]près la note diplomatique des États-Unis du 5 novembre 1969 [...] que l'existence du différend se trouve clairement fixée »<sup>3501</sup>.

Le compromis lie les parties et la Chambre : bien que l'article V n'aborde pas explicitement la question de la fin de l'acquiescement, son effet indirect est d'empêcher la valorisation des comportements entrepris après 1969.

L'octroi de concessions pétrolières par les États-Unis après 1969 est incapable de s'intégrer aux actes pertinents pour l'acquiescement à deux titres : à cause des protestations canadiennes répétées

---

<sup>3498</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 252, § 1.

<sup>3499</sup> *Ibid.*, pp. 286-287, §§ 75-76.

<sup>3500</sup> *Ibid.*, p. 254.

<sup>3501</sup> *Ibid.*, p. 281, § 64.

et en raison de l'effet de gel dans la position des parties résultant de l'ouverture d'échanges diplomatiques et de négociations. La Chambre avait toutes les raisons de retenir comme interaction finale les lettres de novembre/décembre 1969.

Le cas de *Golfe du Maine* nous indique comment la fin de l'acquiescement peut être concertée. Ce pouvoir accordé aux parties sur la fin de la ligne s'insère dans des considérations plus générales : les faits – et parfois les institutions juridiques<sup>3502</sup> – admis par les États en litige ne sont par remis en cause par la Cour. En raison de sa nature de reconstruction *a posteriori* et de fait juridique, un État peut acquiescer sans en avoir pleinement conscience durant le processus : sa connaissance (*réelle* ou *présumée*) est cantonnée à l'existence d'une prétention. Du côté de l'État qui sera au bénéfice de l'acquiescement, la participation à l'acquiescement peut être totalement inconsciente<sup>3503</sup>. Pour les bornes temporelles de l'acquiescement, cela signifie qu'en règle générale les deux parties ignorent le « moment 0 », la durée et le *dies ad quem* de l'acquiescement jusqu'au prononcé du jugement.

Cette réalité est démontrée par les passes d'armes que peuvent donner lieu la détermination des premiers actes pertinents<sup>3504</sup> et la détermination de la date critique<sup>3505</sup>. La rédaction d'un compromis autorise les parties à sortir de cette incertitude : dans *Golfe du Maine* c'est uniquement la fin de l'acquiescement qui est indirectement choisie, par hypothèse une sélection intégrale (début et fin) de la période présentée à l'examen de la Cour est envisageable. Les compromis comme les déclarations d'acceptation de la compétence

<sup>3502</sup> P. PALCHETTI, « La rilevanza dell'atteggiamento degli Stati parti nell'accertamento del diritto internazionale generale da parte della Corte internazionale di Giustizia », *RDI*, 1999, vol. 82 (3), pp. 647-679.

<sup>3503</sup> L'émission d'une prétention peut résulter de l'action des plus hautes autorités ou des organes subalternes, la prétention peut être tacite, implicite, être formulée par des comportements sur le terrain, etc. La volonté de modifier la situation juridique à son avantage n'est pas une condition de l'acquiescement (en plaçant l'acquiescement lors de l'instance, l'État valorise son comportement *a posteriori*, mais il n'a pas besoin de prouver une quelconque volonté). Toutefois, et en fonction des domaines d'application de l'acquiescement, la « volonté » est déjà comprise dans les actes accomplis (dans le domaine territorial, les actes doivent être accomplis « à titre de souverain »).

<sup>3504</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 311-312, §§ 153-154 ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 654-658.

<sup>3505</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 652-653, §§ 69-70.



de la Cour l'autorisent (art. 36, § 2 SCIJ)<sup>3506</sup>. Ainsi, l'acquiescement n'échappe pas totalement au contrôle des parties. Pendant sa durée, c'est la protestation qui permet de le contrôler en y faisant obstacle. Après son déroulement, ce sont les instruments du contentieux international (qu'il s'agisse d'un tribunal arbitral ou de la Cour) qui permettent d'influencer la durée de l'acquiescement.

## 2. *Date critique, existence d'un différend, et interaction finale de l'acquiescement*

L'énumération des différentes manières de déterminer l'interaction finale nous amène à questionner les liens entre date critique, cristallisation du différend et fin de l'acquiescement. Il existe six dates critiques possibles dans le domaine territorial :

1. la date du commencement du différend ;
2. la date de première réclamation définitive par *une* partie sur le territoire litigieux ;
3. la date de cristallisation du différend de souveraineté ;
4. la date où les premières mesures sont prises par *une* des parties afin de procéder à un mode non juridictionnel de règlement des différends ;
5. la date à laquelle un moyen non juridictionnel de règlement des différends est effectivement mis en œuvre ;
6. la date à laquelle un moyen juridictionnel de règlement des différends est mis en œuvre ou proposé<sup>3507</sup>.

Ces dates nous ont largement inspirés pour définir le début et la fin de l'acquiescement. La date du commencement du différend (1) correspond à l'interaction initiale ou « moment 0 » (le duo composé de la prétention et de la réaction à celle-ci). L'interaction finale résulte aussi d'un duo. Ce duo peut être composé de la date (2) additionnée à la date (3), (4), (5) ou (6) : il y a dans ce cas une prise de position claire, par exemple une protestation (2) et ensuite une réaction à cette prise de position (3), (4), (5) ou (6). Le duo final peut aussi surgir plus tard, et être compris intégralement dans une étape, par exemple les dates (5) ou (6).

<sup>3506</sup> G. DISTEFANO et A. HÊCHE, « Optional Clause Declarations: International Court of Justice (ICJ) », *op. cit.*, Section G.1.(a), §§ 82-88 ; R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 469-470.

<sup>3507</sup> Adapté de : L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *L'uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 281. Voy. aussi : G. DISTEFANO, « Time factor and territorial dispute », *op. cit.*, p. 404.

L'interaction finale de l'acquiescement prend généralement place au stade (3), en guise de réaction au stade (2). Le différend est ensuite gelé jusqu'à ce qu'un tribunal se prononce (post-6). Au plus tard, l'acquiescement territorial se termine conjointement avec la date critique au stade 6, lors de la saisine d'un tribunal <sup>3508</sup>.

La conceptualisation de l'interaction finale s'inspire également des considérations relatives à la cristallisation du différend en tant que condition à la juridiction de la Cour. Le point de départ de cette conceptualisation trouve sa racine dans l'arrêt des *Concessions Mavrommatis en Palestine* :

« Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » <sup>3509</sup>.

Cette formule rituelle <sup>3510</sup> présente cependant des zones d'ombres. Celles qui nous intéressent concernent la manière et le moment auxquels le désaccord doit s'être concrétisé, les faits et interactions nécessaires pour que la présence d'un différend soit retenue.

Ce problème a été en partie abordé dans les arrêts simultanés de 2016 relatifs au désarmement nucléaire :

« En particulier, la Cour a jugé que "l'existence d'un différend p[ouvait] être déduite de l'absence de réaction d'un État à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait" [...]. Les éléments de preuve doivent montrer que les "points de vue des ... parties [sont] nettement opposés" en ce qui concerne la question portée devant la Cour (voir le paragraphe 37 ci-dessus). Ainsi que cela ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen, un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'"opposition manifeste" du demandeur » <sup>3511</sup>.

Il est difficile d'éviter la tautologie tant le renvoi à l'acquiescement s'impose par la formulation adoptée, l'emploi des notions de connaissance et de charge de réagir. Nous retournons sur nos propres pas. La définition du différend, quand il est implicite,

<sup>3508</sup> Nous réservons les cas évoqués plus haut dans lesquels l'acquiescement est arrêté après l'introduction de l'instance.

<sup>3509</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt, 30 août 1924, Série A, CPJI, n° 2, p. 10.

<sup>3510</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 302.

<sup>3511</sup> *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. 850, §§ 40-41.

résulte d'une utilisation particulière de l'acquiescement. Par analogie à la date critique, la notion de différend implicite développée dans l'extrait correspond au stade (3), c'est-à-dire au moment où, du point de vue d'un observateur extérieur de bonne foi, les deux États ne pouvaient plus ignorer leur désaccord sur un point de fait ou de droit. L'échange d'une correspondance diplomatique directe et abordant frontalement les contours du litige n'est pas nécessaire.

Plus haut <sup>3512</sup>, nous avons esquissé les différents types d'interactions initiales : suite à la prétention, l'État adverse peut soit réagir, soit rester silencieux. L'interaction initiale se concrétise tout de même en cas de silence, moyennant le caractère notoire de la prétention et sa connaissance présumée. Il en va de même pour la condition de l'apparition d'un différend (qui est une condition terminale pour constater l'existence d'un différend). L'État dont la licéité du comportement est contestée peut réagir (la concrétisation du différend ne fait alors plus de doute) <sup>3513</sup>, ou rester silencieux. Dans cette seconde option, plusieurs nuances sont apportées par Kulick <sup>3514</sup>. Les attitudes *subjectives* de l'État visé ne sont généralement pas pertinentes. Ainsi, que l'État destinataire de la contestation fasse la sourde oreille, refuse de participer à un processus de règlement des différends (juridictionnel ou non), ou déclare que son comportement est licite et que, partant, aucun différend n'a pu se concrétiser, n'empêche pas la Cour de considérer (objectivement) qu'une opposition de vue existe et de valider sa juridiction <sup>3515</sup>.

Toutefois, lorsque la licéité du comportement d'un État est contestée dans le cadre d'un forum international – comme ce fut le cas dans les affaires relatives au *Désarmement nucléaire* de 2016 <sup>3516</sup> – la présence d'un différend est plus périlleuse à établir <sup>3517</sup>. La notoriété de la contestation du « demandeur », l'attitude du « défendeur », son comportement et les circonstances du cas

<sup>3512</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.II.A – « Début de la ligne ou *dies a quo* ».

<sup>3513</sup> A. KULICK, « Let's (Not) (Dis)Agree to Disagree!? Some Thoughts on the "Dispute" Requirement in International Adjudication », *op. cit.*, pp. 6-10.

<sup>3514</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 10 et s.

<sup>3515</sup> *Ibid.*, pp. 10-12.

<sup>3516</sup> *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*, pp. 846-848, §§ 26-35.

<sup>3517</sup> A. KULICK, « Let's (Not) (Dis)Agree to Disagree!? Some Thoughts on the "Dispute" Requirement in International Adjudication », *op. cit.*, p. 12.

prennent alors plus d'importance pour établir si oui ou non une opposition de vue s'est fait jour<sup>3518</sup>. Pour Kulick, c'est par référence aux circonstances objectives que l'existence du différend devrait être établie :

« Consequently, [the Court] should abandon the “positive opposition”/“objective awareness” test and should instead let suffice that, from an objective perspective, the parties hold “opposing views”, as it did in *Peace Treaties* or in *Northern Cameroons*. As mentioned earlier, this requires an inquiry into the parties' express statements as well as their conduct and the overall context of their exchanges and/or behavior. By necessity, this means that such “opposing views” may also be established by “inference”, absent express statements by the respondent »<sup>3519</sup>.

Avec un tel standard d'examen pour la notion de différend, les parties pourraient ignorer *réellement* l'existence d'un différend sans que cela porte atteinte à la juridiction de la Cour (seule la connaissance *présumée* ou *objectivement exigible* importe).

Ces développements nous indiquent que la notion de différend est loin d'être une évidence. Comme pour les six possibilités évoquées pour la fixation de la date critique, le choix de retenir ou non la présence d'un différend est une question d'espèce et d'examen attentif des circonstances. À ces considérations s'ajoute un aspect temporel important : l'opposition de vue existante au moment de la requête doit concerner le cœur du différend. La Cour sera tout de même compétente si des points de détail viennent s'ajouter en cours d'instance, les échanges des parties en procédure permettent de définir les contours exacts du différend, d'en préciser les aspects et parfois d'en ajouter des nouveaux<sup>3520</sup>.

Au terme de cette comparaison cursive, nous remarquons que – comme pour le début et la fin de l'acquiescement – c'est la notion d'interaction et son identification qui sont fondamentales tant pour la date critique que pour la notion de différend. Les divergences existent toutefois : la notion de différend est une condition à la juridiction de la Cour, elle est examinée au stade préliminaire<sup>3521</sup>. La date critique est

<sup>3518</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>3519</sup> *Ibid.*, p. 19 (italiques dans l'original ; notes omises).

<sup>3520</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, p. 315 (paragraphe sur les *Timing aspects*).

<sup>3521</sup> Dans un arrêt sur la compétence et la recevabilité à moins que l'instance ne soit introduite par un compromis ou que la Cour examine la forme et le fond dans un arrêt unique.

une règle technique<sup>3522</sup>, son établissement est mené lors de l'examen au fond. Finalement, l'acquiescement touche souvent un aspect de fond, il échappe donc à l'examen de la Cour au stade des exceptions préliminaires, de la compétence et recevabilité<sup>3523</sup>.

a. *L'acquiescement comme point principal ou accessoire du différend*

(i) *Simultanéité de l'interaction finale et de la date critique*

Cette différence dans la chronologie de l'examen ne signifie pas nécessairement des dates de concrétisation différentes. Lorsque l'acquiescement est le point principal ou un des points principaux à trancher par la Cour, les trois dates peuvent se recouper. Cette simultanéité de l'interaction finale, de la date critique et de la cristallisation du différend se trouve dans les *Pêcheries norvégiennes*. L'acquiescement s'étire durant la période 1869-1933<sup>3524</sup>. Bien que formellement l'arrêt indique que le différend porte sur la légalité d'un décret norvégien de 1935<sup>3525</sup>, ce dernier ne faisait que mettre en œuvre un système préexistant et dont la légalité avait été définitivement mise en doute par le Royaume-Uni en 1933 :

« Le 27 juillet 1933, le Gouvernement du Royaume-Uni adressa un mémorandum au Gouvernement norvégien où il alléguait que dans la délimitation de la mer territoriale par les autorités norvégiennes, il était fait état de lignes de base injustifiables »<sup>3526</sup>.

« La tolérance générale des États étrangers à l'égard de la pratique norvégienne est un fait incontesté. Durant une période de plus de soixante ans le Gouvernement du Royaume-Uni lui-même n'a élevé aucune contestation à ce sujet. [...] Ce n'est, semble-t-il, que dans son mémorandum du 27 juillet 1933 que le Royaume-Uni a élevé une protestation formelle et bien définie à ce sujet »<sup>3527</sup>.

<sup>3522</sup> M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 135.

<sup>3523</sup> À l'exception – bien entendu – du cas particulier de l'acquiescement à la compétence de la Cour (*forum prorogatum*) et des autres acquiescements qui sont uniquement liés au droit judiciaire.

<sup>3524</sup> Cf. *supra*, notre tableau dans la partie précédente « Extension de la ligne ou temps proprement dit » (section II.B.2.a).

<sup>3525</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 125. Cependant, l'application du décret a été, dès le départ, tempérée par la Norvège car le différend existait déjà : *ibid.*, p. 124.

<sup>3526</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>3527</sup> *Ibid.*, p. 138.

Naissance du différend, date critique et interaction finale de l'acquiescement convergent en 1933 dans le mémorandum britannique. La Cour n'attache pas d'importance aux faits ultérieurs à 1933, sauf à les mentionner dans la chronologie des événements qui conduisent à la saisine de la Cour<sup>3528</sup>.

L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* appelle les mêmes observations. 1958 s'affirme comme la triple date (critique, interaction finale et cristallisation du différend), et ce pour deux raisons : tout d'abord car ce n'est que cette année-là que la Thaïlande prend explicitement position au sujet de la carte<sup>3529</sup>. Et en second lieu car il s'agit de la prise de position *la plus solennelle* de la Thaïlande. Auparavant, elle n'a fait qu'éluder la question et accuser réception (des comportements) sans revendiquer officiellement la souveraineté sur le Temple (par une déclaration). La double hiérarchie<sup>3530</sup> que nous avons évoquée au sujet des acteurs étend aussi son influence sur la fin de l'acquiescement et la cristallisation du différend.

Hypothétiquement, le Cambodge aurait déjà pu soumettre l'affaire avant 1958, quand ses notes diplomatiques répétées demandant le retrait des forces autour du Temple sont restées sans effet<sup>3531</sup>. La Cour se serait alors contentée de constater – par inférence et comparaison des notes cambodgiennes et du comportement thaïlandais – de l'existence d'un « [d]ésaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »<sup>3532</sup>. Les événements évoqués par l'arrêt suffisent déjà à faire apparaître le différend. Cependant, par mesure de simplicité<sup>3533</sup> et en présence d'une prise de position claire, émanant des plus hautes autorités (participant à la Conférence de Bangkok), la CIJ choisit de retenir 1958 comme cristallisation car il s'agit de la dernière étape et la plus solennelle, au terme d'une série de protestations qui sont allées crescendo. Dès 1958, la position de la Thaïlande ne repose plus sur une inférence (son silence), mais sur des faits (son attitude à la conférence).

<sup>3528</sup> *Ibid.*, pp. 124-125.

<sup>3529</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 27.

<sup>3530</sup> *Cf. supra*, Ch. 5.IA.3 et 5. Préférence accordée aux *déclarations* des *représentants officiels* par rapport aux *comportements* de ses *fonctionnaires subalternes*.

<sup>3531</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 31-32.

<sup>3532</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt, 30 août 1924, *Série A*, CPJI, n° 2, p. 10.

<sup>3533</sup> Il est plus délicat d'établir la signification d'un silence que celle d'une rupture des négociations.

Dans *Temple de Préah Vihéar*, la France et le Cambodge progressent lentement dans la solennité de leur attitude, les positions des parties se rigidifient graduellement, il y a d'abord des protestations éparses et non suivies d'effet puis l'ouverture de négociations avant de saisir la Cour. Dans ce genre de circonstances où l'affaire passe par toutes les étapes types (protestation-négociation-saisine), les négociations servent simultanément d'ancrage à la date critique, d'interaction finale de l'acquiescement, et de date de cristallisation d'un différend. Les négociations présentent l'avantage d'être concertées : c'est une preuve facile à administrer pour faire apparaître une opposition de vues.

(ii) *Déconnexion de la date critique et de l'interaction finale de l'acquiescement*

Quid si l'acquiescement n'est qu'un point accessoire du différend ? Nous pouvons déjà remarquer qu'il est possible d'être en présence de dates critiques multiples dans une affaire unique :

« En ce qui concerne les cas où plusieurs titres sont invoqués par une ou par toutes les parties, il n'y a aucun inconvénient à admettre que plusieurs dates critiques peuvent coexister et que chacune sera pertinente pour apprécier les différents modes invoqués par les parties »<sup>3534</sup>.

En prolongeant le trait, une même affaire peut connaître plusieurs acquiescements différents, chacun avec sa propre période de réalisation<sup>3535</sup>.

Quand l'acquiescement n'est qu'un des aspects du litige, il peut donc s'affranchir de la date critique, de la date de cristallisation du différend, voire être postérieur à l'introduction de l'instance<sup>3536</sup>. Dans *Droits de*

<sup>3534</sup> M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 139, § 321.

<sup>3535</sup> Par ex. : ATF 120 Ib 512, 14 décembre 1994, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, consid. 4-8.

<sup>3536</sup> Sur cette question, cf. l'analyse de M. G. KOHEN : « Le problème [de la fixation de la date critique] devient plus difficile lorsqu'une partie ou les parties invoquent l'acquiescement comme source de la souveraineté territoriale. Ici, la question doit être scindée en deux hypothèses : s'agit-il d'un acquiescement valant reconnaissance implicite d'un autre titre sur lequel la partie adverse fonde sa souveraineté territoriale, ou l'acquiescement constitue-t-il une source autonome de la souveraineté territoriale, c'est-à-dire ayant la capacité d'opérer un transfert de souveraineté de la part de celui qui a acquiescé – et qui disposait d'un titre sur le territoire – vers celui qui en fait état ? Dans le premier cas, l'acquiescement n'est qu'un moyen de preuve et aucune difficulté ne semble se présenter pour que la date critique soit celle du mode d'établissement de la souveraineté territoriale. Dans la seconde hypothèse, il est évident que l'acquiescement pourrait opérer à tout moment, non seulement jusqu'à la

*navigation*, la question de l'acquiescement dans le cadre d'une coutume bilatérale ne survient que de manière accessoire, *après* l'introduction de l'instance. Parce que la relation de connexité entre l'acquiescement/coutume bilatérale et le différend principal est suffisamment forte et que le droit applicable le permet, la Cour peut se prononcer sans exiger des parties l'introduction d'une nouvelle instance<sup>3537</sup>. La période d'acquiescement s'étend depuis 1858 jusqu'en 2007, date du contre-mémoire du Nicaragua dans lequel il contestait l'existence d'une coutume bilatérale au profit des riverains<sup>3538</sup>. Pourtant, le différend se cristallise en 1998<sup>3539</sup> et l'instance est introduite en 2005<sup>3540</sup>.

Cette interaction finale postérieure à la date critique officielle et à la cristallisation du différend est aussi rendue possible car le Nicaragua n'était pas désavantagé par la tardiveté de cette demande. Cet État était au fait de cette pratique de pêche (qu'il considérait comme résultant d'une simple tolérance) et s'est d'abord prononcé sur le fond du droit contesté avant de protester, dans sa duplique, contre la recevabilité<sup>3541</sup>.

### (iii) *Synthèse*

Les affinités sont fortes entre date critique, cristallisation du différend et interaction finale de l'acquiescement. Dans un cas-type où l'acquiescement occupe le devant de la scène, ces différentes notions coïncident tant et si bien que le tribunal peut se contenter de constater l'existence d'un différend ou d'énoncer la date critique. Toutefois, ces affinités ne sont pas à sens unique : ces trois notions fonctionnent sur une base analogue (nécessité d'une interaction explicite, ou implicite, des parties pour fixer la date) mais sont indépendantes entre elles car elles remplissent des buts différents<sup>3542</sup>. D'autant plus que la date critique est une institution

---

conclusion du compromis, mais encore après celui-ci » (*Possession contestée et souveraineté territoriale*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 139, § 322).

<sup>3537</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 264, § 137.

<sup>3538</sup> *Ibid.*, p. 263, § 135. Le contre-mémoire est daté du 27 mai 2007.

<sup>3539</sup> *Ibid.*, p. 231, § 26.

<sup>3540</sup> *Ibid.*, p. 219, § 1.

<sup>3541</sup> *Ibid.*, pp. 263-265, §§ 134-139. La duplique date du 15 juillet 2008.

<sup>3542</sup> Juridiction du tribunal pour la cristallisation/existence d'un différend ; règle technique ou « outil » pour la date critique ; date des derniers comportements pertinents pour l'acquiescement. L'analogie entre date critique et interaction finale est très forte.



propre aux différends territoriaux et maritimes<sup>3543</sup>, elle n'a pas de portée générale en droit international public – c'est uniquement par analogie que nous l'utilisons.

Les affinités entre date critique et cristallisation du différend sont aussi à souligner : en matière territoriale, ces deux dates peuvent aisément se recouper<sup>3544</sup>. L'élaboration doctrinale de la date critique s'est tournée vers la notion de « différend » afin de sélectionner la date pertinente pour figer les positions respectives des parties<sup>3545</sup>. Cette convergence se manifeste par exemple par le choix du « [m]oment de la "cristallisation" du différend ou la date à laquelle les parties décident de le déférer à la procédure de règlement juridictionnel »<sup>3546</sup>. Il existe néanmoins plusieurs dates possibles pour définir la cristallisation d'un différend, date de naissance du différend, proposition de solutions, échanges diplomatiques. Ainsi :

« Sir Gerald Fitzmaurice fut le premier à [...] souligner que la date critique n'était pas celle de la naissance du différend mais la date de la cristallisation de celui-ci "*into a concrete issue*". Il entendait par là le moment qui suit la période initiale des échanges diplomatiques, des protestations, voire des négociations »<sup>3547</sup>.

Tant que les positions respectives des parties ne sont pas figées, que les parties ne campent pas sur leur position ou que les négociations ne sont pas entreprises sous condition de gel de la situation préexistante, le différend est susceptible d'évoluer et de trouver ultérieurement sa forme définitive. C'est par contraste et de manière rétroactive, sur la base de l'examen des événements jusqu'à l'introduction de l'instance que cette interaction finale est identifiée.

Par contraste, la date de rédaction d'un compromis est la date la plus tardive possible pour une date critique et la cristallisation d'un différend. Si les parties s'engagent dans la rédaction d'un tel instrument, c'est dans la majorité des cas parce que le différend a *déjà* été constaté, la date critique et cristallisation ont donc dû intervenir en amont<sup>3548</sup>. Il est cependant possible que la rédaction du compromis fasse apparaître

<sup>3543</sup> L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *Luti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, pp. 275-276.

<sup>3544</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 652, § 67.

<sup>3545</sup> M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, pp. 139-140, §§ 323-329.

<sup>3546</sup> *Ibid.*, p. 140, § 324.

<sup>3547</sup> *Ibid.*, p. 141, § 330. Italiques dans l'original.

<sup>3548</sup> *Ibid.*, p. 141, § 332.

de *nouveaux* points de désaccord, qu'il élargisse le différend, ou encore que l'interprétation du compromis et de sa définition du différend soit contestée lors des premiers stades de l'instance.

b. *L'interaction finale en question*

Jusqu'à présent, nous avons insisté sur les points de comparaison entre les trois notions, en abordant partiellement leurs divergences. L'arsenal théorique élaboré a démontré que des lignes de faille existent et que les trois notions conservent leur indépendance. Nous allons maintenant passer en revue trois situations qui questionnent l'interaction finale de l'acquiescement. Dans un premier temps il s'agira de se plonger dans un cas où l'acquiescement se termine avant la cristallisation du différend. Nous dirons ensuite quelques mots des comportements postérieurs à la date critique ou à l'interaction finale. Pour terminer nous nous attarderons sur l'appréciation de l'acquiescement quand le tribunal renonce à fixer une date critique.

(i) *L'interaction finale antérieure à la cristallisation du différend*

Un *obiter dictum* dans l'affaire des *Activités militaires* de 1984 illustre le cas de l'acquiescement qui a mûri avant la date critique ou la cristallisation du différend :

« Du reste, la Cour observe que si, dans une instance qui aurait été engagée contre lui à un moment quelconque durant ces dernières années, 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 »<sup>3549</sup>.

La durée « officielle » de l'acquiescement est de 38 ans. Elle s'étend de 1949, année de la première publication de l'*Annuaire de la Cour internationale de Justice*, jusqu'en 1984 (introduction de l'instance)<sup>3550</sup>. Pourtant, la CIJ se fend d'une telle déclaration que nous comprenons comme une dissociation entre le mûrissement de l'acquiescement, qui aurait été atteint à « un moment quelconque durant ces dernières années » et sa durée totale qui se termine par l'interaction finale réalisée lors des prises de position contraires des parties au sujet de la validité de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ du Nicaragua<sup>3551</sup>.

<sup>3549</sup> *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.

<sup>3550</sup> *Ibid.*, pp. 404-414. Cf. le tableau *supra*, II.B.2.

<sup>3551</sup> *Ibid.*, p. 397, §§ 8-9.

Comment expliquer cette discrédance entre durée de réalisation de l'acquiescement et interaction finale ? À l'évidence, il s'agit d'un « cas difficile », la situation est très particulière<sup>3552</sup> mais nous pouvons néanmoins en tirer des enseignements. Le point principal à trancher par la Cour est sa compétence, ce qui passe par un rocambolesque examen de la validité (et réalité) de la déclaration d'acceptation du Nicaragua<sup>3553</sup>. L'acquiescement n'est pas le point cardinal de l'arrêt bien que ce dernier lui consacre de longs développements. L'acquiescement n'est ici qu'un *outil* au service de l'interprétation<sup>3554</sup> à donner au Statut de la CIJ :

« Ainsi la Cour est-elle parvenue à la conclusion que l'interprétation de l'article 36, paragraphe 5, admettant le Nicaragua au bénéfice de ses dispositions, *a été confirmée par la conduite ultérieure des Parties au traité en question, en l'occurrence le Statut* »<sup>3555</sup>.

L'acquiescement est la forme prise par la conduite ultérieure des parties.

Dans le contexte plus global de l'affaire, le différend portait sur la responsabilité des États-Unis « du fait d'activités militaires et paramilitaires au Nicaragua »<sup>3556</sup>. L'acquiescement n'intervient que de manière accessoire, presque mécanique, afin de valider la compétence de la Cour. Ainsi, la période d'acquiescement est 1949-1984, alors que la période pertinente des activités militaires soumises à l'examen de la Cour est comprise entre 1979<sup>3557</sup> et 1986<sup>3558</sup>.

Cette situation justifie que l'acquiescement ait mûri indépendamment de la notion de différend. L'arrêt va cependant au-delà d'une simple indépendance puisque le *dictum* indique que l'acquiescement s'est concrétisé avant l'interaction finale résultant des prises de position des deux États (requête et mémoire du Nicaragua ; contre-mémoire des États-Unis). Comment amener de la cohérence dans cet enchevêtrement de dates ? Chronologiquement, la

<sup>3552</sup> L'acquiescement se noue entre les États-Unis et le Nicaragua, et, simultanément, entre le Nicaragua et l'ONU et les États-Unis et l'ONU. Comme l'acquiescement concerne une problématique de droit judiciaire (compétence de la CIJ ; art. 36, § 5 SCIJ), il est compréhensible qu'il ne se révèle qu'au moment de l'introduction de l'instance.

<sup>3553</sup> *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. 400-404.

<sup>3554</sup> *Ibid.*, p. 408, § 36.

<sup>3555</sup> *Ibid.*, p. 411, § 42, nos italiques.

<sup>3556</sup> *Ibid.*, p. 395, § 1.

<sup>3557</sup> *Ibid.*, p. 20, § 18.

<sup>3558</sup> *Ibid.*, p. 39, § 58.

situation serait la suivante : les conditions de l'acquiescement ont été satisfaites (1984) avant que l'interaction finale soit survenue (1984) et que l'instance soit introduite (1984). Par conséquent, la période « pré-1984 » à 1984 n'apporte rien en termes de conditions de l'acquiescement : celui-ci étant déjà réalisé, sa masse critique étant suffisante pour qu'une cour déclare qu'il existe déjà avant 1984. À cet égard l'interaction finale de 1984 ne constitue que le repère temporel depuis lequel l'acquiescement est examiné. Dans cette affaire, la durée de l'acquiescement n'est pas utilisée pour sélectionner des comportements des parties : ces dernières sont demeurées essentiellement passives depuis 1949. La problématique d'acquiescement est apparue comme une Minerve en armes : il n'y a eu ni protestations préalables ni négociations. La hausse de la solennité a été immédiate puisque c'est dans les actes d'instance des parties que l'acquiescement surgit.

Ce détachement de la concrétisation de l'acquiescement et de sa date d'interaction finale n'est pas unique. Dans *Temple de Préah Vihéar*, la Cour aurait pu être saisie dès le début des années 1950 (à la place de 1958) et serait très probablement arrivée aux mêmes conclusions<sup>3559</sup>. La période qui voit la multiplication des protestations françaises et cambodgiennes n'apporte rien de plus en termes de satisfaction des conditions de l'acquiescement<sup>3560</sup>. Cependant, cette affaire se distingue des *Activités militaires* de 1984 car l'acquiescement est un des points principaux (convergence de la date critique, de la cristallisation du différend et de l'interaction finale) et que les parties ont peu à peu campé sur leurs positions, avant d'arriver dans une impasse (hausse graduelle de la solennité du différend). L'ouverture de négociations en 1958 a en quelque sorte écrasé la valeur des protestations précédentes.

<sup>3559</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CLI, *Rec. 1962*, pp. 31-32.

<sup>3560</sup> À part un temps supplémentaire (d'environ 9 ans) qui accroît la présomption d'acquiescement de la Thaïlande.

(ii) *La valeur des comportements postérieurs à l'interaction finale*

Bardonnet les appelle « faits postérieurs à la date critique »<sup>3561</sup>. Quelle en est la valeur ? Dans le cadre territorial strict, que nous étendons par analogie à l'acquiescement, il s'agit des faits qui « [p]ourront avoir une valeur probante pour établir la situation existant à la date critique »<sup>3562</sup>. Cette date s'érige comme une ligne de partage des eaux entre les faits/effectivités pleinement pertinents et ceux dont l'effet se limite à exhausser le goût et la signification de leurs devanciers :

« La doctrine, qui a approfondi la question, est pratiquement unanime pour reconnaître que les faits postérieurs à la date critique ne permettent pas de modifier la situation juridique existant à l'égard du territoire litigieux. Cela implique un correctif aux définitions souvent données de cette institution, selon lesquelles celle-ci empêche de prendre en considération les comportements ultérieurs des parties. *En fait, le comportement postérieur pourra être admis comme moyen de preuve afin d'élucider la situation existant au moment de la date critique* »<sup>3563</sup>.

Depuis l'affaire de *l'île de Palmas*<sup>3564</sup>, la jurisprudence s'est emparée et a élaboré la notion de date (ou période)<sup>3565</sup> critique, elle consiste maintenant en une étape presque obligatoire de toute décision relative à un différend territorial. La question des faits postérieurs n'est pas en reste, dans une formule rituelle, la Cour affirme qu'

« [e]lle ne saurait prendre en considération des actes qui se sont produits après la date à laquelle le différend entre les Parties s'est cristallisé, à moins que ces activités ne constituent la continuation normale d'activités antérieures et pour autant qu'elles n'aient pas été entreprises en vue d'améliorer la position juridique des Parties qui les invoquent »<sup>3566</sup>.

<sup>3561</sup> D. BARDONNET, « Les faits postérieurs à la date critique dans les différends territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, pp. 53-78.

<sup>3562</sup> M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 141, § 332.

<sup>3563</sup> *Ibid.*, p. 135, § 303.

<sup>3564</sup> *Ibid.*, p. 137, §§ 310-311 ; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *Luti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 284.

<sup>3565</sup> L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *Luti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, pp. 228, 280, 282.

<sup>3566</sup> *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 682, § 135. Not. citée dans : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 652, § 68 ; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 28, § 32.

L'intérêt de la fixation d'une telle date et de l'exclusion des comportements postérieurs est d'empêcher une partie d'étayer sa position de manière artificielle afin de favoriser la constitution d'un titre territorial<sup>3567</sup>.

Quelles sont les conditions pour prendre en compte et valoriser ces faits postérieurs ? Le principe cardinal en la matière est qu'ils doivent s'inscrire dans un *continuum*<sup>3568</sup>. À cet égard, la date critique ne doit pas avoir eu d'influence sur la manière dont les parties se comportent par rapport au territoire<sup>3569</sup>. Des « paper claims », c'est-à-dire des revendications créées artificiellement, seront rejetées<sup>3570</sup>. Les faits postérieurs sont utilisés afin de corroborer ce qui existait déjà avant la date critique, ils permettent de préciser, d'affiner les conclusions précédentes et d'interpréter les effectivités antérieures<sup>3571</sup>.

Cependant, les occurrences jurisprudentielles de la prise en compte de tels faits sont rares en comparaison du nombre de cas traitant de différends territoriaux et maritimes. Un cas phare en la matière est *Minquiers et Ecréhous*, dans laquelle la Cour déclara, après avoir fixé la date critique en 1886/1888, que :

« À raison des circonstances spéciales de la présente affaire, des actes postérieurs doivent aussi être pris en considération par la Cour, *en exceptant les mesures qui auraient été prises en vue d'améliorer la position en droit de la Partie intéressée*. Sous bien des rapports, l'activité à l'égard de ces groupes s'est développée graduellement, longtemps avant la naissance du différend sur la souveraineté, *et elle s'est poursuivie depuis, sans interruption et d'une manière semblable*. Dans ces circonstances, il serait injustifié d'écarter tous les faits qui, au cours de ce développement continu, se sont produits après 1886 et 1888 respectivement »<sup>3572</sup>.

<sup>3567</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 652, § 67 ; *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. 697-698, § 117.

<sup>3568</sup> L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *L'uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 292.

<sup>3569</sup> *Ibid.*, p. 290 : « Il ne doit pas y avoir de différences essentielles dans le rapport que les parties ont eu avec le territoire contesté avant et après la date critique ; 2) la continuité entre les preuves ou les titres précédant et suivant la date critique, de manière qu'il existe un déroulement continu entre eux, c'est-à-dire entre le passé et le présent les plus proches [...] ».

<sup>3570</sup> *Ibid.*

<sup>3571</sup> *Ibid.*, pp. 290 et 292.

<sup>3572</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, pp. 59-60, nos italiques.

La continuité de la situation est mise en exergue, sans que cette dernière soit pour autant figée : la Cour souligne que les activités se sont « graduellement » développées sur les deux groupes d'îles. Ainsi, des faits postérieurs différents peuvent être pris en considération pour autant qu'ils constituent le prolongement naturel de la situation antérieure à la date critique.

Après la date critique, le Royaume-Uni peut s'enorgueillir de deux faits : il a continué son activité « habituelle » et a protesté avec succès contre le comportement français<sup>3573</sup>. La lumière jetée sur la période critique lui est donc favorable. Pour notre part, nous notons que le mode de comparaison qui préside à l'examen des effectivités semble pour l'essentiel identique *avant*, et *après* la date critique, comme si cette dernière ne jouait qu'un faible rôle.

Une autre interprétation des *Minquiers et Ecréhous* est envisageable. Les faits postérieurs ont pu être pris en compte assez librement dans cette affaire car ils n'ont pas influencé la décision finale de la Cour<sup>3574</sup>. La balance penchait déjà ouvertement en faveur du Royaume-Uni avant la date critique. L'arrêt fait état d'une solide activité sur les deux îlots déjà en 1850<sup>3575</sup>. Peu importe où est placée la date critique, la situation est restée essentiellement la même : « Les autorités britanniques, pendant une grande partie du XIX<sup>e</sup> siècle et au XX<sup>e</sup>, ont exercé des fonctions étatiques à l'égard de ce groupe »<sup>3576</sup>.

Quelles leçons tirer de l'institution des « faits postérieurs » pour l'acquiescement ? Ces événements sont à double tranchant : ils corroborent ou infirment l'existence d'un acquiescement à la date critique. Dans *Minquiers et Ecréhous*, les faits sont utilisés pour démontrer l'attitude contradictoire de la France et son absence de protestation, ce qui confirme que le Royaume-Uni a réussi à établir sa souveraineté sur les îlots. Dans *Golfe du Maine* au contraire<sup>3577</sup>, les protestations

<sup>3573</sup> *Ibid.*, pp. 65-66, 69 (application des lois et ouverture d'enquêtes ; cf. *supra*, nos développements sur l'application de la loi par les auteurs de l'acquiescement, Ch. 5.IA.4 – « La substitution de l'auteur aux actes effectués »), 70-72.

<sup>3574</sup> Et ce y compris en donnant plein effet aux comportements français et britannique. La faiblesse de la revendication française par rapport à leurs voisins ne fait que se confirmer – voire s'amplifier – après la date critique.

<sup>3575</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, pp. 64-66, 69-70.

<sup>3576</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>3577</sup> La Chambre n'a pas pris en compte les faits postérieurs à la date critique dans cette affaire. Nous donnons cet exemple afin de recontextualiser la problématique des faits postérieurs.

répétées du Canada confirment que les parties sont déchirées sur la pérennité de la situation factuelle et juridique, l'acquiescement n'a pas pu prendre racine. Néanmoins, ce n'est que dans un cas où les faits postérieurs confirment une situation qu'ils sont pris en compte (la valeur probatoire est exclusivement *positive*)<sup>3578</sup>. Appliqué à l'acquiescement, cela signifierait que les comportements postérieurs à la date critique peuvent être pris en compte lorsqu'ils continuent d'être à sens unique et d'émaner d'un seul État, son adversaire restant passif ou n'émettant qu'une faible protestation<sup>3579</sup>. Ces situations devraient être d'autant plus rares que suite à l'interaction finale de l'acquiescement, les parties sont pleinement conscientes de l'importance de leur réaction et protestation face aux comportements de leur adversaire. Les affaires concernées par ces « comportements postérieurs » à la date critique doivent comporter un nombre important d'années entre l'interaction finale de l'acquiescement et l'introduction de l'instance.

(iii) *L'interaction finale en l'absence de date critique ou de date de cristallisation du différend*

Le tribunal arbitral dans *Lago Palena* indique que :

« The Court has considered the notion of the critical date to be of little value in the present litigation and has examined all the evidence submitted to it, irrespective of the date of the acts to which such evidence relates »<sup>3580</sup>.

De l'avis de Sanchez Rodriguez, la date critique ne fut pas retenue car les deux parties tentaient de créer artificiellement des dates critiques<sup>3581</sup>. Chaque partie tentait une utilisation stratégique et incohérente de la date critique dans le seul but d'affermir sa position. Le tribunal déclara :

« As in most territorial disputes there has been much discussion of the question of the "critical date". It is agreed by both Parties that by this expression is meant in a general way a date after which the Court

<sup>3578</sup> Ils sont utilisés pour confirmer le bien-fondé de la position de l'État A au détriment de l'État B, mais pas pour trancher lorsque la situation à la date critique est nébuleuse.

<sup>3579</sup> Cette typologie d'acquiescement à sens unique se rencontre notamment dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear* (grande passivité de la Thaïlande) ou dans le *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 654-656 (les actes de souveraineté n'émanent que d'un seul État).

<sup>3580</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 167.

<sup>3581</sup> L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *L'uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 283.



*should not admit evidence of the activities of the Parties. It is clear, however, that each Party, viewing its own activities as confirmation of an already existing sovereignty and the activities of the other Party merely as an intrusion and an effort to build up a new claim, sees the critical date rather as a means of shutting out evidence of its opponent's activities than of excluding its own »* <sup>3582</sup>.

Dans ces circonstances, le tribunal s'autorise à accorder peu de signification à la date critique et à prendre en compte l'ensemble des preuves qui lui furent soumises.

Plutôt que de présenter l'affaire *Lago Palena* comme consacrant l'absence de date critique, nous pouvons reporter cette dernière à la date de signature du compromis, le 1<sup>er</sup> avril 1965 <sup>3583</sup>. Cette approche correspond à une simultanéité des moments (b) (c) évoquée plus haut <sup>3584</sup>. La conséquence pour l'interaction finale de l'acquiescement (a) est qu'elle prend place soit en amont du moment (b) (c), soit conjointement à celui-ci. Le raisonnement de *Lago Palena* porte nominale-ment sur l'*estoppel*, mais il confirme la première hypothèse d'une concrétisation précoce de l'acquiescement.

Les deux parties invoquaient l'*estoppel* ; le Chili pour une période s'étendant de 1902 à 1913 et l'Argentine pour une période allant de 1913 à 1952 <sup>3585</sup>. Le tribunal ne retint aucunement l'argumentation des parties et ne valida pas l'*estoppel* car les conditions n'en étaient pas réalisées :

« Accordingly, the Court finds that no claim of estoppel is made out by either Party against the other, and that therefore both Parties are free without preclusion of any kind to put forward their respective contentions as regards the course of the boundary. The Court will presently examine these contentions on their merits » <sup>3586</sup>.

Les dates d'interaction finale proposées n'influencèrent pas cette décision, et ce en dépit de leur précocité par rapport à la signature du compromis (1965). Cette affaire illustre la possibilité pour

<sup>3582</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 166 ; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *L'uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 284, § 356.

<sup>3583</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 121.

<sup>3584</sup> La lettre (b) correspond à la date critique/cristallisation du différend ; (c) est la date de l'introduction de l'instance.

<sup>3585</sup> *Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, p. 164. Le Chili soutenait dans un second temps que le comportement de l'Argentine avait concrétisé un *estoppel* dans sa correspondance diplomatique de 1952 (*ibid.*, p. 166).

<sup>3586</sup> *Ibid.*, p. 166.

l'acquiescement de se concrétiser<sup>3587</sup> avant – et en dépit – de la date critique quand celle-ci n'est pas fixée ou qu'elle correspond à la date d'introduction de l'instance.

L'absence de date critique n'empêche pas la détermination d'une date d'interaction finale de l'acquiescement qui soit antérieure à celle de l'introduction de l'instance. Il est aussi possible qu'un tribunal fasse, par défaut, coïncider l'interaction finale de l'acquiescement avec l'introduction de l'instance si la date critique n'a pas été identifiée<sup>3588</sup>. Ces brefs développements indiquent que l'appréciation de l'acquiescement est indépendante de la date critique. Dans ce genre de cas, nous sommes très proches des situations déjà évoquées dans lesquelles, l'acquiescement se termine *indépendamment* et *en amont* de la date de cristallisation du différend<sup>3589</sup>. Les trois, voire quatre moments de l'interaction finale, de la date critique, de la cristallisation du différend et de l'introduction de l'instance sont donc indépendants entre eux bien qu'ils puissent parfois fusionner. Nous retenons que les circonstances du cas ainsi que l'attitude<sup>3590</sup> – et non seulement le comportement – des parties sont des facteurs importants afin d'identifier la date critique et la cristallisation du différend.

### 3. *Le dies ad quem dans les manifestations conventionnelles de l'acquiescement*

Parfois le principe général de l'acquiescement ou un de ses avatars coutumiers se retrouve dans un article d'une Convention – ces articles sont le résultat d'une codification ou d'une simple « appropriation »<sup>3591</sup>. Les articles 45 CVDT, 20, § 5 CVDT et 252 UNCLOS nous retiendront.

<sup>3587</sup> L'interaction finale prend place avant la date critique et/ou la date de cristallisation de différend.

<sup>3588</sup> Simultanéité de (a) (b) (c) ; (b) étant uniquement la date de cristallisation du différend.

<sup>3589</sup> Cf. nos développements *supra*, II.C.2.b.i sur « l'acquiescement [qui] se termine avant la cristallisation du différend ».

<sup>3590</sup> Au sujet de l'interdiction de la création artificielle de dates critiques par les parties, Sánchez Rodríguez indique : « En ses termes substantiels, l'idée répond aux exigences du principe de la bonne foi procédurale, afin d'empêcher que l'emploi de cette notion n'obéisse aux intérêts – illégitimes – de l'une des parties, visant à différer la procédure ou à la rendre plus complexe, ou simplement à affirmer ses positions en ignorant les positions contraires » (« *L'uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, pp. 283-284).

<sup>3591</sup> L'article 45 CVDT est le résultat d'une codification alors que l'article 252 UNCLOS est une appropriation de l'acquiescement.

## Art. 45 CVDT :

« 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 : [...] 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 ».

## Art. 20, § 5 CVDT :

« Aux fins des paragraphes 2 et 4 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 ».

## Art. 252 UNCLOS :

« 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 : [suit une liste d'exceptions] »<sup>3592</sup>.

Ces articles sont autant de variations autour de l'acquiescement et de son interaction finale. Au risque de nous répéter, la durée de l'acquiescement n'en constitue pas un indice, mais un simple élément, qui, s'il s'éternise, renforce la présomption de son établissement. Les trois transcriptions vont plus loin car elles en font une condition explicite (art. 20 et 252) ou implicite (art. 45)<sup>3593</sup>.

L'interaction finale disparaît des articles 20, § 5 CVDT et 252 UNCLOS. En recourant à une durée objective, le calcul du *dies ad quem* est prévisible. L'identification du *dies a quo* est tout aussi facilitée. L'article 45 CVDT évolue au contraire dans un terrain marécageux tant par son début (« après avoir eu connaissance des faits »), que par sa durée totale, dépendante de sa fin (« ayant acquiescé [à raison de sa conduite] »). Si le début de l'article 45 CVDT obéit à une interaction<sup>3594</sup>, qu'en est-il de sa fin ? La

<sup>3592</sup> *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, RTNU*, vol. 1834, pp. 103-104.

<sup>3593</sup> L'élément de durée dans l'article 45 CVDT résulte du *distinguo* entre le moment de la connaissance et la conduite d'acquiescement.

<sup>3594</sup> Analysée *supra*, Ch. 5.II.B.7.

doctrine<sup>3595</sup> et la jurisprudence<sup>3596</sup> ne portent pas de trace d'une invocation couronnée de succès de l'article 45, lit. b CVDT, mais ce n'est pas un obstacle irrémédiable. Il semble bien qu'une interaction constitue également le point final de l'article 45 CVDT et de la « conduite d'acquiescement ».

Imaginons la situation suivante : survient un cas de dol, d'erreur, ou de changement fondamental de circonstances<sup>3597</sup>. L'État qui est en victime doit tout d'abord l'apprendre, la durée prend racine après cette connaissance, et, finalement, l'interaction finale ou la conduite d'acquiescement survient. L'interaction finale est liée au traité, il peut s'agir d'une exécution d'une obligation ou de l'invocation d'un droit :

« A State's tacit acceptance may be inferred positively from a particular form of its conduct, for instance, if, after becoming aware of the facts, it accepted benefits or enforced obligations under the treaty »<sup>3598</sup>.

À suivre littéralement cet extrait, la durée pourrait être quasi nulle entre l'interaction initiale et finale.

Tel n'est cependant pas le cas, l'exécution d'une obligation ou l'invocation d'un droit ne suffisent pas nécessairement à constituer l'interaction finale. Selon Odendahl :

« There are, however, many general conditions that have to be met before considering conduct as acquiescence. [...] Second, the conduct of the State must be coherent ; a single action is not sufficient, the whole behaviour of the State has to be taken into account »<sup>3599</sup>.

La conduite adoptée par l'État lésé dans le cadre du traité et en dehors peut être prise en compte. Pour un traité bilatéral synallagmatique dont les droits et obligations doivent être exécutés annuellement, cela signifie que même si l'État a exécuté *une fois* son obligation annuelle après la prise de connaissance d'une erreur, d'un dol ou autre, l'acquiescement n'est pas forcément acquis. Il est nécessaire de pouvoir identifier une ligne de conduite cohérente qui

<sup>3595</sup> En date du 2 juillet 2020. Voy. : M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., pp. 577-578, §§ 8-9 ; K. ODENDAHL, « Article 45 », op. cit., pp. 770-772, §§ 14-17.

<sup>3596</sup> Dans *Somalie c. Kenya*, la Cour se content de reconnaître le statut coutumier de l'article : *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Exceptions préliminaires, 2 février 2017, CIJ, Rec. 2017, p. 24, § 49.

<sup>3597</sup> L'article 45 CVDT est ouvert aux causes des articles 46 à 50, 60, et 62 CVDT.

<sup>3598</sup> M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 578, § 8.

<sup>3599</sup> K. ODENDAHL, « Article 45 », op. cit., pp. 771-772, § 16.

indique l'acquiescement « à la validité ou au maintien en vigueur du traité ». Les circonstances du cas sont évidemment d'une importance cruciale ; l'acquiescement à un traité bilatéral ou multilatéral n'appelle pas les mêmes réflexions <sup>3600</sup>.

Quid si le traité en cause ne requiert pas d'exécution d'obligations ou ne prévoit pas l'invocation de droits sur une base périodique ? L'acquiescement peut tout de même se concrétiser. L'interaction finale serait alors établie par le tribunal de manière rétroactive et sur une base objective, en tenant compte de la nécessité de réagir pour sauvegarder ses droits et des attentes légitimes des autres États contractants <sup>3601</sup>. Ainsi, si l'État lésé n'agit pas dans le cadre du traité <sup>3602</sup> et ne fait pas valoir un motif pour ne pas maintenir le traité, l'attitude passive est prise en compte. Dans ce cas de figure l'acquiescement est réalisé en vertu d'une conjonction entre l'attitude passive de l'État lésé et les attentes objectives des autres États : le temps joue contre l'État lésé. Par exemple, lorsqu'un État contractant invoque un droit à l'encontre d'un État lésé qui serait resté passif plusieurs années après avoir eu connaissance d'une cause de nullité, l'interaction finale débiterait par cette invocation et se terminerait par exemple par une protestation <sup>3603</sup>. La durée entre la connaissance de la cause de nullité et l'invocation du droit serait valorisée comme autant d'occasions pour l'État lésé de se départir du traité.

Cette incartade dans les conventions démontre que si le *dies ad quem* n'est pas fixé par référence à un délai (art. 20, § 5 CVDT ; 252 UNCLOS), l'identification d'une interaction finale garde toute sa valeur. Dans l'article 45 CVDT, cette identification est menée sur une base analogue aux réflexions développées pour les cas jurisprudentiels.

<sup>3600</sup> M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 578, § 8.

<sup>3601</sup> *Ibid.*, § 9 ; K. ODENDAHL, « Article 45 », *op. cit.*, p. 772, § 17.

<sup>3602</sup> Par ex. en n'invoquant pas des droits alors qu'il est légitimé à le faire ou en ne remplissant pas ses obligations (l'invocation d'une cause de nullité passe par une notification de l'article 65 CVDT, aussi longtemps qu'une problématique n'est pas résolue, l'État doit continuer à exécuter ses obligations).

<sup>3603</sup> L'État lésé peut protester en invoquant (tardivement) la cause relevant des articles 46 à 50, 60 ou 62 CVDT pour mettre fin au traité.

4. *La prescription extinctive : assimilation et différences*

Pour clore cette section, nous effectuerons un dernier détour, à titre de comparaison, par l'institution de la prescription extinctive en droit international public<sup>3604</sup>. Cette comparaison se fixe pour but d'évaluer si, et en quoi, la fin de la prescription diffère de l'interaction finale de l'acquiescement. Dans notre optique, la prescription extinctive est réductible à un type particulier d'acquiescement, c'est-à-dire la forme spécifique prise dans le cadre restreint de l'action en justice. Temporellement, la prescription est doublement bornée par la naissance d'un droit d'action en justice et son exercice *effectif* (introduction de l'instance ; saisine du tribunal). Ainsi, nous constatons déjà une différence importante entre acquiescement et prescription puisque le début et la fin de cette dernière ne reposent pas sur une interaction, mais sur la naissance d'un droit d'action (début) et sa mise en œuvre (fin). Hobér ajoute d'autres distinctions :

« It is important to make a distinction between *delay in presenting a claim*, as constituting part of the principle of extinctive prescription on the one hand, and *lapse of time* – combined with other circumstances – as bringing about abandonment of a claim, or acquiescence, on the other. In fact, a number of cases which are sometimes treated as examples of extinctive prescription actually deal with lapse of time rather as an element of acquiescence or abandonment of a claim »<sup>3605</sup>.

Comme dans l'acquiescement, le passage du temps dans la prescription entraîne une présomption de réalisation : « The delay gives rise to a presumption against the existence of the alleged right on which the claim is based »<sup>3606</sup>. Le point commun s'arrête cependant là car le délai indu (« unreasonable delay »)<sup>3607</sup> n'est qu'une parmi les quatre conditions de la prescription :

« Fulfillment of the following four criteria is necessary for its application, *viz.*,

- (i) unreasonable delay;
- (ii) imputability of delay to the negligence of the claimant;
- (iii) absence of a record of fact;
- (iv) the respondent must be placed at a disadvantage »<sup>3608</sup>.

<sup>3604</sup> K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, *op. cit.*, 459 p.

<sup>3605</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>3606</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>3607</sup> *Ibid.*, pp. 286-289.

<sup>3608</sup> *Ibid.*, p. 334.

Ces quatre conditions illustrent la nature essentiellement procédurale de la prescription, elles sont examinées au moment de l'instance uniquement et en rapport avec la possibilité, pour le tribunal, de procéder ou non à un jugement sur le fond de l'affaire<sup>3609</sup>. La distinction entre le caractère procédural ou substantiel d'une institution ne doit cependant pas être exagérée en droit international public : si la prescription est validée, son effet concret est la perte irrémédiable de la demande et du droit de fond dont la protection était recherchée. La frontière entre substance et procédure n'est pas perméable<sup>3610</sup>.

À l'inverse, l'acquiescement est d'une portée plus ample, il peut s'attacher autant au fond (perte ou gain d'un droit en général ; existence d'un titre dans les différends territoriaux) qu'à la forme (*forum prorogatum*).

L'affaire *Sarropoulos* est utile pour reconnaître les différences entre acquiescement et prescription. Un citoyen grec a subi des dommages lors d'émeutes en Bulgarie en 1906, une première note diplomatique est présentée cette même année, mais la demande elle-même n'est formulée qu'en 1921<sup>3611</sup>. Entretemps, la demande fait l'objet de négociations entre les deux États en 1912 et 1913, mais sans succès. Le tribunal mixte gréco-bulgare saisi en 1927 en tire parti et affirme qu'il ne peut pas :

« Disregard the fact that claims of the nature of the one raised in the present case were entirely disregarded both in the Greek-Bulgarian Treaty of Alliance of 1912 which was intended to establish the relations between the two countries on a permanent basis, and in the Peace Treaty of Bucarest of 1913 in which Greece, as the victorious State, could have imposed, had she so wished, the recognition of these claims by Bulgaria »<sup>3612</sup>.

Bien que, nominalement, le tribunal place ce raisonnement sous la bannière de la prescription<sup>3613</sup>, il s'agit en fait d'acquiescement. C'est en tout cas l'opinion de Hobér, qui interprète la conduite du gouvernement grec en 1912-1913 comme le point de départ d'une

<sup>3609</sup> *Ibid.*, p. 321 : « The principle of extinctive prescription is procedural in nature, in the sense that it, assuming that the conditions for its application are fulfilled, prevents a claim from being tried on the merits ».

<sup>3610</sup> *Ibid.*, pp. 320-321 et spéc. p. 324.

<sup>3611</sup> *Sarropoulos v. Bulgarian State*, 14 février 1927, 4 ILR 245, Case n° 173, p. 263.

<sup>3612</sup> *Ibid.*, pp. 425-426, nos italiques.

<sup>3613</sup> *Ibid.*, p. 263.

renonciation tacite (acquiescement à l'abandon de la demande, sur le modèle de l'article 45 TCDI)<sup>3614</sup>. L'inaction grecque jusqu'en 1921 laisse ainsi présumer l'abandon de la demande :

« With respect to extinctive prescription, lapse of time combined with the other criteria mentioned above [negligence of the claimant; absence of a record of fact; respondent placed at disadvantage] are decisive and necessary, whereas in the case of abandonment and acquiescence the actual conduct of the parties, and evidence thereof, is paramount. If a party has waived or abandoned his claim, that fact *alone* is sufficient to prevent the claim from being successfully tried by a tribunal »<sup>3615</sup>.

La ligne de partage entre les deux institutions est fine, mais elle existe. Un critère pour l'apprécier est l'existence – comme dans *Sarropoulos* – de comportements antérieurs à l'introduction de l'instance qui indiquent une renonciation de l'État lésé à la demande *et au droit qu'elle protège*. En présence de tels comportements, il s'agit vraisemblablement d'un cas d'acquiescement. À l'inverse, les conditions de la prescription prennent appui sur des considérations exclusivement judiciaires et préliminaires par rapport au fond de l'affaire<sup>3616</sup>.

L'affaire des *Phosphates à Nauru* offre un exemple supplémentaire. Dans sa seconde exception préliminaire, l'Australie s'appuyait sur les déclarations des autorités de Nauru pour démontrer une renonciation implicite (acquiescement) à l'abandon de la demande, renonciation qui ne fut pas accueillie par la CIJ<sup>3617</sup>. Dans sa quatrième exception, l'Australie faisait valoir la prescription :

« [N]auru est devenue indépendante le 31 janvier 1968, et qu'en ce qui concerne la remise en état des terres cet État n'a formellement "fait connaître sa position à l'Australie et aux autres anciennes puissances administrantes" qu'en décembre 1988. L'Australie soutient qu'en conséquence la demande de Nauru est irrecevable, au motif qu'elle n'a pas été présentée dans des délais raisonnables »<sup>3618</sup>.

Cette exception fut également rejetée car Nauru avait fait des démarches répétées<sup>3619</sup> et son attitude n'était pas négligente<sup>3620</sup>. Nous notons cependant que les attitudes invoquées pour la renon-

<sup>3614</sup> K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, *op. cit.*, p. 289 : « The better interpretation of the *Sarropoulos Case* is that the tribunal meant to say that the claim had been *waived* ».

<sup>3615</sup> *Ibid.*, p. 289, italiques dans l'original.

<sup>3616</sup> *Ibid.*, pp. 289-304.

<sup>3617</sup> *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, pp. 247-250, §§ 12-21.

<sup>3618</sup> *Ibid.*, p. 253, § 31.

<sup>3619</sup> *Ibid.*, p. 254, § 34.

<sup>3620</sup> *Ibid.*, pp. 254-256, § 36.



ciation tacite et la prescription étaient globalement les mêmes : l'Australie avait pu construire deux institutions différentes en se servant dans la chronologie des faits. Cette possibilité de « double construction juridique » est acceptable car les deux institutions ne protègent pas les mêmes valeurs et suivent des buts différents <sup>3621</sup>.

La prescription extinctive et l'acquiescement sont différenciables, leurs effets sont cependant analogues (le bilan final est la *perte* d'un droit substantiel dans les deux cas, bien que la prescription passe par le stade d'un examen procédural avant d'arriver à cette conclusion) <sup>3622</sup>.

#### D. *Les vicissitudes du temps : synthèse et conclusions*

Donnons la parole à Saint Augustin pour la conclusion :

« Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais bien ; mais si on me le demande, et que j'entreprenne de l'expliquer, je trouve que je l'ignore. Je puis néanmoins dire hardiment que je sais, que si rien ne passait, il n'y aurait point de temps passé ; que si rien n'advenait, il n'y aurait point de temps à venir ; et que si rien n'était, il n'y aurait point de temps présent » <sup>3623</sup>.

L'affleurement du temps dans le droit international est inévitable. Néanmoins, les termes dans lesquels il apparaît ne sont pas empreints d'une cohérence incomparable. La question de la valorisation du temps en droit oscille entre des extrêmes de positivisme (une durée exprimée en mois, un *dies a quo* et un *dies ad quem* aisément identifiables) <sup>3624</sup> ou d'analyse scientifique (le temps joue un rôle dans l'institution étudiée sans en être explicitement partie prenante) <sup>3625</sup>. Ce qui est vrai pour le droit en général s'applique aussi à l'acquiescement : cette section aurait pu s'intituler « La construction du temps par l'acquiescement ».

<sup>3621</sup> Bonne administration de la justice et condamnation de la négligence du demandeur pour la prescription (R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, pp. 394-395, §§ 76-78) ; sécurité juridique et protection de la bonne foi objective pour l'acquiescement.

<sup>3622</sup> Les conséquences de la prescription « [a]re of a substantive nature, in the sense that the claim in question does not survive: it is extinguished once and for all » (K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, *op. cit.*, p. 289).

<sup>3623</sup> SAINT AUGUSTIN, *La création du monde et le Temps*, coll. Folio, Paris, Gallimard, 1993, Ch. XIV, p. 36.

<sup>3624</sup> Entre autres : art. 20, § 5 CVDT.

<sup>3625</sup> Art. 14, § 2 et 15 TCDI ; G. DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, not. pp. 12, 25, 27 et 35.

Le temps n'est pas une condition de l'acquiescement, car cette institution recouvre des formes multiples et hétérogènes, elle peut être réalisée sur une faible durée comme elle peut être tenue en échec malgré l'écoulement de plus d'une centaine d'années. Le temps n'est qu'un *élément* de l'acquiescement : il permet la prise en compte des actions et réactions des deux parties opposées. L'acquiescement ne valorise pas le temps considéré en lui-même et pour lui-même, mais sa densité, c'est-à-dire les occasions de réagir. L'acquiescement se sert d'un « temps-support », comme d'un implicite à son déroulement.

Toutefois, le temps peut acquérir une dignité accrue au sein de l'acquiescement en faisant naître une présomption de concrétisation de ses conditions. Dans cette configuration, le temps reste un élément, et non une condition de l'acquiescement, la présomption qu'il institue à valeur de « raccourci » pour établir la concrétisation des conditions de fond. Nous avons pu établir – *ex abundante cautela* – que c'est après une trentaine d'années que le temps acquière cette valeur de présomption (II.B.2).

Nous avons procédé en séparant le temps de l'acquiescement en trois compartiments : son *dies a quo* ou interaction initiale (II.A), sa durée proprement dite (II.B) et son *dies ad quem* ou interaction finale (II.C). Les interactions, c'est-à-dire le duo composé d'une action et de la réaction provoquée, ont tenu une part cruciale dans l'élaboration du cadre théorique de la durée de l'acquiescement. Ce duo est selon les cas composé d'actions et de réactions explicites ou d'une action à laquelle répond un silence, une abstention. L'existence du duo est validée *même* en cas de silence de l'interlocuteur : la prétention, pour autant qu'elle soit connue<sup>3626</sup> par l'autre partie, permet à l'acquiescement de débiter. Pour l'interaction finale, il suffit de pouvoir constater une revendication claire pour que la période ou « ligne » de l'acquiescement prenne fin : le silence face à une revendication ne permet pas d'éluder indéfiniment la cristallisation d'un différend.

Cette élaboration des différents compartiments du temps s'est concrétisée par l'identification d'étapes successives. Dans l'ordre, un acquiescement peut faire apparaître les étapes suivantes : le « moment 0 » ou interaction initiale, qui marque le début ou *dies a*

<sup>3626</sup> La connaissance peut être réelle ou présumée (*constructive knowledge*).

*quo*. Vient ensuite la durée, généralement exprimée en un nombre d'années. Puis l'interaction finale ou *dies ad quem*. Trois lettres ont été utilisées pour les différents repères, survenant simultanément ou non, qui marquent l'interaction finale. Soit (a) le moment de l'interaction finale, qui marque la concrétisation ou le mûrissement de l'acquiescement ; (b) le moment de la date critique ou cristallisation du différend et (c) le moment de l'introduction de l'instance.

En règle générale, les moments (a) (b) sont simultanés, l'introduction de l'instance (c) prenant place ultérieurement, par exemple après des protestations répétées, l'ouverture de négociations ou l'échec d'un quelconque mode de règlement non juridictionnel des différends, voire la signature d'un compromis. Comme les notions de « date critique » et de « différend » le laissent augurer, nous nous sommes abondamment servis dans les domaines du territoire et du règlement judiciaire afin d'encadrer la notion « d'interaction ». En simplifiant, l'interaction finale correspond largement aux deux notions précitées, elle en est néanmoins indépendante et peut se concrétiser en dehors d'elles, aussi bien en amont (avant la date critique), qu'en aval (fin de l'acquiescement après l'introduction de l'instance).

La date critique ne concerne que les différends territoriaux et maritimes, et elle n'en constitue pas un passage obligé (certaines décisions en font un usage plus que discret). À l'inverse, la notion de différend, en tant que condition à la juridiction d'un tribunal, et de la CIJ en particulier, est très largement répandue. Il s'agit toutefois – contrairement aux interactions initiales et finales de l'acquiescement – d'une notion examinée à titre préliminaire, voire procédural, afin de permettre à la CIJ de trancher le litige en droit.

L'acquiescement est une reconstruction judiciaire. Cela implique que c'est au tribunal d'établir les dates respectives des interactions initiales et finales. Cet établissement est mené durant l'instance et atteint son paroxysme au prononcé du jugement. La fixation de ces dates est affaire de fait et de droit : à l'exemple de la date critique les parties peuvent s'opposer frontalement sur cette question ou – en cas de signature d'un compromis et comme ce fut le cas dans *Golfe du Maine*<sup>3627</sup> – arrêter d'un commun accord la date de l'interaction finale.

---

<sup>3627</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 254. Sans passer par la signature d'un différend, une partie peut accepter la date critique

Ces considérations de reconstruction judiciaire ont un impact : durant sa vie, les parties peuvent ignorer quelle est l'interaction initiale ou finale, l'acquiescement échappe ainsi à leur contrôle. La vie d'un acquiescement peut ressembler à une ligne sinusoïdale : il tend soit vers une concrétisation, soit vers un rejet suivant les époques et les actions des parties. Dans le cas où une partie est consciente de la présence d'un acquiescement et de ses oscillations, elle pourrait saisir le moment opportun pour précipiter la date critique en protestant énergiquement ou en ouvrant des négociations<sup>3628</sup>.

Par la définition des auteurs (Ch. 5.I) et du temps (Ch. 5.II), nous avons pu circonscrire le cadre général de l'acquiescement. Nous pouvons dès lors commencer notre descente degré par degré dans les conditions et mécanismes de son fonctionnement.

Le *dies a quo* de l'acquiescement débute par une interaction initiale composée d'une *prétention* (action) et de la réaction de l'État adverse. Cette prétention doit être connue pour qu'il soit objectivement exigible de l'État adverse de s'y opposer (charge de réagir). Connaissance, notoriété, opposabilité, charge de réagir seront autant de thèmes à aborder. Ces conditions ne sont pas toujours susceptibles d'analyse en isolation : en tant qu'institution juridique, l'acquiescement ressemble plus à un *continuum* qu'à une suite de cases indépendantes à remplir. Afin de poursuivre notre examen selon un critère chronologique, nous débiterons par l'analyse de la prétention.

### III. *La prétention et ses conditions* (*existence et identification, notoriété*)

L'interaction initiale de l'acquiescement est un duo composé de la formulation d'une prétention par un acteur (État, OI, individu) et de la réaction à celle-ci. Comme nous avons défini le *dies a quo* de l'acquiescement par rapport à cette interaction initiale, il nous revient d'en préciser les termes sous-jacents, et, en premier lieu, l'existence d'une prétention (III.A).

---

proposée par son adversaire : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 653, § 70 : « La Colombie s'est contenté de prendre acte de la date critique proposée par le Nicaragua ». La Cour entérine cet « accord d'instance » entre les parties.

<sup>3628</sup> Cependant une date critique artificielle ne sera pas retenue par un tribunal : L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *Luti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, p. 283.

À des fins d'analyse, la prétention peut être scindée en plusieurs compartiments : c'est tout d'abord les conditions de son existence qui doivent être soupesées. Liée à son existence, la détermination de son objet est l'étape ultérieure (III.B). Pour terminer, la prétention n'est telle que si elle est objectivement reconnaissable dans les circonstances du cas (III.D). Plusieurs écueils s'opposent toutefois à une analyse parfaitement linéaire : le début de l'acquiescement peut être nébuleux, l'existence et l'objet de la prétention sont intimement liés et sont parfois amenés à évoluer ou à se préciser en cours d'acquiescement au gré des actions et réactions des parties. Comme l'acquiescement est majoritairement une reconstruction judiciaire, les parties peuvent ne pas être parfaitement conscientes de l'existence d'une prétention ou de ses limites lorsque l'acquiescement se déroule. Pour ces raisons, le standard de connaissance d'une prétention ne sera pas celui d'une connaissance parfaite et réelle, mais sera celui, objectif, d'une connaissance « due » en regard des circonstances<sup>3629</sup>.

La prétention initiale peut différer de celle qui se matérialisera lors de l'interaction finale (III.C). Ce qui peut passer à première vue comme un paradoxe s'explique par la sédimentation du litige au cours du temps. C'est une différence de degré (et non de nature) qui existe entre la prétention telle qu'elle résulte de l'interaction initiale et l'objet de l'acquiescement tel qu'il résulte de l'interaction finale. La prétention initiale donne un cadre général au différend, cadre qui est précisé au fil des échanges.

Concentrer la lumière sur la prétention nous amènera à aborder d'autres thèmes (connaissance, notoriété, charge de réagir, voire opposabilité des comportements des parties).

#### A. *L'existence d'une prétention*

Nous désignons par « prétention » le ou les premiers comportements – au sens très large – accomplis par un des deux acteurs de l'acquiescement et qui en marquent le début. Ces premiers comportements sont triplement valorisés : ils inaugurent le début de la ligne de l'acquiescement, ils portent en eux l'objet de l'acquiescement et ils comptent au nombre des actions prises en compte pour déterminer si l'acquiescement s'est concrétisé ou non.

<sup>3629</sup> Ou « constructive knowledge » (différentes traductions existent : connaissance présumée, objective, etc.). Le point fondamental est de comparer la connaissance effective de l'État impliqué dans l'acquiescement et celle qui était exigible de lui de bonne foi au regard des faits et circonstances.

### 1. *Les actes constituant une prétention*

Ces comportements sont variés, il peut s'agir notamment d'une déclaration officielle, d'actes sur le terrain, de l'édiction de lois, de l'application de lois préexistantes, d'actes administratifs des autorités publiques, d'actes de privés accomplis sous le contrôle d'un État, d'une notification. Par comparaison, la jurisprudence a dressé une liste exemplative des catégories d'effectivités territoriales :

« La Cour rappelle que les actes et activités considérés comme ayant été accomplis à titre de souverain entrent notamment, mais non exclusivement, dans les catégories suivantes : actes législatifs ou administratifs, application du droit pénal et du droit civil, réglementation de l'immigration, réglementation des activités de pêche ou d'autres formes d'activités économiques, patrouilles navales et opérations de recherche et de sauvetage »<sup>3630</sup>.

Cette catégorisation peut nous servir de première approximation pour la définition des actes constituant des « prétentions ».

De manière plus générale et sans recourir à une liste des catégories d'effectivités, il est nécessaire d'être en présence d'un lien entre l'acte effectué et le territoire :

« La Cour relève enfin qu'elle ne peut tenir compte de ces activités en tant que manifestation pertinente d'autorité *que dans la mesure où il ne fait aucun doute qu'elles sont en relation spécifique avec les îles en litige prises comme telles*. Les réglementations ou actes administratifs de nature générale ne peuvent donc être considérés comme des effectivités relatives à Ligitan et Sipadan que s'il est manifeste dans leurs termes ou leurs effets qu'ils concernaient ces deux îles »<sup>3631</sup>.

Plaqué sur l'acquiescement, le matériel territorial apporte deux indications : 1) la moisson des comportements pouvant constituer une prétention est extrêmement large, vouloir en dresser une liste exhaustive est illusoire. 2) C'est le lien entre le comportement et l'objet de l'acquiescement qui permet à la prétention d'être identifiée comme telle. L'écueil et le paradoxe sont que *comportements* et *définition* de l'objet de l'acquiescement vont généralement de pair.

Cependant, la casuistique permet d'apporter quelques distinctions. En cas de prétention initiale « claire » exprimée par exemple dans une déclaration officielle, voire une revendication ou une notification, il est

<sup>3630</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 655, § 80. Plus loin, la Cour distribue les effectivités dans les catégories suivantes : législation et administration, réglementation des activités économiques, travaux publics, mesure d'application des lois, visites navales et opérations de recherche et de sauvetage, représentation consulaire (*ibid.*, pp. 656-657, § 82).

<sup>3631</sup> *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 682-683, § 136, nos italiques.

plus aisé de tracer les contours de l'acquiescement qui risque de survenir. À l'inverse, si la prétention initiale découle de la mise en œuvre d'une loi, d'actes administratifs accomplis sur le terrain, ou d'autres comportements qui ne manifestent la prétention que par *implication*, c'est souvent grâce à l'accumulation d'actes convergents ou la pérennisation de la situation que la prétention devient évidente<sup>3632</sup>. Le constat de l'existence de la prétention est alors rétroactif. Le contenu, l'objet de l'acquiescement se dévoile peu à peu pour les parties durant son déroulement ; le tribunal constate et fixe la date l'émergence de l'acte-prétention une fois la chronologie des événements arrêtée.

En dehors des différends territoriaux, les travaux de la CDI en matière d'actes et de déclarations unilatérales des États sont une source utile d'inspiration. Nominale, ces travaux ne visent que les « déclarations », les rapports spéciaux sont cependant riches en détails sur les différents types d'actes unilatéraux et leurs problématiques récurrentes. À ce titre, la prétention qui participe au duo de l'interaction initiale de l'acquiescement est proche des actes unilatéraux<sup>3633</sup>. Les questions de son existence, de son contenu, de son objet et effet (création d'une charge de réagir) sont largement communes aux actes unilatéraux. Toutefois, les actes visés par le texte final du projet sont ceux par lesquels les États « manifestant la volonté de s'engager »<sup>3634</sup> : la prétention ne s'inscrit pas dans cette définition, son but est de tenter d'acquiescer un droit<sup>3635</sup> (elle correspond au mieux à une notification<sup>3636</sup> ou à la réaffirmation d'un droit<sup>3637</sup>).

<sup>3632</sup> Nous pourrions d'ailleurs affirmer que l'État qui formule la prétention n'en a pas conscience sur le moment, ce n'est que par la suite qu'il peut – opportunément – transformer et valoriser son attitude en une prétention pesant sur l'État adverse. Voy., par analogie : CDI, 5<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/525 et Add.1 et 2, p. 100, § 78.

<sup>3633</sup> L'acquiescement est parfois décrit comme un enchevêtrement d'actes unilatéraux ou par la terminologie de « fait juridique complexe ». G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, [version online], *op. cit.*, p. 119.

<sup>3634</sup> *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 388, Principe n° 1 (« Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques [...] »).

<sup>3635</sup> La prétention n'entre pas dans le cadre des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales de la CDI (2011). Cf. le neuvième principe (*ibid.*, p. 398).

<sup>3636</sup> La difficulté d'analyse de la notification tient à la distinction entre la forme (notification) et son contenu (communication d'une prétention ou un autre objet). Voy. : CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 262, § 170 : « Le plus important est la situation qui fait l'objet de la notification et non la notification elle-même. [...] Qui plus est, la notification peut être considérée comme la formule employée pour communiquer ou pour faire connaître une situation, ou comme la forme par laquelle se manifeste l'acte qui en fait l'objet ». Voy. G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1943, pp. 200-203 et 255-258.

<sup>3637</sup> Voy. : CDI, 5<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/525 et Add.1 et 2, p. 107, § 137.

## 2. *Prétention et protestation*

Nous ne nous étendrons pas sur les points de comparaison, parfois évanescents, de la prétention avec les actes unilatéraux<sup>3638</sup>. Notre intérêt pour les travaux de la CDI est ailleurs : bien que la « prétention » ne soit pas abordée frontalement, des indices sur son écosystème surgissent çà et là au fil des rapports. La protestation et l'acquiescement sont, eux, abordés, et c'est à travers leur fonctionnement que la prétention affleure. Ainsi :

« Venturini définit la protestation comme "la déclaration de la volonté de ne pas reconnaître comme légitime une prétention déterminée ou de toute façon de contester la valeur d'une situation donnée" »<sup>3639</sup>.

La protestation est ici intimement liée à la prétention. Plusieurs situations<sup>3640</sup> sont aptes à faire échec à l'acquiescement, l'émission d'une protestation en temps opportun est l'une d'entre elles. C'est aussi elle qui peut servir à évaluer, *a posteriori*, si un État s'est comporté de manière suffisamment diligente<sup>3641</sup>.

Les conditions de la protestation réussie sont détaillées plus loin dans le rapport :

« La vigueur de la protestation est en général essentielle pour que celle-ci puisse produire pleinement ses effets ; d'une certaine façon, c'est une circonstance logique découlant de la nature même des choses, étant donné que, *si ce que l'on veut éviter c'est qu'un fait ou un comportement ou une situation donnés produisent des effets à l'égard de l'État qui formule la protestation*, celle-ci doit être énoncée en termes biens clairs pour permettre à des tiers de connaître immédiatement la position adoptée par cet État vis-à-vis de l'acte contre lequel la protestation est dirigée »<sup>3642</sup>.

Le « fait », le « comportement » et la « situation » précités sont remplaçables par notre notion de prétention. La citation dresse le tableau suivant : après l'émission d'une prétention et sa réception (réelle ou présumée) par le destinataire, une protestation doit être

<sup>3638</sup> Cf. Ch. 3.II.D.1 et 2 ; Ch. 4.II.A et B.

<sup>3639</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 252, § 89 ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 433.

<sup>3640</sup> Une ligne de conduite incohérente, l'absence de connaissance, la trop grande force d'un titre.

<sup>3641</sup> Le tribunal évalue si l'État acquiesçant a protesté, s'il était en mesure de le faire, si la protestation était suffisamment forte, répétée un nombre de fois en adéquation au vu de la situation, etc.

<sup>3642</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 253, § 94, nos italiques.



émise pour tenir en échec l'État adverse. Si ce n'est pas le cas, la voie est ouverte à la concrétisation de l'acquiescement. Le type de protestation à émettre pour empêcher l'acquiescement est fonction des circonstances. L'extrait laisse deviner que la promptitude joue un rôle, de même que le contenu (clarté), la vigueur et, selon les cas, la répétition.

Plus loin, le rapport s'intéresse à l'acquiescement. Les lignes déjà esquissées sont confirmées :

« On peut dire que l'acquiescement constitue une admission ou une reconnaissance de la licéité d'une pratique contestée, ou même qu'elle [sic !] sert à consolider une pratique originellement illicite. L'État qui a admis, consenti, ne pourra pas s'opposer à l'avenir à la prétention, en vertu du principe de l'"estoppel" ou de l'"acte contraire" »<sup>3643</sup>.

Comme souvent avec l'acquiescement, l'enchevêtrement des concepts est de mise. La prétention apparaît ici comme l'objet de l'acquiescement. La prétention porte sur une pratique « contestée » ou « illicite », c'est la notion correspondante « d'empiètement »<sup>3644</sup> sur les droits d'un autre État qui peut être plus largement utilisée. Quand elle est interrompue dans ses stades initiaux, la prétention au centre de l'acquiescement est analogue à la violation d'une obligation internationale (violation de la souveraineté d'un État, actes dans des espaces maritimes ne relevant pas de sa juridiction, violation d'un traité). L'extrait met aussi en exergue que la charge de réagir – sous peine de ne plus pouvoir contester la situation – puise ses premières justifications dans l'existence de la prétention.

Plusieurs caractères de la prétention émergent : elle peut résulter d'une gamme large de comportements (déclarations, actes, attitudes, notification). Elle contribue à la détermination de l'objet de l'acquiescement, de l'identification de la situation juridique qui sera modifiée si l'acquiescement est validé. La prétention se présente comme un *empiètement* sur un droit. Cette dernière notion appelle des précisions.

<sup>3643</sup> *Ibid.*, p. 267, § 191. Nous confessons une citation de seconde main. L'original espagnol provient de : J. A. CARILLO SALCEDO, « Funciones del acto unilateral en el régimen jurídico de los espacios marítimos », in *Estudios de Derecho Internacional Marítimo*, Zaragoza, 1963, pp. 7-27. La citation est en pp. 21-22 (la traduction est l'œuvre de la CDI).

<sup>3644</sup> « Encroachment » en anglais. Voy. par ex. : G. FITZMAURICE, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *op. cit.*, pp. 127, 159, 167, et 210.

### 3. *La prétention entre violation, empiètement et « zone grise »*

La prétention consiste généralement en un comportement illicite<sup>3645</sup>, ou dont la licéité s'inscrit dans une « zone grise ». La limite supérieure est celle du *ius cogens* : il n'est pas nécessaire qu'une prétention contraire à ce corps de règles suscite des protestations pour empêcher l'acquiescement<sup>3646</sup>. Une interdiction ou obligation qui n'est pas de cette nature<sup>3647</sup> peut par contre être atteinte par l'acquiescement : dans le droit des traités, l'État victime d'un dol ou d'une corruption ayant mené à la conclusion d'un traité peut acquiescer à la validité du traité<sup>3648</sup>. En deçà d'une contradiction frontale avec le droit international, des prétentions apparaissent parfois dans une « zone grise ». Elles ne sont alors pas ouvertement contraires au droit international, ou pas de manière évidente. Le flou de cette « zone grise » peut résulter d'une situation factuelle incertaine, et/ou d'une incertitude sur les obligations juridiques des parties, voire de l'état du droit international dans son entier. Ce cas de figure survient notamment lorsque le droit évolue rapidement, sous l'effet d'une nouvelle tendance de fond ou de l'apparition de changements sociétaux ou technologiques<sup>3649</sup>.

Nous pouvons encore identifier deux niveaux dans la gradation des liens entre l'émission d'une prétention et la légalité du droit qui y est affirmé. Un État peut demander à être reconnu comme tel, l'État requis est en droit de refuser ou d'accepter *discrétionnairement*. La reconnaissance peut également résulter d'autres actes (la conclusion d'un traité), elle est alors implicite et l'État qui l'a émise ne peut plus la retirer : il a acquiescé à la qualité d'État de son co-contractant. Dans cet exemple, la prétention peut être acceptée ou balayée : ni le refus, ni l'acceptation ne sont en contradiction

<sup>3645</sup> Qui pourrait donner lieu à l'invocation de la responsabilité internationale. Voy. : *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'Océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* ; *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 170, §§ 74-77.

<sup>3646</sup> Nous réservons les situations – exceptionnelles – d'acquiescement de la communauté internationale et de l'État lésé à la légalité d'une situation spécifique contraire au *ius cogens*. Voy. *supra*, 4.II.C.

<sup>3647</sup> Qu'il s'agisse d'une coutume, d'un principe général, ou d'une convention.

<sup>3648</sup> Voy., respectivement, art. 49, 50, et 45 CVDT. Schématiquement, la prétention est la validité du traité et par conséquent son exécution, recherchée par l'État violateur (auteur du dol ou de la corruption). L'État victime peut, une fois acquise la connaissance de la cause de nullité, soit protester (art. 65 CVDT), soit acquiescer par son comportement à la validité du traité (assainissement ; art. 45, lit. b CVDT).

<sup>3649</sup> Les « Grotian moments » : M. P. SCHARF, *Customary International Law in times of Fundamental Change*, Cambridge, CUP, 2013, 228 p.

avec le droit international. Par contre, l'acceptation via l'acquiescement crée une nouvelle situation juridique entre les parties que l'acquiesçant doit honorer. Le dernier niveau est celui d'une prétention qui est en adéquation avec le droit international : l'État émetteur ne fait que demander l'exécution d'une obligation internationale. L'État requis peut s'y opposer (protestation). Il ne s'agit cependant plus *stricto sensu* de l'émission d'une prétention, mais d'une demande d'exécution (l'acquiescement y est étranger).

À l'exception de ce dernier cas de figure, ce qui est crucial pour identifier une prétention c'est non seulement la légalité de son objet, mais aussi la *réaction* qu'elle provoque. Quand une protestation<sup>3650</sup> est émise et qu'elle fait apparaître la prétention comme illicite, les conditions sont propices à l'application d'un acquiescement. Ce n'est pas tant le caractère objectivement licite ou non qui importe que la prise de position de la protestation au sujet de la légalité de la prétention. La prétention consiste en un empiétement illicite *parce que l'État adverse le déclare tel*. C'est sur une base subjective que s'apprécie, dans un premier temps, l'existence d'une prétention « illicite » (ce sera ensuite au tribunal de trancher).

Ce tableau résume les différents degrés de la prétention et de son contenu licite ou non.

| Cas | La<br>prétention<br>est :                                                                                 | L'acquiescement<br>est : | La protestation<br>est : | Exemple                                                           |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------|--------------------------|-------------------------------------------------------------------|
| 1   | Contraire<br>au <i>ius cogens</i>                                                                         | Impossible               | Inutile                  | Prétendue<br>« annexion »<br>de la Crimée<br>par la Russie        |
| 2   | En<br>contradiction<br>avec le droit<br>international<br>général<br>(coutume,<br>convention,<br>principe) | Possible                 | Utile                    | Un État exploite<br>le plateau<br>continental<br>de l'État voisin |

<sup>3650</sup> Par une déclaration ou par des actes contraires accomplis sur le terrain.

|          |                               |                 |                                         |                                                                                                           |
|----------|-------------------------------|-----------------|-----------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>3</b> | Dans une zone grise juridique | Possible        | Utile                                   | Interprétation d'une convention bilatérale, émergence d'une coutume                                       |
| <b>4</b> | Dans une zone grise factuelle | Possible        | Utile                                   | Existence d'une baie historique ; emplacement d'une frontière                                             |
| <b>5</b> | Licite, mais pas exigible     | Possible        | Neutre ou inutile                       | Demande de reconnaissance de la qualité d'État                                                            |
| <b>6</b> | Licite et exigible            | Sans pertinence | Possible, mais en principe infructueuse | Demande d'exécution d'obligations découlant d'un traité ou du droit international général <sup>3651</sup> |

Les extrêmes sont éliminés : les cas n<sup>os</sup> 1 et 6 ne relèvent pas de l'acquiescement. Ce tableau est volontairement schématique<sup>3652</sup> et assujetti à notre propos qui est d'examiner la place de la prétention dans les stades initiaux de l'acquiescement. En filigrane, le

<sup>3651</sup> Si un État ne donne pas suite à une prétention formulée dans le cadre du cas n<sup>o</sup> 6, alors il émet lui-même une prétention entrant dans le cadre du cas n<sup>o</sup> 2. Soit : la « prétention » de A de faire exécuter le traité X par B. B proteste (cas n<sup>o</sup> 6). B prétend que le traité n'impose pas une obligation de paiement (cas n<sup>o</sup> 2). C'est alors à A de réagir, et il pourra éventuellement acquiescer au comportement de B (en particulier si B accomplit des actes supportant sa prétention, tel que la cessation de paiement).

<sup>3652</sup> Dans le cas n<sup>o</sup> 1 une protestation n'est jamais superflue sur le plan politique. Dans le cas n<sup>o</sup> 6, si un État proteste contre une prétention licite et exigible, la situation peut perdurer et l'État qui souhaitait faire valoir son droit peut le perdre s'il ne contre-proteste pas assez énergiquement. En cas d'action devant un tribunal, l'État ayant émis la prétention serait néanmoins en position de force car il dispose du droit *et* il a tenté, au moins une fois, de le mettre en œuvre.

tableau fait apparaître les différents types de sources concernées par l'acquiescement : la coutume relèverait principalement du cas n° 3 (acquiescement de l'ensemble des États face à une prétention). Les modifications et interprétations de traité par la voie de la pratique subséquente relèveraient des cas n°s 2 et 3.

a. *Les « zones grises » factuelles et juridiques*

Reprenons les situations n°s 3 et 4 pour les affiner (ces cas peuvent se juxtaposer). Une zone grise juridique survient en cas d'incertitude sur l'existence ou le contenu d'une obligation juridique. La période d'émergence d'une coutume est propice à la matérialisation de cette situation : la prétention serait l'obligation de suivre *telle* coutume. L'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* s'impose : les Pays-Bas et le Danemark arguaient que l'Allemagne était tenue d'appliquer une méthode de délimitation en raison de sa nature coutumière (et accessoirement car elle y aurait acquiescé)<sup>3653</sup>. La proclamation Truman<sup>3654</sup>, sans avoir directement donné lieu à une affaire, s'inscrit dans une veine analogue : elle matérialise une prétention des États-Unis quant à l'état du droit international. Dans ce type de cas (n° 3), l'acquiescement est le vecteur de l'apparition<sup>3655</sup> d'une norme coutumière. Lors de son émission, le bien-fondé de la prétention est donc incertain, c'est en partie par la réaction des autres États qu'elle tend vers une illégalité (cas n° 2) ou la licéité (cas n° 5). En raison de l'incertitude planant sur l'interprétation du droit, la réaction de l'État destinataire de la prétention est cruciale : conjugué à des comportements, son silence sera aisément perçu comme un acquiescement.

Cette situation n° 3 peut aussi prendre racine dans un cadre conventionnel, et exclusivement bilatéral. L'interprétation des traités y est propice. Face à une situation nouvelle (dérèglement climatique, nouvelles normes environnementales) l'application d'un traité conclu des dizaines d'années auparavant peut s'avérer ardue. La prétention est constituée par l'interprétation d'un article du traité telle que prônée par une partie. La réaction de l'autre partie est utile car en cas d'inaction, un tribunal peut

<sup>3653</sup> *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 ; p. 41, §§ 69 et s.

<sup>3654</sup> CDI, 8<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/557, p. 137.

<sup>3655</sup> Voire de l'interprétation (inflexion) de la coutume.

retenir la pratique subséquente interprétative. L'acquiescement de l'État inactif est le vecteur de cette pratique (art. 31, § 3, lit. b CVDT). Si la prétention fait l'objet d'une protestation ferme et qu'un tribunal est saisi, cette pratique n'a pas lieu d'être. Le tribunal pourra plutôt se reposer sur l'interprétation évolutive (art. 31, § 3, lit. c CVDT), ou il devra se plonger dans une interprétation textuelle (art. 31, § 1 CVDT ; but et objet, intention des parties telle qu'objectivée dans le texte).

La situation n° 4 consacre l'incertitude du contexte factuel. Le contenu des obligations juridiques n'est pas l'objet de la prétention, mais les faits qui en provoquent l'application. Un État peut prétendre exclure son adversaire d'un espace maritime car celui-ci consiste en une baie historique<sup>3656</sup>. La prétention ne porte pas sur le droit mais son application (satisfaction des conditions de la baie historique). L'autre État doit protester par les canaux diplomatiques usuels et en naviguant délibérément dans l'espace contesté (actes sur le terrain) afin d'éviter un acquiescement.

La situation n° 4 a trouvé une illustration dans l'arrêt relatif à la *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos*<sup>3657</sup> de 2018. Suite à une série de différends territoriaux entre le Nicaragua et le Costa Rica, la question de l'emplacement précis de la frontière entre les deux États se posait. La Cour avait déjà tranché des différends, mais les parties étaient dans l'incertitude quant à savoir si la bande de terre d'Isla Portillos était concernée par les arrêts invoqués<sup>3658</sup>. Au terme d'un examen d'un arrêt de 2015<sup>3659</sup>, la CIJ déclare :

« Ces extraits indiquent que la Cour ne s'est pas prononcée, dans son arrêt de 2015, sur la souveraineté à l'égard de la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos. Ce point a en effet été expressément exclu, ce qui signifie que la question de la souveraineté sur cette partie du littoral ne peut être chose jugée. Ainsi, la Cour ne saurait déclarer irrecevable la demande du Nicaragua concernant la souveraineté sur ce segment de la côte d'Isla Portillos »<sup>3660</sup>.

<sup>3656</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 255, § 105.

<sup>3657</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 162-170.

<sup>3658</sup> *Ibid.*, pp. 162-166.

<sup>3659</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, 16 décembre 2015, CIJ, *Rec. 2015*, p. 665.

<sup>3660</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 167, § 69.

Chacune des parties pouvait donc *légitimement* considérer que « la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos » lui revenait. Il existait bel et bien une « zone grise » factuelle, l'arrêt de 2015 laissait la question dans le flou (la frontière existe, mais son emplacement reste à déterminer)<sup>3661</sup>.

C'est d'ailleurs le choix du Nicaragua de stationner quelques soldats à proximité d'Isla Portillos qui mit le feu aux poudres. Ce stationnement constitue la *prétention*, l'objet de la prétention est l'affirmation de la souveraineté sur l'étroite bande de terre<sup>3662</sup>. Le campement militaire fut installé en août 2016<sup>3663</sup>, le Costa Rica introduit une instance contre le Nicaragua le 16 janvier 2017<sup>3664</sup>. C'est au plus tard avec l'introduction de l'instance que le Costa Rica *proteste* définitivement contre la *prétention* du Nicaragua. L'acquiescement est donc interrompu dans ses tout premiers stades, l'interaction initiale (émission de la prétention ; réaction à celle-ci) débouche sur la fin immédiate de l'acquiescement et sur la cristallisation du différend. Par hypothèse, si le Costa Rica était resté silencieux ou avait protesté mollement, la situation aurait pu se prolonger des dizaines d'années avant d'être soumise à la Cour, et ce avec le risque d'un verdict défavorable pour le Costa Rica<sup>3665</sup>.

Quand la prétention à la base d'un potentiel acquiescement est « prise au vol » comme dans cette affaire ou celle du *Plateau continental de la mer Égée*<sup>3666</sup>, elle peut constituer la violation d'une obligation internationale. Ce parti pris a été pleinement adopté par le Costa Rica dans *Isla Portillos* :

« Dans sa requête, le Costa Rica affirme aussi que “l'établissement et le maintien, par le Nicaragua, d'un nouveau campement militaire sur la plage d'Isla Portillos emportent violation de [sa] souveraineté et de [son] intégrité territoriale” [...] Le Costa Rica prie la Cour de déclarer que “le Nicaragua doit retirer son campement militaire” »<sup>3667</sup>.

<sup>3661</sup> *Ibid.*, p. 167, § 70.

<sup>3662</sup> Voy. *ibid.* en p. 169 de l'arrêt pour une carte.

<sup>3663</sup> *Ibid.*, p. 170, § 74

<sup>3664</sup> *Ibid.*, p. 149, § 22. La question d'Isla Portillos fut jointe à celle de la délimitation maritime.

<sup>3665</sup> Le campement était installé en territoire costaricien : *ibid.*, p. 170, § 77.

<sup>3666</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, Compétence, CIJ, *Rec.* 1978, pp. 8-11. Cf. p. 8, § 16.

<sup>3667</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua) et Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec.* 2018, p. 170, § 74. Citation tronquée. Les crochets figurent dans l'original.

La prétention du Nicaragua sur *Isla Portillos* s'inscrivait dans une « zone grise » : c'est-à-dire que l'arrêt de 2015 de la Cour n'avait pas établi clairement la souveraineté respective des deux États <sup>3668</sup>. Il existait une incertitude légitime sur le tracé exact de la frontière.

Après avoir établi le tracé définitif de la frontière, la Cour constate que le campement était situé en territoire costaricien (« Cette installation emportait donc violation de la souveraineté territoriale du Costa Rica ») <sup>3669</sup>. La responsabilité du Nicaragua est ainsi engagée pour l'installation du campement. La Cour tient cependant compte de l'existence de l'incertitude planant sur la frontière pour fixer les réparations ; le constat d'une violation conjugée au retrait des militaires est considérée comme suffisante <sup>3670</sup>.

De l'aveu même de la Cour, ce genre de conclusion n'est pas isolée <sup>3671</sup>. D'autres affaires relatives à la souveraineté territoriale illustrent la même retenue à ordonner autre chose qu'un retrait des forces et le constat d'une violation. Selon nous, cette retenue est à mettre sur le compte de l'existence d'une « zone grise » quant à la souveraineté. Depuis la prétention, pendant toute la durée de l'acquiescement, et jusqu'au prononcé du jugement, les deux parties peuvent parfaitement être convaincues du bien-fondé de leur droit et/ou tout simplement ignorer de bonne foi l'illégalité de leur comportement <sup>3672</sup>. Le propre d'un acquiescement couronné de succès étant précisément de consacrer un empiétement illicite ou contestable à son origine. L'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* démontre la grande portée de cette « zone grise ». Devant des faits et comportements autrement plus graves <sup>3673</sup> commis par le Nigéria, la Cour fait preuve de réticence et se contente de déclarer :

« Dans les circonstances de l'espèce, la Cour estime de plus que, du fait même du présent arrêt et de l'évacuation du territoire camerounais occupé par le Nigéria, le préjudice subi par le Cameroun en raison de

<sup>3668</sup> *Ibid.*, p. 179, § 77.

<sup>3669</sup> *Ibid.*, p. 170, § 77.

<sup>3670</sup> *Ibid.*, p. 170, § 78. Le Costa Rica ne demandait pas d'autres réparations dans ses conclusions (*ibid.*, pp. 156-157, §§ 42-43).

<sup>3671</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 451, § 313.

<sup>3672</sup> Une analogie d'histoire du droit se dessine : une guerre pouvait être *juste* des deux côtés.

<sup>3673</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 450, § 310 ; p. 453, § 323.



l'occupation de son territoire aura en tout état de cause été suffisamment pris en compte. La Cour ne recherchera donc pas si et dans quelle mesure la responsabilité du Nigéria est engagée À l'égard du Cameroun du fait de cette occupation »<sup>3674</sup>.

La conséquence d'une « zone grise » est que les deux États pouvaient légitimement avoir des doutes sur l'emplacement exact de la frontière. Il était donc justifié – ou moins répréhensible – d'accomplir des actes sur le territoire litigieux afin de démontrer sa conviction d'en être le souverain. Les actes accomplis sont simultanément une forme de protestation contre les actes de l'État adverse<sup>3675</sup>. La « zone grise » suspend l'application stricte des conséquences de la responsabilité internationale.

b. « Zone grise » et mitigation de la responsabilité internationale

Ces développements appellent un questionnement sur le lien entre l'existence d'une « zone grise » et les circonstances excluant l'illicéité. L'« erreur » ne fait pas partie des causes excluant l'illicéité dans le texte d'articles de 2001 sur la responsabilité internationale<sup>3676</sup>. C'est pourtant ce que plaident les États qui effectuent des actes de souveraineté sur un territoire étranger pendant la durée de l'acquiescement. Ainsi, le Nigéria argumentait que :

« Même si la Cour estimait que ces zones relevaient de la souveraineté du Cameroun, la présence nigériane y était-elle la conséquence d'une "erreur raisonnable" et d'une "croyance sincère". De ce fait le Nigéria ne pourrait être tenu pour internationalement responsable d'un comportement qu'il avait tout lieu, au moment où il l'avait adopté, d'estimer licite »<sup>3677</sup>.

La Cour ne se prononce pas sur cette argumentation, mais le dispositif consacre bel et bien ce résultat<sup>3678</sup>. Le commentaire du texte de 2001 est pourtant clair : les causes excluant l'illicéité sont limitatives et exhaustives<sup>3679</sup>.

Comment expliquer que les prétentions se situant dans une « zone grise » soient jugées moins sévèrement sous l'angle de la responsabilité internationale ? Trois pistes sont possibles. L'article 39

<sup>3674</sup> *Ibid.*, p. 452, § 319.

<sup>3675</sup> Voy. *ibid.*, p. 451, § 311.

<sup>3676</sup> Cf. art. 20 à 26 TCDI.

<sup>3677</sup> Voy. : *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 451, § 311.

<sup>3678</sup> *Ibid.*, pp. 457-458, pts V.A, B., et D. du dispositif.

<sup>3679</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, pp. 179-180, § 1 ; p. 183, § 9.

TCDI sanctionne la « contribution au préjudice »<sup>3680</sup> de l'État lésé. Cette contribution résulterait de la faiblesse de la souveraineté camerounaise sur son propre territoire, ou encore de l'absence d'une frontière bien déterminée. Les critères de l'article 39 sont toutefois stricts, la négligence qui conduit à la contribution au préjudice doit être importante<sup>3681</sup>.

En deuxième ligne, l'article 55<sup>3682</sup> TCDI réserve l'existence de règles particulières qui influenceraient la responsabilité internationale (*lex specialis*). Appliqué en conjonction avec l'article 2, § 4 CNU, il indiquerait que la violation de la souveraineté territoriale n'est pas jugée sévèrement si l'État responsable disposait de motifs raisonnables de croire que le territoire lui appartenait. Ces motifs raisonnables devraient s'apprécier sur une base objective, c'est-à-dire que la prétention à la souveraineté doit être justifiée par les circonstances, que le doute quant à la propriété du territoire est légitime<sup>3683</sup>.

En dernière ligne, la clémence des tribunaux lors de l'évaluation de la responsabilité pourrait être une *conséquence* de l'acquiescement. Peu importe à cet égard que l'acquiescement soit validé ou non : le simple fait que, pendant son déroulement, il existait une incertitude sur la limite des obligations respectives des parties justifierait une tolérance de la part des tribunaux au moment de statuer sur les réparations. Cette hypothèse s'inscrirait dans une « *lex specialis* » : l'application potentielle de l'acquiescement influence la responsabilité internationale. En matière de délimitation maritime, les îles ont un demi-effet sur la limite finale<sup>3684</sup> ;

---

<sup>3680</sup> « 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 » (*ibid.*, p. 296).

<sup>3681</sup> *Ibid.*, pp. 296-298, §§ 1 et 5.

<sup>3682</sup> *Ibid.*, p. 383 : « Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régies par des règles spéciales de droit international ». Dans le domaine territorial, voy. aussi *infra*, Ch.5.V.B.2.b.ii.

<sup>3683</sup> Nous frisons la tautologie dans ces dernières lignes : la rédaction suggère que la « zone grise » se justifie en, et par, elle-même. Une fois son existence constatée, il suffirait de l'insérer dans le droit de fond concerné par l'acquiescement (différend territorial, maritime, incertitude interprétative dans un traité, limite de la compétence d'un organe d'une OI, etc.) pour moduler l'application de la responsabilité internationale. Cela reviendrait à ériger la « zone grise » en un concept autonome et à tenir compte de « l'erreur sincère » d'un État au stade des réparations.

<sup>3684</sup> V. MAROTTA RANGEL, « Le plateau continental dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer », *RCADI*, vol. 194, 1985-V, p. 382.

l'acquiescement – même insatisfait – posséderait un « demi-effet » sur la responsabilité internationale. La violation est reconnue, mais ce simple constat suffit en termes de réparation. Ces réflexions confinent au droit naturel.

Pour quelles raisons l'acquiescement insatisfait mettrait-il les réparations en sourdine ? La réponse se justifie en se replaçant dans la chronologie d'une affaire et en adoptant le point de vue des parties *pendant* l'acquiescement. Schématiquement, l'acquiescement peut aboutir ou être rejeté, les deux parties sont légitimées à croire en leur chance de succès. Les actes accomplis pendant l'acquiescement sont donc potentiellement licites, ce n'est qu'au jour du jugement que la licéité ou non des actes entrepris est établie. Que l'acquiescement soit établi ou non, c'est la « nouvelle » situation juridique telle qu'elle découle du jugement qui doit être mise en œuvre (souveraineté de l'État A ou de l'État B sur le territoire). À ce titre, le constat d'une responsabilité (violation de la souveraineté, retrait des forces armées) n'est que la résultante de la situation juridique consacrée par l'arrêt. Le tribunal ne demande donc pas le remboursement des actes accomplis pendant la « zone grise », mais statue pour l'avenir. Les actes accomplis au titre de comportement d'acquiescement durant la « zone grise » sont immunisés contre la responsabilité<sup>3685</sup>.

Cette approche quelque peu jusnaturaliste est reflétée dans l'opinion d'un arbitre dans l'affaire des *Pensions de l'UNESCO*. Cet arbitrage relève du cas n° 3 (« zone grise » juridique), l'enjeu en était l'interprétation de l'accord de 1954 entre la France et l'organisation. Paris soutenait que les pensions des anciens fonctionnaires étaient assujetties à l'impôt et l'UNESCO arguait que l'accord niait cette possibilité. Comme souvent lorsqu'une OI est impliquée dans un contentieux, la pratique subséquente constituait la forme de l'acquiescement<sup>3686</sup>, et elle ne fut pas retenue<sup>3687</sup>. Les pensions étaient pleinement susceptibles d'imposition par la France.

<sup>3685</sup> Nous ne pouvons pas nous empêcher de comparer cette situation à celle existant en droit des traités, et plus particulièrement au sujet des actes accomplis en vertu d'un traité nul. Art. 69, § 2 CVDT : « [S]i des actes ont néanmoins été accomplis sur la base d'un tel traité : a) Toute partie peut demander à toute autre partie d'établir pour autant que possible dans leurs relations mutuelles la situation qui aurait existé si ces actes n'avaient pas été accomplis ; b) Les actes accomplis de bonne foi avant que la nullité ait été invoquée ne sont pas rendus illicites du seul fait de la nullité du traité ». Dans *Préah Vihéar*, il fut ordonné à la Thaïlande de restituer les objets pris au Temple. La CLJ s'abstient de déclarer cette appropriation comme illicite. Voy. : *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CLJ, *Rec.* 1962, p. 36.

<sup>3686</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.I.B.

<sup>3687</sup> *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. 260, § 77.

Une fois parvenu à cette conclusion, la question suivante était le sort des pensions déjà versées : les fonctionnaires devaient-ils payer un impôt sur celles-ci ? Le tribunal ne répond pas car cette demande excède le cadre des attributions qui lui ont été confiées<sup>3688</sup>. En appliquant la « zone grise », les pensions ne devraient pas être taxées rétroactivement, seules les pensions versées à partir de l'arrêt devraient l'être. Aussi longtemps que l'interprétation de l'accord de 1954 n'avait pas été arrêtée, l'UNESCO pouvait légitimement partir du principe que les pensions étaient exonérées. Dans son opinion individuelle, Valticos adopte ce point de vue et exprime le souhait que :

« [L]es Parties se concertent pour en tirer les conséquences appropriées [de la conclusion juridique du tribunal], ce qui pourrait raisonnablement, légitimement même, consister – en vue de réparer les retards et les malentendus survenus, autant que les attentes déçues, et plus généralement de panser les plaies supportées – en une ou diverses formules visant à accorder certaines dispenses aux fonctionnaires retraités qui ont manifestement souffert de l'état d'expectative optimiste puis d'espérances perdues dans lequel ils se sont trouvés du fait des délais parfois considérables survenus dans l'intervention des services fiscaux qui, compte même tenu du système fiscal français, n'en ont pas moins comporté à certains égards un élément de faute peu contestable »<sup>3689</sup>.

Malgré son échec, l'acquiescement affecterait la question des réparations. L'opinion de Valticos nous renvoie d'ailleurs à la faute ou négligence de la France au moment d'établir les dommages (art. 39 TCDI)<sup>3690</sup>.

#### 4. *L'identification d'une prétention*

Revenons maintenant aux autres situations où la prétention s'inscrit dans un contexte entouré d'incertitudes. L'évolution des normes coutumières générales font apparaître ce type de cas (n° 3 du tableau). L'acquiescement sert alors de vecteur à l'acceptation « comme étant de droit » de la pratique (élément subjectif ou *opinio iuris*)<sup>3691</sup>.

<sup>3688</sup> *Ibid.*, p. 264, § 92.

<sup>3689</sup> *Ibid.*, p. 266.

<sup>3690</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, p. 291, § 1 : « L'article 39 concerne les situations où le préjudice a été causé par le fait internationalement illicite d'un État qui, de ce fait, est responsable du dommage conformément aux articles 1 et 28, mais où l'État lésé ou la personne victime de la violation a contribué matériellement aux dommages par sa négligence ou par une action ou omission délibérée ».

<sup>3691</sup> A. HÉCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 49-51.

La proclamation Truman de 1945<sup>3692</sup> est probablement le cas le plus emblématique d'émergence rapide d'une nouvelle norme coutumière. Les États-Unis y affirmaient « [l]eur juridiction et leur contrôle sur les fonds marins adjacents à leur plateau continental »<sup>3693</sup>. Cette déclaration consiste donc en une *prétention* qui a été le point de départ d'une coutume<sup>3694</sup>. La réaction des autres États fut discrète, et globalement approuvative, il n'y eut pas d'opposition franche (absence de *protestations*), la coutume fut ultérieurement codifiée<sup>3695</sup>.

Comme pressenti, le terrain de jeu favori de l'acquiescement est cette « zone grise » juridique ou factuelle (cas n<sup>os</sup> 3 et 4). C'est dans ces circonstances d'incertitudes quant au champ d'action respectif de chaque partie que leurs comportements (action et omission) prennent le plus de poids. Lors de l'émergence d'une nouvelle coutume, la charge de réagir (objection persistante) est un corollaire de l'existence d'une « zone grise ». Les États se doivent d'être attentifs lorsque de nouveaux domaines du droit s'ouvrent. Le point délicat est de pouvoir reconnaître de manière objective et dès son début l'existence d'une telle « zone grise », alors que ce n'est souvent qu'*a posteriori* que les premiers jalons sont identifiés :

« Il convient de rappeler tout d'abord l'acte, généralement connu sous le nom de proclamation Truman, que le Gouvernement des États-Unis a publié le 28 septembre 1945. Bien que cet acte n'ait été ni le premier ni le seul, il a, selon la Cour, une importance particulière. Auparavant, des juristes, des publicistes et des techniciens avaient avancé diverses théories sur la nature et l'étendue des droits existant à l'égard du plateau continental ou pouvant être exercés sur lui. La proclamation Truman devait cependant être bientôt considérée comme le point de départ dans l'élaboration du droit positif en ce domaine et la doctrine principale qu'elle énonçait [...] »<sup>3696</sup>.

Cette difficulté dans l'identification de la « prétention originale » est propre à la coutume internationale et universelle.

Elle est moins grande ou disparaît quand l'acquiescement se joue sur un plan restreint : le ou les États concernés sont généralement en position de se rendre compte de l'existence d'une « zone

<sup>3692</sup> CDI, 8<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/557, pp. 137-138.

<sup>3693</sup> *Ibid.*, p. 137, § 130.

<sup>3694</sup> *Ibid.*, p. 138, § 134.

<sup>3695</sup> *Ibid.*, pp. 137-138, §§ 131-133.

<sup>3696</sup> *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, pp. 32-33, § 47.

grise », d'un empiètement sur ce qu'ils considèrent être leur droit et sont conscients de l'importance de leur réaction. Dans l'arrêt des *Pêcheries norvégiennes* (qui est parfois cité comme un exemple de coutume régionale), la Cour tirait parti de la position privilégiée et de l'intérêt du Royaume-Uni en matière de pêche hauturière afin de lui faire supporter les conséquences de son silence :

« [É]tat riverain de la mer du Nord, hautement intéressé aux pêcheries de ces régions, Puissance maritime traditionnellement attentive au droit de la mer et particulièrement attachée à la défense de la liberté des mers, le Royaume-Uni n'a pu ignorer le décret de 1869 qui avait aussitôt provoqué une demande d'explications du Gouvernement français. Il n'a pu davantage, le connaissant, se méprendre sur la portée de ses termes qui le décrivaient clairement comme l'application d'un système »<sup>3697</sup>.

Plus loin la Cour souligne encore « l'intérêt propre »<sup>3698</sup> du Royaume-Uni dans ces questions. Cette citation souligne l'élan vers l'objectivisme afin d'identifier une « zone grise ». Ce sont à la fois les circonstances particulières (la position du Royaume-Uni dans la mer du Nord) et la réaction contemporaine de la France qui permettent à la Cour de s'assurer de la connaissance et de la négligence du Royaume-Uni.

Comment l'identification d'une prétention peut-elle rester objective s'il est fait référence à la position du Royaume-Uni ? Selon nous, la Cour ne se réfère pas directement au Royaume-Uni, mais à n'importe quel État qui remplirait les mêmes caractéristiques et qui serait placé dans les mêmes circonstances. En ce sens, l'examen reste objectif (un État qui serait présent en mer du Nord, soucieux de la pêche). Cette première comparaison est *virtuelle* ou *hypothétique*, elle suffit déjà à s'assurer de la connaissance présumée de la prétention par le Royaume-Uni. Une seconde comparaison *réelle* est aussi effectuée dans l'arrêt : à la même période, la France a pris des dispositions pour éclaircir la situation juridique (zone grise) découlant des décrets norvégiens. Le Royaume-Uni, plus près géographiquement et plus intéressé à la question, ne pouvait pas ignorer les implications des actions norvégiennes. Cette seconde comparaison démontre également la connaissance *présumée* du Royaume-Uni<sup>3699</sup>.

<sup>3697</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 139.

<sup>3698</sup> *Ibid.*

<sup>3699</sup> Au-delà des termes employés par l'arrêt, qui n'indiquent pas la découverte d'une connaissance réelle chez le Royaume-Uni, nous réservons la connaissance réelle à d'autres situations. Une *notification* ou un acte analogue est certain de déclencher une telle connaissance (par

### 5. *La prétention : un acte juridique unilatéral ?*

Nous ajouterons encore quelques exemples à notre moisson avant d'analyser plus strictement la prétention. Nous avons précédemment affirmé que les prétentions sont analogues sur certains points aux actes unilatéraux, elles ne peuvent cependant pas créer d'obligation juridique à charge des tiers. Dans son 8<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux, la CDI fournit un exemple qui nous permet de revenir sur cette distinction. La Suisse, par la voix de ses fonctionnaires cantonaux et fédéraux, et à des occasions répétées <sup>3700</sup>, a déclaré que « [l]es Nations Unies [seraient] au bénéfice des mêmes exonérations et des mêmes privilèges que ceux qui ont été accordés précédemment à d'autres institutions internationales [...] » <sup>3701</sup>. Il s'agit d'une *promesse* – acte unilatéral par excellence – faite à une OI par un État. La promesse ne nécessite pas d'acceptation pour être parfaite (la satisfaction de ses conditions d'existence suffit).

À l'inverse, une prétention est « l'acte » par lequel un État cherche à faire peser une obligation juridique sur un autre État ou à s'arroger un droit aux dépens d'un État adverse. La prétention n'atteint sa perfection que si elle est pleinement acceptée par son débiteur <sup>3702</sup>, ses effets sont donc *différés*. Cette acceptation peut prendre les formes les plus diverses : le spectre va de la déclaration écrite et explicite au silence prolongé en passant par le comportement. L'acquiescement ne rassemble en son sein qu'une fraction des nombreuses formes d'acceptation de la prétention. Alors que la promesse – et, plus largement, les actes unilatéraux – est valable en elle-même dès sa formulation, la prétention est dénuée de validité *a priori*.

Le régime octroyé par la Suisse en faveur des OI met en valeur un point commun entre prétention et promesse. Les deux « actes » peuvent s'affiner dans le temps et leur contenu s'infléchir. Ainsi, le régime d'exonération octroyée par la Suisse découle de l'examen global des trois déclarations échelonnées entre 1946 et 1955. Leur

---

ex. les communications adressées aux États contractants par le dépositaire d'un traité : art. 77 CVDI).

<sup>3700</sup> CDI, 8<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/557, p. 138, §§ 139-142.

<sup>3701</sup> *Ibid.*, p. 139, § 147.

<sup>3702</sup> *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, *op. cit.*, p. 398.

effet combiné est d'initier (1946-I) et d'élargir (1946-II et 1955) le régime applicable aux OI présentes sur le territoire suisse<sup>3703</sup>. Bien que chaque déclaration puisse être considérée sur une base autonome c'est leur effet d'ensemble qui est retenu pour établir les obligations assumées par la Suisse.

Le commentaire note encore :

« Nous nous trouverions donc, comme dans le cas des déclarations françaises concernant les affaires Essais nucléaires, *en présence de plusieurs actes ou déclarations composant un acte unilatéral unique, même si leur forme n'était pas identique* [...] »<sup>3704</sup>.

Le régime suisse d'exonération des OI a évolué au fil des déclarations et s'est élargi<sup>3705</sup>. Les prétentions obéissent à une logique analogue ; chacune peut être examinée individuellement. Cependant, lorsqu'elles sont échelonnées dans le temps et énoncées dans un domaine unique, elles se combinent entre elles. La prétention initiale détermine le domaine général d'action, domaine que les prétentions élargissent<sup>3706</sup>, précisent, restreignent.

Prétention et promesse ne sont pas perméables, un État peut par une seule déclaration produire les deux actes. Émettre un tel acte à double valeur est toutefois risqué : la promesse sera immédiatement valable et « exigible » alors que le destin de la prétention dépend des aléas des réactions des États adverses. Par une déclaration émise le 27 avril 1992, la République fédérale de Yougoslavie<sup>3707</sup> prétendait continuer la personnalité juridique internationale de la Yougoslavie<sup>3708</sup> :

« 1. La République fédérale de Yougoslavie, assurant la continuité de l'État et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie [prétention], respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international [promesse] »<sup>3709</sup>.

<sup>3703</sup> CDI, 8<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/557, pp. 138-139, §§ 138-152.

<sup>3704</sup> *Ibid.*, p. 139, § 151.

<sup>3705</sup> *Ibid.*, p. 139, § 152.

<sup>3706</sup> *Ibid.* : « [U]n régime toujours plus favorable est accordé à l'Organisation des Nations Unies et à ses fonctionnaires ».

<sup>3707</sup> Composée de la Serbie et du Monténégro jusqu'au départ de ce dernier.

<sup>3708</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 242, § 53.

<sup>3709</sup> Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), arrêt, 26 février 2007, CIJ, *Rec. 2007*, p. 80, § 89.



Sans entrer dans les détails entre la qualité d'État successeur ou prédécesseur en cas de succession d'États, la prétention de la République fédérale de Yougoslavie ne fut finalement pas accueillie par la communauté internationale<sup>3710</sup>. Que faire de la déclaration mêlant promesse et prétention ? Cette déclaration est, semble-t-il, « divisible »<sup>3711</sup> : la partie « promesse » lie la RFSY indépendamment du sort de la prétention.

*Ex abundante cautela*<sup>3712</sup>, cette manière de voir ressort de l'arrêt de la CIJ dans une des affaires du *Génocide (Bosnie Herzégovine c. Serbie)*. Confrontée à la problématique de la succession de la RFSY aux traités de son prédécesseur, la CIJ choisit de s'appuyer sur cette promesse afin de pouvoir appliquer la *Convention contre la prévention et la répression du génocide*. La déclaration du 27 avril 1992 précitée est réduite à sa partie portant sur la « succession » aux traités :

« L'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a été *confirmée* dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies. La Cour observe en outre *qu'il n'a pas été contesté* que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide »<sup>3713</sup>.

<sup>3710</sup> Voy. les rés. 757 (1992) du CS du 30 mai 1992 et 777 (1992) du CS du 19 septembre 1992. Voy. aussi : *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 février 2007, CIJ, Rec. 2007, pp. 80-81, §§ 90-94.

<sup>3711</sup> Par analogie à l'article 44 CVDT. Dans ses principes directeurs de 2011 applicables aux déclarations unilatérales, la CDI n'aborde pas la question de la divisibilité. Les principes se focalisent sur les déclarations qui *engagent* l'État. Le principe n° 10 est le plus pertinent, il donne les conditions de rétractation d'une déclaration (*Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 399). La possibilité de forger des déclarations résolutoires ou conditionnelles n'est pas directement évoquée, tout au plus les principes insistent abondamment sur la prise en compte des circonstances afin de déterminer le contenu et les effets d'une déclaration. Ce renvoi général aux circonstances et, dans le meilleur des cas, au texte de la déclaration, devrait suffire pour que les États puissent retirer leurs déclarations lors de la disparition d'une cause essentielle ayant motivé l'adoption de la déclaration.

<sup>3712</sup> La succession automatique aux traités (en général, ou aux traités de droits humains) aurait pu justifier de considérer la Serbie comme partie à la Convention contre le génocide. Le statut coutumier de la succession automatique était toutefois disputé. Sur cette question, voy. : V. MIKULKA, « Article 34 », in G. DISTEFANO, G. GAGGIOLI et A. HÊCHE (dir.), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, op. cit., pp. 1153-1207 et la bibliographie citée ; M. BELKAHLA, « La succession d'États en matière de traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme », *ibid.*, pp. 1661-1702.

<sup>3713</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, 11 juillet 1996, CIJ, Rec. 1996, p. 610, § 17, nos italiques.

Ce résultat a aussi été rendu possible par le comportement de la Yougoslavie durant l'instance ; elle choisit de ne pas contester cette utilisation de la déclaration de 1992 malgré l'échec de sa tentative d'obtenir le statut d'État continuateur.

## 6. *Les formes de la prétention*

Les formes prises par les prétentions sont multiples. Les discours officiels peuvent contenir une prétention, c'est par exemple le cas d'une allocution du ministre marocain des Affaires étrangères en 1978 par laquelle il a

« [r]éaffirmé la position de son pays au sujet des présides espagnols de Ceuta et Melilla, et déclaré que le Maroc n'aurait pas totalement recouvré son intégrité territoriale tant qu'il n'aurait pas rétabli sa souveraineté sur ces enclaves »<sup>3714</sup>.

Ce genre de prétention, explicite tant par le fond (son objet) que par la forme (déclaration officielle d'un membre de la « troïka »)<sup>3715</sup>, est susceptible de déclencher une protestation immédiate. L'acquiescement est donc peu probable au vu de la cristallisation rapide du différend. L'allocution du ministre a suscité plusieurs réactions énergiques et promptes du côté espagnol, la prétention a été rejetée<sup>3716</sup>.

Dans cette multiplicité des formes de la prétention, la revendication peut résulter *implicitement* d'un autre document. La fameuse carte dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear* a eu cet effet : ce qui n'était au départ qu'une *erreur* de démarcation s'est transformé en prétention en raison du comportement de la Thaïlande<sup>3717</sup>. Adressée suffisamment tôt, l'erreur n'aurait pas pu être opposée à la Thaïlande. Le caractère reconnaissable et évitable de l'erreur joue aussi contre l'État ; au vu des circonstances et des travaux de la commission mixte, la Thaïlande était pleinement en mesure de se rendre compte du mauvais résultat final<sup>3718</sup>. Du côté de la France et, ensuite, du Cambodge, la prétention n'apparaît pas de manière

<sup>3714</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 137.

<sup>3715</sup> Cf. art. 7 CVDT.

<sup>3716</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 137.

<sup>3717</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 23.

<sup>3718</sup> *Ibid.*, pp. 23-25.

évidente : il s'agit pour ces deux États d'établir leur souveraineté sur le territoire tel qu'il résulte de la démarcation fixée dans la carte. Ce qui n'est qu'une simple application du résultat cartographique *devient* une prétention lorsque la Thaïlande ne respecte pas le tracé et ne le conteste pas en temps utile <sup>3719</sup>. Avec cet exemple, nous pouvons constater que l'émergence d'une prétention – particulièrement par la voie implicite – n'est parfois constatée qu'*a posteriori*, par le résultat d'une confrontation avec une protestation.

#### 7. *Les émissaires de la prétention*

Dans une section précédente <sup>3720</sup>, nous avons énuméré les *acteurs* de l'acquiescement (États et OI, accessoirement les individus). La diversité des acteurs se retrouve pour l'émission d'une prétention. C'est-à-dire que, exceptionnellement, les individus peuvent contribuer à l'émission d'une prétention ou en être les porteurs à titre principal. Dans *Nottebohm*, un particulier ayant fraîchement obtenu la nationalité du Liechtenstein <sup>3721</sup> l'opposa à plusieurs reprises aux autorités du Guatemala :

« Il a été invoqué que, le 1<sup>er</sup> décembre 1939, le consul général du Guatemala à Zürich a revêtu d'un visa de retour au Guatemala le passeport liechtensteinois de Nottebohm ; que, le 29 janvier 1940, Nottebohm, s'adressant au ministère des Relations extérieures du Guatemala, a déclaré avoir adopté la nationalité liechtensteinoise et a demandé que son inscription sur le Registre des étrangers fût modifiée en conséquence, ce qui lui fut accordé le 31 janvier ; que, le 9 février 1940, sa pièce d'identité fût modifiée dans le même sens, enfin qu'un certificat correspondant lui fût délivré le 1<sup>er</sup> juillet 1940 par le Registre civil du Guatemala » <sup>3722</sup>.

Toutefois, la CIJ rejeta assez curieusement la possibilité que ces actes puissent être perçus comme autant de prétentions à la validité de la naturalisation et, partant, à la possibilité pour le Liechtenstein d'exercer la protection diplomatique en faveur de son « ressortissant » <sup>3723</sup>.

<sup>3719</sup> Voy. *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 28.

<sup>3720</sup> Ch. 5.I – « Les auteurs de l'acquiescement » (lit. C.3 pour les personnes physiques).

<sup>3721</sup> *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, pp. 13-16.

<sup>3722</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>3723</sup> *Ibid.*, p. 18 : « Tous ces actes se réfèrent à la police des étrangers au Guatemala et non à l'exercice de la protection diplomatique. Quand Nottebohm se présente ainsi devant les autorités guatémaltèques, celles-ci ont devant elles une personne privée : il ne s'établit pas

Dans le domaine de la protection diplomatique, la Cour considère que la prétention doit être portée par un État, et non l'individu, les multiples contacts entre l'administration guatémaltèque et Nottebohm ne sont pas pertinents à cet égard. Les rares contacts entre le Liechtenstein et le Guatemala ont résulté en un refus de la prétention<sup>3724</sup>. C'est au final les principes propres à chaque domaine juridique qui indiquent *si* et *comment* les prétentions peuvent être émises par des particuliers.

Finalement, l'État lésé peut contribuer à l'émergence de la prétention de l'État qui sera au bénéfice de l'acquiescement. Dans *Préah Vihéar*, cette situation résultait de la participation de la Thaïlande à la commission mixte et de son inertie après la réception de la carte<sup>3725</sup>. L'affaire de l'*Indemnité russe* illustre une situation analogue, les intérêts d'une dette due par la Turquie (Sublime Porte) avaient été frappés par une renonciation tacite. La répétition de la prétention *principale* par l'ambassadeur russe en Turquie (*i.e.* le paiement de la dette) avait fait disparaître la prétention connexe portant sur les intérêts (le montant de ceux-ci n'ayant pas été reproduits dans la correspondance durant de nombreuses années) :

« 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 maintes reprises dans sa propre correspondance diplomatique les chiffres du reliquat de l'indemnité comme identiques aux chiffres du reliquat en capital »<sup>3726</sup>.

Certains passages de la sentence laissent entendre que la Turquie n'avait pas conscience de sa propre prétention avant une date avancée après le début de l'acquiescement<sup>3727</sup>. Il semble que ce n'est qu'en 1902, lorsque la Russie revendique les intérêts après les avoir longtemps omis que la Turquie peut véritablement retourner la situation à son avantage.

---

par là une relation de Gouvernement à Gouvernement. Rien en tout cela ne fait apparaître que le Guatemala ait alors reconnu que la naturalisation accordée à Nottebohm donnât titre au Liechtenstein pour l'exercice de la protection ».

<sup>3724</sup> *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, pp. 19-20.

<sup>3725</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 17, pp. 23-25.

<sup>3726</sup> *Affaire de l'Indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446, nos italiques.

<sup>3727</sup> *Ibid.*, p. 438.

Les affaires du *Temple* et de l'*Indemnité russe* montrent les limites de l'ancrage de l'acquiescement dans une prétention formulée par l'État qui sera bénéficiaire de la nouvelle situation juridique. Tant la Thaïlande que la Russie ont activement contribué à faire naître la situation préjudiciable à leurs propres intérêts<sup>3728</sup>. L'acquiescement peut donc prendre racine (interaction initiale) dans le comportement (actes ou déclarations) de l'État qui sera lésé par son résultat (il sera alors perçu comme une *renonciation*). Comment expliquer ce retournement dans le fonctionnement de l'acquiescement mis en lumière jusqu'ici ? Selon nous il s'agit là d'une question d'aiguillage dans la concrétisation de l'acquiescement en tant qu'émanation de la bonne foi. L'acquiescement est un concept large dont les « attentes légitimes » font aussi partie. En tant qu'acquiescement « particulier », les attentes légitimes (*legitimate expectations*) se distinguent par leur point de départ. Elles peuvent ainsi prendre racine dans un comportement de l'État qui sera au final lésé par leur succès.

Le grand principe d'acquiescement peut donc prendre racine (interaction initiale) de deux manières différentes. Dans son versant d'acquiescement *stricto sensu*, une prétention exprimée par l'État bénéficiaire constitue le point de départ. Dans son versant d'attentes légitimes ou d'*estoppel*, ce sont les « représentations », ou la position exprimée par l'État lésé qui constituera la première étape<sup>3729</sup>. Ces versants respectifs sont les deux faces d'une même médaille. En plus de l'élément caractéristique du dommage et la fiction du consentement, l'*estoppel* prendrait racine dans le comportement de l'État qui doit le supporter au final, tandis que l'acquiescement s'appuie sur une *prétention*.

## 8. *Synthèse*

Les types d'actes qui servent à porter une prétention sont extrêmement divers. C'est d'autant plus vrai que l'existence d'une prétention est parfois reconnue *après coup*. Il n'existe donc pas un

<sup>3728</sup> La Russie en ne reproduisant pas, via son ambassadeur, le montant des intérêts ; la Thaïlande en commettant une erreur lors de sa participation à la commission mixte et en ne protestant pas contre la carte de l'Annexe n° I.

<sup>3729</sup> L'interaction initiale est alors composée par le binôme « prise de position de l'État lésé » + « absence de rétractation de l'État lésé » ou « prise de position de l'État lésé » + « répétition de la position par l'État lésé » ou « prise de position de l'État lésé » + « comportement de l'État bénéficiaire ».

acte archétypal qui constitue le support privilégié d'une prétention. Les États doivent par conséquent guetter avec attention les empiètements les plus divers, et ce quel qu'en soit le vecteur. En cas de déclaration explicite (écrit, oral) contenant une revendication claire, la prétention est immédiatement reconnaissable, mais ces cas sont rares pour l'acquiescement en ce sens qu'ils suscitent aisément une prompte protestation.

C'est d'ailleurs la protestation qui, *a posteriori*, peut contribuer à faire apparaître l'existence d'une prétention. Quand l'État lésé proteste, il peut le faire en termes clairs et ainsi délimiter l'objet de sa protestation et bloquer la revendication de son adversaire. Le trio prétention-comportement-protestation s'affine dans le temps, ce qui restait dans la pénombre de l'implicite en début d'acquiescement se mue en évidence au fil du temps.

Le terrain de jeu favori de l'acquiescement est la pénombre, la « zone grise » juridique ou factuelle qui existe en cas de situation incertaine entre deux États. Cette zone grise, entre le licite et l'illicite, justifie qu'il soit accordé une importance accrue aux comportements des États et à leurs réactions s'ils veulent éviter un acquiescement (« [...] *si loqui debuisset* »).

À travers ces quelques lignes, nous n'avons presque fait que repousser (et se reposer) sur la connaissance de la prétention, sa notoriété et la charge de réagir. La prétention et ses dérivés n'ont pour l'instant pas éclairci grand-chose. Ces incertitudes nous confortent toutefois dans certaines directions et choix opérés précédemment (à la limite d'une *self-fulfilling prophecy*)<sup>3730</sup>. L'acquiescement n'est pas volontaire, ce n'est pas un acte juridique, encore moins un acte unilatéral, mais un principe général à chaque fois dépendant d'un cas d'application. Les États ne sont parfois pas conscients de l'émergence ou du déroulement d'un acquiescement, et l'existence de la prétention n'apparaît qu'ensuite, quand les faits se sont suffisamment prolongés ou étoffés. Ce n'est véritablement qu'à l'instance que les comptes sont dressés et que le tribunal peut sereinement établir la chronologie, ou plutôt *une* chronologie. C'est par comparaison avec un cours idéal des événements que la situation est perçue : le tribunal examine si et quand une protestation aurait dû être émise. La protestation joue un rôle crucial car elle

---

<sup>3730</sup> G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 171.

permet d'examiner le moment où l'acquiescement aurait pu être stoppé. Selon le domaine juridique, la prétention s'articule différemment, un renversement survient parfois et c'est dans un comportement de l'État lésé que l'interaction initiale s'enracine <sup>3731</sup>.

### B. *L'objet de la prétention*

L'objet de la prétention se recoupe en partie avec la section précédente : il s'agit de déterminer quel est le domaine(s) juridique(s) de référence, quels droits sont avancés par l'État qui compte bénéficiaire de l'acquiescement. Dans la partie précédente, l'accent était plutôt placé sur *l'existence* de la prétention, son « enveloppe corporelle externe », ici nous nous tournons vers son contenu, la situation juridique finale qu'elle souhaite réaliser. Précision supplémentaire : l'objet de la prétention étudié ici sera principalement celui qui résulte des premières interactions. Il n'est pas exclu que l'objet de la prétention évolue en cours d'acquiescement, mais cette problématique sera traitée *infra* (III.C).

#### 1. *Prétention explicite et implicite ou tacite*

##### a. *Explicite*

La prétention peut être formulée de manière explicite si une déclaration orale ou écrite la porte. Établir l'objet de la prétention sera alors évident. En 1978, le ministre des Affaires étrangères déclarait que le Maroc « [n]'aurait pas totalement recouvré son intégrité territoriale tant qu'il n'aurait pas rétabli sa souveraineté sur [l]es enclaves [de Ceuta et Melilla] » <sup>3732</sup>.

Un tel discours est cristallin quant aux droits revendiqués, l'objet de la prétention est clairement affirmé, tant et si bien *qu'objet* et *prétention* n'en font qu'un. Quand elle est explicite, la prétention est presque indissolublement liée à son objet, ce n'est que pour des fins d'analyse que ces deux éléments sont distingués.

<sup>3731</sup> L'État bénéficiaire prend appui sur l'acte que l'État adverse a accompli à ses propres dépens.

<sup>3732</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 137.

b. *Implicite et tacite*

La prétention dont l'objet est implicite est plus réfractaire à l'analyse. Sous l'égide de l'objet « implicite », nous englobons aussi bien les cas des prétentions implicites au sens strict que celles tacites<sup>3733</sup>. Une prétention implicite est celle par laquelle un État, en adoptant un comportement, revendique *par implication* un droit qui n'est pas en lien direct avec ce comportement. Une prétention tacite est celle qui n'est pas faite de manière expresse (ni par oral, ni par écrit), mais par un comportement dont le but est en lien direct avec l'objet de la prétention. Leur point commun est la nécessité d'un effort d'exégèse afin d'identifier l'objet de la prétention<sup>3734</sup>. Un autre nœud du problème est de déduire du comportement ou de l'action entrepris les droits revendiqués. Plutôt que de droits revendiqués, nous pouvons d'ailleurs élargir le cadre et simplement rechercher les droits « mis en péril » suite à la revendication.

Dans le cas des prétentions tacites, l'effort d'exégèse demandé est le plus souvent modéré. Le comportement adopté dénote assez clairement les droits revendiqués. Ainsi, les exemples en matière territoriale sont linéaires : un État envoie ses agents ou effectue une visite officielle<sup>3735</sup> sur un territoire contesté. L'objet de la prétention est alors l'affirmation de la souveraineté sur le territoire en cause. Le comportement ou l'action est en lien *direct* avec la prétention, ils en constituent la formulation extérieure<sup>3736</sup>.

<sup>3733</sup> Pour une analyse suivie de la différence entre le tacite et l'implicite, voy. nos développements *supra*, Ch. 3.II.A et M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, *op. cit.*, p. 300.

<sup>3734</sup> Par mesure de simplification, nous ne nous attachons pas aux prétentions écrites ou orales qui sont implicites. Ce cas peut se présenter lorsque la déclaration vise un but, mais qu'un prérequis est nécessaire pour l'atteindre (ce prérequis constitue la prétention implicite). Un exemple caricatural serait une déclaration orale par laquelle le MAE suisse déclare son intention de construire une base militaire sur l'île de Spitzberg (Norvège). La prétention directe concerne la base militaire, la prétention implicite est celle d'une hypothétique souveraineté suisse sur le Spitzberg (prérequis). Nous voyons à l'œuvre dans ce découpage l'interprétation en faveur de la validité des actes étatiques et le principe de la bonne foi (si un État veut accomplir X, cela suppose que l'ensemble des conditions [A ; B ; ...] nécessaires à X sont déjà remplies).

<sup>3735</sup> « Le Gouvernement des États-Unis a élevé une protestation le 28 juin 1984 contre le débarquement, intervenu le 18 juin, de plusieurs fonctionnaires canadiens à Machias Seal Island, située dans le golfe du Maine, île revendiquée par les deux États. Le Canada a répliqué que l'île fait partie de son territoire et que la patrouille de la police montée effectuait un contrôle de routine » : CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 140.

<sup>3736</sup> L'État X considère que le territoire A lui appartient (prétention) ; il y envoie donc ses troupes (comportement).



Les prétentions implicites sont plus raffinées ; l'accomplissement d'une action par l'État implique la formulation d'une prétention qui n'est que lâchement ou indirectement connectée à l'action principale. La doctrine fournit quelques exemples :

« Le Ministre des affaires étrangères du Chili a élevé une protestation suite à la mise en circulation par la France, en avril 1991, d'un timbre-poste incluant l'île de Pâques dans la Polynésie française, situation à laquelle le Chili s'est fermement opposé »<sup>3737</sup>.

Le but premier de la France – l'émission d'un timbre – est atteint, ce n'est que par *implication* qu'une prétention peut être identifiée. L'inclusion de l'île était-elle une simple erreur « cartographique » ou une volonté délibérée de poser les premiers jalons d'une souveraineté française ? Quoi qu'il en soit, cet exemple illustre la sophistication que peut atteindre ce type de prétention et le sérieux avec lequel les États traquent les comportements qui peuvent mettre leur droit en péril<sup>3738</sup>.

Plus classiquement, la prétention tacite peut être mise en relation avec la reconnaissance implicite : il s'agit de déduire des actes la reconnaissance d'un autre État. La reconnaissance de l'État apparaît comme un « prérequis » à l'action principale (conclure un traité, ouvrir une ambassade sur un territoire, exercer la protection diplomatique). Une tentative du Kosovo de négocier et conclure un traité avec la Serbie *impliquerait* une prétention à être reconnu comme un État. La créativité diplomatico-juridique permet d'éviter les reconnaissances par implications : l'État partenaire peut spécifier que le traité ne constitue pas une reconnaissance, ou encore procéder à une reconnaissance *de facto* qui n'emporte pas de conséquences sur la qualification juridique de la situation<sup>3739</sup>.

La ligne de démarcation entre prétention implicite et tacite n'est toutefois pas hermétique, la pratique en matière de revendications maritimes nous le démontre. L'incursion de navires colombiens dans le golfe du

<sup>3737</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 141.

<sup>3738</sup> L'attention diplomatique portée aux documents officiels d'un État (timbre, monnaie, billets, passeports, drapeaux, nom de l'État) se justifie en raison de la lourde portée symbolique de ce type de manifestation. Parfois les États usent de ces instruments pour asseoir leurs droits (propagande interne, sentiment patriotique), voy. par ex. le billet de 2'000 Riels (KHR) émis par le Cambodge où figure le Temple de Préah Vihear (série de 2007).

<sup>3739</sup> La reconnaissance *de facto* permet de nouer des relations, de les normaliser sans se prononcer sur le bien-fondé juridique de la situation (légalité de la sécession, du contrôle du territoire par une puissance étrangère). La reconnaissance *de facto* fonctionne comme une réserve, une clause de sauvegarde sur la qualification d'une situation.

Venezuela a suscité des protestations<sup>3740</sup>. Le passage de navires constitue une prétention tacite si la Colombie affirme ainsi sa domination sur les espaces maritimes. La prétention est implicite si le but premier de la Colombie est de pêcher dans les eaux en question (le contrôle de l'espace maritime étant alors la prétention implicite, c'est-à-dire le prérequis nécessaire à la pêche). Ce sont les circonstances du cas qui peuvent nous orienter vers l'un ou l'autre type de prétention ; en l'occurrence les deux États étaient en pourparlers sur les limites maritimes lorsque les incursions prirent place<sup>3741</sup>, il s'agit vraisemblablement d'une prétention tacite.

Les circonstances factuelles (négociations, disputes) et juridiques (état du droit international, promesses) donnent le cadre de référence pour apprécier le type de prétention formulée (tacite/implicite) et son objet. Il peut arriver que le comportement « brut » soit polysémique ; en plus des circonstances, c'est parfois la réaction de l'État indiquant *comment* ses droits sont lésés qui permet de faire apparaître et d'orienter la prétention<sup>3742</sup>. Dans le cas suivant, le comportement américain initial est susceptible de plusieurs interprétations :

« L'Union des Républiques socialistes soviétiques a émis le 21 mai 1987 une protestation contre deux violations de ses eaux territoriales, les 17 et 21 mai, par le croiseur américain [...] *Arkansas*, au large du Kamchatka. L'Ambassade américaine à Moscou a rejeté la protestation soviétique selon laquelle l'*Arkansas* se trouvait dans les eaux internationales [sic ! Il faut lire : « territoriales »] ; les États-Unis ne reconnaissaient pas l'extension de la mer territoriale à 30 milles décrétée unilatéralement par l'URSS [...] et considéraient que les eaux soviétiques s'étendaient jusqu'à la limite de 3 milles »<sup>3743</sup>.

Le passage de l'*Arkansas* peut avoir été motivé par de multiples raisons : trajet le plus court pour rejoindre un port, démonstration de force, patrouille de routine dans les eaux internationales, ou encore forme de protestation contre l'extension à 30 milles de la mer territoriale russe.

Dans cet exemple, nous ignorons la raison du passage du navire à moins de 30 milles de la côte russe. Ce n'est que suite à la protestation que ce trajet peut apparaître comme une prétention<sup>3744</sup>.

<sup>3740</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 260, § 151.

<sup>3741</sup> *Ibid.*

<sup>3742</sup> Ce qui n'était peut-être qu'un acte « neutre » pour l'État l'ayant accompli devient alors une prétention, et ce en raison de la réaction de l'État lésé.

<sup>3743</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 261, § 161.

<sup>3744</sup> En l'absence de réaction russe, les États-Unis n'auraient pas pris la peine de préciser leur position.

Soit les États-Unis se sont rendu compte *ex post facto* que leur homologue russe n'avait pas la même largeur de mer territoriale (l'argument des 3 milles apparaît alors comme une justification du trajet du navire). Soit il s'agissait d'une manœuvre délibérée, la prétention existe alors *ab initio* et le passage avait pour but de démontrer que les États-Unis se considéraient en droit de passer près des côtes russes (les 3 milles sont alors une prétention, ou une protestation contre l'extension à 30 milles). Même si les positions des parties apparaissent clairement (3 versus 30 milles), cet exemple indique qu'en cas d'enchevêtrement entre *prétention* et *protestation*, il devient ardu d'individualiser ces deux éléments. Il revient alors au juge (et aux plaidoiries) d'établir la chronologie pertinente.

De nombreux facteurs semblent se conjuguer pour identifier l'objet de la prétention : le type énonciatif de la prétention (tacite, implicite *vs* exprès) joue le rôle de premier aiguillage. Le contexte et les circonstances permettent ensuite de resserrer l'étau autour du contenu de la prétention<sup>3745</sup>. Les éventuelles protestations suite à l'émission de la prétention permettent de cerner la partie problématique de la prétention. La protestation peut aussi faire apparaître comme une prétention un comportement que l'État auteur n'avait pas accompli dans ce but. Finalement, la durée et la richesse de la situation postérieure à la prétention initiale contribuent à définir son contenu<sup>3746</sup>. À ce titre, la répétition dans le temps de prétentions analogues ou légèrement différentes permet d'infléchir le contenu de la prétention initiale. Une prétention nébuleuse ou inconsciente lors de son émission est amenée à se décanter si la situation se prolonge.

L'effort de déduction nécessaire à identifier l'objet d'une prétention tacite ou implicite s'étend au contexte général (le domaine juridique pertinent, les relations – conflictuelles ou non – des parties, les évolutions technologiques). Les protestations éventuelles

---

<sup>3745</sup> Voy. les affaires de 1962 et 2013 relatives au *Temple de Préah Vihéar* : l'acquiescement est circonscrit au temple et à ses alentours immédiats, il exclut les autres éperons rocheux (« la Cour estime que Phnom Trap ne fait pas partie de la zone litigieuse et que la question de savoir si elle est située en territoire thaïlandais ou cambodgien n'a pas été examinée dans l'arrêt de 1962 » (*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. 315, § 98). Voy. aussi, *ibid.*, p. 294, § 25 ; p. 305, § 60 ; p. 314, §§ 92 et s.).

<sup>3746</sup> Voy. *infra*, Ch. 5.III.C – « La prétention et son évolution : du début à la fin de la ligne d'acquiescement ».

ne sont pas exclues de cet effort de déduction si elles ont lieu sous forme de comportement (par ex. une saisie de navire dans un espace maritime). Dès lors, chaque prétention, et par extension les premiers stades de chaque acquiescement, s'analyse de manière souple et circonstanciée.

## 2. *L'objet stricto sensu*

### a. *Considérations générales*

Les développements précédents ne nous apprennent pas quels peuvent être le ou les objets d'une prétention. La jurisprudence et la pratique<sup>3747</sup> regorgent d'exemples, les objets sont infinis. Plutôt que de donner une liste des prétentions possibles sous forme exemplative ou par une définition, nous nous contenterons d'indiquer les *limites* à l'objet d'une prétention. Une première limite découle de la partie précédente (III.A.3) : en cas de contrariété au *ius cogens*, l'objet de la prétention est impossible et cette dernière ne peut pas subsister<sup>3748</sup>. Dans la partie III.A.3, les cas n<sup>os</sup> 5 et 6 du tableau indiquent des situations où une prétention peut être émise (objet licite), sans que la prétention soit forcément exigible (c'est-à-dire que l'État destinataire n'est pas dans une obligation juridique d'y donner suite). L'acquiescement n'est alors pas *toujours* pertinent pour ces situations. Par exemple une demande de reconnaissance est licite, mais dépend de la discrétion de l'État requis.

Nous voyons d'autres exemples de ces situations : l'ouverture ou la poursuite de relations diplomatiques et commerciales entre États est licite, mais n'est pas exigible. Des négociations peuvent être entreprises en vue de conclure un traité avec un État ou une OI<sup>3749</sup>, mais il n'est possible d'exiger la conclusion de l'instrument<sup>3750</sup>. Dans ces situations<sup>3751</sup>, une prétention peut être émise, mais la pas-

<sup>3747</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, pp. 252-262.

<sup>3748</sup> Voy. le Ch. 5.III.A.3, spéc. le tableau récapitulatif des « zones grises » et les développements. Cf. le « cas n° 1 » du tableau.

<sup>3749</sup> L'objet de la prétention (conclure un traité, sans égard ici à son contenu) est licite ; cela fait partie du *ius contrahendi*.

<sup>3750</sup> Sous réserve des divers « memorandum of understanding » et autres procédures de négociations « obligatoires », cf. aussi les distinctions entre les obligations de moyens et de résultats en matière de négociations et l'arrêt relatif à l'*Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 507 et s.

<sup>3751</sup> La technique juridique a probablement forgé un nom pour ce type particulier de droits qui sont éternellement à disposition de l'État et immunisé contre l'acquiescement (cf.

sivité de l'État destinataire ne pourra pas être interprétée comme un acquiescement. La prétention (ou « demande ») *s'épuise* en cas d'absence de réaction.

Plutôt que de droit, le terme « pouvoir » paraît plus approprié pour ce type de prérogatives étatiques. Il s'agit d'une catégorie spéciale d'attributs de l'État (ou « facultés ») qu'il peut choisir ou non d'exercer en totale discrétion, et cela sans que le non-exercice emporte déchéance. Supposons qu'un État s'abstienne d'ouvrir des représentations diplomatiques. Le jour venu, et ce peu importe qu'il se soit écoulé 30, 50 ou 100 ans, cet État pourra renouer des relations diplomatiques. Les États destinataires seront libres d'accepter ou non, mais ils ne pourront pas arguer que l'État a perdu (par acquiescement) ce droit. Pour ce type particulier de droits ou « pouvoirs » étatiques, la prétention et l'acquiescement sont de peu d'utilité.

De nature plus générale, la seconde limite à l'objet d'une prétention concerne le *fond* de la prétention. C'est une évidence, mais seuls des *droits* peuvent faire l'objet d'une prétention. Cette affirmation rejoint en partie la limite précédente attenante aux cas n<sup>os</sup> 1, 5 et 6 (*ius cogens*, prétentions licites exigibles ou non). Plus spécifiquement, la prétention qui donne potentiellement lieu à un acquiescement doit porter sur un droit susceptible, par exemple, de faire l'objet d'une renonciation, ou d'un transfert entre États (cession), ou encore au profit ou en défaveur de la communauté internationale. En ce sens, la prétention doit être traduisible en termes de *droits* (et/ou d'obligations). Une prétention à portée purement politique ne peut donner lieu à acquiescement. Nous reprendrons ces deux éléments (traduction en termes juridiques ; type de droit concerné) dans les prochains paragraphes.

b. *Une traduction de la prétention en termes juridiques*

La traduction de la prétention en termes de droit/obligations doit être possible. Cette condition se recoupe en partie avec l'exégèse des prétentions découlant d'un comportement (prétentions tacites

---

les « droits de pure faculté » évoqués *supra*, Ch. 2.II.D.1 (Vattel) et Ch. 2.II.D.2.b (Grotius ; *Mare liberum*). La nomenclature nous échappe toutefois. Nous voyons dans ces droits un rattachement et un prolongement de l'égalité souveraine des États (art. 2, § 1 CNU). Cf. le *ius standi*, *ius legationis*, et *ius contrahendi* : G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 60-64.

et implicites)<sup>3752</sup>. L'effort intellectuel consiste à rechercher la ou les implication(s) juridique(s) convoyée(s) par la prétention. Les circonstances et une éventuelle protestation nous aident à cerner quelle valorisation est la plus pertinente.

Parmi toutes les traductions juridiques possibles, comment distinguer celles qui sont le plus directement connectées à la prétention ? Notre parti pris est celui de la simplicité : comme « rule of thumb », la prétention doit être traduite largement, de manière à ce que le droit/obligation choisi puisse accueillir le maximum de cas particuliers. Si des soldats installent un campement sur une bande de terre d'un État étranger<sup>3753</sup> (prétention tacite), il est possible d'y voir une foule de traductions juridiques (existence d'une coutume bilatérale, location à bail, délégation de tâches à l'armée étrangère, habilitation spécifique qui ne concerne que ces soldats précis, situation temporaire, erreur des soldats). Cependant, la traduction la plus simple, en ce sens qu'elle permet d'englober le maximum de situations et qu'elle généralise les données particulières du cas, est celle d'une revendication de souveraineté. Cette tendance à la généralité se justifie car les premiers stades de l'acquiescement se caractérisent par un dialogue, un complexe d'actions et de réactions qui contribuent à cerner la prétention et l'objet de l'acquiescement. D'autre part, la perspective de l'État lésé est aussi à prendre en compte : face à une présence étrangère sur son territoire (ou ce qu'il considère comme tel), il invoquera une violation de souveraineté ou de l'intégrité territoriale, c'est-à-dire la catégorie la plus large.

Schématiquement, la généralisation qui permet de sélectionner le droit « mis en péril » fonctionne comme suit. Le point de départ est le comportement avéré (campement de soldats sur le territoire)<sup>3754</sup>. Ce comportement de départ est susceptible d'être particularisé à l'excès (dates de l'événement, nombre de militaires,

<sup>3752</sup> Par ex. une visite officielle sur une île (le comportement) sera interprétée comme étant une affirmation du *droit* de souveraineté (la prétention tacite). Ce n'est que moyennant cette traduction du comportement en une revendication *juridique* qu'une prétention peut être décelée.

<sup>3753</sup> Inspiré des faits dans : *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 170, §§ 74-76.

<sup>3754</sup> Plus précisément : sur ce qui est considéré comme étant *son* territoire par l'État lésé. Cette précision est importante car l'acquiescement se déroule bien souvent dans des « zones grises » factuelles et juridiques.

activité déployée, lieu du campement, identité des militaires, niveau hiérarchique responsable de ce campement) et d'être ainsi présenté comme une prétention ne portant que sur les caractéristiques hautement spécifiques. Partant, le campement serait un événement unique et la protestation quasiment inutile. À l'inverse, il s'agit non pas de particulariser, mais de généraliser les caractéristiques de l'événement afin de traduire la prétention en termes juridiques. Le campement militaire, occurrence unique, sera dépouillé de ses traits particuliers : l'État lésé le voit comme tendant à l'éternité, non restreint à une seule activité, comprenant toute présence étrangère (militaire et civile). Le campement est subsumé dans la catégorie « présence étrangère (indésirable) ». Par conséquent, le tiroir juridique pertinent est la violation de souveraineté et d'intégrité territoriale. C'est par défaut seulement que la prétention de l'État ayant installé le campement porte sur la souveraineté territoriale, car il n'est pas exclu que l'État auteur du comportement précise sa prétention, ce qui peut avoir comme conséquence d'en modifier l'objet.

L'effet de *généralisation* ne doit pas être sous-estimé, particulièrement en matière de différends territoriaux. Des actes en apparence anodins peuvent s'avérer lourds de conséquences lorsqu'ils sont examinés sous le prisme de la création d'une prétention. Dans *Nicaragua c. Colombie*, la délivrance d'autorisation d'exploiter du guano, la lutte contre la pêche de tortue et l'entretien de phares constituent autant d'appuis à la prétention colombienne à la souveraineté<sup>3755</sup>. Individuellement, chacun de ces actes est déjà une prétention à la souveraineté sur les îles (ce sont autant d'espèces de la catégorie supérieure « présence/activité étrangère [indésirable] sur un territoire »). Lorsque les deux États accomplissent des comportements qui dénotent une prétention à la souveraineté, c'est une logique de comparaison qui prévaut<sup>3756</sup>.

<sup>3755</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 656, § 82.

<sup>3756</sup> Voy. les affaires *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 162-162 ; *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, pp. 65-70. Les effectivités adverses sont comparées et pondérées selon la logique des « better [or adverse] titles ».

c. *Un droit susceptible de création, de transfert, ou d'extinction*

En plus de la nécessité de pouvoir traduire en termes juridiques la prétention, cette dernière n'est pertinente pour l'acquiescement *que* si le droit concerné est susceptible de création, transfert, ou disparition. L'acquiescement pourrait dans la majorité des cas être remplacé par la disposition d'un droit (gain ou perte) car il intervient dans une relation bilatérale. Cet acte de disposition *pourrait* prendre la forme d'un traité<sup>3757</sup>. Ces comparaisons nous sont utiles pour cerner le type de droits concernés par l'acquiescement – et donc pouvant faire l'objet d'une prétention. Dresser un catalogue raisonné des droits concernés par l'acquiescement est une chimère. Nous pouvons tout au plus tracer quelques pistes : il s'agit de droits qui *peuvent* être exclus du domaine réservé (art. 2, § 7 CNU) ou être *retirés* du giron de la communauté internationale<sup>3758</sup>. L'État ou la CI doit pouvoir « disposer » du droit, par opposition aux droits indissociables de la personnalité juridique internationale<sup>3759</sup>. Un État ne peut pas renoncer *in abstracto* à nouer des relations diplomatiques, à conclure des traités ou à présenter des réclamations internationales, ces droits ne sont pas susceptibles d'acquiescement et de prétention<sup>3760</sup>. La limite supérieure du *ius cogens* s'impose d'elle-même<sup>3761</sup> ; la prétention d'accomplir licitement des actes de torture ou une agression armée se heurte à une impossibilité. Dans le tableau de la partie précédente (III.A.3), les cas n<sup>os</sup> 2 à 4<sup>3762</sup> sont pertinents pour identifier le type de droits concernés par l'acquiescement.

La notion d'empiétement joue un rôle dans les situations d'acquiescement : l'État qui formule une prétention empiète par sa déclaration ou son comportement sur les droits d'un autre État. Si

<sup>3757</sup> Acquiescement et traité sont similaires dans leurs effets : une cession de territoire peut intervenir par acquiescement bien qu'elle puisse être décidée et formalisée dans un traité.

<sup>3758</sup> Par ex. certaines applications des délimitations maritimes (voy. : *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 116) et les baies historiques (*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 351).

<sup>3759</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 51-73.

<sup>3760</sup> *Ibid.*, pp. 60-68.

<sup>3761</sup> Voy. le « cas n<sup>o</sup> 1 » précédemment identifié et évoqué dans la partie « L'existence d'une prétention » (Ch.5.III.A.3).

<sup>3762</sup> Respectivement : prétention en contradiction avec le droit international général (2) ; prétention dans une zone grise juridique (3), et prétention dans une zone grise factuelle (4). Le cas n<sup>o</sup> 5 (prétention licite, mais non exigible) est d'une importance marginale.



l'acquiescement se réalise, le droit objet de l'empiétement passe de l'État acquiesçant au bénéficiaire. La situation relève alors des vases communicants ou d'un « jeu à somme nulle »<sup>3763</sup> : cela se comprend aisément pour les différends territoriaux et maritimes. Une inflexion de la frontière ou de la limite maritime à l'est enlève autant de territoire à l'ouest de celle-ci. En quoi la modification d'un droit relève-t-elle d'une logique de vases communicants ? Dans l'affaire des *Services aériens* il n'y eut pas création, mais modification d'un droit par voie de pratique subséquente<sup>3764</sup>. Les États-Unis disposèrent de routes aériennes (en plus de celles préexistantes) desservant Téhéran. C'est autant de latitude juridique qui fut retirée à la France.

La modification met en œuvre une restriction ou une dilatation d'un droit ou d'une obligation *préexistants*. Ce qui bénéficie à l'État « adverse » est arraché à la marge de manœuvre de l'État acquiesçant. Ces distinctions entre création/disparition d'un droit et modification d'un droit confinent toutefois à l'argutie juridique<sup>3765</sup>. La modification peut tout à fait être réduite à une création ou une disparition d'un droit : il suffit de construire la modification comme étant la *différence* entre la situation avant et après l'acquiescement. Cette différence consistera forcément en un accroissement (création) ou une perte (disparition) de droits.

### 3. *Synthèse*

Nous avons multiplié les perspectives afin de déterminer les droits qui peuvent faire l'objet d'une prétention. L'identification de cet objet se recoupe avec celle du droit qui est au cœur d'un processus singulier d'acquiescement. Pour ce faire, nous pouvons mentionner pêle-mêle les techniques et étapes suivantes. Les points de vue de l'État auteur de la prétention et de l'État dont un droit est « mis en péril » doivent être confrontés ou comparés. Ultérieurement à la prétention, la formulation d'une protestation (par déclaration ou comportement) permet de cerner les limites du droit. Certaines catégories de droit sont, par essence, susceptibles ou non de faire l'objet d'une prétention. Les

<sup>3763</sup> « Zero-sum game ».

<sup>3764</sup> *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. 65-70.

<sup>3765</sup> L'avantage de la *modification* est toutefois qu'elle n'exige pas de vérifier l'apparition « *ex nihilo* » d'un droit, contrairement à la *création*.

droits indissolublement liés à la personnalité étatique<sup>3766</sup> ainsi que le *ius cogens* devraient être hors d'atteinte des prétentions. Le terrain privilégié des « objets d'une prétention » repose dans les droits aptes à être cédés ou transférés entre États<sup>3767</sup>. L'identification de l'objet d'une prétention nécessite un processus de *traduction juridique* du comportement ou de la déclaration de l'État. Ce processus permet d'exclure les prétentions dont la portée est uniquement politique. Le contexte et les circonstances constituent une aide précieuse afin de déduire de la prétention les droits en jeu.

La présente section a souligné les mouvements – tant chronologiques qu'intellectuels – qui vont de la formulation de la prétention à l'identification du droit qui en est l'objet. La prochaine section abordera plus directement des exemples et se concentrera sur la possible évolution du contenu de la prétention.

*C. La prétention, ses illustrations et son évolution :  
du début à la fin de la ligne d'acquiescement*

Il s'agit de présenter quelques illustrations évoquées dans les chapitres précédents 5.III.A et B. De plus, nous tenterons de sélectionner des exemples qui mettent en œuvre des évolutions ou des infléchissements dans l'objet des prétentions, jusqu'à déboucher sur l'acquiescement. Mais tout d'abord, qu'est-ce que l'évolution d'une prétention ?

1. *L'évolution d'une prétention*

L'idée dominante est celle d'une agrégation et d'une comparaison entre, d'une part, les premiers stades chronologiques d'un acquiescement (la prétention initiale ; éventuellement les réactions auxquelles elle donne lieu) et, d'autre part, les stades finaux composés des derniers assauts et prétentions avant l'interaction finale de l'acquiescement. En ce sens, l'acquiescement et l'objet de la prétention ressemblent à une trajectoire : *rectiligne* quand prétentions initiales et finales sont identiques ; *courbe* quand elles sont dissemblables.

L'évolution de l'objet d'une prétention ne peut survenir que sur une période suffisamment longue<sup>3768</sup> ; en cas d'acquiescement de courte durée, toutes les prétentions seront amalgamées en un seul paquet et un objet unique leur sera assigné. L'inertie de l'État « acquiesçant » est un

<sup>3766</sup> *Ius contrahendi, ius standi, ius legationis*.

<sup>3767</sup> Selon l'idée des vases communicants ou d'un « jeu à somme nulle ».

<sup>3768</sup> Comme de coutume, nous nous refuserons à indiquer une durée courte ou longue. Toutefois, c'est à partir d'une durée de 10 années ou plus qu'un tribunal sera enclin à considérer des différences entre les prétentions successives.

facteur qui favorise l'émission de prétentions différentes dans le temps. L'évolution porte parfois non sur l'ampleur du droit revendiqué, mais sur sa *nature* : c'est la situation délicate des *modus vivendi*, de la courtoisie, et de la tolérance. Au départ précaire, une situation qui se prolonge sera sanctionnée juridiquement. Fondamentalement, le même régime (délimitation maritime ou territoriale) continue à s'appliquer, la garantie juridique du régime est par contre modifiée <sup>3769</sup>.

L'individualisation des prétentions au fil de l'acquiescement est la condition *sine qua non* d'un éventuel changement dans leur objet. Les prétentions initiales servent des buts différents des prétentions ultérieures ou finales. Les prétentions initiales sont le point de départ de l'acquiescement, le comportement des parties est valorisé à partir de ce repère. Tandis que les prétentions ultérieures et finales jouent un rôle confirmatoire : le litige se solidifie autour de problématiques spécifiques, les dissensions des parties sont exposées. En cas d'évolution des prétentions, celles de départ donnent un cadre général, les développements ultérieurs peuvent approfondir, préciser ou faire varier l'objet des prétentions. L'évolution trouve sa limite dans le lien entre prétentions ultérieures et cadre de référence <sup>3770</sup>.

L'évocation d'une évolution des prétentions s'avère paradoxale. Une caractéristique marquante de l'acquiescement est d'être constaté *a posteriori*, le tribunal préside à sa reconstruction, tant et si bien que des États peuvent se rendre compte <sup>3771</sup> du processus d'acquiescement seulement lors de ses derniers stades. Dès lors, quel est le sens de nos spéculations sur une évolution de la prétention pendant le déroulement de l'acquiescement ? Le juge ne devrait-il pas prendre les prétentions en bloc et en déduire la présence ou l'absence d'acquiescement

<sup>3769</sup> Aussi longtemps que la courtoisie ou tolérance domine, l'État qui offre cette courtoisie peut la retirer. Dès le passage à un régime juridique (acquiescement, coutume bilatérale, traité tacite), l'État au bénéfice de la situation pourra faire protéger ses droits. Voy. par ex. : *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec.* 2009, pp. 263-266.

<sup>3770</sup> Par hypothèse, une prétention ayant trait à la coopération transfrontalière policière ne peut plus être connectée à une prétention initiale ayant trait à un litige territorial. L'identité des États auteurs et destinataires des prétentions n'implique pas que toutes les prétentions ont trait à un seul et même différend. Les autorités étatiques saisies *peuvent* donner une indication utile sur la connexité ou non des prétentions. À l'inverse, un litige peut requérir l'attention de multiples autorités étatiques indépendantes entre elles : cf. les divers comportements et domaines convoqués dans l'affaire des *Parcelles frontalières (Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas))*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, pp. 228-230).

<sup>3771</sup> Ni la volonté, ni l'intention, ni même la conscience du processus ne sont des conditions à la réalisation de l'acquiescement.

sans égard pour une éventuelle évolution ? Bien que l'acquiescement soit une reconstruction *a posteriori* (processus existentiel)<sup>3772</sup>, il est constitué de « briques », de « building blocks »<sup>3773</sup>, et ces unités constituent autant d'ancrages de l'acquiescement. La prétention est un de ces ancrages et elle est à ce titre *indépendante* de la survenance de l'acquiescement. Autrement dit, il peut y avoir des prétentions sans forcément que cela ne débouche sur un acquiescement<sup>3774</sup>, à l'inverse il ne peut y avoir acquiescement sans qu'il ne se repose sur des prétentions. Ces dernières peuvent évoluer et, par contre-coup, le déroulement de l'acquiescement en est affecté. Ce modeste paradoxe disparaît en raison de la nature indépendante des prétentions : elles font partie des conditions de l'acquiescement mais ne tirent pas leur existence de celui-ci<sup>3775</sup>.

## 2. *Illustrations jurisprudentielles*

### a. *Pêcheries norvégiennes*

Les prétentions furent formulées par le biais de décrets successifs et par la capture de navires étrangers dans l'espace maritime norvégien<sup>3776</sup>. Les décrets s'échelonnent sur une longue période<sup>3777</sup>, le premier est émis en 1812 et le dernier date de 1935<sup>3778</sup>.

<sup>3772</sup> Application analogique de R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 505, note n° 369, repris par A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 278-279, § 181.

<sup>3773</sup> Sur les liens entre un principe général et ses unités de constructions (*building block*) : G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », op. cit., pp. 202-203.

<sup>3774</sup> Exemples dans : CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 257, §§ 122 et s.

<sup>3775</sup> La taille et le nombre des « briques » de l'acquiescement varient : s'il est bref, les étapes sont moins nombreuses et englobent peu d'événements. Si l'acquiescement s'étire et que les comportements sont nombreux, il devient possible de distinguer les briques initiales (prétentions ; interaction initiale) et ensuite chaque étape, examinée indépendamment (charge de réagir, comportement, protestation).

<sup>3776</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, Rec. 1951, p. 125 (décrets), pp. 134-135 (affaire du *St. Just*) et p. 138 (décrets ; capture d'un navire 1911). Pour les autres captures, cf. p. 124.

<sup>3777</sup> La période d'acquiescement est cependant plus courte (de 1869 à 1933 ; cf. le tableau au Ch. 5.II.B.2) car elle nécessite une *interaction* initiale, et pas uniquement un comportement *unilatéral*.

<sup>3778</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, Rec. 1951, p. 125.

| Date du décret ou de l'acte | Contenu                                                                                                                                                                                 | Pages   |
|-----------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| <b>1812</b>                 | Méthode de délimitation <i>générale</i> ; la limite débute à partir de 1 lieue des îlots les plus éloignés de la côte <sup>3779</sup> . But principal d'établir la neutralité maritime. | 134-135 |
| <b>1869</b>                 | Délimitation <i>spécifique</i> du Sunnmøre, mise en œuvre du décret de 1812 par le tracé d'une ligne droite de 26 miles.                                                                | 134     |
| 1880                        | Mention d'un décret sans plus de précision, comparable aux décrets de 1869 et 1889.                                                                                                     | 135     |
| <b>1889</b>                 | Délimitations <i>spécifiques</i> du Romsdal et du Nordmøre, mise en œuvre du décret de 1812.                                                                                            | 134     |
| 1911                        | Capture du chalutier britannique <i>Lord Roberts</i> .                                                                                                                                  | 138     |
| 1912 et 1929                | Rapport d'une commission de frontière et rédaction d'un memorandum qui confirment le décret de 1812 et de sa méthode (documents internes ; portée internationale discutable).           | 134     |
| 1932 et 1933                | Multiplication de la capture ou saisie de chalutiers britanniques.                                                                                                                      | 124     |
| 1933                        | Date de cristallisation du différend                                                                                                                                                    | 124-125 |
| 1934                        | Capture du chalutier britannique <i>St. Just</i> .                                                                                                                                      | 134-135 |
| <b>1935</b>                 | Fixation de la zone de pêche. La question de la mer territoriale n'est pas abordée, mais le décret s'appuie sur les décrets précédents.                                                 | 124-125 |

L'évolution des prétentions ne saute pas aux yeux dans les *Pêcheries* car elle se fait sous la forme d'un léger infléchissement et d'une augmentation de la précision de la prétention. D'une méthode générale nébuleuse qui pourrait être appliquée à l'ensemble de la

<sup>3779</sup> *Ibid.*, p. 134.

côte et visant la neutralité (1812), la situation se particularise par la délimitation de secteurs (1869, 1880, 1889) et culmine dans la production des conséquences : une zone de pêche qui s'appuie sur les décrets précédents est promulguée en 1935. En parallèle de ces prétentions formulées dans des lois internes (déclarations), la Norvège a assuré le contrôle de l'espace maritime ainsi revendiqué. L'arrêt indique que plusieurs navires étrangers ont été capturés entre 1911 (au plus tard) et 1933 <sup>3780</sup>.

La première prétention relative à une méthode (1812) est extrêmement *générale* : il s'agit d'une loi interne qui indique comment la Norvège souhaite délimiter ses côtes. Le but principal du décret de 1812 visait la neutralité maritime :

« Le décret de 1812, bien que formulé en termes tout à fait généraux, avait eu pour objet immédiat la limite applicable à la neutralité maritime. Cependant, dès que le Gouvernement norvégien s'est trouvé amené par les circonstances à devoir délimiter sa zone de pêche, il a vu dans ce décret une disposition de caractère organique, applicable à d'autres fins que la neutralité » <sup>3781</sup>.

Il faut attendre jusqu'en 1869 pour une mise en œuvre. Ce n'est d'ailleurs qu'à cette occasion que la CIJ considère que les autres États prennent définitivement connaissance de la prétention <sup>3782</sup>.

C'est par cette mise en œuvre que la précision et l'infléchissement apparaissent. *Précision* car la méthode générale est appliquée à un secteur particulier ; *infléchissement* car d'un but de neutralité le curseur se déplace sur une prétention de délimitation de la mer territoriale (et par conséquent d'exclusion des navires étrangers).

L'affaire des *Pêcheries* met en œuvre les distinctions énumérées *supra* (III.B) : les prétentions sont traduisibles – et traduites – en termes juridiques de manière assez directe (revendication d'un espace maritime à titre de mer territoriale et déplacement des autres espaces en conséquence). La protestation britannique est absente jusqu'à une période assez avancée <sup>3783</sup>, elle ne permet donc que tardivement d'éclairer la prétention norvégienne. Le Royaume-Uni s'élève contre le « système de

<sup>3780</sup> *Ibid.*, p. 124 (pour la période avant 1933), pp. 134-135 (affaire du *St. Just* en 1934) et p. 138 (capture du *Lord Roberts* en 1911).

<sup>3781</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>3782</sup> *Ibid.*, pp. 135-138 (« La Cour est fondée à dire que les autorités norvégiennes ont appliqué leur système de délimitation d'une façon suivie et constante depuis 1869 jusqu'à la naissance du différend », p. 138).

<sup>3783</sup> En 1933 : *ibid.*, p. 138.

délimitation norvégien »<sup>3784</sup>. D'autre part, le laps temporel est important : 123 années s'écoulent entre le premier et l'ultime décret (1812-1935). Le type de droit concerné et les circonstances relèvent du cas n° 3 de la section III.A : la prétention norvégienne se situe dans une zone grise juridique. À cette époque, les méthodes de délimitation et la largeur de la mer territoriale fluctuaient. Le droit gagné par la Norvège consiste en un empiétement de même ampleur arraché à la communauté internationale<sup>3785</sup> selon la logique des vases communicants. À l'exception des captures répétées de navires (prétentions tacites ; comportements), les décrets norvégiens constituent des prétentions expresses : elles sont prises par écrit et leur simple lecture suffit à identifier leur contenu. Un trait marquant de l'affaire est que lors de son édicition, il n'est absolument pas certain que la Norvège prévoyait de conférer une telle importance au décret de 1812. À ce moment, la prétention était probablement « inconsciente » ou « en germe ».

b. *Plateau continental Tunisie/Libye*

L'affaire dénote un type particulier d'évolution dans les prétentions : la *nature* du droit se modifie. D'une simple tolérance ou courtoisie, les relations des parties aboutissent à une consécration juridique. Initialement créée dans un but pratique par les puissances protectrices et coloniales, la délimitation maritime ne jouissait pas d'un statut formel bien assuré, il s'agissait d'un simple *modus vivendi* :

« L'Italie officialisa cette ligne de délimitation [nord-nord-est], qui acquit le caractère d'une sorte de *modus vivendi* tacite, en adoptant en 1919 des instructions pour la surveillance de la pêche en mer dans les eaux de Tripolitaine et de Cyrénaïque [...] »<sup>3786</sup>.

Au départ les parties sont conscientes du caractère précaire de la ligne et l'acceptent pleinement. Cette ligne pouvait donc être contestée, elle n'impliquait pas une solution finale pour la répartition des espaces maritimes. Dans ces stades initiaux, ce *modus vivendi* porte une prétention de faible ampleur : il se contente de répartir des compétences (surveillance de la pêche).

<sup>3784</sup> *Ibid.*

<sup>3785</sup> Et non pas seulement par le Royaume-Uni. Voy. l'utilisation de la correspondance diplomatique avec la France dans l'arrêt et l'affirmation : « C'est en définitive ce système lui-même qui aurait bénéficié d'une tolérance générale, fondement d'une consolidation historique qui le rendrait opposable à tous les États » (*ibid.*, pp. 135-137, p. 138 pour l'extrait).

<sup>3786</sup> *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec. 1982*, p. 70, § 93 (italiques dans l'original).

Comme c'est souvent le cas avec l'acquiescement, la ligne ne fut pas remise en cause pendant de nombreuses années, les successeurs la reprirent à leur compte :

« Pendant la procédure orale, les deux Parties ont reconnu qu'un compromis *de facto* ou une solution transitoire avait résulté de l'instauration de cette zone tampon et était resté longtemps en vigueur, sans incident ni protestation de part et d'autre » <sup>3787</sup>.

La situation n'est pas encore irrémédiable. Les parties peuvent encore défaire le *modus vivendi* et négocier une autre limite. Toutefois, le simple fait de laisser passer un nombre élevé d'années <sup>3788</sup> sans remettre explicitement en cause le caractère provisoire de l'accord joue en défaveur d'une solution différente.

L'évolution du cadre juridique général joue également un rôle sur les *circonstances* des prétentions : une ligne longtemps mise en œuvre par les parties sera réputée consacrer une solution équitable <sup>3789</sup>. Le *modus* tend vers un affermissement de la situation sous-jacente, la ligne choisie accède à un degré de solidité plus élevé. Finalement, ce sera l'octroi de concessions pétrolières par les parties selon un plan conforme au *modus* qui est décisif. Ce qui n'était que provisoire devient le point d'appui d'autres droits :

« La Cour ne peut manquer de relever l'existence d'une ligne *de facto* se projetant de Ras Ajdir vers le nord-nord-est, à un angle de 26° environ, qui concrétise la manière dont les deux Parties ont octroyé à l'origine des permis ou concessions pour la recherche ou l'exploitation d'hydrocarbures en mer » <sup>3790</sup>.

L'évolution des prétentions fut le fait des deux États, la valeur et la portée du *modus vivendi* furent de plus en plus larges, jusqu'à en changer la nature. D'autres affaires dénotent cette évolution d'une tolérance, courtoisie ou « solution temporaire » à une situation de droits et obligations permanents <sup>3791</sup>.

<sup>3787</sup> *Ibid.*, p. 70, § 94.

<sup>3788</sup> Non en raison du passage du temps en soi, mais parce que les occasions de réagir se multiplient sans réaction et que la ligne acquiert un caractère équitable : « [Le] respect du *modus vivendi* tacite, qui, pendant fort longtemps, n'a jamais été officiellement contesté ni d'un côté ni de l'autre, autoriserait à y voir une justification historique dans le choix de la méthode de délimitation du plateau continental entre les deux Parties » (*ibid.*, p. 71, § 95).

<sup>3789</sup> *Ibid.*, p. 71, § 95.

<sup>3790</sup> *Ibid.*, p. 71, § 96.

<sup>3791</sup> Voy., par ex., *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. 30, 66-70 ; *Différend relatif à des droits de*



c. *Droit de passage en territoire indien*

Elle illustre la formulation de prétentions à la chaîne, chacune débouchant sur son propre acquiescement. L'effet global est celui d'un accroissement notable au fil du temps, comme si l'État bénéficiaire agrandissait (« stretch out ») à chaque reprise sa prétention initiale. Le différend naît en 1954 avec comme objet le droit pour les Portugais de dépêcher des hommes en armes dans les enclaves<sup>3792</sup>. Le point de départ juridique de la prétention portugaise à ce droit de passage « offensif » est la conclusion d'un traité en 1779 entre les Mahrattes et le Portugal :

« À l'appui de sa demande, le Portugal invoque le traité de Poona de 1779, conjointement avec des *sanads* (décrets) émis par le souverain mahratte en 1783 et 1785, comme lui ayant conféré la souveraineté sur les enclaves avec le droit de passage pour y accéder »<sup>3793</sup>.

Le raisonnement de la Cour n'accepte pas le raccourci, elle choisit de revenir sur chaque étape et droit acquis par les Portugais depuis 1779.

Tout d'abord le traité de 1779 ne semble pas valide ; la première prétention du Portugal est donc celle d'un assainissement du traité<sup>3794</sup>. C'est l'acquiescement du partenaire conventionnel qui a permis cet assainissement : « À aucun moment les Mahrattes n'ont formulé de doute quant à la validité ou quant au caractère obligatoire du traité »<sup>3795</sup>. Le traité peut donc être exécuté, mais faudrait-il encore qu'il prévoie le droit de passage tant convoité. Tel n'est pas le cas : l'objet et le but principal sont d'offrir en *concession* (et non en souveraineté) les différents territoires des Mahrattes<sup>3796</sup>. La situation évoluera : dès la présence coloniale britannique en Inde, les Portugais occupent à titre de souverain les villages et aucune protestation n'est émise<sup>3797</sup>. Cette seconde prétention, relative à la souveraineté, est, elle aussi, avalisée par un acquiescement.

---

*navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, Rec. 2009, pp. 263-266.

<sup>3792</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, p. 36.

<sup>3793</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>3794</sup> *Ibid.*

<sup>3795</sup> *Ibid.*

<sup>3796</sup> *Ibid.*, p. 38 : « Au cours de la période mahratte, la souveraineté sur les villages visés par la concession, ainsi que sur le territoire s'étendant entre l'arrondissement côtier de Damao et les villages, appartenait aux Mahrattes. Il ne pouvait donc être question d'enclaves, ni de droit de passage en vue d'exercer une souveraineté sur des enclaves » (nos italiques).

<sup>3797</sup> *Ibid.*, p. 39 : « 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. En

Ce n'est qu'à partir de ce stade (validité du traité de 1779 et souveraineté sur les villages) que le Portugal peut prétendre au droit de passage sur les enclaves. Ce droit s'est constitué sous la forme d'une coutume bilatérale<sup>3798</sup> et il forme la troisième prétention du Portugal. Le contenu de ce droit est à son tour sujet à de nouvelles prétentions ; est-il limité aux civils ou s'étend-il aux forces de police et à l'armée ? Le droit de passage « inoffensif » est bien attesté<sup>3799</sup>. Par contre, le droit de passage « offensif » est remis en cause ; un traité de 1878 prévoyait une demande d'autorisation pour chacun de ces passages<sup>3800</sup>.

C'est ici que la dernière prétention intervient :

« Le Portugal cite vingt-trois cas remontant aux années 1880-1889 où les forces armées portugaises auraient traversé sans autorisation le territoire britannique entre Damao et les enclaves »<sup>3801</sup>.

Ce comportement constitue une *prétention tacite* dont l'objet est le droit de passage armé entre les enclaves (sans autorisation). Le Gouverneur britannique à Bombay éleva une protestation à ce sujet en 1890<sup>3802</sup>. La réaction du Gouverneur général de l'Inde portugaise *anéantit* cette prétention : il admet qu'une autorisation doit être demandée et offre des assurances que le traité de 1878 sera scrupuleusement respecté à l'avenir<sup>3803</sup>. Par la suite, divers traités reprenant et précisant l'obligation d'autorisation et d'annonce furent conclus<sup>3804</sup>.

Lors de la conclusion du traité de 1779, il est pour le moins douteux que les Portugais aient en vue un droit de passage armé entre les enclaves. Ce n'est que peu à peu qu'ils agrandirent leurs revendications. S'il est correct de faire reposer la prétention au droit de passage dans le traité de 1779, cela ne signifie pas que ce traité *impliquait* nécessairement la revendication de ce droit en 1954. Cette logique est d'ailleurs démantelée par la Cour qui adopte une perspective d'incrémentation graduelle des droits et prétentions. La prétention *finale* sur le droit de passage offensif suppose la possession d'une série de droits au bénéfice

---

conséquence, les villages visés par la concession mahratte acquièrent le caractère d'enclaves portugaises en territoire indien ».

<sup>3798</sup> *Ibid.*

<sup>3799</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>3800</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>3801</sup> *Ibid.*

<sup>3802</sup> *Ibid.*

<sup>3803</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.

<sup>3804</sup> Traités de 1913 et Accord de 1940 : cf. *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 42-43.

du Portugal, et c'est ce que la Cour s'attache à examiner. La réalisation de chaque prétention est nécessaire pour formuler la prétention ultérieure : en ce sens les prétentions sont imbriquées les unes dans les autres, mais elles n'évoluent pas. Ce qui évolue, c'est le total des droits dont bénéficie le Portugal sur les enclaves.

d. *d. Arbitrage Aminoil*

(i) *Les faits*

Dans cet arbitrage de 1982, le *contrat* initial est conclu en 1948 entre l'entreprise américaine éponyme et le Koweït, il prévoit une concession d'une durée de 60 ans et le paiement d'une somme à l'État pour chaque tonne de pétrole extrait (« royalty »)<sup>3805</sup>. De manière remarquable, l'article 11 prévoyait un régime très restrictif d'abandon de la concession qui n'était établi qu'au profit de l'entreprise (la nationalisation n'est pas *prévue*)<sup>3806</sup>. Et l'article 17 énonçait une modification de l'accord tout aussi restreinte :

« No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company *except in the event of the Shaikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement* »<sup>3807</sup>.

L'article 17 empêche *en principe* une modification unilatérale de la concession, elle fut le point focal de l'arbitrage de 1982.

Malgré le texte *a priori* clair de l'article 17, les parties acceptèrent en 1961 une première modification sous la forme d'un accord supplémentaire (« Supplemental Agreement »). Les deux grands changements sont l'introduction de nouveaux motifs de mettre fin à la concession, cette fois-ci au profit du Koweït, et une répartition égale des bénéfices entre les parties<sup>3808</sup>. Bien que ce changement soit consenti par les deux parties, on voit mal en quoi il est profitable à *Aminoil* au sens de l'article 17.

<sup>3805</sup> Art. 1<sup>er</sup> et 2, lit. C de la concession de 1948, cf. *Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)*, Sentence du 24 mars 1982, § xxiv.

<sup>3806</sup> Les trois cas de l'article 11 sont : (a) failure by the Company to perform its obligations in respect of geological or geophysical exploration or drilling ; (b) failure by the Company to make any of the payments due ; and (c) default of the Company under the arbitration provisions of Article 18 (adaptation libre de la sentence, *ibid.*).

<sup>3807</sup> Art. 17 de la concession de 1948, *ibid.*, nos italiques.

<sup>3808</sup> Voy., respectivement, art. 7, lit. g et 11 du « Supplemental agreement » : *ibid.*, §§ xxxi et xxxiii.

En 1973, un nouvel accord fut négocié entre les parties, toujours peu profitable à *Aminoil* sous l'angle de l'article 17 de la Concession de 1948. En effet, l'accord de 1973 prévoyait une augmentation des *royalties* en faveur du Koweït<sup>3809</sup>. Le fond de l'accord n'était pas autrement modifié. Cet accord ne fut pas formellement ratifié par le pouvoir législatif koweïtien, *Aminoil* s'engagea tout de même à le mettre en œuvre<sup>3810</sup>. Au cours de l'année 1974, le gouvernement koweïtien changea *unilatéralement* le contenu de l'accord à soumettre au parlement, et exigea des paiements supplémentaires de l'entreprise<sup>3811</sup>. *Aminoil* mit en œuvre l'accord tel qu'il résultait des demandes unilatérales et supplémentaires de 1974. D'autres changements haussiers furent encore tentés par le Koweït dès 1974<sup>3812</sup>, mais des négociations s'engagèrent car *Aminoil* déclarait que « [a]pplication of such terms would put it at a loss on every barrel produced »<sup>3813</sup>.

Le Koweït mit alors fin à la concession en 1977 et expropria les installations<sup>3814</sup>. Ces faits sont à la racine de la sentence arbitrale. *Aminoil* contesta notamment l'expropriation, car contraire avec la « clause de stabilisation » de l'article 17.

Nous pouvons remarquer que les prétentions émanent toutes du Koweït et s'orientent dans une direction unique : s'assurer le plus grand contrôle possible sur la concession et les revenus générés. Cette prétention générale s'exprime ainsi à travers les nombreux changements apportés au régime de 1948 par les « amendements » de 1961 et 1973-1974.

## (ii) *La sentence*

Le tribunal devait se prononcer sur la validité des nombreuses modifications étaient valables. Le tribunal passe en revue les modifications informelles et unilatérales demandées par le Koweït entre 1973 et 1974<sup>3815</sup> et les réactions de l'entreprise :

« *Aminoil* consented promptly to several requests made by the Government. Instances already indicated above were the Government's October/November 1973 invitation to bring posted prices up to a

<sup>3809</sup> *Ibid.*, § xliv.

<sup>3810</sup> *Ibid.*, §§ xlviii et xlix.

<sup>3811</sup> *Ibid.*, §§ l et lvi.

<sup>3812</sup> Mise en œuvre de l'« Abu Dhabi formula ».

<sup>3813</sup> *Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)*, Sentence du 24 mars 1982, § liii.

<sup>3814</sup> *Ibid.*, § lxxv.

<sup>3815</sup> Avant la tentative d'imposer l'« Abu Dhabi formula » (*ibid.*, §§ 50 et s.).

specified level [...] The minatory tone of certain of the demands presented by the Government gives them occasionally the look of an order »<sup>3816</sup>.

Pour cette première série de demandes unilatérales, il est encore possible d'y voir un lien avec le cadre général de l'accord et de les rattacher à un résultat négocié et accepté par les parties.

Cependant, la sentence va plus loin et évoque des demandes plus exorbitantes, qui ne semblent absolument pas conformes à la logique de « bénéfice mutuel » et de « négociations consenties » devant présider à toutes modifications de l'accord selon l'article 17 :

« In the case of other demands not in themselves justified (for they were inconsistent with the relevant contracts), it was the consent given by Aminoil that conferred upon them their validity, whether this result is arrived at on the basis of the mutual conduct of the Parties as constituting an informal agreement, or whether – denying the existence of any contractual element – it is considered that the Company simply acquiesced in an unjustified compulsion. Whatever view is taken however, the content of the Company's obligations was to that extent modified »<sup>3817</sup>.

C'est sans surprise l'acquiescement qui est le vecteur de ces changements. Le recours à cet expédient évite de trop s'attarder sur la conformité des modifications avec le cadre conventionnel général (en particulier les articles 11 et 17 et les obligations financières réciproques).

### (iii) *Analyse juridique et interprétation de la sentence*

Pourquoi insistons-nous sur ces changements informels et les mises en œuvre par *Aminoil* des décisions prises par le Koweït sans consultations préalables ? Car le tribunal va y déceler une prétention plus grande du Koweït sous la forme de la modification du régime de l'article 17. Ainsi, chaque prétention possède deux faces : d'une part son but avoué et *exprès* (hausse des taux d'imposition, changements dans la répartition des bénéfices) et, d'autre part, un but *implicite* (par la hausse des taux en sa défaveur, *Aminoil* acquiesce à ce que l'article 17 soit modifié et minoré, que l'équilibre de cet article soit perturbé)<sup>3818</sup>.

<sup>3816</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>3817</sup> *Ibid.*, § 48, nos italiques.

<sup>3818</sup> Ces développements ne ressortent pas tels quels du texte de la sentence, ils y sont toutefois compatibles. Les arbitres ont construit la situation en passant par un autre biais. *Ibid.*, §§ 92 et s.

La question à résoudre était la possibilité d'expropriation au vu, notamment, des articles 11 et 17 de la Concession de 1948. Le texte de l'article 11 ne prévoyait pas l'expropriation et les modifications qui y avaient été apportées ne la mentionnaient pas non plus. Le tribunal ne s'attacha néanmoins pas à cette interprétation du texte :

« The case of nationalisation is certainly not expressly provided against by the stabilisation clauses of the Concession. But it is contended by Aminoil that notwithstanding this lacuna [sic!], the stabilisation clauses of the Concession (Articles 17 and revised 11) are cast in such absolute and all-embracing terms as to suffice in themselves – unconditionally and in all circumstances – for prohibiting nationalisation. *That is a possible interpretation on the purely formal plane; but, for the following reasons, it is not the one adopted by the Tribunal* »<sup>3819</sup>.

Quels sont les motifs qui permettent au tribunal de rejeter l'exclusion de la nationalisation/expropriation ?

Le tribunal arrive à cette conclusion et au verdict d'autorisation de la nationalisation en adoptant une vue d'ensemble de l'évolution des relations conventionnelles des parties ; les prétentions répétées du Koweït et acceptées par *Aminoil* ont eu de plus amples conséquences que des hausses ponctuelles d'impôts ou de la répartition des bénéfices :

« The contract of Concession has undergone great changes since 1948: changes conceded – *often unwillingly, but conceded nevertheless* – by the Company. These changes have not been the consequence of accidental or special factors, but rather of a profound and general transformation in the terms of oil concessions that occurred in the Middle-East, and later throughout the world. *These changes took place progressively, with an increasing acceleration, as from 1973. They were introduced into the contractual relations between the Government and Aminoil through the play of Article 9, or else as the result of at least tacit acceptances by the Company, which entered neither objections nor reservations in respect of them. These changes must not simply be viewed piece-meal, but on the basis of their total effect, – and they brought about a metamorphosis in the whole character of the Concession* »<sup>3820</sup>.

Nous avons précédemment indiqué que les circonstances éclairent la compréhension des prétentions, le tribunal indique que les prétentions du Koweït s'insèrent dans un ensemble plus large : ici la situation

<sup>3819</sup> *Ibid.*, § 94, nos italiques.

<sup>3820</sup> *Ibid.*, § 97, nos italiques. Nous sommes peu convaincus par le renvoi à l'article 9 qui consiste avant tout en une clause de la nation la plus favorisée (MFN, cf. § xxxiv pour le texte de l'article 9). Le tribunal insiste d'ailleurs sur les limites de cette clause : le changement n'est autorisé que par consentement mutuel (§§ 23 et 24).

géopolitique au Moyen-Orient. Ces circonstances, conjuguées aux acquiescements et acceptations de solutions défavorables par *Aminoil* donnent un des motifs au tribunal d'accepter que le principe de l'expropriation soit en accord avec les articles 11 et 17. Ce n'est d'ailleurs pas l'un ou l'autre article qui a changé, mais la nature globale de la concession, comme les dernières lignes du passage le soulignent. Le tribunal raisonne en termes « d'effet total »<sup>3821</sup> ou « additionné » des multiples prétentions.

L'évolution des prétentions s'est faite de manière *oblique* à travers les accords supplémentaires de 1961 et 1973 ainsi que les modifications unilatérales auxquelles l'entreprise a acquiescé. L'article 17 est ainsi modifié ou « désuet » : c'est avant tout au Koweït de décider des modifications à apporter au cadre des relations, peu importe que le changement soit mutuellement profitable. Les prétentions ont bien eu cet effet bicéphale de changer les points de détails *et* les règles sur la modification de l'accord, le tribunal l'admet en ces termes :

« The Tribunal wishes however to stress here that the case is no: one of a fundamental change of circumstances (rebus sic stantibus) within the meaning of Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *It is not a case of a change involving a departure from a contract, but of a change in the nature of the contract itself, brought about by time, and the acquiescence or conduct of the Parties* »<sup>3822</sup>.

L'article 17 n'aurait donc pas été violé par les actes du Koweït. L'acquiescement aux prétentions a permis cette modification fondamentale de la nature de la Concession de 1948 et l'abandon de la condition de procéder à des modifications qui ne soient opérées que dans l'« *interest of both parties* »<sup>3823</sup>. C'est en tout cas la conclusion à laquelle nous parvenons car nous ne voyons pas comment des modifications entraînant des pertes financières pour une partie pourraient être « mutuellement profitables »<sup>3824</sup>.

<sup>3821</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., p. 270.

<sup>3822</sup> *Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)*, Sentence du 24 mars 1982, § 101, nos italiques.

<sup>3823</sup> *Ibid.*, § xxiv.

<sup>3824</sup> Dans une situation de « vases communicants » entre l'intérêt financier de chaque partie, le profit de l'une résulte dans une perte de l'autre. L'impossibilité est quasi logique de construire une situation dans laquelle des taxes supplémentaires profiteraient à *Aminoil* (par hypothèse : les taxes seraient déductibles et permettraient une économie d'impôts ? La différence entre la charge résultant de la taxe et l'économie serait encore en défaveur de l'entreprise).

Quels sont les autres aspects et enseignements de cette affaire qui éclairent l'évolution d'une prétention ? En quoi les prétentions évoluent-elles ? *Aminoil* ressemble par certains côtés à l'affaire du *Droit de passage* : chronologiquement, chaque prétention individuelle bénéficie d'une acceptation dédiée<sup>3825</sup> (acquiescement ou consentement *simpliciter*). Néanmoins, c'est parce qu'un acquiescement « final » est en jeu que toute la chronologie est dévidée par le tribunal ; la question de l'expropriation exige une analyse suivie des prétentions (et de leurs réactions) jusqu'à la situation donnant lieu au différend. Le tribunal sélectionne, examine les prétentions pertinentes et cherche à découvrir si la solution (présence ou absence d'un acquiescement à la prétention finale) est *déjà* contenue en germe dans les prétentions antérieures. Le tribunal peut aussi rechercher si le fil des prétentions, pris *globalement*, indique une solution pour la prétention finale. C'est dans ce deuxième type de raisonnement que s'inscrit *Aminoil*<sup>3826</sup>.

La première prétention ne préfigure pas clairement la direction que prendront les prétentions successives. L'« Accord supplémentaire » de 1961 introduit de nouveaux motifs de cessation de la concession ainsi qu'une nouvelle répartition des bénéfices<sup>3827</sup>. De là à y voir un changement dans la nature de la concession, la déduction est peu évidente. À nouveau, c'est au prisme de la conclusion finale – *i.e.* l'autorisation de l'expropriation en dépit de la lettre du contrat – que la prétention initiale est lue. Et le tribunal y voit la première marque d'un changement dans l'attitude des parties vis-à-vis de la concession et des conditions pour la modifier. Le prérequis à l'admission d'une expropriation est cette modification, pas à pas, de la concession. L'accord de 1961 joue ce rôle de modification, mais pas de manière « logique » : n'importe quel « accord » ou modification dans les relations des parties aurait pu jouer ce rôle<sup>3828</sup>.

<sup>3825</sup> Les accords et amendements de 1961 et 1973-1974 dans la sentence *Aminoil* ; les acquiescements à la validité du traité de 1779, à la souveraineté portugaise sur les enclaves, puis la constitution d'une « coutume bilatérale » dans *Droit de passage*.

<sup>3826</sup> *Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)*, Sentence du 24 mars 1982, § 101 : « It is not a case of a change involving a departure from a contract, but of a change in the nature of the contract itself, brought about by time, and the acquiescence or conduct of the Parties ». Combinés, les accords de 1961, 1973-1974 et les multiples modifications de contrat possèdent cet effet.

<sup>3827</sup> Voy., respectivement, art. 7, lit. g et 11 du « Supplemental agreement » : *ibid.*, §§ xxxi et xxxiii.

<sup>3828</sup> L'accord de 1961 préfigure l'atteinte à l'équilibre et à la nature de la concession, mais un accord qui possède cet *effet de déséquilibre* aurait pu survenir en 1958 comme en 1964 et porter sur d'autres aspects de la relation contractuelle.



La prétention à l'expropriation est accueillie positivement, le tribunal admet cette possibilité sur la base des prétentions répétitivement admises par l'entreprise. Le droit d'exproprier (ultime prétention) n'est *pas analysé* en isolation. C'est le chapelet de prétentions qui, *globalement*, autorise l'expropriation. Cette solution suscite un certain malaise : dans les affaires vues jusqu'à maintenant, chaque acquiescement s'analyse individuellement, sans égard pour la situation juridique qui l'a fait naître. La sentence ne détermine pas un acquiescement *particulier* à l'expropriation. Toutes les prétentions ultérieures ayant été validées, cela laisserait-il supposer que l'expropriation<sup>3829</sup> serait accueillie favorablement ? Les faits démontrent l'inverse : *Aminoil* a protesté dès 1974 pour des changements de moindre ampleur qu'elle n'était plus en mesure de supporter<sup>3830</sup>, et, à partir de là, s'est opposée à l'expropriation décidée en 1977 en saisissant le tribunal<sup>3831</sup>.

Le tribunal est conscient de la faiblesse de son argumentation qui confine à instituer une présomption d'acquiescement pour l'avenir en raison des attitudes passées<sup>3832</sup>. La voie choisie est autre, l'article 17 de la Concession de 1948 a été affecté par un *changement dans la manière de modifier le contrat*, en raison des attermolements précédents, de ses acceptations à répétition de modifications lui étant défavorable, *Aminoil* a acquiescé à ce que le Koweït acquiert le contrôle des conditions de la Concession. Le « droit » de contrôler et de modifier la concession, qui était partagé au départ, est passé en mains du Koweït (transfert ou cession d'un droit). Le malaise que nous ressentions à voir l'acquiescement à l'expropriation être déduit d'attitudes passées est ainsi effacé. L'acquiescement porte non pas sur tel ou tel aspect spécifique de la concession, mais sur les modalités de sa modification, qui reviennent presque intégralement aux mains du Koweït.

<sup>3829</sup> Au même titre que n'importe quel changement modifiant l'équilibre de la concession.

<sup>3830</sup> « In acknowledging this the Company denied having received advice from the Government "either verbal or written" of the new terms, and indicated that *application of such terms would put it at a loss on every barrel produced* ». La situation prend place en 1974, suite aux nouvelles demandes du Koweït : *Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)*, Sentence du 24 mars 1982, § liii.

<sup>3831</sup> *Ibid.*, § lxv.

<sup>3832</sup> Par le même biais, un État qui aurait renoncé plusieurs fois à demander des réparations dans le cadre de la responsabilité internationale serait présumé renoncer à l'avenir pour chaque violation commise par *tel* État ou pour chaque violation de *telle* obligation internationale. Voy. art. 45 TCDI (Ch. 4.I.B.2.e).

Cette solution suscite un malaise différent, supplémentaire. Elle revient à admettre que l'acceptation répétée de prétentions par voie tacite a pour conséquence de pouvoir modifier la manière de modifier un accord. Ainsi, l'acquiescement, en plus d'avoir à chaque fois un objet particulier (article de l'accord modifié), vise à un infléchissement des « règles secondaires » relatives à l'accord lui-même<sup>3833</sup>. Cette solution doit rester extrêmement spécifique à l'arbitrage *Aminoil* : les circonstances et le comportement des parties autorisaient le tribunal à conclure à une modification de la nature même de la concession<sup>3834</sup>. Les parties n'étaient qu'au nombre de deux, il s'agissait d'un accord « contractuel » (par opposition aux traités-lois). Si nous insistons sur la spécificité d'*Aminoil*, c'est parce que nous sommes réticents à accorder à l'acquiescement un effet de création d'un droit d'amendement tacite d'un traité. La Charte de l'ONU a connu de multiples amendements « informels » alors même qu'elle prévoit une procédure à l'article 108 :

« Les amendements à la présente Charte entreront en vigueur pour tous les Membres des Nations Unies quand ils auront été adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée générale et ratifiés, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, par les deux tiers des Membres de l'Organisation, y compris tous les membres permanents du Conseil de sécurité ».

La procédure a été utilisée plusieurs fois<sup>3835</sup> ; ce qui indique que l'acquiescement n'a pas été le vecteur unique des modifications de la Charte (*supra*, Ch. 5.I.B.3.c.i).

En appliquant le raisonnement d'*Aminoil* à l'évolution subie par la Charte, la conclusion que l'article 108 CNU s'est modifié et autorise également les amendements par acquiescement s'imposerait. Toutefois, nous avons déjà rejeté cette manière de procéder pour les mêmes raisons qui nous ont fait douter de la pertinence

<sup>3833</sup> La ratification tacite offre un exemple analogue : l'exécution d'une prestation conventionnelle compte à la fois comme acquiescement à la prétention d'exécution et comme acquiescement à l'exécution du traité dans son entier, y compris ses dispositions formelles. Pour le cadre théorique de la ratification tacite, voy. : *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica (litige portant sur un recouvrement de crédit)*, Sentence arbitrale, 26 juin 1998, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXV, pp. 39-42, §§ 24-35.

<sup>3834</sup> La nationalisation/expropriation avait été débattue pendant les négociations. *Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)*, Sentence du 24 mars 1982, §§ 63-64. Toutefois, le contenu de ces négociations ne peut pas être valorisé : c'est précisément parce que les négociations ne sont pas censées influencer le résultat d'un arbitrage que les parties y sont plus libres d'y faire des propositions.

<sup>3835</sup> Les articles 23, 27, 61 et 109 ont été amendés.

du raisonnement d'*Aminoïl*. L'acquiescement est une institution à application unique ; à chaque fois qu'il a modifié un article de la Charte, c'est *cet* article spécifique qu'il visait (et non la procédure de modification elle-même).

La prochaine et dernière problématique est la notoriété de la prétention. Comme nous avons pu le constater à plusieurs reprises, il est ardu d'analyser la prétention en isolation, sans empiéter sur d'autres conditions de l'acquiescement. La *notoriété de la prétention* servira de pont avec les prochaines sections, dévolues à la condition plus large de la *connaissance*. Force est de constater que ces différentes thématiques s'emboîtent les unes dans les autres. Seule une prétention notoire peut donner lieu à un éventuel acquiescement, et la connaissance d'une telle prétention peut être reconstruite<sup>3836</sup> ou réelle. Ces développements recouvriront en partie des problèmes déjà abordés ou contenus en germe dans la présente section. En somme, tout l'acquiescement tient dans chacune de ces conditions. L'étude des conditions de l'acquiescement consiste à passer et repasser sur le déroulement de l'acquiescement en nous focalisant à chaque reprise sur un détail différent.

#### D. *La notoriété de la prétention*

Nous débiterons par des considérations générales sur la notoriété et ses liens avec la connaissance avant de passer à une présentation plus serrée de la notion elle-même et des distinctions qu'elle suscite.

##### 1. *Considérations générales*

###### a. *Hypothèse de départ*

*Seule une prétention notoire peut donner lieu à un éventuel acquiescement, et la connaissance d'une telle prétention peut être construite.* La notoriété apparaît comme un *caractère* de la prétention, le point de vue privilégié est celui de l'État qui la formule. La connaissance s'attache à la réception de la prétention dans le chef de l'État susceptible d'acquiescer, le point de vue *change* en conséquence. En spéculant sur les deux termes de *notoriété* et *connaissance*, une ligne de partage supplémentaire apparaît : la

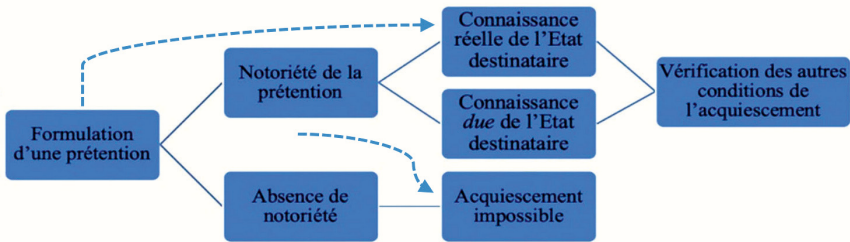
---

<sup>3836</sup> *Constructed knowledge.*

notoriété est *intrinsèque* à la prétention, elle est soit présente, soit absente, et ne dépend pas d'une réaction tierce. Le point de vue de l'État qui formule la prétention baisse alors en importance. La connaissance est, elle « subjective », car liée à la position de l'État destinataire. Elle est soit *réelle*, soit *exigible* de sa part en raison des circonstances.

b. *Chronologie et schéma*

La prétention est nécessairement antérieure à la connaissance. La situation pourrait être résumée ainsi :



Ce schéma n'a pas d'autre but que de donner une idée des liens entre connaissance et notoriété. L'absence de notoriété, en principe, n'autorise pas d'acquiescement ultérieur. *En principe*, car il n'est pas exclu que l'État destinataire d'une prétention qui ne satisfasse pas à la notoriété en prenne tout de même connaissance (connaissance *réelle*) et, par ses actes positifs<sup>3837</sup> ou ses déclarations, indique y acquiescer. En somme, quand le juge peut s'assurer de la connaissance réelle d'une prétention, le caractère notoire de la prétention est de moindre importance (symbolisé par la courbe pointillée sur le schéma, qui opère un raccourci entre prétention et connaissance réelle). Les attitudes et comportements des parties permettent de surseoir à un examen du caractère notoire.

Autre limite de ce schéma : une fois le caractère notoire de la prétention admise, nous n'avons énuméré que deux possibilités : la connaissance réelle et la connaissance due. Cela suppose qu'une prétention notoire sera forcément connue (réellement ou de manière construite). Tel n'est pourtant pas le cas, le caractère notoire de la prétention ne fait qu'entraîner une présomption de la connaissance. Il est théoriquement

<sup>3837</sup> L'absence de notoriété ne pourra par contre pas donner lieu à acquiescement en cas d'absence de réactions.

*possible* qu'une prétention notoire n'entraîne pas de connaissance, par exemple en raison de la position défavorable de l'État (« si loqui *potuisset* » ; cette possibilité est symbolisée par la seconde flèche, plus courte)<sup>3838</sup>. La boîte « notoriété de la prétention » peut donc déboucher sur un « acquiescement impossible ». Cette condition de la possibilité de réagir peut aussi être rejetée dans la dernière boîte, *i.e.* les autres conditions de l'acquiescement.

Ce schéma est surtout pertinent quand l'État destinataire reste passif face à la prétention. En demeurant passif, le tribunal et l'État auteur de la prétention *ignorent* s'il a connaissance de la prétention. Le critère de la notoriété de la prétention s'impose alors pour savoir si l'absence de réaction de l'État destinataire peut être valorisée comme une connaissance « construite », « *due* »<sup>3839</sup>, de la prétention. En cas d'absence de notoriété de la prétention, l'inaction ne nuira pas à l'État qui est resté passif. En cas de prétention notoire, l'absence de réaction ne pourra pas être érigée en excuse par l'État destinataire de la prétention. Le tribunal doit ensuite estimer si, au vu des circonstances, l'État auteur de la prétention pouvait s'attendre à ce que le destinataire prenne connaissance ou s'informe de la prétention (connaissance *due*).

En cas de réaction face à la prétention, le tribunal et l'État intéressé sont, en général, en mesure de savoir à *quoi* s'oppose la réaction, et la connaissance de la prétention est assurée<sup>3840</sup>. Nous n'analysons ici qu'une petite partie du déroulement chronologique de l'acquiescement<sup>3841</sup>.

<sup>3838</sup> L'acquiescement n'est possible que si l'État devait et pouvait parler (si loqui *debuisset* ac *potuisset*). Lorsqu'une prétention est formulée envers un État qui traverse une grave crise institutionnelle (sécession, renversement du gouvernement, CANI, etc.), ce dernier peut ne pas être en mesure de réagir malgré le caractère notoire de la prétention. Si les organes gouvernementaux changent constamment de composition et de cap politique, le suivi des relations extérieures est compromis, les ambassades ne peuvent plus faire remonter efficacement les informations vers la capitale. Voy. *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, 2021, CIJ, *Rec.* 2021, p. 236, § 79.

<sup>3839</sup> L'idée de la « *due knowledge* » rejoint celle de la « *due diligence* » : la situation est vue à travers une obligation de moyens. La question principale est celle de savoir si l'État « acquiesçant » était en mesure d'acquérir la connaissance. Le caractère notoire de la prétention joue alors le rôle de présomption de cette acquisition de la connaissance.

<sup>3840</sup> À défaut de son caractère notoire. Une prétention peut être « haussée » au caractère de connue en raison de la simple réaction de l'État qui s'estime lésé. Voy., par ex., le cas du timbre émis par la France qui faisait figurer l'île de Pâques dans la Polynésie française. Le Chili y réagit vivement alors même qu'on peut douter et de la formulation d'une prétention, et de son caractère notoire. Voy. CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 141.

<sup>3841</sup> La satisfaction des conditions ultérieures est symbolisée par la dernière boîte « vérification des autres conditions de l'acquiescement ».

## 2. *Notoriété et notification*

Passé cette « situation générale » permettant d'insérer le caractère notoire dans l'ensemble plus large de l'acquiescement et de la condition de la connaissance, il convient de s'intéresser à la notion elle-même. La « notoriété » d'une prétention englobe aussi le caractère « notoire » des faits qui peuvent provoquer un acquiescement. L'acte juridique unilatéral de notification est directement connecté à la notoriété. Le mécanisme au cœur de la notification s'articule autour de la volonté du notifiant de communiquer un objet de notification<sup>3842</sup>. L'objet de notification doit être possible, *i.e.* cela rejoint nos limitations précédentes relatives aux prétentions contraires au *ius cogens*. L'effet de la notification consiste en une obligation, à charge du destinataire, de se prononcer (ou de se « déterminer ») sur l'objet notifié, au risque<sup>3843</sup> pour lui que son silence soit converti en un acquiescement<sup>3844</sup>. L'obligation de se prononcer est liée à l'application de la bonne foi :

« Sul principio della buona fede è fondato anche il terzo effetto generale della notificazione : l'invito implicito al destinatario di far presente al notificante il suo modo di vedere circa l'oggetto notificato »<sup>3845</sup>.

L'État destinataire ne peut plus arguer de son ignorance ou du caractère jusque-là « caché » de la situation ainsi communiquée. C'est là aussi une marque de la notoriété : les comportements dissimulés, clandestins<sup>3846</sup>, effectués de manière ni ouverte, ni publique, ni officielle ne peuvent pas donner lieu à acquiescement<sup>3847</sup>. Cette condition du caractère public des actes entrepris est une lointaine réminiscence de la formule romaine « *nec vi, nec clam, nec precario* »<sup>3848</sup> codifiant la possession acquisitive adverse<sup>3849</sup>.

<sup>3842</sup> G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, *op. cit.*, pp. 20-24, § 5.

<sup>3843</sup> Lorsque la notification d'une situation est obligatoire (prévue par un traité), le silence vaut manifestation de consentement ; si elle est facultative, il n'existe qu'une présomption d'acquiescement en cas de silence : A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 515. Voy. aussi : P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>3844</sup> G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>3845</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>3846</sup> *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, p. 868/39.

<sup>3847</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, 2021, CLJ, *Rec.* 2021, p. 237, § 84.

<sup>3848</sup> A. X. FELLMETH et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, Oxford, OUP, 2009, p. 191 : « Neither by force, nor secretly, nor by entreaty », nos italiques.

<sup>3849</sup> L'adage couvre deux situations : « (1) *Adverse possession of property.* (2) *Peaceful occupation of territory obtained in a lawful manner without the use*

L'invitation du destinataire à se prononcer est une conséquence de la notification. Dès sa réception, il est créé dans le chef du destinataire une connaissance *officielle* de l'objet notifié<sup>3850</sup> :

« Lorsqu'il y a notification la question de la connaissance ne se pose plus. La notification formelle, qu'elle soit obligatoire ou facultative, sert alors de moyen de preuve de la connaissance »<sup>3851</sup>.

Au sujet de la création de la connaissance chez le destinataire, Cansacchi distingue deux situations : 1) l'objet est porté de manière consciente et volontaire à la connaissance du destinataire en cas de notification, alors que 2) la « notoriété de fait » est indépendante de la notification<sup>3852</sup>. Cette distinction implique des conséquences probatoires : 1) en cas de notification, la preuve est acquise. 2) Par contre, si la « communication » repose sur le caractère notoire d'un fait, l'interprète devra scruter cette notoriété, ou la déduire du comportement adopté par l'État destinataire<sup>3853</sup>. Ce qui va de soi grâce à la notification est équivoque dans l'acquiescement, c'est la raison pour laquelle la notoriété doit être définie. Raffinement supplémentaire chez Cansacchi, quand une situation est portée à la connaissance par une notification *sans* que l'émissaire ait eu la volonté de le faire, il s'agit d'une notification de « fait »<sup>3854</sup>. La connaissance ainsi créée n'a pas autant de valeur qu'une notification de « droit » et il ne pourra pas être tiré des conséquences abondantes d'une telle notification isolée<sup>3855</sup>.

### 3. *La notoriété : contours de la notion*

Au terme d'une analyse théorique détaillée, A. Marie parvient à une définition *négative* de la notoriété :

« Les véritables hypothèses de fait notoire sont celles où les parties n'auraient pas pu utilement – ou raisonnablement – contester l'existence d'un fait »<sup>3856</sup>.

---

*of force, fraud, or by gratuitous revocable loan by the owner or previous possessor* ». *Ibid.*, p. 224.

<sup>3850</sup> G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, op. cit., p. 255 (Ch. 9, § 48).

<sup>3851</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 68.

<sup>3852</sup> G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, op. cit., pp. 255-256.

<sup>3853</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>3854</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>3855</sup> Par ex., si l'État A notifie de manière officielle les plans d'un barrage au moyen d'une carte à l'État B, et que, ce faisant, la carte contient une frontière qui empiète sur le territoire de B, la notification « de droit » ne porte que sur le barrage. La notification « de fait » porte sur la (pseudo) revendication territoriale. Il s'agit de distinguer l'objet principal d'une notification des autres informations qui sont communiquées de manière involontaire.

<sup>3856</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 511, § 337. Ce passage est intégralement en italiques dans l'original.

Il nous faut préciser que l'auteur distingue l'*existence* d'un fait notoire de sa *qualification* de fait notoire<sup>3857</sup>. Pour ce qui nous intéresse, la partie congrue du raisonnement est ainsi rejetée sur la preuve de la notoriété du fait, qui diffère du simple constat de son existence :

« En définitive, la notoriété est entièrement dépendante de la valeur des moyens de preuve apportés par les parties, *i.e.* de leur aptitude à retranscrire fidèlement la réalité d'un fait »<sup>3858</sup>.

Lorsque les parties admettent des faits à l'instance, ou, plus simplement, ne les remettent pas en cause, ces derniers acquièrent la qualité de « faits notoires » selon Marie<sup>3859</sup>, pour qui les faits *intrinsèquement* notoires sont donc extrêmement rares<sup>3860</sup>.

La définition négative choisie est lourde de conséquences ; dans le cadre de l'acquiescement, pratiquement tous les comportements et la plupart des déclarations peuvent être prétendument ignorés et ne pas constituer un fait notoire<sup>3861</sup>. En somme, le caractère notoire ne dépend du fait lui-même que dans de rares cas, c'est sa réception par les parties qui est déterminante<sup>3862</sup>. Notre parti pris est différent, nous avons postulé que la notoriété s'analyse par rapport au fait lui-même, qu'elle est « objective », par opposition à la connaissance qui, elle, met en œuvre les mécanismes de la « due diligence » et de la reconstruction de la situation.

Nous persisterons dans cette voie et repoussons sur la connaissance l'examen des prises de position « subjectives » des parties<sup>3863</sup>. Selon Marie la ligne de partage qui se dessine est la suivante : seraient notoires

<sup>3857</sup> *Ibid.*, p. 512, § 338.

<sup>3858</sup> *Ibid.*, p. 516, § 339.

<sup>3859</sup> *Ibid.*, pp. 522-523, § 340.

<sup>3860</sup> *Ibid.*, p. 519, § 339 : « Les véritables faits notoires – *i.e.* ceux qui peuvent être admis sans avoir à être prouvés – doivent donc être très strictement retenus ». Plus loin, il écrit que « [l]e fait notoire est ainsi en réalité un fait non-contesté » car il s'agit d'un fait sur lequel les parties s'accordent.

<sup>3861</sup> Sous réserve d'une notification qui court-circuite la contestation du caractère notoire et connu du fait.

<sup>3862</sup> Ajoutons que l'analyse de la notoriété par A. Marie est complétée par la notion de connaissance (voy. A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 523, §§ 341 et s.). Nous avons au contraire choisi de distinguer, au moins en partie, notoriété et connaissance.

<sup>3863</sup> Tout en étant conscient des limites de cette distinction que nous nous imposons entre la notoriété et la connaissance vu que la jurisprudence télescope les deux notions. Nous maintenons cette distinction par curiosité et pour voir si des résultats intéressants s'en dégagent. La thèse de P. Martin-Bidou indique aussi l'obscurité du partage : *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 69-79. Les résultats sont les suivants : la distinction est



les faits dont l'existence ne peut pas être *utilement* ou *raisonnablement* contestée<sup>3864</sup>. Il y aurait donc des catégories de faits qui ne souffriraient pas d'être mis en cause. Ces développements nous suggèrent que la caractérisation de faits en notoires ou non ne s'opère pas sur un mode binaire. Il existerait plutôt trois « noyaux » de faits : 1) les faits notoires (catégorie restrictive), 2) les faits qui, sans être notoires au sens 1), peuvent parvenir à la connaissance de l'État adverse et, grâce à cette communication, devenir notoires, et 3) les faits non notoires (catégorie restrictive). Cette tripartition évite qu'un fait qui n'appartient pas à la première catégorie soit automatiquement catalogué comme non notoire. Dans le schéma précédent, la boîte « notoriété de la prétention » inclut les catégories 1) et 2). Les faits catégorisés en 2) seront en partie examinés dans la présente section, et théorisés à titre principal dans la section suivante sur la connaissance. Par « catégorie restrictive », nous indiquons que le raisonnement qui aboutit à colloquer des faits dans les catégories 1) ou 3) s'appuie sur une *exclusion* plutôt qu'une définition positive. Comme le soulignait Marie<sup>3865</sup> en ouverture de ce paragraphe, les faits notoires sont ceux qui *ne peuvent pas* être ignorés. De la même manière, les faits qui ne sont pas notoires (3) sont ceux qui ne peuvent pas satisfaire aux conditions des catégories 1) ou 2) en raison d'une déficience intrinsèque (clandestinité ou caractère purement interne à l'État).

---

valable, elle démontre sa pertinence dans l'affaire du *Désarmement nucléaire*. La CIJ aurait pu se contenter de rejeter le caractère notoire de la prétention des îles Marshall à l'existence d'un différend plutôt que de faire appel à la (nouvelle dans ce cadre) condition de la connaissance de l'existence d'un différend : *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 833. Connaissance et notoriété se focalisent respectivement sur le point de vue de l'État victime de l'acquiescement ou au bénéfice de celui-ci. De plus, examiner chronologiquement la notoriété, puis la connaissance permet de faire échouer l'acquiescement en raison de la clandestinité des actes (*cf.* Ch. 5.III.D.3.d).

<sup>3864</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 510-511, § 337.

<sup>3865</sup> *Ibid.*, pp. 510-511, § 337.

a. *Le flottement entre les catégories 1 et 2 : illustration jurisprudentielle*

L'affaire des *Pêcheries* offre des points de réflexion utiles. Bien que la jurisprudence n'opère pas de manière stricte la distinction entre la notoriété et la connaissance acquise, le terme apparaît parfois :

« La Cour constate qu'à l'égard d'une situation qui ne pouvait manquer de se fortifier d'année en année, le Gouvernement du Royaume-Uni s'est abstenu de formuler des réserves. *La notoriété des faits*, la tolérance générale de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la mer du Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas à la Norvège d'opposer son système au Royaume-Uni »<sup>3866</sup>.

Ici, la notoriété s'intègre dans la consolidation historique de titres (processus qui repose lui-même sur l'acquiescement). Quels sont les faits en question ? Il s'agit des décrets successifs pris par la Norvège au sujet de sa délimitation ainsi que des captures des chalutiers britanniques<sup>3867</sup>.

Dans quelle catégorie de notoriété ces faits s'insèrent-ils (1 ; ou 2) ? Nous notons que la Cour aboutit au caractère notoire des faits et, ce malgré la *contestation* du Royaume-Uni à ce sujet :

« Le Gouvernement du Royaume-Uni a fait valoir que le système de délimitation norvégien ne lui était pas connu et qu'il manquait ainsi de la notoriété requise pour fonder un titre historique qui lui soit opposable »<sup>3868</sup>.

C'est l'absence de connaissance réelle qui est alléguée par les Britanniques. En reprenant notre schéma inaugural, nous constatons que si la connaissance n'est pas réelle<sup>3869</sup>, elle est nécessairement « *due* » ou « reconstruite » pour pouvoir donner lieu à un acquiescement et cette connaissance s'appuie, en amont, sur une prétention notoire.

<sup>3866</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 139.

<sup>3867</sup> Cf. *supra*, notre tableau récapitulatif des prétentions norvégiennes : Ch. 5.III.C.2.a.

<sup>3868</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 138-139.

<sup>3869</sup> L'argument de l'ignorance pouvait bien être un mensonge, nous ne nous engagerons pas dans cette voie pour plusieurs raisons. Tout d'abord parce que la bonne foi des États est présumée : il faudrait être en mesure de prouver une connaissance *réelle*, et ce en l'absence d'une notification formelle des décrets norvégiens. En second lieu, peu importe que la connaissance soit réelle ou « due », les conséquences sont identiques.

La publication des décrets et la capture de navires britanniques plaident pour la catégorie des faits notoires « en soi » (1). Une publication de loi ne peut pas être contestée, ni un arraisonnement qui donne lieu à des poursuites en justice en Norvège. S'il est certain que ces faits se sont produits, il est par contre contestable qu'ils aient été portés à la connaissance du Royaume-Uni. D'autres passages de la décision plaident pour une catégorie du deuxième type : sans être notoires en eux-mêmes, ces faits le deviennent car ils ne pouvaient être ignorés en raison de la position de l'État dans la mer du Nord et de son intérêt pour la pêche.

Certains faits sont ambivalents quant à la catégorie qui devrait leur être attribuée. Ainsi, la comparaison de l'attitude britannique avec la *diligence* dont la France<sup>3870</sup> a fait preuve peut aussi bien ressortir des faits notoires en eux-mêmes (1) que des faits qui ne peuvent être ignorés par le Royaume-Uni (2). Si la France a réagi, c'est qu'il s'agissait de décrets connus, remarquables, et incontournables dans l'atmosphère diplomatique de l'époque au sens de (1). Mais il est tout aussi soutenable que la CIJ se soit servie de l'attitude de la France afin de démontrer que n'importe quel État faisant preuve d'un minimum de vigilance était en mesure de connaître l'existence des décrets et d'y réagir (c'est alors la catégorie 2 qui s'impose). La référence à « la tolérance de la communauté internationale »<sup>3871</sup> vis-à-vis du système norvégien suscite les mêmes nuances. La prise en compte et valorisation de cette tolérance peut reposer sur la notoriété intrinsèque du système (argument favorable à 1)<sup>3872</sup>. Ou alors l'ensemble de la communauté est en mesure de connaître le système norvégien (comme la France) et choisit de ne pas le contester (argument favorable à 2).

À ces tentatives de catégoriser les faits comme notoires (1) ou comme « devenant notoire » en raison des circonstances (2), s'ajoutent des considérations de technique juridique. Tout d'abord l'acquiescement procède d'une accumulation d'indices, d'un faisceau convergent : le tribunal considère une multiplicité de facteurs<sup>3873</sup>. Ensuite, un principe général

<sup>3870</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 135-136.

<sup>3871</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>3872</sup> En p. 138, on lit que « [l]a tolérance générale des États étrangers à l'égard de la pratique norvégienne est un fait incontesté » (*ibid.*).

<sup>3873</sup> C'est après l'énumération de la tolérance, de la prolongation de la situation, de l'intérêt du Royaume-Uni que la Cour conclut que le système norvégien a bénéficié d'un acquiescement : *ibid.*, p. 139.

d'économie d'énergie commande au tribunal de sélectionner les faits qui peuvent être prouvés au moyen des procédures les moins coûteuses en termes de raisonnement juridique. Il est dès lors plus simple pour une cour de s'attacher à la catégorie (2) plutôt qu'à la (1). La notoriété tirée de la comparaison avec l'attitude d'un autre État ou déduite des circonstances (2) est plus aisée à prouver que le caractère intrinsèquement notoire d'une prétention (1).

Il se dessine une aversion de la jurisprudence pour la catégorie des faits notoires en eux-mêmes, aversion dont écope également la « connaissance réelle » qui serait acquise sans notification préalable. La connaissance « due » peut se construire sur la base d'une absence de réaction, de faits de la catégorie (2), tandis que la connaissance réelle ne peut être établie de manière irréfragable qu'au stade des échanges explicites entre États. Dans l'affaire des *Pêcheries*, ces échanges n'interviennent qu'à la fin de la ligne d'acquiescement, c'est-à-dire en 1933 au plus tôt<sup>3874</sup>, lorsque le différend se cristallise. Encore une fois, les divers éléments qui composent l'acquiescement se chevauchent et s'emboîtent les uns dans les autres, chaque strate de l'acquiescement foisonne de significations.

Les faits de type (1) et (2) peuvent prendre aussi bien place sur le plan international général que sur le plan purement bilatéral des relations entre les parties. Les faits internationaux devraient avoir plus de probabilité de s'insérer dans la première catégorie en raison de leur indépendance de la relation bilatérale propre à l'acquiescement. Il existe toutefois des faits qui interviennent presque exclusivement entre les parties et qui sont immédiatement notoires (type 1). En matière territoriale, il s'agit de la construction et de l'exploitation d'ouvrages sur le territoire contesté.

#### b. *Les faits intrinsèquement notoires (1)*

Dans l'affaire de l'île de *Pedra Branca* opposant la Malaisie à Singapour, la question des phares est examinée à diverses époques. Pour la période entre 1852 et 1952<sup>3875</sup>, la Cour indique :

« À l'appui de son affirmation selon laquelle elle aurait exercé une autorité étatique et souveraine continue sur *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, Singapour fait état de la législation visant expressément l'île et promulguée par elle-même et ses prédécesseurs. Cette législation

<sup>3874</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>3875</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 65, § 164.

régissait la prise en charge des coûts d'installation et d'exploitation du phare, son administration par divers organes gouvernementaux ainsi que les activités des personnes résidant, séjournant et travaillant sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. *Il s'agissait de mesures notoires qui ne suscitèrent aucune protestation de la part de la Malaisie* »<sup>3876</sup>.

La Malaisie était en droit de ne pas réagir car il s'agissait d'une gestion qui n'emportait pas automatiquement revendication de souveraineté (le cadre juridique spécifique de la gestion des phares commandait cette solution)<sup>3877</sup>. La CIJ ne conclut pas, à ce stade, à un acquiescement de la Malaisie<sup>3878</sup>. L'exploitation par Singapour n'est pas contestée (elle est *notoire*) mais c'est la *valeur* de cette exploitation (à titre de souverain *vs* en application de règlements) qui est débattue par les deux États.

Dans un second temps, l'exploitation du phare est examinée pour la période entre 1953 et 1980 (date de cristallisation du différend)<sup>3879</sup>. Singapour continue d'exploiter le phare et en réglemente étroitement l'accès : des autorisations sont délivrées lorsque des officiels Malaisiens désirent se rendre sur l'île<sup>3880</sup>, des membres du service géographique malaisien sont « renvoyés poliment » par le gardien du phare car ils ne détenaient pas les laissez-passer nécessaires<sup>3881</sup>. Globalement, la prétention de Singapour s'est *accrue* et elle est *notoire* (1). Il ne s'agit pas d'un cas où la prétention devient *notoire* en raison d'une obligation de s'informer de la Malaisie (2). Les interactions répétées entre les deux États démontrent que la Malaisie était au fait de l'extension de la revendication. La Cour conclut :

« [I]l convient de considérer ce comportement de Singapour comme un comportement à titre de souverain. [...] Le comportement de Singapour consistant à assujettir ces visites à son autorisation étaye de façon appréciable sa revendication de souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh »<sup>3882</sup>.

<sup>3876</sup> *Ibid.*, p. 67, § 168, nos italiques.

<sup>3877</sup> *Ibid.*, p. 67, § 169.

<sup>3878</sup> *Ibid.*, pp. 67-68, § 172 : « Dans l'ensemble, la Cour n'estime pas que ces textes législatifs démontrent la souveraineté britannique sur les régions où ils s'appliquent ». La Cour ne parvient pas à une conclusion au sujet de l'île en 1952 : *ibid.*, p. 70, § 180.

<sup>3879</sup> *Ibid.*, p. 28, § 34.

<sup>3880</sup> *Ibid.*, p. 84, § 237.

<sup>3881</sup> *Ibid.*, p. 84, § 238.

<sup>3882</sup> *Ibid.*, p. 85, § 239.

Des prétentions peuvent être notoires (1) et induire une connaissance réelle sans qu'il soit nécessaire d'exiger une notification formelle. La proximité des territoires<sup>3883</sup>, l'évidence de la construction et de l'exploitation d'un ouvrage justifient cette solution : un État « sait » et « voit » ce qui se passe sous son nez. Les territoires lointains et hostiles obéissent à une autre logique<sup>3884</sup>.

L'affaire des *Grisbadarna* s'inscrit dans une veine similaire : la Suède avait procédé à des installations incontournables proches de formations maritimes (balisage et installation d'un bateau-phare)<sup>3885</sup>. Par suite, la Norvège ne pouvait pas être autrement qu'en mesure de connaître les activités ainsi que la prétention qu'elles portaient.

Dans le *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua à la Colombie, cette dernière fait valoir une longue série d'effectivités, parmi laquelle figure la catégorie des « travaux publics » :

« À compter de 1946, la Colombie s'occupa de l'entretien de phares situés sur Alburquerque et les cayes de l'Est-Sud-Est (Bolívar Cay). En 1963, la marine colombienne prit des mesures afin d'assurer l'entretien du phare érigé sur les cayes de l'Est-Sud-Est et, en 1968, elle prit des mesures additionnelles d'inspection et d'entretien du phare des cayes de l'Est-Sud-Est ainsi que de ceux érigés sur Quitasueño, Serrana et Roncador »<sup>3886</sup>.

La date critique est fixée en 1969<sup>3887</sup> mais les effectivités se sont poursuivies<sup>3888</sup>. Les formations maritimes furent attribuées à la Colombie<sup>3889</sup> ; la prétention était notoire pour le Nicaragua (1), d'autant plus que cet État était bien plus proche des « cayes » que son homologue<sup>3890</sup>. Les exemples de ce genre pourraient être

<sup>3883</sup> L'île de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh se situe à 14 km de la côte malaisienne et à 42 km du plus proche rivage singapourien.

<sup>3884</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 46. Dans *Clipperton*, l'arbitre considéra que l'île demeurerait sous souveraineté française malgré son inoccupation et les prétentions du Mexique (*Île de Clipperton (Mexique c. France)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1108 et 1111).

<sup>3885</sup> *Grisbadarna*, Sentence, 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 161-162.

<sup>3886</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 656.

<sup>3887</sup> *Ibid.*, p. 653, § 71.

<sup>3888</sup> *Ibid.*, p. 657, § 83.

<sup>3889</sup> *Ibid.*, p. 662, § 103.

<sup>3890</sup> Cartes en pp. 663, 687, 701 et 711 (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*).

multipliés ; l'affaire des *Minquiers et Ecréhous* met également la Cour aux prises avec des constructions effectuées sur des îles proches du rivage de l'État acquiesçant<sup>3891</sup>.

Ce qui est visible pour l'œil humain peut aisément être converti en prétention notoire. L'évidence factuelle s'accompagne dans ces cas de constructions d'une prétention incontournable et notoire. Il n'est dès lors pas nécessaire de faire appel à une notoriété de « type 2 » basée sur la diligence dont aurait dû faire preuve l'État acquiesçant. Nous pouvons d'ailleurs remarquer les positions des États acquiesçants ne s'attaquent pas aux constructions (phares, maisons, installations maritimes) sous l'angle de la notoriété, mais sous l'angle de la prétention juridique qu'elles portent : l'argumentation consiste à rétrograder la prétention d'une revendication de souveraineté à la simple administration d'une ressource ou d'une installation. Par hypothèse, le critère de la « visibilité » de la prétention pour déterminer son caractère notoire pourrait être étendu aux *conséquences* d'une construction (cette dernière restant invisible ou inconnue)<sup>3892</sup>.

c. *Les faits devenant notoires (2) : renvoi à la connaissance présumée*

Nous n'allons pas développer ce type de prétentions notoires (notoriété « construite » ou « due »). Ce choix s'explique par le mode d'établissement de la notoriété pour ces prétentions : le tribunal utilise le critère « objectif » de la prétention à *connaître*. C'est-à-dire que la notoriété est appréciée en fonction du comportement d'un État de bonne foi placé dans la même situation. Ce type d'examen rejoint celui de la connaissance « construite » (*constructive knowledge*). Du point de vue de la chronologie d'une prétention, les prétentions notoires de type 2 débouchent souvent sur une connaissance « due ». Dans notre schéma, cela correspond aux étapes successives « notoriété de la prétention » et « connaissance

<sup>3891</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec.* 1953, p. 69 not.

<sup>3892</sup> Par ex. en cas de diminution drastique du débit d'un fleuve en raison de la construction d'un barrage (en lui-même invisible pour l'État en aval). La prétention serait notoire car l'État constate immédiatement la différence de débit. Nous atteignons avec cet exemple la limite de ce que la catégorie de type 1 peut inclure. Les États réagissent parfois déjà au stade préparatoire du projet, voy. *Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga (Pakistan c. Inde)*, Sentence partielle, 18 février 2013, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 111, §§ 140 et s.

*due* de l'État destinataire » ; cette succession est un découpage artificiel car c'est la plupart du temps par un examen unique que la notoriété de la prétention et sa connaissance « due » sont établies. Cet examen unique correspond à une spécialisation du critère général de la diligence requise (connaissance due, *constructive knowledge*) et sera traité dans la partie Ch. 5.IV.

d. *Les faits non notoires (3) : la clandestinité*

(i) *Dans le cadre territorial*

Les différends territoriaux exigent un exercice « public » de la souveraineté (voy. notamment l'île de Palmas<sup>3893</sup>). Cette exigence ne s'est pas démentie :

« Ainsi, il est établi que, pendant de nombreuses décennies, la Colombie a agi de manière constante et cohérente à titre de souverain à l'égard des formations maritimes en cause. Elle a exercé *publiquement* son autorité souveraine [...] »<sup>3894</sup>.

Le caractère « public » relève de l'appareil théorique des différends territoriaux, mais nous l'avons utilisé de manière positive pour approcher les prétentions notoires (type 1 ; les constructions témoignent ostensiblement d'une prétention). Dorénavant, nous utiliserons ce même critère dans une dimension négative, afin de caractériser les prétentions non notoires (type 3 ; cf. au début de cette section, nous sommes dans la boîte « absence de notoriété »). Les prétentions de ce type ne peuvent pas satisfaire aux conditions des catégories 1) ou 2) en raison d'une déficience intrinsèque.

Dans l'arbitrage de *Clipperton* la France avait établi sa souveraineté sur l'île et notifié la nouvelle au moyen d'une très discrète notification parue dans « The Polynesian », publié à Honolulu<sup>3895</sup>. Cette discrétion fut doublée d'une carence d'actes publics :

« Jusqu'à la fin de 1887, on ne peut se souvenir d'aucun acte positif et apparent de souveraineté ni de la part de la France, ni de la part d'autres Puissances. L'île resta sans population, au moins stable, et aucune administration n'y fut organisée »<sup>3896</sup>.

<sup>3893</sup> *The Island of Palmas Case (or Miangas)*, United States of America v. The Netherlands, CPA, Sentence du 4 avril 1928, p. 39.

<sup>3894</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, Rec. 2012, p. 657, § 84. Voy. aussi en p. 653, § 74.

<sup>3895</sup> *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1108 et s.

<sup>3896</sup> *Ibid.*, p. 1108.



Le Mexique contestait alors que la France ait effectivement pris possession de l'île et soit parvenue à y établir sa souveraineté<sup>3897</sup>. La question de la clandestinité de l'appropriation n'apparaît pas *expressis verbis* mais elle est consubstantielle au différend.

L'arbitre considéra que, au vu du caractère hostile de l'île et de l'absence d'une meilleure prétention adverse, la France avait valablement établi sa souveraineté. La notification et le caractère « ouvert » de l'opération avaient été satisfaits à suffisance par la publication dans « The Polynesian » :

« Il y a lieu d'estimer que la notoriété donnée d'une façon quelconque à l'acte suffisait alors et que la France a provoqué cette notoriété en publiant l'acte même de la manière sus-indiquée »<sup>3898</sup>.

Dans cette optique, la notification évolue de manière parallèle au territoire considéré : pour un territoire de moindre importance, une « auto-notification » suffit. La France échappe ainsi de peu à voir sa souveraineté niée en raison de son caractère clandestin.

La « clandestinité » apparaît en filigrane de l'affaire des *Parcelles frontalières* – plus précisément, il y a une dissonance entre la position des plus hautes autorités (qui négocient un traité) et le comportement des fonctionnaires subalternes (qui accomplissent des actes à valeur de souveraineté sur le territoire litigieux)<sup>3899</sup>. La règle est de préférer la position et les déclarations officielles de l'État, ce qui, par contrecoup, rejette le comportement des fonctionnaires dans la clandestinité<sup>3900</sup>. Nous nous contentons ici de signaler des liens possibles entre les comportements contradictoires et l'absence de notoriété d'une prétention. De toute manière l'État ne peut exprimer deux opinions simultanément, il faut donc privilégier une prétention, et c'est en général celle des autorités les plus officielles qui est favorisée.

L'affaire nous fournit tout de même quelques points d'appui pour la clandestinité/absence de notoriété d'une prétention. Les actes dont les Pays-Bas tentaient de se prévaloir afin d'étendre

<sup>3897</sup> *Ibid.*, p. 1110.

<sup>3898</sup> *Ibid.*

<sup>3899</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, pp. 227-230.

<sup>3900</sup> *Cf. supra*, Ch. 5.I.A.3 et 5 (« Les fonctionnaires » ; « La primauté du sommet de l'État sur sa base en cas de comportements contradictoires »).

leur souveraineté sur le territoire belge étaient essentiellement de nature administrative, c'est-à-dire qu'ils bénéficiaient de peu de « publicité »<sup>3901</sup>. La Belgique avance ainsi qu'elle ignorait ces actes :

« La réponse de la Belgique est que ce pays *ignorait absolument* que cet impôt fût perçu [...] »

Le Gouvernement belge déclare que le fait que ce terrain comprenait une partie des parcelles litigieuses *a échappé à sa connaissance* »<sup>3902</sup>.

Cette défense peut paraître surprenante : nous sommes pourtant en présence d'actes et d'une prétention que le Gouvernement ne pouvait pas légitimement ignorer en fournissant un minimum d'efforts (2).

Toutefois, la Cour catégorise la situation comme relevant du type 3 :

« 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 »<sup>3903</sup>.

Comme les « actes de souveraineté » avaient été accomplis par des fonctionnaires en se fiant aux inscriptions portées au cadastre, il s'agit d'une *exécution* de directives de leur part plutôt que d'une véritable *initiative*, qui, elle, pourrait bénéficier de plus de crédit auprès de la Cour. L'ignorance se convertit en absence de notoriété des actes accomplis.

Pour notre propos, il s'agissait de lier la clandestinité à l'absence de notoriété d'une prétention (3). Ce faisant, il apparaît que des actes administratifs et habituels accomplis de manière mécanique peuvent être considérés comme non notoires.

<sup>3901</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CLJ, *Rec. 1959*, pp. 228-229 : l'arrêt évoque le cadastre, le registre communal d'état civil, l'impôt foncier, un procès, la vente d'immeubles et l'octroi d'une concession ferroviaire.

<sup>3902</sup> *Ibid.*, pp. 228-229, nos italiques.

<sup>3903</sup> *Ibid.*, p. 229.

(ii) *En général*

La clandestinité peut opérer en dehors du cadre territorial et constituer une déficience intrinsèque de la prétention, l'empêchant ainsi de se classer en type (1) ou (2). L'affaire du *Désarmement nucléaire* de 2016 s'inscrit dans cette veine<sup>3904</sup>. La question de la notoriété de la prétention est ici liée à *l'existence d'un différend* entre les Îles Marshall et le Royaume-Uni<sup>3905</sup> :

« Les Îles Marshall n'ont pas établi qu'il existait, au moment du dépôt de la requête, un différend justiciable entre les Parties le mettant en cause au motif qu'il n'aurait pas poursuivi de bonne foi des négociations concernant la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et le désarmement nucléaire »<sup>3906</sup>.

Selon les Îles Marshall, l'existence d'un différend découlait des positions antagonistes prises par les deux États au sein de forums internationaux<sup>3907</sup>. Le Royaume-Uni niait l'existence du différend en raison de leur *ignorance* quant à la prétention des Îles Marshall<sup>3908</sup>.

La CIJ débute par (ré)affirmer qu'un différend ne nécessite pas de notification formelle : les faits peuvent témoigner à suffisance d'une divergence de vues des parties<sup>3909</sup>. La Cour s'intéresse aux positions des deux États dans les forums internationaux et détermine si leurs comportements respectifs suffisent à faire apparaître une prétention (Îles Marshall) et une opposition (Royaume-Uni)<sup>3910</sup>. Nous ne nous focaliserons que sur les arguments et considérations qui font apparaître la clandestinité de la prétention. L'absence de notoriété de la prétention des Îles Marshall se base – entre autres – sur une *déduction négative* dans l'arrêt de la Cour. Après avoir passé en revue les auteurs et le contenu des « prétentions » formulées par les Îles Marshall lors de forums internationaux<sup>3911</sup>, la Cour arrive à la conclusion que :

« Dans ces circonstances, l'on ne saurait affirmer, sur la base de ces déclarations – prises individuellement ou dans leur ensemble –, que le Royaume-Uni avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que les Îles Marshall alléguaient qu'il manquait à ses obligations »<sup>3912</sup>.

<sup>3904</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 833.

<sup>3905</sup> La présence d'un différend est une condition à la compétence de la CIJ : cf. art. 38, § 1 SCIJ dans le Chapitre II du Statut et *ibid.*, p. 841, § 14.

<sup>3906</sup> *Ibid.*, p. 845, § 23.

<sup>3907</sup> *Ibid.*, p. 848, § 33.

<sup>3908</sup> *Ibid.*, p. 847, § 29.

<sup>3909</sup> *Ibid.*, p. 850, §§ 40-41.

<sup>3910</sup> *Ibid.*, p. 852, § 46.

<sup>3911</sup> *Ibid.*, pp. 853-854, §§ 49-50.

<sup>3912</sup> *Ibid.*, p. 854, § 52.

En somme, l'allégation/prétention est demeurée inconnue (3) car elle ne peut pas être cataloguée en type (1) ou (2).

Pour arriver à ce constat, la Cour a identifié les caractéristiques de la « prétention » qui la font basculer dans la clandestinité. La déclaration de 2013 des Îles Marshall devant l'AG était trop imprécise : elle ne s'adressait pas directement aux États contre lesquels les instances seront introduites et consistait en une *exhortation* ou un encouragement à respecter leurs obligations plutôt qu'en la condamnation d'un manquement<sup>3913</sup>. C'est en 2014 qu'une déclaration précise est émise : « les États possédant un arsenal nucléaire ne respectent pas leurs obligations » au regard de l'article VI du TNP et du droit international coutumier<sup>3914</sup>. Cette déclaration demeure trop générique, la conférence n'était pas consacrée qu'au désarmement et, surtout, le Royaume-Uni n'était pas présent à ce forum :

« Ladite déclaration, étant donné son contenu très général et le contexte dans lequel elle a été faite, n'appelait pas de réaction particulière de la part du Royaume-Uni. Aucune divergence de vues ne peut donc être déduite de cette absence de réaction »<sup>3915</sup>.

La prétention à l'existence d'un différend existait certainement dans le « for intérieur » des Îles Marshall, mais elle n'a été qu'insuffisamment extériorisée, elle n'atteint pas le seuil du type 2, et encore moins du type 3. C'est en ce sens que la prétention est dénuée de notoriété, car trop clandestine<sup>3916</sup>.

Les Îles Marshall tentèrent de prouver la notoriété de la prétention en se basant sur la divergence de votes avec le Royaume-Uni au sein de divers forums internationaux<sup>3917</sup>. La Cour rejette cette argumentation, les votes des deux États sont jugés insuffisants pour établir l'existence d'un différend en raison de l'obscurité qui entoure les *motifs* du vote<sup>3918</sup>. En dernier lieu, la demanderesse alléguait que le *comportement* du Royaume-Uni témoignait de son refus de se plier aux obligations de

<sup>3913</sup> *Ibid.*, p. 853, § 49.

<sup>3914</sup> *Ibid.*, pp. 853-854, § 50.

<sup>3915</sup> *Ibid.*, p. 854, § 50.

<sup>3916</sup> Pour rappel, nous nous situons dans la boîte « Absence de notoriété » du schéma initial de cette section (D.1.b).

<sup>3917</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 855, § 55

<sup>3918</sup> *Ibid.*, p. 855, § 56.

désarmement nucléaire. Pour admettre cet argument, il fallait que la Cour puisse constater que le défendeur était en mesure de connaître la prétention :

« Sur la base de telles déclarations [faites par les Îles Marshall au sein de forums internationaux], l'on ne saurait affirmer que [le Royaume-Uni] avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que les Îles Marshall alléguaient qu'il manquait à ses obligations » <sup>3919</sup>.

La Cour confirme la logique négative employée plus tôt dans son arrêt <sup>3920</sup>, la prétention est de « type 3 » car, bien qu'existante et affirmée, elle ne possède pas la notoriété suffisante afin de déclencher une connaissance réelle ou construite du Royaume-Uni.

(iii) *Les documents internes et l'absence de notoriété*

Parmi les prétentions insuffisamment notoires, il existe d'autres cas, encore plus extrêmes, dans lesquels un État garde trop la prétention dans son for intérieur. Cette dernière catégorie du « type 3 » s'applique aux documents et attitudes internes à l'État. Cette catégorie est différente de la clandestinité : les actes clandestins existent sur le plan international et peuvent être découverts (par hasard ; grâce à une surveillance accrue). Les documents purement internes existent, mais ne sont pas destinés à être communiqués et ne peuvent pas être découverts de manière fortuite. L'absence de notoriété est alors *patente*.

L'existence de ce type de prétention « dissimulée », n'est dévoilée que de manière indirecte, parfois aussi tard que lors des audiences. Dans *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, la Malaisie avait dépêché deux de ses agents sur l'île pour y mener des travaux de cartographie, le gardien singapourien du phare les avait renvoyés car ils ne disposaient pas des laissez-passer nécessaires <sup>3921</sup>. En 1978, le renvoi ne suscita pas de protestation publique <sup>3922</sup>. Cependant, et suite à cette expulsion :

« Le conseiller du haut commissariat de Singapour en Malaisie informa son ministère qu'un secrétaire adjoint principal du ministère malaisien des affaires étrangères lui avait fait savoir que le Gouvernement malaisien était "quelque peu contrarié" par certaines mesures prises par

<sup>3919</sup> *Ibid.*, p. 856, § 57.

<sup>3920</sup> Cf. *supra* et *ibid.*, p. 854, § 52.

<sup>3921</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 84, § 238.

<sup>3922</sup> *Ibid.*

Singapour [...] Le représentant malaisien informa son homologue que son gouvernement formulerait une revendication officielle de souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh »<sup>3923</sup>.

Les revendications officielles et publiques seront formulées en 1980<sup>3924</sup>, et précipiteront la cristallisation du différend. Est-ce que les échanges entre les deux fonctionnaires constituent également une protestation officielle ?

Cette solution ne doit pas être retenue. En 1978, la Malaisie a sciemment choisi de ne pas protester alors qu'elle était au courant des événements survenus sur l'île (*loqui debuisset*) et qu'elle était en mesure de s'élever contre Singapour (*loqui potuisset*). Les contacts entre fonctionnaires évoqués dans l'extrait oscillent entre des bruits de couloirs et des indiscretions, ils ne suffisent pas à rendre notoire l'opposition de la Malaisie. Le contenu de la protestation est encore vague (« quelque peu contrarié ») et la revendication n'est qu'*in statu nascendi*<sup>3925</sup>. Il faut franchir un seuil minimum de contacts pour qu'un différend apparaisse entre États en raison de leurs comportements.

L'affaire de *Kasikili/Sedudu*<sup>3926</sup> illustre la situation où des documents qui auraient pu peser sur l'issue du différend demeurent cachés et purement internes. L'enjeu était la valeur et l'opposabilité du « Rapport Eason » – établi pendant le protectorat britannique sur le Botswana (Bechuanaland) – à l'égard de la Namibie (après la colonisation allemande). Ce rapport aurait constitué une pratique subséquente à un traité de frontière de 1890<sup>3927</sup>. Le rapport du capitaine Eason indique de quel côté du chenal principal l'île de Kasikili/Sedudu était située<sup>3928</sup>. Malgré l'avantage que conférerait ce rapport au Royaume-Uni, il ne fut jamais communiqué à l'Allemagne et a « [t]oujours conservé un caractère interne »<sup>3929</sup>.

<sup>3923</sup> *Ibid.*, pp. 84-85, § 238.

<sup>3924</sup> *Ibid.*, p. 28, § 33 ; p. 84, § 238.

<sup>3925</sup> Nous nous interrogeons sur l'*opportunité* de communiquer une volonté ultérieure de formuler une revendication.

<sup>3926</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, p. 1045.

<sup>3927</sup> *Ibid.*, p. 1077, § 54.

<sup>3928</sup> *Ibid.*, p. 1077, § 53.

<sup>3929</sup> *Ibid.*, p. 1078, § 55.

#### 4. *Obtention d'une connaissance réelle malgré l'absence de notoriété*

Survolons maintenant quelques situations qui s'écartent des prévisions normales du schéma introductif. Ces situations aboutissent par exemple à ce qu'une connaissance réelle parvienne à un État *malgré* l'absence de notoriété de la prétention (type 3)<sup>3930</sup>. Ou encore qu'une prétention notoire (types 1 ou 2) ne puisse pas susciter d'acquiescement<sup>3931</sup> (*infra*, D.5).

Pour la connaissance réelle *malgré* l'absence de notoriété, le 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux de la CDI contient la situation suivante :

« Le Ministre des affaires étrangères du Chili a élevé une protestation suite à la mise en circulation par la France, en avril 1991, d'un timbre-poste incluant l'île de Pâques, dans la Polynésie française, situation à laquelle le Chili s'est fermement opposé »<sup>3932</sup>.

En admettant qu'il s'agisse bien d'une prétention française, elle se serait inscrite en catégorie 3 (absence de notoriété) en raison du manque de communication du timbre au Chili et du caractère très indirect de la prétention<sup>3933</sup>. Cependant, la simple réaction chilienne court-circuite ces considérations et démontre une connaissance *réelle* du timbre et de la prétention qu'il est censé porter.

Parce qu'elle ne s'appuie pas sur une présomption, le domaine de la connaissance réelle ne connaît pas de limites ; les prétentions de types 2 (notoriété « construite ») et 3 peuvent aboutir à cette connaissance. Pour les prétentions de types 2 et 3, le critère de l'acquisition de la connaissance réelle est rejeté sur la réaction de l'État destinataire de la prétention<sup>3934</sup>. À ce titre, c'est à l'État destinataire de se déterminer : si une prétention non notoire parvient à sa connaissance, il peut être maladroit d'y répondre, le risque étant de provoquer un différend. Dans les affaires parallèles du *Désarmement nucléaire* (2012), le Royaume-Uni, le Pakistan et

<sup>3930</sup> Soit un passage de la boîte « Absence de notoriété » à la boîte « Connaissance réelle de l'État destinataire ».

<sup>3931</sup> Voy. la flèche qui va de la boîte « Notoriété de la prétention » à « Acquiescement impossible ».

<sup>3932</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 141.

<sup>3933</sup> Une absence de protestation chilienne n'aurait pas pu être construite comme un acquiescement à la prétention.

<sup>3934</sup> En cas de prétention « intrinsèquement notoire » de type 1 et comme évoqué *supra*, la connaissance est automatiquement réelle et la réaction de l'État destinataire n'a pas d'impact.

l'Inde auraient pu avoir une connaissance réelle de la prétention des Îles Marshall <sup>3935</sup>. Si un de ces États s'était opposé de manière ferme et directe aux déclarations émises dans les forums internationaux, la Cour n'aurait plus été en mesure d'affirmer que :

« L'on ne saurait affirmer [...] que le Royaume-Uni [et l'Inde, ainsi que le Pakistan] avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que les Îles Marshall alléguaient qu'il manquait à ses obligations » <sup>3936</sup>.

##### 5. *Prétention notoire et ignorance excusable*

Une situation particulière prend place lorsqu'une prétention notoire (1 ou 2) ne peut pas donner lieu à un acquiescement en raison d'une « excuse » valable <sup>3937</sup>. La condition de « *loqui potuisset* » n'est pas remplie. L'ignorance excusable est intimement liée à la situation de l'État destinataire. Ces situations peuvent exister, mais elles sont très rares, par exemple lorsqu'un État traverse de profondes mutations politiques. *Guinée c. Guinée Bissau* contient une telle tentative « d'ignorance excusable » :

« Tant dans ses écritures qu'en plaidoirie, [la Guinée] a affirmé avoir ignoré l'existence de la convention de 1886, de même que celle de la concession de recherche octroyée par le Portugal à partir de 1958. Comme l'a fait la Partie adverse, le Tribunal tient à rendre hommage au courage exemplaire avec lequel, dans des conditions d'une extrême difficulté, l'administration guinéenne a dû assumer sa tâche à dater de l'indépendance. *Toutefois, s'il est concevable compte tenu de certaines circonstances et s'il peut être sans conséquence qu'une concession étrangère récente passe inaperçue, il ne semble pas possible, en l'état actuel du droit international et des relations internationales, d'opposer à des États tiers l'ignorance, pendant de longues années, d'un traité de frontières largement publié et dont les effets peuvent s'observer sur le terrain* » <sup>3938</sup>.

Entre les lignes, le tribunal admet qu'en cas de saisine dans les années suivant immédiatement l'indépendance, l'ignorance aurait pu être retenue <sup>3939</sup>.

<sup>3935</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec.* 2016, p. 856, § 57.

<sup>3936</sup> *Ibid.*, p. 854, § 52.

<sup>3937</sup> Voy. la flèche qui va de la boîte « Notoriété de la prétention » à « Acquiescement impossible ».

<sup>3938</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX, p. 175, § 65, nos italiques.

<sup>3939</sup> La Guinée accède à l'indépendance en 1958, la sentence date de 1985. L'ignorance n'est pas excusable car elle était évitable en faisant preuve d'un minimum de diligence (type 2).



L'affaire opposant l'Érythrée au Yémen (première étape, sentence de 1998) contient des considérations analogues :

« Eritrea argues that its failure to protest Yemeni concessions does not amount to acquiescence, particularly in light of military and political upheaval in Ethiopia during the relevant period. Eritrea has submitted evidence aimed at demonstrating that the 1991 UNDP/World Bank report relied on by Yemen as evidence of notice to Ethiopia may never have been received by Ethiopia, *embroiled as it then was in the fall of the Mengistu regime and the end of the civil war* »<sup>3940</sup>.

L'Éthiopie, en tant que prédécesseur de l'Érythrée, était dans une situation où elle n'était pas en mesure de faire face à ses obligations internationales (charge de réagir). Partant, l'ignorance *serait* excusable (peu importe à cet égard que le rapport de l'UNDP<sup>3941</sup> ait été réellement reçu ou non). D'autres éléments démontrent que cette situation d'ignorance excusable a existé et aurait été suffisante pour surseoir à l'acquiescement (problème de publicité des accords contre lesquels il aurait fallu protester)<sup>3942</sup>.

Cependant, l'ignorance excusable ne fut pas retenue ; suite à l'indépendance et postérieurement aux troubles internes, d'autres actes – qui ne pouvaient pas passer inaperçus – furent accomplis sur le territoire litigieux<sup>3943</sup>. Cette perpétuation de la prétention n'attira pas de protestation de la part de l'Érythrée :

« The fact that there were regular excursion flights constitutes evidence of governmental authority and the exercise of it. *Nor did it apparently attract any kind of protest from Eritrea ; though of course by this time the civil war was over and Eritrea was established as an independent state* »<sup>3944</sup>.

Les îlots en question (le groupe Zuqar-Hanish) revinrent finalement au Yémen<sup>3945</sup>. Nous notons que cette affaire a *presque* consacré l'ignorance excusable d'un État, mais pour cela il aurait fallu que l'Érythrée proteste

<sup>3940</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 230, § 70. Citation et exemple repris de : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 540, § 352.

<sup>3941</sup> United Nations Development Programme (Programme des Nations unies pour le développement).

<sup>3942</sup> Voy. A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 540, § 352 ; *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 299, § 400 ; p. 303, § 413 ; p. 304, § 415 ; p. 329, § 520.

<sup>3943</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 325, § 520.

<sup>3944</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>3945</sup> *Ibid.*, p. 330, § 527, Ch. iv du dispositif. Le tribunal analyse la situation sous l'angle des effectivités adverses (*ibid.*, p. 325, § 503).

dès que les troubles internes s'étaient amenuisés. À notre meilleure connaissance, il n'y a pas une seule affaire qui ait empêché l'acquiescement en retenant ce motif<sup>3946</sup>.

Le choix de faire valoir une « ignorance excusable » face à une prétention notoire est d'ailleurs risqué, les tribunaux sont peu enclins à l'admettre. L'ignorance est une exception<sup>3947</sup> à la connaissance de la prétention et elle n'est admise que de manière restrictive. Le tribunal considère l'ignorance *essentielllement* sous l'angle de la diligence requise pour l'éviter<sup>3948</sup>. Si l'État faillit à ce test, la connaissance sera acquise et les autres conditions de l'acquiescement pourront être examinées :

« The Court [...] finds it difficult to believe that the Argentine Government could have remained in complete ignorance of the dissemination to foreign Legations in Santiago of a map so entirely at variance (in respect of the course of the Beagle Channel) with the view that Argentina is now alleged to have then held concerning the attribution to her of the PNL group. True, Argentina was not at the time in diplomatic relations with Chile, but she maintained a Consul-General in Santiago [...]. Yet no record exists of any Argentine protest made, or dissent expressed [...] »<sup>3949</sup>.

En termes de stratégie judiciaire, opter pour l'ignorance ou l'erreur excusable s'avère plus ardu que de s'attaquer frontalement à la connaissance construite. Si un État choisit la stratégie de l'erreur, le tribunal aura tôt fait de rattraper le plaideur en appliquant tout de même le critère de la diligence requise.

Il arrive parfois que les États optent d'abord pour la stratégie de l'ignorance excusable avant de se rabattre sur des questions techniques, en particulier quand la prétention est identifiée à un traité. Dans l'affaire de 1989 entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, une question centrale était celle de la publicité et de la connaissance d'un accord :

« L'absence totale de publicité aurait eu comme conséquence que l'Accord de 1960 aurait été *ignoré* des autorités de la Guinée-Bissau au moment de l'indépendance. À l'appui de cette thèse, ce pays décrit la situation où il se trouvait lors de la déclaration d'indépendance. *Il venait de sortir d'une longue guerre*

<sup>3946</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, 2021, CIJ, *Rec.* 2021, p. 236, § 79.

<sup>3947</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 108, § 74 : « L'ordre juridique prévoit souvent un régime d'exception afin de protéger le sujet agissant sous l'empire d'une telle erreur quand celle-ci ne relève pas de sa propre faute ».

<sup>3948</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 544-546, § 354.

<sup>3949</sup> *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, Sentence arbitrale, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 156, § 121.

*de libération qui avait épuisé son peuple et l'avait enfoncé encore davantage dans la pauvreté. [...] S'appuyant sur ces faits, la Guinée-Bissau a soutenu que l'Accord de 1960 lui était inopposable parce qu'il lui était inconnu »*<sup>3950</sup>.

Cette ligne argumentative ne fut pas tenue lors des audiences et plaidoiries, la Guinée-Bissau se plaça plutôt sur le terrain du respect des prescriptions nationales pour conclure des accords<sup>3951</sup> (respect de la procédure nationale et publication). Amener l'argumentation sur un terrain technique augmente les chances de succès<sup>3952</sup>.

Pourtant, il semble bien qu'il y ait une ignorance excusable et réelle, que l'on pourrait qualifier « d'ignorance invincible » de l'accord de 1960, c'est en tout cas l'image qui ressort de l'opinion – certes dissidente – du juge Bedjaoui (nommé par la Guinée-Bissau)<sup>3953</sup>. L'intérêt de l'opinion réside dans les indices que l'ignorance s'étendait au-delà de la Guinée-Bissau, ainsi :

« On remarquera au surplus que même cette publication à Dakar n'a pas empêché les autorités sénégalaises elles-mêmes d'ignorer l'existence de cet accord lorsqu'elles ont officiellement répondu à l'Ambassade d'Italie sur ce point comme suit : "Il n'existe pas d'accord international [...]" »<sup>3954</sup>.

Et, plus loin :

« Ce silence du Portugal est à rapprocher du comportement de la puissance administrante en 1963, 1967 et 1971, qui semblait ignorer l'Accord de 1960 pour des raisons inconnues [...] »<sup>3955</sup>.

D'autres passages renforcent l'impression d'ignorance généralisée de l'accord jusqu'à une date avancée<sup>3956</sup>. À travers ces considérations, nous quittons la seule perspective de l'ignorance excusable

<sup>3950</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, p. 147, §§ 69-70, nos italiques.

<sup>3951</sup> Les questions de publicité et de validité constitutionnelle sont abordées (*Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, p. 147, §§ 71 et s.).

<sup>3952</sup> Et permet de brouiller les cartes : les questions de publication interne et externe et de respect des formes prescrites pour conclure un accord exigent une implication majeure du tribunal (multiplicité des acteurs impliqués et richesse du cadre juridique à passer en revue). En comparaison, l'ignorance excusable n'implique qu'un État et est scrutée du point de vue unique du droit international public.

<sup>3953</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, Opinion dissidente de M. Mohammed Bedjaoui, pp. 154-213. Cf. *ibid.*, p. 124, § 2 pour la nomination.

<sup>3954</sup> *Ibid.*, p. 176, § 55, note n° 8.

<sup>3955</sup> *Ibid.*, p. 179, § 65.

<sup>3956</sup> *Ibid.*, p. 160, § 13 ; p. 180, § 68 et p. 148, § 76.

de l'État « acquiesçant » à qui est adressée la prétention. Du domaine du subjectif, nous passons à celui, objectif, de l'existence et de la connaissance d'un fait (ici, le fait est un accord). Quand une ignorance est partagée, il ne peut plus s'agir d'une simple ignorance excusable qui n'impacte qu'un seul État. En cas d'hypertrophie de l'ignorance, le fait ne serait même pas *notoire* (boîte « Absence de notoriété » de notre schéma introductif).

En somme – et pour revenir à la ligne de notre exposé – pour qu'une prétention notoire (de type 1 ou 2) ne puisse pas susciter d'acquiescement en raison d'une situation « d'ignorance excusable », le seuil probatoire est extrêmement exigeant. Il faut, cumulativement démontrer la situation de « gêne » de l'État (troubles politiques, plus généralement incapacité réelle à prendre connaissance de la prétention), l'ignorance réelle (par ex. l'absence de traces de la prétention dans les archives), et la temporalité (l'excuse n'est valable que durant la période de « gêne »). Dès la fin des troubles internes, de la révolution, l'État est astreint à faire preuve d'une diligence raisonnable pour prendre connaissance de la prétention. Il en résulte ainsi que pour conserver son excuse et éviter un acquiescement, l'État devrait, dès la fin de la période, tout mettre en œuvre pour *connaître* la prétention et s'y opposer<sup>3957</sup>. Ce raisonnement prête le flanc à la critique : quand la prétention est renouvelée après la période de trouble, l'État est effectivement en mesure de formuler une opposition. Par contre, quand la prétention continue d'exister après les troubles *mais qu'elle n'est pas renouvelée*, l'État doit faire preuve d'une diligence qui peut s'avérer exorbitante pour en acquérir la connaissance. Les traités de frontières s'insèrent dans la seconde catégorie : l'État qui a traversé des troubles doit rebâtir son système politique *et*, en parallèle, se mettre à la recherche des traités conclus par l'État prédécesseur<sup>3958</sup>. Le facteur temps joue ici un rôle important : si de nombreuses années s'écoulent depuis la fin des troubles, l'État a de nombreuses occasions de prendre connaissance de la prétention. Un tribunal pourrait aussi

<sup>3957</sup> Ces enseignements ressortent en particulier de la sentence sur la *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 230, § 70 ; p. 325, § 520. Exemple repris de : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Thèse [Manuscrit], *op. cit.*, p. 540, § 352.

<sup>3958</sup> Voy. les affaires : *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, p. 130, § 23 ; *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, p. 147, §§ 69-70.

tenir compte de l'accessibilité du traité : la publication a-t-elle eu lieu ; dans quels répertoires ; est-ce que le traité a été enregistré auprès des Nations Unies au sens de l'article 102 CNU, les autres États ignoraient-ils aussi le traité<sup>3959</sup> ?

#### IV. *La connaissance*

##### A. *L'articulation de la connaissance*

La connaissance est une des conditions pivots du mécanisme de l'acquiescement. Elle se situe à mi-chemin de sa réalisation ; dans la première moitié c'est la formulation d'une prétention par l'adoption de déclarations et comportements qui est cruciale. Dans la seconde moitié, ces comportements et prétentions font naître une *charge de réagir* qui peut déboucher sur une protestation ou son absence, voire des comportements qui dénotent une reconnaissance de la prétention. La connaissance est à la croisée des chemins : elle ramasse les prétentions et les valorise par le crible de la charge de réagir (« *si loqui debuisset* »). La connaissance et ses critères fonctionnent comme un goulot d'étranglement : elle exerce une pression de sélection sur les prétentions et comportements susceptibles de faire naître une charge de réagir.

La connaissance n'est toutefois pas la seule à contribuer à ce passage des comportements à la charge de réagir, la section précédente et son schéma introductif (D.1.b) ont démontré que la notoriété de la prétention est antérieure à la connaissance et la conditionne. La connaissance a cependant les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence, elle attire plus immédiatement l'analyse en raison de sa proximité avec le langage commun. Nous nous contentons pour l'instant de signaler que les examens de la notoriété de la prétention et de la connaissance peuvent se recouper<sup>3960</sup>.

La connaissance exige un objet : il s'agit de la prétention (notoire) manifestée dans un comportement, des déclarations de l'État qui sera au bénéfice de l'acquiescement. La prétention est

<sup>3959</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, Opinion dissidente de M. Mohammed Bedjaoui, p. 148, § 76 : « La Guinée-Bissau dit aussi qu'elle n'a pas reçu de notification de la part du Portugal relativement à l'Accord de 1960, qu'elle lui a même demandé des éclaircissements à ce sujet, mais qu'elle n'a jamais reçu de réponse [...] ».

<sup>3960</sup> Cf. *supra*, les sections A, B, C et en particulier D du Ch. 5.III.

qualifiée de *notoire* soit quand elle est intrinsèquement incontournable (type 1 de la section précédente ; un comportement qu'il est impossible d'ignorer), soit quand, au vu des circonstances, l'État « lésé » ne pouvait pas l'ignorer (type 2). Si la prétention n'est pas notoire (type 3), l'État lésé n'est pas tenu d'y réagir. Cependant la prétention dépourvue de notoriété peut tout de même parvenir à sa connaissance (par un hasard, en raison du zèle à s'informer), c'est alors la protestation émise par le lésé qui permet de prouver et de s'assurer de sa connaissance.

La connaissance n'est pas dénuée de temporalité. À titre principal, la connaissance est appréciée co-extensivement au stade des prétentions initiales de l'acquiescement<sup>3961</sup>. Ces prétentions initiales délimitent le cadre de l'acquiescement et son objet (quels droits et obligations sont mis en péril). Suite au début de la ligne de l'acquiescement (*cf.* Ch. 5.II.A), l'État qui serait au bénéfice de l'acquiescement peut réitérer des comportements et prétentions<sup>3962</sup>. Pour qu'une prétention produise des effets à l'égard de l'État acquiesçant, il faut que sa connaissance soit vérifiée. Ainsi, pour chacune des prétentions qui émaillent la vie d'un acquiescement, la connaissance *devrait* être analysée. Un survol de la jurisprudence nous indique que les Cours procèdent de manière plus globale : elles s'assurent de la connaissance de l'ensemble des prétentions plutôt que de mener un examen individuel. Les Cours sont légitimées à procéder de la sorte dans la mesure où l'argumentation des États le permet : un État peut arguer qu'une prétention n'était pas notoire (type 3) ou que, malgré la notoriété de la prétention (types 1 ou 2), il se trouvait dans une situation d'ignorance excusable. Cela a pour effet de retirer la prétention de l'ensemble amalgamé des prétentions et oblige le tribunal à mener un examen individuel de la connaissance de telle ou telle prétention.

Cette approche globale de la connaissance des prétentions initiales et successives est exemplifiée dans l'affaire des *Pêcheries*. C'est au terme d'une longue série de décrets que l'acquiescement aboutit, mais la Cour se contente de vérifier la connaissance de *deux* décrets :

« Le Royaume-Uni n'a pu ignorer le décret de 1869 qui avait aussitôt provoqué une demande d'explications du Gouvernement français. Il n'a pu davantage, le connaissant, se méprendre sur la portée de ses

---

<sup>3961</sup> Ce que nous avons appelé le « début de la ligne », c'est-à-dire les interactions de l'acquiesçant et du lésé qui signent le départ de la période de référence de l'acquiescement, *cf. supra*, Ch. 5.II.A à C.

<sup>3962</sup> Peu importe qu'il s'agisse de comportements identiques ou différents, l'essentiel est qu'ils doivent s'inscrire dans le même processus d'acquiescement.

termes qui le décrivaient clairement comme l'application d'un système. La même observation s'applique à plus forte raison au décret de 1889 relatif à la délimitation du Romsdal et du Nordmøre, qui devait lui apparaître comme une manifestation réitérée de la pratique norvégienne »<sup>3963</sup>.

Le décret de 1869 fait débiter la ligne d'acquiescement et contient la prétention initiale. Il est donc important pour la Cour d'en démontrer la connaissance<sup>3964</sup>. Connaissance qui s'appuie en partie sur la rhétorique (« à plus forte raison » ; « qui devait lui apparaître »), et en partie sur une comparaison. Comme le premier décret est connu, la connaissance du second – qui ne diffère que par la portion de côte concernée – est aussi satisfaite. La connaissance est examinée de manière cursive pour les décrets successifs.

En matière territoriale, la connaissance peut aussi être appréciée comme un tout. Ces affaires voient souvent une multitude de comportements et déclarations invoqués comme autant de prétentions à la souveraineté sur un territoire. Les tribunaux ne vont en général pas dans le détail de la connaissance de chaque prétention, il y a au mieux un catalogage chronologique ou par type d'effectivités<sup>3965</sup>.

Dans le *Différend territorial et maritime* opposant le Nicaragua à la Colombie, cette dernière invoque un nombre impressionnant et varié d'effectivités<sup>3966</sup>. Chacune de ces effectivités participe à la prétention à la souveraineté territoriale de la Colombie sur les îlots et formations maritimes. Cependant, la Cour n'étudie pas directement la connaissance de la prétention initiale par le Nicaragua. Cette connaissance est pourtant satisfaite, et ce en raison des spécificités des litiges territoriaux résolus par la comparaison des effectivités. Dans cette configuration, chaque État fait étalage des comportements et actes liés au territoire. Chaque État prétend détenir la souveraineté sur le territoire, le Nicaragua ne pouvait pas arguer qu'il ignorait les actes accomplis par la Colombie car cela revenait à reconnaître le peu de souveraineté exercée<sup>3967</sup>. La connaissance n'apparaît que de manière diffuse, entre les lignes de la sentence. Elle est pourtant bien présente : la Cour procède d'elle-même à la sélection des com-

<sup>3963</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 139.

<sup>3964</sup> Il s'agit d'une connaissance construite.

<sup>3965</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 655, § 80.

<sup>3966</sup> *Ibid.*, pp. 656-657, § 82.

<sup>3967</sup> Dans cette affaire, les effectivités du Nicaragua sont maigres, voire inexistantes : *ibid.*, p. 654, § 76.



portements colombiens dignes de se muer en effectivités et d'être connus par la partie adverse<sup>3968</sup>. Autre indice de la présence diffuse de la connaissance : seuls des actes accomplis de manière publique peuvent témoigner de la souveraineté :

« La Colombie a agi de manière constante et cohérente à titre de souverain à l'égard des formations maritimes en cause. *Elle a exercé publiquement son autorité souveraine*, et aucun élément ne vient démontrer qu'elle aurait rencontré la moindre opposition de la part du Nicaragua avant la date critique »<sup>3969</sup>.

Le caractère public assure aux comportements d'être suffisamment notoires, ce qui permet au tribunal – et revient à s'assurer – que la prétention à la souveraineté est notoire de type 2 au minimum (notoriété « construite »)<sup>3970</sup>. Nous avons développé plus amplement cette question de la publicité ou clandestinité des actes souverains (*cf. supra*, 5.III.D).

Cette affaire illustre les liens intimes qui existent entre le caractère notoire d'une prétention et sa connaissance. Notre parti pris a été, dans la limite du possible, d'analyser séparément ces deux étapes de la vie d'un acquiescement (voy. le schéma introductif de la section 5.III.D.1.b). Bien souvent les décisions ne permettent pas de faire la part entre la « notoriété » de la prétention et sa « connaissance ». C'est en particulier vrai pour le cas d'une connaissance « construite » elle-même obtenue sur la base d'une notoriété « construite ». La confusion ou recoupement est alors total et le tribunal se contente d'examiner lors d'une étape unique si l'État acquiesçant ne pouvait pas ignorer les faits.

Nous pouvons passer à l'étude des deux grands types de connaissance. La connaissance d'une prétention est soit *réelle*, soit *construite*. Elle est réelle quand l'État acquiesçant connaît effectivement la prétention, soit en raison d'une notification, soit en raison d'une prétention intrinsèquement notoire (type 1), soit par un autre biais. Elle est construite (« due » ; présumée ; *constructive knowledge*) quand le tribunal démontre que l'État ne pouvait pas ignorer la prétention. La connaissance construite est une

<sup>3968</sup> Les premières effectivités énumérées par la Cour datent de 1871 (catégorie « Réglementation des activités économiques » ; collecte du guano). *Ibid.*, p. 654, §§ 75 et 77 (dates) ; p. 656, § 82 (premières effectivités).

<sup>3969</sup> *Ibid.*, p. 657, § 84, nos italiques.

<sup>3970</sup> Voir de type 1 si l'acte accompli est intrinsèquement notoire, *cf.* nos développements *supra*, 5.III.D.3.



application à l'acquiescement du principe de la diligence requise ou encore, plus généralement, de la notion d'État « raisonnable »<sup>3971</sup>. Il s'agit d'appliquer un critère objectif à une situation subjective à des fins de comparaison. Ce raisonnement se décline en une série de questions : qu'aurait fait un État diligent dans la même situation ? Qu'a fait l'État acquiesçant en l'espèce ? Est-ce que l'État a tout mis en œuvre pour connaître la prétention (obligation de *moyens*) ? Un empêchement interrompt-il le raisonnement ?

### B. La connaissance réelle

#### 1. *En raison d'une notification*

La connaissance réelle est obtenue automatiquement en cas de notification. La raison d'être de la notification est précisément de porter un fait à la connaissance d'un État. Dans notre cas, ce fait consiste en une prétention. L'État notifiant n'a pas besoin d'utiliser une formule particulière : il suffit qu'il soit possible de traduire la notification en une prétention juridique. Il existe toutefois une limite : la prétention doit être en connexion avec l'objet qui est notifié à titre principal<sup>3972</sup>. Un exemple très général de prétention est l'annonce de la délimitation des espaces maritimes : l'État notifie à ses voisins les limites de sa ZEE<sup>3973</sup>. Ceux-ci sont immédiatement au fait de l'extension maximale et peuvent protester.

La notification peut prendre les formes les plus diverses, une simple communication d'un fait peut constituer une notification (l'utilisation du terme n'est pas une condition). Dans l'affaire du *Roi d'Espagne*, la connaissance du contenu d'une sentence arbitrale est appréhendée<sup>3974</sup>. L'enjeu était de déterminer si, et à partir de quel moment, le Nicaragua (et son Président) sont entrés en connaissance de la sentence (et non du seul dispositif). La question se posait car le Président a félicité son homologue du Honduras. Étant donné que les félicitations pouvaient

<sup>3971</sup> O. CORTEN, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, not. pp. 616-626.

<sup>3972</sup> La prétention ne doit pas être cachée dans la notification. Une notification portant principalement sur la construction d'un barrage peut contenir une carte qui indique une frontière inexacte. L'effet de connaissance automatique jouera sur le barrage, et non sur une très éventuelle revendication de souveraineté portée par la carte annexée.

<sup>3973</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 263, § 173 et la note n° 306.

<sup>3974</sup> *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.

être comprises comme un acquiescement à la validité de la sentence, il importait que la connaissance du contenu de celle-ci soit intégrale<sup>3975</sup>. Il est incertain qu'au moment des premières félicitations (le 24 décembre 1906, au lendemain de la sentence), le Président du Nicaragua ait eu à sa disposition l'entier du texte, il n'a peut-être eu qu'un résumé du dispositif<sup>3976</sup>. Toutefois, la suite des événements prouve à suffisance que la connaissance réelle a été acquise : en date du 28 janvier 1907, la sentence est publiée au journal officiel du Nicaragua<sup>3977</sup>. Le 1<sup>er</sup> décembre 1907, le Président du Nicaragua réitère, cette fois-ci devant l'Assemblée législative nationale, son acceptation de la sentence, en réservant toutefois l'obtention de plus amples informations sur des « points obscurs »<sup>3978</sup>. Ce n'est qu'en septembre 1911 que les premières démarches d'éclaircissements sont effectivement entreprises<sup>3979</sup>.

Sur la base de ces éléments, il est hors de doute pour la CIJ que la sentence de 1906 a été réellement connue par le Nicaragua<sup>3980</sup>. Le terme « notification » n'apparaît pas dans l'arrêt de la Cour, la connaissance a pourtant été acquise, et ce de manière irréfragable. La connaissance réelle est *prouvée* en raison des actes de l'État acquiesçant (publication au journal officiel).

## 2. *En raison d'une prétention intrinsèquement notoire (renvoi)*

En dehors de la notification, la connaissance réelle est aussi obtenue quand un fait ou une prétention est intrinsèquement notoire (type 1). Nous renvoyons donc en grande partie à la section relative à ce type de prétention et au schéma figurant dans la section 5.III.D.1.b. À la différence d'une connaissance réelle, celle acquise en raison d'un fait notoire nécessite un raisonnement juridique plutôt qu'un simple constat de la réalité. Pour reprendre l'exemple précédent du *Roi d'Espagne*, la connaissance y est réelle car une preuve de la transmission de la sentence existe (publication), tandis qu'avec une prétention/connaissance « notoire », la connaissance est *réputée* exister, sans qu'il y ait besoin d'une preuve (notification, communication, ou autre forme de comportement de l'État acquiesçant qui confirme que le fait a bien été connu).

<sup>3975</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>3976</sup> *Ibid.*

<sup>3977</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>3978</sup> *Ibid.*

<sup>3979</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>3980</sup> *Ibid.*, p. 213.

Les différends territoriaux nous fournissent des exemples de prétentions notoires qui génèrent une connaissance réelle. En cas de construction sur un territoire (phare, dispositif maritime, bouées), l'État voisin peut difficilement ignorer l'accomplissement de ces actes et la prétention qu'ils portent. Dans l'arbitrage entre Dubaï et Sharjah, un passage explicite ce genre de situation où l'ignorance est « impossible » en raison de la proximité des territoires :

« Not only did the Emirate of Dubai immediately protest against Mr Tripp's decision but it continued to treat the Al Mamzer peninsula as its own territory. Its police patrolled there, even though only occasionally; its courts exercised their jurisdiction; its municipality granted the land needed for building. *These were peaceful and public acts of authority which the Government of Sharjah could not ignore, given the nearness of Al Mamzer and the very limited size of this region* » <sup>3981</sup>.

La prétention est notoire car les actes sont assourdissants et se présentent immédiatement à « l'œil ». En soi, il n'est pas exclu que l'État voisin ignore réellement les actes, mais cette excuse ne sera pas accueillie.

Des prétentions notoires débouchant nécessairement sur une connaissance réelle sont également possibles en dehors des différends territoriaux. C'est le caractère « visible », intrinsèquement notoire, incontournable de la prétention qui est capital. L'accomplissement d'essais nucléaires (dans l'atmosphère) constituerait ainsi une prétention notoire <sup>3982</sup>, prétention dont la connaissance serait immédiatement réelle en raison de la visibilité de l'acte <sup>3983</sup>. La notification de la reprise d'un programme d'essais nucléaires dans le Pacifique n'est pas nécessaire pour que les États environnants « s'aperçoivent » des tests effectués.

### 3. *La connaissance réelle obtenue par un autre biais*

La troisième forme de connaissance réelle est résiduelle et *sui generis* : la prétention n'est pas notoire (ni type 1, ni type 2), mais la connaissance est tout de même acquise. Dans notre schéma en section 5.III.D.1, cette connaissance réelle est illustrée par la flèche partant de la boîte « formulation de la prétention » et rejoignant

<sup>3981</sup> *Dubai-Sharjah Border Arbitration*, 19 octobre 1981, 91 ILR 543, p. 622, nos italiques.

<sup>3982</sup> La prétention porte sur le droit de réaliser ces essais dans l'atmosphère.

<sup>3983</sup> Principalement le nuage et l'éclat caractéristique de ces essais. Accessoirement par des relevés, mesures et autres systèmes de surveillance automatique du taux de radioactivité dans l'environnement. L'article IV, § B, ch. 16 du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires prévoit un système de surveillance de la radioactivité au niveau mondial. Quant à l'Agence internationale de l'énergie atomique, elle a mis en place le « système international d'information sur le contrôle radiologique ».

la « connaissance réelle de l'État destinataire ». La connaissance ainsi obtenue dépend uniquement de l'État destinataire de la prétention : la prétention n'étant ni notoire (type 1) ni ne devant être notée (type 2), l'État destinataire serait libre d'ignorer la prétention sans en subir des conséquences. L'acquiescement est normalement impossible car une prétention insuffisamment notoire<sup>3984</sup> ne donne pas lieu à une charge de réagir.

L'exemple caricatural est celui du timbre français :

« Le Ministre des affaires étrangères du Chili a élevé une protestation suite à la mise en circulation par la France, en avril 1991, d'un timbre-poste incluant l'île de Pâques dans la Polynésie française, situation à laquelle le Chili s'est fermement opposé »<sup>3985</sup>.

Le Chili aurait pu se taire sans dommage : on connaît le statut des cartes, alors que dire d'un simple timbre ? La connaissance de la prétention est réelle uniquement parce que le Chili a informé la France. Dans ces situations, la connaissance parvient à un État *malgré* l'absence de notoriété, et c'est en raison du comportement de l'État que le tribunal peut retenir une connaissance réelle et l'existence d'une prétention. L'État qui choisit de proclamer sa connaissance commet une erreur stratégique ou fait preuve d'une prudence excessive.

L'affaire *Nottebohm* illustre également la trajectoire d'une prétention qui était insuffisamment notoire – et le demeure jusqu'à un stade avancé<sup>3986</sup>. Suite à l'obtention de la nationalité du Liechtenstein en 1939, M. Nottebohm a eu des contacts réitérés avec l'administration publique guatémaltèque<sup>3987</sup>. La Cour n'en tient cependant pas compte car ces actes n'ont pas d'effets externes, ils n'établissent pas de relation entre le Guatemala et le Liechtenstein<sup>3988</sup>. Dans ses

<sup>3984</sup> De manière hypothétique, nous ne pouvons pas exclure qu'une accumulation de prétentions insuffisamment notoires débouche sur une prétention suffisante. En cela nous faisons une application analogique de l'article 15, § 1 TCDI : « 1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite [...] » (nos italiques). Voy. aussi : G. DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, pp. 1-54.

<sup>3985</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 141.

<sup>3986</sup> *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, Rec. 1955, pp. 4 et s.

<sup>3987</sup> *Ibid.*, pp. 17-20.

<sup>3988</sup> *Ibid.*, p. 18.

autres rapports avec l'administration, la question de la protection diplomatique n'est jamais abordée et le Guatemala évite la question de la validité de la nationalité liechtensteinoise<sup>3989</sup>.

À ce stade de l'affaire, la prétention à la naturalisation du Liechtenstein (et de M. Nottebohm)<sup>3990</sup> n'était pas notoire : le Guatemala n'avait pas de raison de s'informer des détails de la situation de M. Nottebohm (prétention de type 2). Pas plus que le processus n'avait été mené en grande pompe ; le citoyen concerné n'était pas une célébrité dont la naturalisation aurait été relayée dans les médias (prétention de type 1). Le Guatemala s'était tu de manière absolument légitime et, ce faisant, il évitait de démontrer une connaissance réelle de la prétention.

La suite de l'affaire montre qu'au point pivot de la notoriété, le Guatemala réagit convenablement. Lorsqu'en 1944, le Consul de Suisse mentionne la nationalité liechtensteinoise de Nottebohm, la connaissance réelle est atteinte (notification)<sup>3991</sup>. Le Guatemala protesta explicitement contre ce changement de nationalité et, à partir de ce moment, rejeta l'inscription de Nottebohm sur la liste des étrangers<sup>3992</sup>. Avec l'entrée en scène du Consul, la prétention prend une dimension internationale et peut potentiellement porter sur la protection diplomatique, ce n'est qu'à ce moment que le Guatemala *doit* réagir pour éviter l'acquiescement.

Cette affaire illustre en contre-jour les caractéristiques d'une prétention insuffisamment notoire. Si le Guatemala avait, par ses actes ou une déclaration, démontré avant 1944 une connaissance réelle de la nationalité de Nottebohm, il n'aurait pu arguer du caractère insuffisamment notoire de la prétention comme il le fait dans l'arrêt. De plus, les contacts précédant l'année 1944 n'ont porté qu'*incidemment* sur la nationalité du Liechtenstein<sup>3993</sup>. C'est-à-dire que la nationalité de Nottebohm n'apparaît pas comme une prétention, mais comme un élément du panorama.

---

<sup>3989</sup> *Ibid.*

<sup>3990</sup> Sur la question des personnes physiques en tant qu'acteurs de l'acquiescement dans le cadre de la protection diplomatique, cf. *supra*, Ch.5.I.C.3.

<sup>3991</sup> *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, p. 19.

<sup>3992</sup> *Ibid.*

<sup>3993</sup> « Mention est faite qu'un seul des associés est "ressortissant du Liechtenstein/Suisse", ce point n'y est énoncé qu'incidemment et toute la requête est fondée sur la considération que cette maison "est une affaire purement guatémaltèque" [...] », *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, p. 18.

Au niveau probatoire, la connaissance réelle qui est parvenue à l'État malgré l'absence de notoriété de la prétention ne pose pas d'écueils particuliers. Si un tribunal peut déterminer une connaissance réelle, c'est précisément en raison de la manifestation volontaire de l'État susceptible d'acquiescer. En protestant, en déclarant être parvenu à la connaissance, l'État fournit une preuve nécessaire et suffisante. C'est la *réaction* (protestation, déclaration, comportement contraire) qui manifeste la connaissance réelle quand la prétention est insuffisamment notoire<sup>3994</sup>.

### C. Connaissance contre ignorance

En cas de prétention insuffisamment notoire (type 3), les États peuvent ignorer la prétention et échapper aux conséquences juridiques. La prétention est incapable de provoquer une charge de réagir. Il existe une autre situation dans laquelle l'acquiescement s'interrompt, mais en raison d'un empêchement frappant l'État : le *loqui potuisset* n'est pas satisfait. C'est à ce type de situations que la présente section est dévolue. Dans le schéma de la section 5. III.D.1.b, cela correspond à la flèche reliant les boîtes « Notoriété de la prétention » à « Acquiescement impossible ».

Le point de départ de ces situations se trouve donc dans une prétention existante, formulée correctement et suffisamment notoire (soit de type 1, soit de type 2). Par conséquent, la connaissance devrait logiquement être acquise (connaissance réelle ou « due » selon le type de prétention). L'empêchement à l'acquiescement survient sous la forme d'une ignorance *réelle* et *excusable* de la prétention. L'État est dans une situation où il est empêché d'arriver à la connaissance, et donc de se déterminer, son inaction ou passivité ne peut pas être valorisée en acquiescement. La partie « *loqui potuisset* » de la maxime n'est pas satisfaite en ce sens que l'État n'est pas en mesure de parler car il ne sait pas que son silence lui sera reproché.

L'enjeu de l'ignorance excusable est capital : cette condition satisfaite, l'État évite de « subir » un acquiescement et échappe à la modification de sa situation juridique. Nous avons traité plus en détail l'ignorance excusable *supra*, 5.III.D.5, nous nous contenterons ici de reprendre les traits pertinents pour la connaissance.

<sup>3994</sup> Cela signifie que si une prétention dénuée de notoriété parvient à la connaissance d'un État et que ce dernier ne réagit pas, le tribunal sera incapable de prouver la connaissance. L'État ne pâtira pas de conséquences quand la prétention n'est pas notoire – qu'elle parvienne tout de même à sa connaissance réelle – et qu'il ne réagit pas. C'est tout le sens de l'acquiescement : en l'absence d'une charge de réagir, l'inaction et la passivité sont dénuées de signification.

Les périodes de graves troubles internes sont susceptibles de constituer une ignorance excusable. L'affaire entre l'Érythrée et le Yémen illustre les bouleversements politiques qui pourraient servir *d'appui* à l'ignorance excusable :

« Eritrea argues that its failure to protest Yemeni concessions does not amount to acquiescence, *particularly in light of military and political upheaval in Ethiopia during the relevant period*. Eritrea has submitted evidence aimed at demonstrating that the 1991 UNDP/World Bank report relied on by Yemen as evidence of notice to Ethiopia may never have been received by Ethiopia, *embroiled as it then was in the fall of the Mengistu regime and the end of the civil war* » <sup>3995</sup>.

Le caractère notoire de la prétention n'est pas remis en cause par l'Érythrée. L'excuse proposée est bifide ; il y a d'une part le bouleversement interne (« upheaval »), et d'autre part l'incapacité externe à assurer les relations extérieures (« embroiled as it [...] was »). Cette excuse aurait pu être acceptée et était valable pendant la période des troubles uniquement. Malheureusement pour elle, l'Érythrée n'a pas protesté à la suite des bouleversements internes, ce qui lui aurait permis d'échapper à l'acquiescement <sup>3996</sup>.

La voie de l'ignorance excusable est ardue ; il faut que l'État prouve son incapacité à s'acquitter de ses devoirs durant la période de bouleversements <sup>3997</sup>, s'il y arrive, l'excuse ne porte que sur la période restreinte du bouleversement. Dès la fin de cette période, l'État est astreint à faire preuve de toute la diligence requise pour prendre connaissance de la prétention si celle-ci persiste <sup>3998</sup>. C'est ce dernier point qui nous intéresse plus particulièrement ; la diligence requise est similaire au standard de la connaissance « présumé », « due ». Elle consiste pour le tribunal à

<sup>3995</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 230, § 70.

<sup>3996</sup> *Ibid.*, p. 325, § 520.

<sup>3997</sup> L'État ignore la prétention (réellement) car il est incapable de la percevoir. Simultanément, sa situation politique interne l'empêche de se mettre à la recherche des prétentions qui pourraient être formulées à son encontre (type 2, obligation de faire preuve de la diligence requise).

<sup>3998</sup> En cas de prétention sur la souveraineté territoriale, les comportements doivent être renouvelés après la période de troubles. Voy. : *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 230, § 70 ; p. 325, § 520 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 540, § 352. Si au contraire un traité est le soubassement de la prétention, l'État doit prendre les mesures pour récolter l'ensemble des traits auxquels il est partie : *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX p. 175, § 65.

vérifier que l'État a mis tous les moyens en œuvre pour prendre connaissance de la prétention. *Guinée c. Guinée Bissau* contient une trace de ce raisonnement :

« S'il est concevable compte tenu de certaines circonstances et s'il peut être sans conséquence qu'une concession étrangère récente passe inaperçue [pendant la période de troubles], *il ne semble pas possible*, en l'état actuel du droit international et des relations internationales, *d'opposer à des États tiers l'ignorance, pendant de longues années, d'un traité de frontières largement publié et dont les effets peuvent s'observer sur le terrain* »<sup>3999</sup>.

Le comportement de la Guinée-Bissau a été *comparé* à celui d'un État raisonnable placé dans la même situation : la prétention (sous la forme d'un traité de 1886) ne pouvait être ignorée.

L'idée de diligence requise, de comparaison et de reconstruction des faits est omniprésente dans l'acquiescement, mais encore plus dans les éléments de la notoriété de la prétention (type 2 *supra*, Ch. 5.III.D.3) et dans la connaissance « due ». Tant pour la prétention que pour la connaissance, le tribunal évalue si l'État *ne pouvait pas ignorer* certains faits. La connaissance d'une prétention notoire est « due », « présumée », si un État raisonnable placé dans les mêmes circonstances se serait aperçu de l'existence d'une prétention.

Avec ce détour par l'ignorance excusable, nous nous apercevons de l'omniprésence du mode d'examen de la connaissance « présumée », cette construction qui permet aux tribunaux de faire le partage entre ce qui pouvait ou non être légitimement ignoré par les États. Cette construction est déjà présente dans la prétention notoire de type 2 (*cf. supra*, 5.III.D.3) et constitue le cas le plus courant. Cette construction est à nouveau présente pour la connaissance, et les acquiescements validés passent le plus souvent par cette voie. Il ne s'agit pas pour autant d'une catégorie fourre-tout, mais d'un examen large et lâche qui laisse une grande latitude au juge afin de tenir compte d'autres facteurs (absence de réaction, temps écoulé<sup>4000</sup>, occasions de réagir, répétition de la prétention) permettant de s'assurer que la connaissance de l'État acquiesçant peut être retenue.

<sup>3999</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX, p. 175, § 65, nos italiques.

<sup>4000</sup> Il s'agit ici du temps qui s'écoule entre la formulation de la prétention et la période où une réaction aurait dû être formulée. L'État doit avoir le temps de consulter ses organes



### D. La connaissance présumée

Des précisions terminologiques sont nécessaires. Peu importe que nous ayons précédemment utilisé connaissance « présumée », « *due* », « construite », « reconstruite », ou encore « *constructive knowledge* »<sup>4001</sup>, il s'agit d'un seul et même concept. En employant l'expression connaissance « due », nous faisons écho au terme de *due diligence* (diligence requise).

La *due diligence* est plus générale que la connaissance présumée, elle indique l'obligation de moyens de l'État de faire tout ce qui est en son domaine pour satisfaire à ses obligations. La connaissance présumée procède de la diligence requise ; l'État doit faire de son mieux pour s'informer des prétentions formulées à son encontre. Pour le tribunal, il s'agit de déterminer si l'État a été suffisamment proactif ou s'il ne pouvait pas ignorer la prétention.

Les expressions de connaissance « construite », « reconstruite » ou *constructive knowledge* font également appel à une autre notion. Dans cette optique, il s'agit de *comparer* l'attitude de l'État qui aurait acquiescé à celle d'un État raisonnable placé dans la même situation. Est-ce que cet État « objectif » et raisonnable aurait connu la prétention ? En cas de réponse positive, l'État « subjectif » pris dans le maillage des circonstances ne pourra pas arguer de son ignorance. Les particularités du cas sont gommées et la situation est projetée sur un plan objectif d'attentes légitimes, de standard de comportement, et d'un temps de réaction raisonnable.

La connaissance présumée est la fille de la diligence requise et du standard de comparaison de « l'État raisonnable »<sup>4002</sup>, elle oscille tantôt vers l'un ou l'autre de ces deux pôles. Sur un plan supérieur, la bonne foi, en tant que principe général, innerve aussi la logique de la connaissance présumée et de ses parents. L'État qui invoque son ignorance doit démontrer qu'il a tout mis en œuvre pour parvenir à la connaissance. Le tribunal doit aussi

---

et déterminer la réaction à adopter avant que son inaction ne soit valorisée en un acquiescement. Le « temps » évoqué ici est un temps de réaction, et non celui de l'extension totale de l'acquiescement présenté dans la section 5.II.B.

<sup>4001</sup> En anglais, le terme « *presumptive knowledge* » est parfois employé.

<sup>4002</sup> Dans le droit des traités, l'article 48, § 2 CVDT s'empare des deux concepts de diligence requise et d'État raisonnable : « Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque ledit État a contribué à cette erreur par son comportement ou *lorsque les circonstances ont été telles qu'il devait être averti de la possibilité d'une erreur* » (nos italiques).

présumer des États qu'ils sont de bonne foi et s'acquittent de leurs obligations<sup>4003</sup> ; quelques indices suffisent pour démontrer que l'État aurait été en mesure de parvenir à la connaissance de la prétention.

Avant d'aborder frontalement la question de la connaissance présumée dans l'acquiescement, nous dresserons un bref panorama afin d'illustrer comment cette notion s'articule en droit international public. Ce pas de côté nous permettra de voir que la notion n'est pas l'apanage de l'acquiescement.

### 1. *Panorama de la connaissance présumée*

Nous nous focalisons sur les points communs de la « connaissance » dans différents domaines du droit international ; l'aspect de *diligence requise* et celui de *comparaison avec un standard de comportement* seront évoqués.

#### a. *La diligence requise : l'affaire du Déroit de Corfou*

L'affaire du *Déroit de Corfou*<sup>4004</sup> offre un parfait exemple de ces notions en lien avec la souveraineté et la responsabilité internationale. En résumé, la Cour devait se prononcer sur la responsabilité de l'Albanie en raison du mouillage de mines dans le Déroit de Corfou. Mines dont l'explosion a occasionné des dommages à l'armée britannique<sup>4005</sup>. Les faits sont clairs : le Royaume-Uni a procédé à une campagne de déminage du Déroit en 1944 avant d'y faire transiter sa flotte, et ce sans encombre jusqu'en mai 1946<sup>4006</sup>. L'explosion des mines survient en octobre 1946, le Déroit a donc été miné entretemps<sup>4007</sup>. La Cour détermine si la responsabilité de l'Albanie est engagée<sup>4008</sup>.

---

<sup>4003</sup> Et en particulier de l'obligation de faire preuve de toute la diligence requise pour s'informer des circonstances du cas. Dans le cadre de l'article 48 CVDI, l'État doit faire preuve de « diligence raisonnable » pour s'informer et la comparaison est opérée sur la base d'un État *intéressé* placé dans les mêmes circonstances. Le standard d'examen est donc plus élevé que la diligence requise : il ne s'agit pas simplement de faire preuve d'attention, en fonction des circonstances un État doit chercher activement à s'informer. Voy. : Th. RENSMANN, « Article 48 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties, op. cit.*, p. 829, § 32 ; p. 830, § 35.

<sup>4004</sup> *Déroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt (fond), 9 avril 1949, CIJ, *Rec.* 1949, p. 4.

<sup>4005</sup> *Ibid.*, pp. 10, 12-15.

<sup>4006</sup> *Ibid.*, pp. 13-14.

<sup>4007</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>4008</sup> *Ibid.*

Le Royaume-Uni s'engage dans une ligne argumentative évidente : l'Albanie a déposé les mines ou elle a demandé le mouillage à un autre État (la Yougoslavie)<sup>4009</sup>. Mais dans l'incapacité de prouver ses dires<sup>4010</sup>, le Royaume-Uni doit se rabattre sur une seconde thèse, celle de la complicité :

« Collusion qui se serait manifestée ou dans une demande d'assistance par le Gouvernement albanais au Gouvernement yougoslave, ou par un acquiescement au mouillage par les autorités albanaises »<sup>4011</sup>.

Thèse qui est rejetée par la Cour<sup>4012</sup>. Il est intéressant de constater qu'un premier pas est franchi ; le Royaume-Uni s'éloigne d'une preuve directe, l'implication de l'Albanie devient plus distante.

L'Albanie n'est pas en reste dans cette foire argumentative, elle tente également d'échapper à sa responsabilité en mettant la faute sur la Grèce qui aurait procédé au mouillage des mines dans le plus grand secret<sup>4013</sup>. Jusqu'à ce stade les arguments se sont concentrés sur une *connaissance réelle* des événements, les deux États et la Cour s'attachent à démontrer le déroulement des faits dont les États auraient été parfaitement informés. Finalement la Cour doit se résoudre à constater que « [l]es auteurs du mouillage sont restés inconnus »<sup>4014</sup>. La connaissance réelle ne peut pas être atteinte<sup>4015</sup>, l'examen prendra dès lors la direction de la connaissance présumée. Cet examen « en cascade » n'est pas une nécessité. Selon les circonstances, une cour peut mener exclusivement un examen de la connaissance présumée.

<sup>4009</sup> *Ibid.*, pp. 15-16.

<sup>4010</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>4011</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>4012</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>4013</sup> *Ibid.* Aucune preuve n'est avancée.

<sup>4014</sup> *Ibid.*

<sup>4015</sup> Factuellement, il était hautement vraisemblable que la Yougoslavie avait procédé au mouillage des mines. Cependant, cet État n'était pas partie à l'instance, la Cour voulait dès lors éviter un « Or Monétaire » avant la lettre (CIJ, *Rec. 1954*, p. 33 : « Là où, comme dans le cas présent, la question essentielle à trancher a trait à la responsabilité internationale d'un État tiers, la Cour ne peut, sans le consentement de ce dernier, rendre sur cette question une décision qui soit obligatoire pour aucun État, ni pour l'État tiers, ni pour aucune des parties qui sont devant elle »). Comparer avec la situation dans : *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt (fond), 9 avril 1949, CIJ, *Rec. 1949*, pp. 16-17 (et not. : « Désireuse de faire la pleine lumière sur les faits allégués, la Cour ne s'est pas refusée à recevoir ces documents [fournis par la Yougoslavie et qui contredisaient la thèse britannique]. Mais l'absence du Gouvernement yougoslave à l'instance rend leur utilisation délicate et sujette à caution, et la Cour estime n'avoir pas à prendre position sur leur force probante »). La connaissance présumée permet à la Cour de condamner l'Albanie sans préjuger de l'implication de la Yougoslavie.

C'est la dernière thèse britannique que la Cour va investiguer et retenir :

« Quels que fussent par ailleurs les auteurs du mouillage des mines, celui-ci n'a pu être effectué sans que le Gouvernement albanais en eût connaissance »<sup>4016</sup>.

Cette connaissance présumée de l'Albanie pave la voie à sa responsabilité. Dans une longue page qui mériterait presque d'être reproduite *in extenso*, la Cour indique comment, et en raison de quelles considérations, la connaissance présumée de l'Albanie pourra être retenue<sup>4017</sup>.

Le point de départ est le contrôle du territoire, contrôle qui influence la manière et le mode de preuve pour démontrer la connaissance<sup>4018</sup>. Ce contrôle va jusqu'à influencer la situation de plaideur du Royaume-Uni :

« Du fait de ce contrôle exclusif, l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement *aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels (circumstantial evidence)* »<sup>4019</sup>.

Une première banderille est plantée, le basculement sur une connaissance présumée débute. Une présomption n'est pas la réalité, mais un indice de celle-ci, elle la remplace faute de mieux pour les besoins du droit.

La Cour définit ensuite le seuil probatoire à atteindre pour retenir la présomption : « La preuve pourra résulter de présomptions de fait *à condition que celles-ci ne laissent place à aucun doute raisonnable* »<sup>4020</sup>. Le seuil est donc élevé, l'induction est possible à la condition qu'il s'agisse de la seule conclusion auxquelles les faits permettent d'aboutir. En utilisant ce critère, la Cour fait un pas en arrière par rapport à la connaissance réelle et l'implication directe de l'Albanie dans le mouillage de mines. Même si le standard probatoire reste élevé, les contours du cadre deviennent flous, l'examen est nébuleux :

« Il y a [...] lieu de rechercher s'il est établi par des moyens de preuve indirecte que l'Albanie a eu connaissance d'un mouillage de mines dans ses eaux territoriales indépendamment de toute connivence de sa part dans cette opération »<sup>4021</sup>.

<sup>4016</sup> *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt (fond), 9 avril 1949, CIJ, *Rec. 1949*, p. 17, nos italiques.

<sup>4017</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>4018</sup> *Ibid.* : « Le contrôle territorial exclusif exercé par l'État dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance ».

<sup>4019</sup> *Ibid.*

<sup>4020</sup> *Ibid.*

<sup>4021</sup> *Ibid.*

La Cour se détache de ce que l'Albanie savait positivement pour procéder à un examen par la négative afin de déterminer ce *qu'elle ne pouvait pas ignorer*. Ce faisant, les circonstances particulières sont d'un grand poids pour établir la connaissance présumée : il ne s'agit pas seulement de substituer à l'Albanie un « État raisonnable » placé dans la même situation, il faut également tenir compte du comportement de l'Albanie relatif au Détroit de Corfou. Concrètement, la Cour tient compte de l'attitude de l'Albanie avant et après l'explosion des mines ; de la proximité immédiate de son territoire terrestre ; de la vigilance accrue qu'elle exerçait sur le Détroit<sup>4022</sup>. La Cour arrive ainsi à la conclusion que « le mouillage du champ de mines, qui a provoqué les explosions du 22 octobre 1946, *n'a pas pu échapper à la connaissance du Gouvernement albanais* ». Cette formulation négative est la marque distinctive de la connaissance présumée, de la diligence requise, de la comparaison avec le comportement d'un État raisonnable.

L'exigence d'un seuil probatoire élevé, qui culmine dans l'exigence d'univocité sous la forme d'absence de doute raisonnable, ne doit pas faire perdre de vue que c'est une *preuve négative* qui est administrée. En d'autres termes, la Cour (et de manière générale les tribunaux utilisant ce raisonnement) se satisfait de constater qu'un fait n'a pas pu être ignoré, ce qui est très différent de la connaissance positive d'un fait (connaissance réelle). La connaissance est non seulement présumée, mais *négative* : vu les indices à sa disposition (présomption), la Cour conclut que l'Albanie n'était pas en position d'ignorer le mouillage des mines (l'ignorance est invraisemblable). Aucun élément invoqué par l'Albanie n'a été apte à contrecarrer cette conclusion.

Bien que les développements précités de l'affaire du *Détroit de Corfou* soient usuellement liés au standard de preuve<sup>4023</sup>, nous constatons que les différentes formes de connaissances (réelles et présumées) y sont centrales. L'ancrage de la connaissance présumée se fait plus traditionnellement<sup>4024</sup> dans les affaires des *Pêcheries norvégiennes*

<sup>4022</sup> *Ibid.*, pp. 18-19.

<sup>4023</sup> K. DEL MAR, « The International Court of Justice and standards of proof », in K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS et S. HEATHCOTE (éds), *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case*, Londres/New York, Routledge, 2012, pp. 98-123 ; O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, op. cit., p. 256.

<sup>4024</sup> Th. RENSMANN, « Article 48 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 830, § 34 ; p. 831, § 35. Voy. la citation relative aux travaux de la CDI relativement à l'article 48, § 2 CVDT (erreur excusable).

(1951) et du *Temple de Préah Vihéar* (1962), nous y reviendrons dans la section suivante (D.2). Les enseignements de *Corfou* peuvent être appliqués à l'acquiescement, les linéaments de la connaissance présumée sont semblables. La *ratio* d'admettre que l'État qui souhaite bénéficier de l'acquiescement prouve une connaissance présumée plutôt que réelle est explicitée dans l'arrêt de 1949 :

« Du fait de ce contrôle exclusif [sur le territoire], l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement *aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels (circumstantial evidence)* » <sup>4025</sup>.

L'État « adverse » ne peut pas déterminer ce que l'État qui acquiesce savait *effectivement* (connaissance réelle), il n'a pas accès aux archives, aux notes internes, et autres documents de l'État qui argue son ignorance de la prétention. Le contrôle exclusif de l'État sur son administration empêche la preuve de la connaissance réelle, l'État qui souhaite bénéficier de l'acquiescement est donc légitimé à recourir à une preuve indirecte sous la forme de la connaissance présumée. Il suffit dès lors de s'appuyer sur les éléments et prétentions que l'État « acquiesçant » ne pouvait pas ignorer.

Dans ce tour d'horizon de la connaissance présumée, un texte illustre l'omniprésence de la connaissance. La résolution 2625 (XXV) met également en lumière le lien intime entre territoire et souveraineté, lien qui débouche sur une connaissance présumée :

« Chaque État a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre État, d'y aider ou d'y participer, *ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes*, lorsque les actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent une menace ou l'emploi de la force » <sup>4026</sup>.

La tolérance recoupe l'acquiescement ; l'État est censé prendre les mesures aptes à empêcher que ce type d'activité se déroule sur son territoire <sup>4027</sup>.

<sup>4025</sup> *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt (fond), 9 avril 1949, CIJ, *Rec. 1949*, p. 18.

<sup>4026</sup> Rés. 2625 (XXV) de l'AG du 24 octobre 1970, Premier principe, § 10, p. 133, nos italiques.

<sup>4027</sup> O. CORTEN, « The Prohibition of the Use of Force », in J. E. VIÑALES (éd.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50*, Cambridge, CUP, 2020, p. 60.

La diligence requise (*due diligence*) et la comparaison avec l'État raisonnable sont bien présentes ; l'État doit faire preuve de toute la diligence requise pour s'informer des événements survenant sur son territoire, les actions positives qu'il entreprend pour encadrer les activités et individus situés sur son territoire seront comparées à celles d'un État raisonnable placé dans la même situation et disposant des mêmes moyens. Pour déclencher l'obligation de la résolution 2625, l'État doit être en position de connaître réellement ou de manière présumée les activités interdites qui se déroulent sur son territoire. La connaissance présumée est atteinte au moyen de la *due diligence* et de la comparaison.

b. *La comparaison avec un standard de comportement : l'article 28 CPI*

La connaissance présumée est codifiée en droit international pénal sous la forme de la responsabilité du supérieur pour les actes de ses subordonnés (*respondeat superior*). L'article 28 du Statut de la CPI récite :

« [...] a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) *Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et*

ii) *Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ; [...] »*<sup>4028</sup>.

*A priori*, rien n'est plus éloigné du territoire que la responsabilité pénale individuelle. La connaissance autorise une « grande jonction ». Le raisonnement juridique est schématiquement le même que dans le *Détroit de Corfou* et la résolution 2625 : la connaissance réelle est la voie royale (le chef militaire « savait »). À défaut de connaissance réelle des crimes qui allaient être commis, c'est la connaissance présumée qui s'impose (le chef militaire « aurait dû savoir »).

L'article 28 SCPI articule la connaissance réelle et présumée en une cascade (respectivement, *actual* et *constructive knowledge* dans la terminologie anglaise)<sup>4029</sup>, il s'agit de deux étapes succes-

<sup>4028</sup> Art. 28 SCPI, nos italiques.

<sup>4029</sup> O. TRIFFTERER et K. AMBOS (éds), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, op. cit., art. 28, p. 1089, § 95.

sives à appliquer pour établir un des éléments volitifs (*mens rea*) du crime. L'enjeu principal est de déterminer comment est bâtie cette connaissance présumée, ce que le chef militaire peut être tenu d'entreprendre (devoir de s'informer ; par analogie au devoir de s'informer des États des actes accomplis sur leur territoire).

Un survol de la doctrine indique une oscillation entre deux tests. Historiquement, le standard était celui de « should have known », ce qui impliquait pour le supérieur le devoir de chercher activement des informations<sup>4030</sup>. À la suite de la jurisprudence du TPIY, le test s'est orienté vers le standard de « had reason to know », légèrement moins élevé car le tribunal ne tenait compte que des informations *effectivement* à la disposition du supérieur<sup>4031</sup> :

« The novelty is that the commander is no longer required to actively search for the information and that he shall only be liable for failure to acknowledge information already available to him »<sup>4032</sup>.

La différence entre les deux tests n'est pourtant pas si grande<sup>4033</sup>. Dans la seconde approche, le point de départ est bien les informations effectivement disponibles, mais si celles-ci sont lacunaires ou indiquent la possibilité que les subordonnés commettront un crime, le chef militaire doit alors rechercher activement à compléter ses informations et sa connaissance<sup>4034</sup>. En 2016, Triffeter et Arnold considéraient que l'article 28 SCPI s'attache plutôt au second test (« had reason to know »)<sup>4035</sup>. En définitive, les deux tests se recoupent largement : pour que la responsabilité du chef militaire soit engagée, il est nécessaire qu'un minimum d'informations lui soit « spontanément » parvenue. En fonction des circonstances<sup>4036</sup>, du cadre général du conflit, du type de violations commises, le chef militaire aura le devoir, soit de compléter les informations (had reason to know), soit de les rechercher activement (should

<sup>4030</sup> *Ibid.*, pp. 1089-1090, § 95.

<sup>4031</sup> *Ibid.*, p. 1090, § 96.

<sup>4032</sup> *Ibid.*, p. 1091, § 97.

<sup>4033</sup> *Ibid.*, p. 1100, § 116.

<sup>4034</sup> *Ibid.*, p. 1090, § 96 : « According to the "had reason to know" test, a superior is only liable if [...] he "had reason to know" that crimes were being committed *on the basis of information available to him and indicating the need for additional investigation* », notes omises. Nos italiques.

<sup>4035</sup> *Ibid.*, p. 1091, § 97.

<sup>4036</sup> *Ibid.*, p. 1091, § 97 : « In article 28 ICC Statute, the should have known formula is completed by the phrasing "*owing to the circumstances at the time*", which seems to bring it in line with the *had reason to know* test supported in *Celebici* », italiques dans l'original.



have known), ce qui revient à une diligence requise. Dans les deux cas, un substrat minimum de connaissance réelle est à *la base et déclenche* la connaissance présumée du chef militaire.

La jurisprudence contribue peu à éclaircir le débat doctrinal<sup>4037</sup>. Le test de « had reason to know », plus récent, est perçu comme plus exigeant afin d'établir la culpabilité du chef militaire car il se base uniquement sur les informations effectivement apprises par le supérieur<sup>4038</sup>. Le test « should have known » permettait de conclure plus facilement à la culpabilité car il était déconnecté des informations effectivement apprises par le supérieur. Ces différences peuvent toutefois être contournées ou n'ont pas une influence gigantesque. Dans un arrêt du TPIY, il a été considéré que le caractère instable et violent d'un militaire, de même que la consommation d'alcool avant une mission étaient suffisants pour satisfaire au test de « had reason to know »<sup>4039</sup>. La prise en compte des circonstances dans « had reason to know » permet de gommer les différences avec « should have known »<sup>4040</sup>. Quoi qu'il en soit, la connaissance présumée du chef militaire est un test de *négligence*. Dans les deux tests, l'accent est placé, comme dans le *Détroit de Corfou* et dans la résolution 2625, sur ce que le chef militaire *ne pouvait pas ignorer* ; au comportement qu'il *n'a pas* adopté alors que la situation le permettait ; à la connaissance qu'il *n'a pas* su cueillir alors qu'elle était, comme un fruit mûr, à sa portée.

En plus de sa dimension de diligence requise, l'article 28 SCPI comporte une strate de comparaison, de comportement raisonnable. Pour apprécier si le chef militaire s'est correctement acquitté de ses obligations, les circonstances actuelles du cas seront prises pour repère. Il s'agira ensuite de comparer le comportement effectif à celui d'un chef militaire *diligent, raisonnable*, placé dans la même situation et disposant des mêmes informations<sup>4041</sup>.

<sup>4037</sup> L. KORTFÄLT, « Art. 28 », in M. KLAMBERG (éd.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Bruxelles, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017, p. 291.

<sup>4038</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>4039</sup> *Ibid.*

<sup>4040</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>4041</sup> O. TRIFFTERER et K. AMBOS (éds), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op. cit.*, art. 28, p. 1100, § 116.

c. *Synthèse*

Nous gardons en tête les deux axes pour l'examen de la connaissance présumée dans l'acquiescement. Le premier est celui de l'oscillation entre divers tests pour bâtir la connaissance présumée. Faut-il s'arrêter à la connaissance disponible (« had reason to know ») ou bien la connaissance accessible suffit (« should have known ») ? Est-ce qu'il existe un test de préférence pour l'acquiescement et ces tests font-ils véritablement une différence ? Deuxième axe : quel est l'impact des circonstances particulières pour la connaissance présumée ? Jusqu'à quel degré de finesse les tribunaux tiennent-ils compte des intérêts spécifiques de l'État qui acquiesce ?

Les trois situations évoquées dans cette section constituent à la fois un simple tour d'horizon général de la connaissance en droit international public *et* des exemples d'acquiescements dans différents domaines. L'utilisation de la connaissance présumée par une institution est un signal caractéristique de la présence d'un acquiescement<sup>4042</sup>. L'acquiescement est plus ou moins évident et codifié selon les cas, c'est sa structure qui est reprise avec un but propre à chaque domaine. Ainsi, dans *Détroit de Corfou* et la résolution 2625, l'acquiescement sert de passerelle à la responsabilité internationale. Dans l'article 28 SCPI, c'est une responsabilité pénale individuelle qui est en jeu. Dans ces trois occurrences, le tribunal va tirer des conséquences juridiques de l'inaction d'un acteur (État ou individu) en raison des circonstances, circonstances qui faisaient naître une charge de réagir. C'est la connaissance présumée qui opère l'importante jonction entre les circonstances (en amont) et la charge de réagir (en aval).

2. *La connaissance présumée dans l'acquiescement*

Deux affaires emblématiques illustrent la connaissance présumée dans l'acquiescement : les *Pêcheries norvégiennes*<sup>4043</sup> (1951 ; 2.a) et le *Temple de Préah Vihear*<sup>4044</sup> (1962 ; 2.b). L'acquiescement du Royaume-Uni et de la Thaïlande furent validés, et ce en ayant

<sup>4042</sup> On peut se référer à l'avis de droit de Bartole (qui fait déjà écho au droit romain) et à la question des devoirs des États neutres (voy. respectivement Ch. 2.C et Ch. 2.E.1.c).

<sup>4043</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 116.

<sup>4044</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 6.

recours à la connaissance présumée de ces États. Ces deux affaires nous retiendront plus longtemps, puis nous tournerons notre attention des points complémentaires (2.c à 2.f).

a. *Pêcheries norvégiennes*

La connaissance présumée portait sur la suite de décrets adoptés par la Norvège et constituant une prétention quant à la manière de délimiter les lignes de bases<sup>4045</sup>. L'enjeu était de démontrer la connaissance du Royaume-Uni, connaissance qui autorisait une valorisation de l'inaction comme un acquiescement au système de délimitation. En première ligne, c'est la connaissance réelle du Royaume-Uni qui fut scrutée. La Cour relaye la position officielle du Royaume-Uni : « Le Gouvernement du Royaume-Uni a fait valoir que le système de délimitation norvégien *ne lui était pas connu* [...] »<sup>4046</sup>. Cette déclaration oblige la Cour à s'intéresser aux caractéristiques de la prétention, si elle est notoire, le Royaume-Uni ne peut pas exciper de son ignorance. *A contrario*, si le Royaume-Uni avait admis sa connaissance, la Cour aurait été dispensée de l'examen de la connaissance.

L'arrêt est ambivalent, nous y avons décelé à la fois des indices d'une prétention intrinsèquement notoire (type 1) et d'une prétention qui ne peut pas être ignorée (type 2)<sup>4047</sup>. Il semble que la Cour ait choisi une approche « mixte ». Dans ce cadre nous nous attacherons uniquement à la construction de la connaissance présumée.

Face à l'ignorance – réelle ou postulée – la Cour doit démontrer que les décrets et le système qu'ils instauraient n'avaient pas pu demeurer inconnus. L'attitude de la France est particulièrement utile à la Cour. Elle permet de *comparer* concrètement ce qu'a fait un autre État. Si la France a réagi aux décrets, c'est un signe important pour affirmer que la connaissance était *accessible* (« should have known ») :

« Il est établi que selon le système norvégien, les lignes de base doivent être tracées suivant la direction générale de la côte, ce qui est conforme au droit international. *Également significative à cet égard est la correspondance échangée en 1869-1870 entre la Norvège et la France. Dès le 21 décembre 1869, soit deux mois après la promulgation*

<sup>4045</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 128, pp. 133-135.

<sup>4046</sup> *Ibid.*, p. 138, nos italiques.

<sup>4047</sup> *Cf. supra*, section 5.III.D.

*du décret du 16 octobre relatif à la délimitation du Sunnmore, le Gouvernement français demandait au Gouvernement norvégien l'explication de cette mesure »*<sup>4048</sup>.

L'ignorance du Royaume-Uni, plus directement intéressé et proche géographiquement, est surprenante. La Cour mêle différentes approches : la *comparaison* avec les *efforts* pour s'informer.

La diligence avec laquelle la France s'est informée des lois norvégiennes transparaît dans une autre partie de l'arrêt. La France prend la peine d'envoyer une « [d]emande d'information quant au point de savoir si la Norvège avait modifié les limites de ses eaux territoriales »<sup>4049</sup>. Le Royaume-Uni ne s'est pas donné la peine de rechercher ces informations, ni lors de la publication des premiers décrets, ni au début du XX<sup>e</sup> siècle. Cette inaction enfreint la diligence requise : avec un effort de faible ampleur<sup>4050</sup>, le Royaume-Uni aurait pu parvenir à une connaissance *réelle* de la situation norvégienne.

Les circonstances particulières du Royaume-Uni par rapport à la pêche à proximité des côtes Norvégiennes influencent également sa connaissance présumée et « exigible ». Un certain degré de finesse intervient dans la connaissance présumée, l'État n'est pas comparé de manière nue et interchangeable à n'importe quel autre État placé dans la même situation. Des caractéristiques sont *objectivées* par la Cour : le Royaume-Uni est comparé à un État *équivalent* :

« La Cour ne saurait admettre cette manière de voir [l'ignorance alléguée par le Royaume-Uni]. État riverain de la mer du Nord, hautement intéressé aux pêcheries de ces régions, Puissance maritime traditionnellement attentive au droit de la mer et particulièrement attachée à la défense de la liberté des mers, le Royaume-Uni n'a pu ignorer le décret de 1869 qui avait aussitôt provoqué une demande d'explications du Gouvernement français »<sup>4051</sup>.

La Cour relève encore :

« La notoriété des faits, la tolérance générale de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la mer du Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas à la Norvège d'opposer son système au Royaume-Uni »<sup>4052</sup>.

<sup>4048</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 135-136, nos italiques.

<sup>4049</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>4050</sup> Par l'envoi d'une note diplomatique, ou d'une demande d'information.

<sup>4051</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 139.

<sup>4052</sup> *Ibid.*

La sélection des « traits caractéristiques » a une influence directe sur la connaissance présumée. Plus les traits sont nombreux, plus la connaissance a des probabilités d'être retenue par la Cour, car l'État est assiégé par les particularités qui interdisent son ignorance. Pour le Royaume-Uni, c'est son statut politique et géographique qui est crucial (puissance maritime ; riverain de la Norvège ; intérêt pour la pêche ; défenseur de la liberté des mers). Évidemment, seules les caractéristiques permettant de résoudre la question d'une connaissance des décrets sont prises en compte ; c'est le premier stade de la sélection des caractéristiques. Dans un second temps, nous nous interrogeons sur les motivations qui poussent la Cour à s'arrêter à un niveau de détail plutôt qu'un autre. La Cour aurait encore pu tenir compte du nombre de navires britanniques qui pêchent dans les eaux litigieuses. Nous ne pouvons avancer que des conjectures ; il faut que l'État soit remplaçable, non identifiable et non enfermé dans un canevas qui le rendrait unique. Dans les *Pêcheries*, le catalogue de caractéristiques autoriserait à remplacer le Royaume-Uni par les Pays-Bas ou à la rigueur l'Irlande, le Danemark ou l'Islande.

Une approche supplémentaire consiste à s'appuyer sur la connaissance effective, disponible pour l'État acquiesçant (« had reason to know ») afin de parvenir à la connaissance présumée. Dans ce versant de la connaissance, la participation à la *Convention sur la police de la pêche dans la mer du Nord de 1882* <sup>4053</sup> est utilisée. La Cour souligne l'importance de cette Convention pour les États riverains de la Mer du Nord, l'intérêt du Royaume-Uni à une large participation est démontré <sup>4054</sup>. Or, la Norvège n'y a pas adhéré, ce qui « a dû attirer aussitôt l'attention de la Grande-Bretagne », ce d'autant plus que les démarches qui ont été « entreprises par la suite pour obtenir l'adhésion de la Norvège à la convention soulignent sa connaissance [du Royaume-Uni] de la question et l'intérêt qu'elle y portait » <sup>4055</sup>. À titre de comparaison, la Convention de 1882 fut signée par le Danemark, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Belgique, la France et le Royaume-Uni <sup>4056</sup>. Jusqu'à ce stade, la Cour se contente de dépeindre la connaissance qui est disponible pour le

---

<sup>4053</sup> *Ibid.*

<sup>4054</sup> *Ibid.*

<sup>4055</sup> *Ibid.*

<sup>4056</sup> D. VIGNES, « La Conférence européenne sur la pêche et le droit de la mer », *AFDI*, vol. 10, 1964, p. 672. Convention de La Haye du 6 mai 1882.

Royaume-Uni. Cette connaissance sert de tremplin pour le passage à la connaissance présumée : la réticence de la Norvège face à la Convention de 1882 et la solution qu'elle contenait aurait dû provoquer la connaissance *réelle* du Royaume-Uni, elle aurait dû naturellement amener cet État à connaître le système de délimitation mis en place par la Norvège, notamment dans son décret de 1869 :

« Le refus de la Norvège d'y adhérer [à la Convention de 1882] posait clairement la question de la délimitation de son domaine maritime et, plus spécialement pour les baies, celle de la délimitation par le moyen de lignes droites, au sujet de laquelle la Norvège contestait la limite maximum adoptée dans la convention. Si l'on tient compte du fait que, quelques années auparavant, la délimitation du Sunnmøre par le décret de 1869 avait été présentée comme une application du système norvégien, *on ne peut se soustraire à la conclusion que, dès cette époque, tous les éléments du problème des eaux côtières norvégiennes se trouvaient nettement posés* »<sup>4057</sup>.

La connaissance présumée est donc atteinte, et ce au plus tard en 1882.

L'examen de la diligence « due » est parfois mis en œuvre sous la forme d'un examen de la négligence avérée de l'État. Le comportement de l'État est comparé à ce qu'il aurait dû entreprendre, à ce qu'on pouvait légitimement exiger de lui. Sémantiquement, ces nuances sont visibles dans le choix des formulations adoptées par la Cour. La CIJ utilise la négation, l'accent est mis sur les manquements du Royaume-Uni, tant sur ce qu'il aurait dû faire (mesures positives) que sur les aspects de la situation qu'il ne pouvait pas méconnaître. La Cour souligne par exemple que :

« [L]e Royaume-Uni *n'a pu ignorer* le décret de 1869 qui avait aussitôt provoqué une demande d'explications du Gouvernement français. *Il n'a pu davantage*, le connaissant, se méprendre sur la portée de ses termes qui le décrivaient clairement comme l'application d'un système »<sup>4058</sup>.

Le Royaume-Uni s'est montré négligent, il ne s'est pas comporté comme la France, pourtant plus distante de la Norvège. Le comportement de la France tient lieu de standard de comparaison. L'ignorance du décret est en conséquence « fautive », « inexcusable », ou plus simplement « négligente ».

<sup>4057</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 139, nos italiques. Le passage en italique souligne le passage de la connaissance disponible à la connaissance présumée.

<sup>4058</sup> *Ibid.*, nos italiques.

Plus largement, l'adoption de formulations négatives s'adjoint à la condamnation de l'abstention : l'acquiescement se structure par rapport aux manquements (inaction, passivité) d'un État. Au sein de l'acquiescement, l'élément spécifique de la connaissance obéit à cette même logique. L'arrêt mentionne plusieurs fois que le Royaume-Uni n'a pas protesté contre le système de délimitation norvégien :

« Durant une période de plus de soixante ans le Gouvernement du Royaume-Uni lui-même n'a élevé *aucune contestation* à ce sujet » <sup>4059</sup>.

On lit plus loin que :

« La Cour constate qu'à l'égard d'une situation qui ne pouvait manquer de se fortifier d'année en année, le Gouvernement du Royaume-Uni *s'est abstenu de formuler des réserves* » <sup>4060</sup>.

La Cour multiplie les formulations négatives afin de démontrer que le Royaume-Uni *savait réellement ou ne pouvait pas ignorer* les agissements norvégiens et leurs conséquences :

« On ne peut se soustraire à la conclusion que, dès cette époque [l'époque du décret de 1869 relatif au Sunmøre], tous les éléments du problème des eaux côtières norvégiennes se trouvaient nettement posés » <sup>4061</sup>.

Cette formulation met en exergue un raisonnement étroitement lié à l'acquiescement, celui de l'univocité. Pour parvenir à une conclusion d'acquiescement, les faits présentés doivent dans leur écrasante majorité tendre vers une solution unique. L'acquiescement doit s'imposer comme la seule conclusion (et déduction) raisonnable au vu des comportements des parties. Les comportements ne doivent pas être équivoques et prêter à une multiplicité d'interprétations, faute de quoi l'acquiescement ne sera pas retenu. L'extrait précité illustre comment cette nécessité d'univocité s'exprime, la Cour fait référence à son propre raisonnement quand elle déclare qu'« [o]n ne peut se soustraire à la conclusion que [...] ». La seule conclusion raisonnable est celle de la connaissance présumée du Royaume-Uni.

La connaissance présumée est parfois dénommée « *circumstantial knowledge* », c'est-à-dire une connaissance qui devait se déduire des circonstances <sup>4062</sup>. Les *Pêcheries norvégiennes* sont le premier arrêt de la CIJ à avoir accordé une place aussi centrale à

<sup>4059</sup> *Ibid.*, p. 138, nos italiques.

<sup>4060</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>4061</sup> *Ibid.*

<sup>4062</sup> I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *op. cit.*, p. 169.

la connaissance présumée, les sentences précédentes ne s'étaient pas aventurées aussi loin dans la systématisation<sup>4063</sup>. En raison de son rôle d'articulation entre les faits et le verdict d'acquiescement, la connaissance présumée fut l'objet de critique des juges et de la doctrine. La critique visait la justesse du verdict de connaissance présumée et l'opportunité de se référer à ce type de connaissance lorsque la situation devient opposable à l'ensemble des États :

« The dissenting Judges, on the other hand, were clearly of opinion that the facts and circumstances alleged were not such that knowledge of the existence and extent of the system *could* or *ought* to be imputed to the United Kingdom, and such knowledge they held to be essential to the binding force of an historic title »<sup>4064</sup>.

Essentiellement, c'est l'exigence d'*univocité* qui est sous le feu de la critique des juges dissidents. Les faits autoriseraient plusieurs conclusions, et ne pouvaient pas automatiquement être reconduits à une connaissance présumée (« imputed to »).

#### b. *Temple de Préah Vihéar*

La Cour est à nouveau amenée à se prononcer sur l'acquiescement et le rôle de la connaissance présumée dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*<sup>4065</sup>. Le cas est lié à la décolonisation française du Cambodge et à la délimitation de la frontière avec la Thaïlande par une commission mixte<sup>4066</sup>. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, une commission est conjointement mise en place pour procéder à la délimitation et à l'établissement de cartes topographiques, notamment dans la région du Temple<sup>4067</sup>. La *méthode* de délimitation est la ligne de partage des eaux<sup>4068</sup>. La commission erre ; le Temple est placé en territoire cambodgien :

« Cette erreur, selon la thèse de la Thaïlande, est que la frontière marquée sur la carte n'est pas la véritable ligne de partage des eaux dans la région, et qu'une frontière tracée conformément à la véritable ligne de partage des eaux aurait placé et placerait actuellement la zone du temple en Thaïlande »<sup>4069</sup>.

<sup>4063</sup> Voy. les arrêts cités en pp. 170-173 de I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *op. cit.* : *Alaskan Boundary* ; *Passamaquoddy Bay* ; *Pensions of officials of the Saar Territory*.

<sup>4064</sup> I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *op. cit.*, pp. 173-174, nos italiques.

<sup>4065</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 6.

<sup>4066</sup> *Ibid.*, p. 16. Le Cambodge accède à l'indépendance en 1953.

<sup>4067</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>4068</sup> *Ibid.*, pp. 17 et 21.

<sup>4069</sup> *Ibid.*, p. 21.



Les cartes confectionnées incorporent l'erreur et sont distribuées à la Thaïlande, qui ne les conteste pas<sup>4070</sup>. Ce n'est qu'en 1958 que la Thaïlande remet formellement en cause la fameuse « carte de l'Annexe I »<sup>4071</sup>. Suite à cette remise en cause, la CIJ est saisie par le Cambodge en 1959. Le Cambodge demande notamment à la Cour de conclure à la validité de la ligne frontière telle qu'elle ressort de la carte de l'Annexe I et de « dire et juger que le temple de Préah Vihéar est situé en territoire relevant de la souveraineté du Royaume du Cambodge »<sup>4072</sup>.

Le contexte de l'acquiescement et de son évaluation est conventionnel dans l'affaire du *Temple*. La mise en œuvre du traité de délimitation et la carte en résultant sont entachées d'erreur, erreur que l'acquiescement de la Thaïlande permet de guérir. Les articles 48 et 45 CVDT sont appliqués avant l'heure<sup>4073</sup>. La Cour se prononce sur l'effet de l'acquiescement par rapport à la validité d'un traité.

Le raisonnement de la Cour se fixe dans un premier temps sur les conditions de confection de la carte, sa publication et transmission aux autorités thaïlandaises. À ce stade, la connaissance présumée de la Thaïlande peut déjà être atteinte (b.i). Dans un second temps, les comportements thaïlandais et cambodgiens entre la publication de la carte et la cristallisation du différend en 1958 sont passés en revue (b.ii).

<sup>4070</sup> *Ibid.*, pp. 23 et 27.

<sup>4071</sup> *Ibid.*, pp. 28-29.

<sup>4072</sup> *Ibid.*, p. 11, § 3 des conclusions.

<sup>4073</sup> Art. 48, § 1 CVDT : « Un État peut invoquer une erreur dans un traité comme viciant son consentement à être lié par le traité si l'erreur porte sur un fait ou une situation que cet État supposait exister au moment où le traité a été conclu et qui constituait une base essentielle du consentement de cet État à être lié par le traité » ; art. 45 CVDT : « Un État ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité [...] si, après avoir eu connaissance des faits, cet État : [...] 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 ». Sur l'influence du *Temple* sur ces deux articles, voy. not. : Th RENSCHMANN, « Article 48 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties, op. cit.*, p. 818, §§ 8-10 ; K. ODENDAHL, « Article 45 », *id.*, pp. 767-768, §§ 5-7.

(i) *La connaissance établie en relation avec la carte*

C'est sur la base d'un traité de 1904 que la commission mixte, coprésidée par un représentant français (puissance coloniale détenant le territoire du Cambodge) et thaïlandais, se réunit de 1905 à 1907<sup>4074</sup>. Cette première commission a délimité le secteur de de Préah Vihéar<sup>4075</sup>.

La commission n'était pas « mixte » dans les faits ; les opérations ultimes de préparation et publication des cartes furent exclusivement confiées aux membres français, et ce sous l'autorité d'un général français :

« Pour l'exécution de ce travail technique, le Gouvernement siamois, ne disposant pas alors des moyens suffisants, avait officiellement demandé que des officiers topographes français établissent la carte de la région frontière »<sup>4076</sup>.

Le résultat, sous la forme des onze cartes éditées en France<sup>4077</sup>, fut ensuite communiqué aux autorités thaïlandaises. Seule une de ses onze cartes était pertinente pour la situation du Temple<sup>4078</sup>.

À ce stade le *résultat cartographique* et l'erreur ne pouvaient pas être connus de la Thaïlande. Les autorités thaïlandaises n'ont pas activement participé à la confection de la carte, ni à une éventuelle vérification avant publication. Ce n'est qu'au moment de la transmission des cartes publiées par l'éditeur français que la connaissance peut débiter. La Thaïlande conteste la carte et le travail de la commissio devant la CIJ<sup>4079</sup>. Bien que la carte n'ait jamais été formellement approuvée par la commission mixte et qu'en conséquence elle ne possède pas de caractère obligatoire<sup>4080</sup>, La CIJ se focalise sur *l'aval* de cette problématique :

« Le vrai problème, et le problème essentiel en l'espèce, est [...] de savoir si les Parties ont adopté la carte de l'annexe 1, et la ligne qu'elle indique, comme représentant le résultat des travaux de délimitation de la frontière dans la région de Préah Vihéar, conférant ainsi un caractère obligatoire à cette carte »<sup>4081</sup>.

<sup>4074</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 16-18.

<sup>4075</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>4076</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>4077</sup> *Ibid.*

<sup>4078</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>4079</sup> *Ibid.*

<sup>4080</sup> *Ibid.*, p. 22 : « À l'origine et au moment où elle a été dressée la carte ne possédait pas de caractère obligatoire ».

<sup>4081</sup> *Ibid.*

La connaissance entre en scène. La Cour identifie les événements de nature à influencer la représentation de la Thaïlande, ainsi que son comportement en tant que preuve d'une connaissance.

L'objet de la connaissance est l'emplacement de la frontière et sa conséquence. La prétention portée par la carte situe le Temple en territoire français/cambodgien. Sur ce point, la connaissance de la Thaïlande peut être soit réelle, soit présumée. Elle serait réelle si la situation *individuelle* du Temple avait fait l'objet d'une notification. L'arrêt indique au contraire que c'est un jeu des onze cartes qui a été notifié à la Thaïlande. Le ministre du Siam à Paris les réceptionne et transmet au ministère des Affaires étrangères à Bangkok<sup>4082</sup>.

La transmission des cartes aux membres siamois de la commission mixte est significative<sup>4083</sup>. Ces membres sont les plus aptes à identifier une erreur relative à la ligne de partage des eaux. Au-delà de leur aptitude, il s'agit de leur *fonction* au sein de la commission mixte ! Certes elle ne s'est plus réunie depuis 1907, mais il n'empêche que cette dissolution ne fait pas « disparaître » ses membres thaïlandais. Dans un long extrait qui concerne aussi la connaissance, la Cour règle la question de la valeur des cartes :

« La carte [de l'annexe I] a été communiquée – avec les autres [cartes] – aux membres siamois de la Commission mixte. Ceux-ci ont nécessairement dû savoir (et par leur intermédiaire le Gouvernement siamois doit avoir su) qu'elle ne pouvait rien représenter qui eût été formellement adopté par la Commission mixte et, par conséquent, il est impossible qu'ils aient été trompés par son titre, à savoir "Dangrek – Commission de délimitation entre l'Indo-Chine et le Siam", et amenés à supposer qu'elle prétendait être l'œuvre de la Commission mixte comme telle. Dans l'hypothèse inverse, si les membres siamois de la Commission ont pensé autrement, c'est que la Commission mixte, sans le constater dans les procès-verbaux, avait en fait pris des décisions ayant servi de base à la carte ; or, les membres siamois de la Commission devaient évidemment avoir connaissance de toutes décisions de ce genre »<sup>4084</sup>.

La Cour formule deux hypothèses, également compromettantes pour la Thaïlande. Soit les membres de la commission mixte se sont rendu compte que les cartes n'étaient pas celles adoptées, mais sont néanmoins restés passifs<sup>4085</sup> (la passivité-renonciation débouchant sur un acquiescement). Soit le silence des membres thaïlandais

<sup>4082</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>4083</sup> *Ibid.*, pp. 23 et 24.

<sup>4084</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>4085</sup> *Ibid.*

s'explique car les cartes sont le reflet fidèle des décisions de la commission mixte. Dans les deux cas les cartes ont pu acquérir une valeur officielle. Au niveau de la valeur de la carte, le raisonnement fait déjà appel à une construction de la présomption ; le cheminement réel importe peu, la carte jouit d'une « validité présumée ». L'univocité du résultat est garantie ; quelles que soient les raisons du silence, la carte acquiert une valeur officielle.

La connaissance des membres thaïlandais de la commission est également construite, on ignore tout en dehors de la transmission des cartes. La formulation indique le caractère construit de la connaissance : « *nécessairement* dû savoir », « *doit* avoir su », « *impossible* qu'ils aient été trompés », « *évidemment* avoir connaissance ». Ces nécessités postulées par la Cour sont un cache-misère, si la connaissance est si évidente et *réelle*, il suffit d'indiquer une occurrence, une preuve *tangible* de celle-ci. La connaissance réelle n'étant pas satisfaite en raison du silence assourdissant de la Thaïlande et de l'absence de notification, la Cour est contrainte de se rabattre sur la connaissance présumée et son faisceau convergent de présomptions.

Les membres de la commission avaient toutes les outils en main pour déceler l'erreur<sup>4086</sup>. La connaissance *disponible* consistait en la transmission des cartes, sur cette base il leur suffisait de vérifier le tracé de la frontière. La connaissance *accessible* consistait à comparer les cartes avec les principes agréés par les parties. Un *caveat* s'oppose à ce raisonnement : les membres siamois ont confié la confection des cartes car ils ne disposaient pas de l'expertise nécessaire<sup>4087</sup>. Il devrait en aller de même pour leur vérification : ils ne seraient pas en mesure de trouver l'erreur. Ce contre-argument n'est pas un écueil ; la Thaïlande aurait dû se montrer diligente. Au fait de son ignorance, elle aurait pu demander une vérification à un expert « externe »<sup>4088</sup>.

La longue citation mentionnant les deux hypothèses illustre aussi la courroie de transmission de la connaissance entre organes de l'État. La communication des cartes aux membres de la commission crée une connaissance et transmission par implication au

---

<sup>4086</sup> *Ibid.*

<sup>4087</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>4088</sup> Ce raisonnement est appliqué à l'erreur : « [Les autorités siamoises ont accepté la carte] sans faire faire de recherches pour leur propre compte et ne sauraient donc maintenant invoquer une erreur viciant leur consentement » (*ibid.*, pp. 26-27).

gouvernement central<sup>4089</sup>. Cette possibilité de communiquer aux hautes autorités via le contact de fonctionnaires inférieurs est autorisée au vu de la mise en place d'une commission mixte.

Une dernière commission mixte franco-siamoise fut établie afin de « transcrire » les résultats des deux précédentes, son but

« [é]tait de convertir les cartes existantes en un atlas maniable et de donner aux termes français et siamois utilisés dans ces cartes leurs équivalents corrects dans l'autre langue. Il n'a jamais été suggéré au cours des travaux de cette Commission que la carte de l'annexe 1 ou la frontière qu'elle indique fussent inacceptables »<sup>4090</sup>.

L'absence de protestation de cette dernière commission est de moindre valeur. La Cour ne s'y trompe pas, il ne s'agit que d'« une autre preuve » : elle ne permet pas de conclure à une connaissance réelle, mais conforte la connaissance présumée. La composition de la commission empêche de faire jouer un rôle majeur à ce silence : on ignore si les mêmes membres siégeaient dans les trois commissions. D'autre part, le rôle de cette commission se cantonne à une transcription des cartes, si une erreur figure dans les cartes originales, il est logique et prévisible qu'elle figure aussi dans l'« atlas maniable » à confectionner.

La traduction des « [t]ermes français et siamois utilisés dans ces cartes [...] »<sup>4091</sup> constitue un élément supplémentaire pour valider la connaissance présumée. Le Temple était muni d'un symbole et d'une légende sur les cartes<sup>4092</sup>, la commission mixte aurait dû être confrontée à sa situation (en territoire cambodgien) et à sa traduction ; les membres siamois auraient eu des raisons de s'apercevoir de l'erreur et de la rapporter aux autorités de leur État.

La Cour s'est appuyée sur le silence d'autres représentants officiels de l'État. Cet intérêt pour le comportement des hautes autorités est déclenché par la Thaïlande qui prétendait que les cartes définitives n'avaient été vues que

« [p]ar des fonctionnaires subalternes sans expérience en matière de cartographie et ignorant tout du temple de Préah Vihéar. On a même prétendu au cours de la procédure orale que, dans le Siam de l'époque, personne ne savait rien du temple ni ne s'en souciait »<sup>4093</sup>.

<sup>4089</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>4090</sup> *Ibid.*

<sup>4091</sup> *Ibid.*

<sup>4092</sup> *Ibid.*, p. 26 : l'emplacement du Temple figure clairement sur la carte de l'Annexe 1 (les « escaliers » situés dans la plaine sont également représentés). Le symbole marquant son emplacement est accompagné d'un nom (« prea vihear »). Voy. la carte en couleur à l'échelle 1:50'000 annexé à : CIJ, *Mémoires. Temple de Préah Vihéar*, vol. II, La Haye, 1962.

<sup>4093</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 25.

Par conséquent, le silence n'aurait aucune valeur car la *connaissance* n'aurait pas été réalisée. La Thaïlande tente ici d'invoquer son « ignorance excusable » (voy. *supra*, 5.IV.C et 5.III.D). La Cour bat en brèche cet argument et énumère tous les organes de l'État qui ont réceptionné les cartes et qui ont dû les consulter. La Thaïlande doit supporter sa propre négligence <sup>4094</sup>.

Les cartes ont été communiquées aux ministres des Affaires étrangères (le prince Devawongse) et de l'Intérieur (le prince Damrong) <sup>4095</sup>. Dès leur publication en 1908, le représentant du Siam en France a réceptionné des cartes et s'est chargé de la transmission aux autres légations du Siam et au MAE ; de son propre aveu, ces cartes lui ont spécifiquement été apportées afin qu'il les communique en Thaïlande <sup>4096</sup>. La transmission est *réellement* acquise, la vérification reste dans les limbes et ne peut être que présumée.

De son côté, le prince Damrong, dont dépendaient les membres thaïlandais de la commission mixte, a également reçu les cartes. Mieux, il remercie la France et commande des exemplaires supplémentaires « en vue de les transmettre aux gouverneurs de province siamois » <sup>4097</sup>. En soi, la réception des cartes, les remerciements et la commande supplémentaire ne sont pas déterminants pour la connaissance. Cette situation peut être comparée aux premiers stades de l'affaire du *Roi d'Espagne* : une sentence est rendue, le Nicaragua félicite presque immédiatement le Honduras d'être arrivé à une solution <sup>4098</sup>. *Dans un laps de temps aussi court, l'État qui émet des félicitations ou commande des cartes supplémentaires ne fait que certifier que la communication lui est bien parvenue. La connaissance des détails n'est pas encore acquise. Ce n'est que l'inaction prolongée face aux occasions de réactions qui permet de s'assurer que l'État est dans une position où la connaissance présumée pourra lui être opposée.*

La Cour retient la connaissance directement *disponible* (la carte), et celle *accessible* (la réalisation de l'emplacement du Temple et l'erreur). Le prince Damrong joua un rôle de premier

---

<sup>4094</sup> *Ibid.* : « Ni en fait ni en droit, la Cour ne peut accepter cette défense. Si les autorités siamoises n'ont montré les cartes qu'à des fonctionnaires subalternes, elles ont nettement agi à leurs propres risques et cela ne saurait appuyer les prétentions de la Thaïlande sur le plan international ».

<sup>4095</sup> *Ibid.*

<sup>4096</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>4097</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>4098</sup> *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec.* 1960, p. 210.

plan à cet égard. En plus d'être ministre de l'Intérieur, « [i]l ressort clairement de la documentation produite en l'espèce que le prince Damrong a pris personnellement un vif intérêt aux travaux de délimitation et qu'il avait une connaissance approfondie des monuments archéologiques »<sup>4099</sup>.

La communication *certaine* de la carte instille la connaissance disponible qui suffirait à créer une connaissance présumée de la situation du Temple. Sur la base de la carte et adoptant une attitude diligente, l'erreur aurait été identifiée rapidement et une protestation aurait pu être émise. De plus, « l'intérêt particulier » du prince Damrong aux questions archéologiques et topographiques – qui fait ici aussi écho aux « États particulièrement intéressés » dans le cadre coutumier – milite pour une connaissance *accessible* de l'erreur. Le prince était pleinement en mesure de mener les vérifications nécessaires, de se renseigner sur la situation de ou des temples disséminés de part et d'autre de la frontière. Le comportement du prince est *comparé* avec celui d'un représentant étatique ayant lui aussi manifesté un intérêt aux travaux des commissions mixtes.

L'attitude d'un troisième type d'organe étatique est passée en revue par la Cour :

« L'on doit également supposer que la carte de l'annexe 1 a été vue par le *gouverneur de la province* de Khukhan, province siamoise avoisinant au nord la région de Préah Vihéar, lequel doit être l'une des personnes pour qui le prince Damrong a réclamé des exemplaires supplémentaires. Aucun de ces personnages n'était un fonctionnaire subalterne »<sup>4100</sup>.

L'appel à la connaissance présumée est plus transparent pour les gouverneurs car la seule certitude de la Cour est la transmission des cartes. Par contraste, l'implication des gouverneurs dans le processus de délimitation est inexistante, la connaissance des monuments n'est qu'hypothétique, il serait étonnant que les gouverneurs aient été avertis que la frontière devait suivre la ligne de partage des eaux et soient en mesure de déceler une erreur. Tout au plus, le gouverneur local aurait pu se rendre compte que le Temple était dorénavant situé hors de la province de Khukhan. La situation sur le terrain divergeait des cartes car le Temple était la plupart du temps sous l'influence de la Thaïlande<sup>4101</sup> ; il est probable que le

<sup>4099</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 25.

<sup>4100</sup> *Ibid.*

<sup>4101</sup> « La Thaïlande déclare que, si elle n'a pas même soulevé la question de la carte en soi avant 1958, c'est qu'elle a été à toutes les époques critiques en possession de Préah Vihéar ; elle

gouverneur local ne se soit donc pas rendu compte du changement de souveraineté. À son niveau, la situation réelle n'avait pas été modifiée (perspective « bottom-up »).

La Cour ne se livre pas à ce genre de considérations ; la livraison (supposée) de la carte au gouverneur local suffit. Les déductions qui permettent d'arriver à la connaissance présumée sont solidaires d'une certaine vision de la circulation de la connaissance au sein de l'État (perspective « top-down ») :

« Il est inconcevable que le gouverneur de la province de Khukhan, dont Préah Vihéar a fait partie jusqu'au règlement de 1904, ait ignoré [l]'existence [de la carte de l'Annexe I] »<sup>4102</sup>.

Dans un État idéal, la carte est communiquée aux divisions territoriales concernées. La communication d'une carte en suppose l'examen attentif qui conduit à l'identification de l'erreur. Dans cette vision, le gouverneur est en meilleure posture pour lire la carte et comprendre la conséquence pour le Temple que les échelons supérieurs. La diligence génère de la diligence et peut mener très vite à des conséquences néfastes pour les États qui se taisent. Le « gouverneur raisonnable » qui sert d'étalon à la connaissance présumée connaît par cœur les limites de sa province. Or, les commissions mixtes ont précisément été établies afin de délimiter des nouvelles frontières. La connaissance présumée des gouverneurs locaux est une construction des plus précaire, eux-mêmes pouvaient supposer que le ministère de l'Intérieur avait validé les cartes avant de les transmettre.

Bien que, pris individuellement, l'attitude de certains organes de l'État soit plus proche de l'ignorance réelle que de la connaissance présumée, cette dernière fonctionne de manière globale. La Cour glisse sans appuyer<sup>4103</sup> et construit une connaissance présumée sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Au-delà des organes et de leurs comportements, c'est la carte qui est utilisée pour parvenir à la connaissance présumée :

« En regardant la carte, on voit qu'elle attirait si nettement l'attention sur la région de Préah Vihéar qu'aucune personne intéressée ou chargée d'examiner cette carte n'aurait pu manquer de remarquer ce qu'elle indiquait pour cette région »<sup>4104</sup>.

n'avait donc aucun besoin de soulever cette question » : *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 29 (voy. aussi en p. 28).

<sup>4102</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 26.

<sup>4103</sup> S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2019 (Glissez, mortels, n'appuyez pas).

<sup>4104</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 26.



La comparaison est pleinement invoquée : n'importe quelle personne *intéressée* et *diligente* aurait remarqué la région du Temple. La Cour constate encore que :

« Il était impossible en regardant la carte de se méprendre à cet égard [l'emplacement du Temple].

En outre, la carte situait tout à fait clairement Préah Vihéar du côté cambodgien de la ligne et marquait le temple par un signe semblant reproduire le plan général des bâtiments et des escaliers »<sup>4105</sup>.

Le travail de vérification pour se rendre compte de l'erreur était *infime*. Dans ce premier temps de l'arrêt, la connaissance présumée est synonyme de négligence : la Thaïlande aurait pu et dû éviter l'erreur, elle est victime de sa propre incurie. L'erreur n'est pas invocable<sup>4106</sup>.

(ii) *La connaissance de la situation territoriale postérieurement à l'établissement de la carte*

Dans un second temps, la connaissance est dérivée des événements survenant entre la publication de la carte et la cristallisation du différend. Nous nous focaliserons sur ces événements dans la mesure où ils permettent d'établir la connaissance présumée de la Thaïlande quant au *résultat* de la carte de l'annexe I.

La connaissance présumée est par exemple atteinte en 1934-1935 lorsqu'un relevé de la région du Temple fait apparaître la divergence entre la carte de l'Annexe I et la ligne de partage des eaux<sup>4107</sup> ; en faisant preuve de diligence la Thaïlande aurait pu s'apercevoir de l'erreur, surtout si elle considérait détenir la souveraineté sur le Temple. La réalisation de ces relevés suppose une consultation de la carte. Les connaissances présumée et réelle flirtent lors de cet événement, la connaissance présumée est néanmoins préférée car la position de la Thaïlande fluctue (elle prétend ignorer l'existence du temple pour se contredire peu après)<sup>4108</sup>. La prétention portée par la carte de l'Annexe I ne peut être *connue* que si prétention il y a, pour cela la Thaïlande doit penser que le Temple lui revenait<sup>4109</sup>.

<sup>4105</sup> *Ibid.*

<sup>4106</sup> *Ibid.*, pp. 26-27.

<sup>4107</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>4108</sup> *Ibid.*, p. 25 : « dans le Siam de l'époque, personne ne savait rien du temple ni ne s'en souciait » ; « le temple a été "redécouvert" en 1899 par le prince siamois Sanphasit, accompagné de quelque quinze ou vingt fonctionnaires et dignitaires locaux, parmi lesquels, semble-t-il, ceux qui exerçaient à l'époque les fonctions de gouverneur et de gouverneur adjoint de Khukhan » (*ibid.*).

<sup>4109</sup> Il est possible qu'en 1935 la Thaïlande se rende compte de la divergence mais ne se considère (à cet instant !) pas souveraine du Temple.

La Thaïlande a publié des cartes qui faisaient apparaître le temple tantôt en territoire cambodgien ou thaïlandais ; la carte de l'Annexe I a parfois été employée dans les communications officielles <sup>4110</sup>. Les résultats de la délimitation de 1907 auraient encore pu être contestés à l'occasion de la négociation d'un traité de 1937 avec la France par lequel les frontières étaient confirmées <sup>4111</sup>. La Thaïlande se tait alors même que la conclusion de ce traité aurait dû provoquer la vérification des frontières ; la connaissance est à nouveau très fortement présumée :

« Il aurait été naturel que la Thaïlande soulevât la question si elle considérait que le tracé de la frontière de Préah Vihéar porté sur la carte était inexact ; elle pouvait et aurait dû le faire si telle avait été sa conviction » <sup>4112</sup>.

La Thaïlande eut encore une occasion de faire surgir la question de Préah Vihéar dans le cadre d'une commission de conciliation établie en 1947. Si elle s'attarda sur d'autres secteurs de la frontière, elle omit à nouveau le Temple <sup>4113</sup>. Après cette dernière mention, la Cour ne s'intéressa plus aux cartes et se concentra sur les comportements.

La connaissance présumée de la prétention cambodgienne sur le temple par la Thaïlande peut s'inférer de plusieurs comportements et déclarations. Un épisode survenu en 1941 retient l'attention. Les termes employés par la Thaïlande dans des publications nationales et lors des négociations de 1958 avec le Cambodge font référence à une « reprise » du Temple <sup>4114</sup>. Une « reprise » suppose une perte préalable à 1941, ce qui signifie que la Thaïlande *devait connaître* la situation du Temple et la prétention cambodgienne. La valeur de cet épisode ne doit toutefois pas être exagérée, il peut s'agir d'errements d'un fonctionnaire subalterne et d'écarts verbaux de représentants thaïlandais <sup>4115</sup>.

La visite du prince Damrong, presque aussi importante dans le raisonnement de la Cour que la carte de l'Annexe I, appelle davantage de réflexions. Le prince, ancien ministre de l'Intérieur lors de

<sup>4110</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 27.

<sup>4111</sup> *Ibid.*

<sup>4112</sup> *Ibid.*, pp. 27-28.

<sup>4113</sup> *Ibid.*, pp. 28-29.

<sup>4114</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>4115</sup> *Ibid.*

la confection des cartes, est alors « président de l'Institut royal du Siam et chargé de fonctions se rapportant [...] aux monuments archéologiques »<sup>4116</sup>. L'intérêt personnel du prince pour les temples et la cartographie avait déjà été souligné dans l'arrêt<sup>4117</sup>. Il dispose donc de connaissances approfondies et est apte à reconnaître une prétention du Cambodge sur le Temple. Bien que n'étant plus un organe de l'État, le prince jouit d'un statut « quasi officiel »<sup>4118</sup> lors de sa visite du Temple : la tournée archéologique est autorisée par le Roi du Siam, le prince est cérémonieusement reçu par le résident français :

*« Le prince ne peut avoir manqué de saisir les implications d'un tel accueil. On pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois. Cela appelle une réaction, que la Thaïlande n'a pas eue. Au surplus, lorsqu'à son retour à Bangkok le prince Damrong a envoyé au résident français des photographies commémorant l'événement, il l'a fait en des termes semblant admettre que la France, par l'intermédiaire de son résident, avait agi en qualité de pays hôte »*<sup>4119</sup>.

Le prince répond pleinement aux deux standards de la connaissance présumée. Sur le plan de la connaissance accessible (« should have known »), il aurait dû, face aux circonstances, se renseigner de manière active et ainsi être averti de la prétention cambodgienne/française. Sur le plan de la connaissance disponible (« had reason to know »), les informations immédiatement à disposition du prince sont riches ; il a suivi le travail cartographique et dispose de tous les éléments lui permettant d'identifier la prétention et d'agir en conséquence. Un maigre travail de diligence aurait suffi à acquérir une connaissance réelle de la prétention cambodgienne.

Les termes employés par la Cour et figurant en italiques dans l'extrait ci-dessus font partie du « champ sémantique » de la connaissance présumée. Il est question de ce qui ne peut pas s'être déroulé autrement ; le prince n'a pas pu ignorer les raisons de l'accueil par une autorité étrangère, la Cour ne peut pas imaginer un comportement manifestant plus nettement la souveraineté. Les événements réels sont comparés à un scénario idéal dans lequel la connaissance aurait été réelle et une protestation aurait été émise.

<sup>4116</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>4117</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>4118</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>4119</sup> *Ibid.*

Une faible dose de diligence aurait suffi pour atteindre ce scénario idéal, la négligence est donc réalisée (et la connaissance présumée est validée). L'univocité du comportement du prince est patente, la seule conclusion raisonnable consiste à retenir la connaissance présumée.

Face à un tel déluge d'indices, pourquoi ne pas affirmer que la connaissance est réelle ? Tout d'abord car la Thaïlande conteste, jusqu'à une date avancée du différend<sup>4120</sup>, la connaissance réelle de la prétention<sup>4121</sup>. Face à une opposition, la Cour ne dispose pas d'une voie royale pour constater une connaissance réelle<sup>4122</sup>. L'absence de notification empêche aussi ce verdict. D'autre part, les comportements de la Thaïlande<sup>4123</sup> n'ont pas été totalement univoques : des cartes faisant apparaître le Temple en territoire thaïlandais ont été utilisées<sup>4124</sup>, et la présence aux abords de la zone litigieuse a été intermittente<sup>4125</sup>.

La connaissance réelle n'est donc pas acquise, ou exigerait de trop grands efforts d'argumentation pour être prouvée à satisfaction. Notamment pour des raisons « d'économie judiciaire »<sup>4126</sup> la connaissance présumée – plus malléable – est préférée. En effet, la preuve de la connaissance réelle repose elle-même dans des faits intrinsèquement notoires, une catégorie qui reste rare en pratique en l'absence d'une notification (*supra*, Ch. 5.III.D.3.b). L'expédient consiste donc à reculer pour mieux sauter : les exigences moindres de la connaissance présumée permettent de convoquer toute sorte de preuves et présomptions *hominis* afin de démontrer ce que l'État ne « pouvait pas » ignorer en faisant preuve d'un minimum de diligence.

<sup>4120</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>4121</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>4122</sup> La connaissance réelle rassemble plusieurs cas : l'État fait face à une prétention tellement notoire que la connaissance est acquise ; l'État admet avoir connaissance d'une prétention (peu importe la nature intrinsèquement notoire ou non de celle-ci). Dans le dernier cas l'admission de l'État emporte la connaissance réelle, il s'agit d'un expédient pour éviter d'analyser le caractère notoire de la prétention.

<sup>4123</sup> Par opposition au comportement – univoque – du prince Damrong décrit ci-dessus.

<sup>4124</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 27.

<sup>4125</sup> *Ibid.*, pp. 30-33.

<sup>4126</sup> « Il se peut qu'il y ait quelque chose de convaincant et de séduisant dans l'opinion d'après laquelle, entre plusieurs solutions possibles, un tribunal doit choisir la plus simple, la plus concise et la plus rapide » (*Certains emprunts norvégiens*, Opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht, CIJ, *Rec.* 1957, p. 3).

Si la connaissance réelle de la Thaïlande est réalisée, c'est seulement à un stade ultérieur :

« En mai 1949, la France a envoyé une [nouvelle] note dans laquelle elle exposait succinctement, mais très explicitement, les motifs pour lesquels elle considérait que Préah Vihéar se trouvait en territoire cambodgien [...]. Bien que cette note contînt une erreur, il reste qu'elle *constituait une affirmation de souveraineté sans équivoque*. Cette note française est également demeurée sans réponse. En juillet 1950, une nouvelle note a été envoyée, toujours sans réponse » <sup>4127</sup>.

Avec cette *notification*, et jusqu'en 1958 (date de cristallisation du différend), la Thaïlande possède une connaissance réelle de la prétention. Suite à l'accession à l'indépendance en 1953, la note française et la prétention ont été reprises par le Cambodge, toujours sans réactions de la part de la Thaïlande <sup>4128</sup>. La connaissance réelle se limite aux prétentions énoncées entre 1949 et 1958, sans effet rétroactif. Comme les événements les plus significatifs pour la connaissance dans cette affaire sont survenus entre 1908 et 1949, la Cour n'est pas dispensée d'examiner la connaissance présumée pour cette période.

Une mixité des connaissances est possible au sein du même arrêt et du même acquiescement. L'enchaînement se fait de la connaissance présumée à réelle, chacune ne pouvant concerner que les faits survenus sous son emprise <sup>4129</sup>. Le vocabulaire de la Cour change pour la connaissance réelle ; les éléments factuels sont énumérés, sans recourir à des suppositions ou des constructions hypothétiques <sup>4130</sup>. Ce n'est pas la négligence ni le manque de diligence de la Thaïlande qui sont passés à la loupe, mais ce qui a été *positivement* porté à sa connaissance par des notifications cambodgiennes répétées, ainsi :

« Le Cambodge a adressé à la Thaïlande une nouvelle note dans laquelle il indiquait qu'il avait été informé que les ruines étaient déjà occupées par des militaires thaïlandais et que l'envoi de militaires cambodgiens

<sup>4127</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 31, nos italiques.

<sup>4128</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>4129</sup> Un passage inverse, de la connaissance réelle à présumé, est peu probable. Il faudrait une « scission » pour que les événements que l'État connaît vraiment ne soient plus vus et sus immédiatement. Il s'agit d'un effet de seuil : une fois la connaissance réelle atteinte, elle englobe les événements subséquents liés à la prétention notoire et connue (même si ces événements, pris individuellement, ne seraient pas notoires).

<sup>4130</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 31-32.

avait donc été suspendu, dans le souci d'éviter d'aggraver la situation. *Le Cambodge demandait ensuite que la Thaïlande voulût bien faire retirer ses militaires ou l'informer de ses sentiments à ce sujet* » <sup>4131</sup>.

L'attitude de la Thaïlande n'entre pas en jeu.

Il existe un point commun entre la connaissance réelle et présumée dans le raisonnement de la Cour. L'idée de comparer le comportement *effectif* et *idéal* subsiste. Pour la connaissance présumée, il s'agit de comparer à l'aune d'un État raisonnable immergé dans la même situation, et ce afin de déterminer si la diligence est satisfaite. Pour la connaissance réelle, il s'agit d'identifier ce qui aurait pu être fait pour faire obstacle à l'acquiescement :

« Constatant que des gardiens thaïlandais se trouvaient déjà sur place, les gardiens cambodgiens se sont retirés et le Cambodge a adressé en janvier 1954 une note au Gouvernement thaïlandais pour lui demander des informations [susitant la connaissance réelle de ce dernier]. Il y a été répondu par un simple accusé de réception sans explications. *Même alors, la Thaïlande n'a présenté formellement aucune réclamation* » <sup>4132</sup>.

Chaque fois que la connaissance réelle est acquise, une occasion de protester <sup>4133</sup> – et de mettre fin à l'acquiescement <sup>4134</sup> – émerge.

L'empire de la connaissance présumée ne se cantonne pas à l'acquiescement du domaine territorial. Il s'agit d'un *concept juridique* avant d'être une pierre de touche pour l'acquiescement. Nous évoquerons dans les lignes suivantes quelques cas d'acquiescements « extraterritoriaux » réalisés ou seulement tentés qui font appel à la connaissance présumée.

#### c. Désarmement nucléaire : connaissance présumée et existence d'un différend

Tranchée en 2016, l'affaire du *Désarmement nucléaire* <sup>4135</sup> s'intéressait à l'acquiescement « judiciaire » qui permet la naissance d'un différend. Le différend est une condition à la compétence de la Cour (art. 36, § 2 ; 38, § 1 SCIJ). Il peut naître de manière explicite ou implicite. Il est

<sup>4131</sup> *Ibid.*, p. 32, nos italiques.

<sup>4132</sup> *Ibid.*, p. 31, nos italiques.

<sup>4133</sup> « Présenter une réclamation » dans l'extrait précité.

<sup>4134</sup> Soit qu'il s'agisse de mettre fin à la *période* de déroulement de l'acquiescement (*supra*, Ch. 5.II – « Le temps »). Soit de faire obstacle à la validation de l'acquiescement (*infra*, Ch. 5.VII.D – « La protestation »).

<sup>4135</sup> *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. 833 (cité en forme courte ci-après).

implicite lorsque le comportement des parties est antagoniste et que le défendeur (le Royaume-Uni) savait ou ne pouvait pas ignorer « [q]ue ses vues se heurtaient à "l'opposition manifeste" du demandeur »<sup>4136</sup>.

L'arrêt illustre la cascade « idéale » de la connaissance, ce sont dans l'ordre l'existence d'une notification, de la connaissance réelle, puis de la connaissance présumée qui sont examinées. Dans sa première exception préliminaire, le Royaume-Uni conteste le différend en raison de l'absence de notification des Îles Marshall<sup>4137</sup>. Ces dernières rejettent avec raison cette condition ; un différend *peut* aussi naître en l'absence de notification<sup>4138</sup> :

« "si la protestation diplomatique officielle peut constituer un moyen important pour une partie de porter à l'attention de l'autre une prétention, pareille protestation... n'est pas une condition nécessaire" à l'existence d'un différend [...]. *De la même manière, la notification de l'intention d'introduire une instance n'est pas requise aux fins de pouvoir saisir la Cour* [...] »<sup>4139</sup>.

Il ne reste plus qu'à examiner si une connaissance *réelle* ou *présumée* du différend est nécessaire :

« Un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance [réellement], ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance [présomption], de ce que ses vues se heurtaient à l'"opposition manifeste" du demandeur »<sup>4140</sup>.

Ce passage est répété trois fois dans l'arrêt<sup>4141</sup>.

Pour la connaissance réelle, les Îles Marshall invoquent une déclaration émise lors d'une conférence relative au désarmement. La déclaration aurait créé une prétention intrinsèquement notoire :

« [le Royaume-Uni], bien que n'ayant pas participé à celle-ci [la conférence de Nayarit], doit avoir eu connaissance de cette déclaration, puisque tous les documents et déclarations issus de la conférence étaient à la disposition du public et aisément consultables, notamment sur l'Internet »<sup>4142</sup>.

Deux points empêchaient de souscrire à ce raisonnement. En premier lieu, le défendeur n'a pas assisté à la conférence : dès lors la réclamation des Îles Marshall n'est pas immédiatement et impérieusement

<sup>4136</sup> *Ibid.*, p. 834 pour l'extrait et p. 835 pour la création du différend.

<sup>4137</sup> *Ibid.*, p. 846, § 27.

<sup>4138</sup> *Ibid.*, p. 848, § 32 (Îles Marshall).

<sup>4139</sup> *Ibid.*, p. 849, § 38.

<sup>4140</sup> *Ibid.*, p. 850, § 41.

<sup>4141</sup> *Ibid.*, p. 834 ; p. 835 ; p. 850, § 41 ; p. 854, § 51 ; p. 856, § 57.

<sup>4142</sup> *Ibid.*, p. 848, § 33.

identifiable comme une prétention notoire<sup>4143</sup>. De plus, la déclaration était trop vague et n'atteignait pas la notoriété requise, les Îles Marshall se contentaient d'affirmer que « les États possédant un arsenal nucléaire ne respectent pas leurs obligations »<sup>4144</sup>, sans indiquer quel comportement spécifique du Royaume-Uni était à l'origine de la réclamation<sup>4145</sup> :

« Ladite déclaration, étant donné son contenu très général et le contexte dans lequel elle a été faite, n'appelait pas de réaction particulière de la part du Royaume-Uni. Aucune divergence de vues ne peut donc être déduite de cette absence de réaction »<sup>4146</sup>.

La prétention, trop peu notoire, n'était pas de nature à créer une connaissance réelle. Il n'y a pas de charge de réagir, le silence du Royaume-Uni est dénué de signification.

La connaissance présumée (fondée sur une prétention dont la notoriété serait également présumée) est ensuite examinée. Le différend serait né des votes contraires exprimés au sein de forums internationaux<sup>4147</sup>. Pour exemple, une résolution de l'AG de l'ONU avait récolté un vote positif des Îles Marshall et négatif du défendeur<sup>4148</sup>. Pour que la connaissance présumée soit atteinte, il faudrait que la prétention soit notoire, sur le mode de la présomption : suite au vote, est-ce que le Royaume-Uni ne pouvait pas ignorer la divergence de vues qui formait la prétention ? Est-ce qu'il était dans une situation où ses connaissances *accessible* (« should have known ») et *disponible* (« had reason to know ») exigeaient qu'il fasse preuve de diligence et s'informe de la prétention ? La Cour rejette cette construction :

« Certaines résolutions contiennent nombre de propositions différentes ; le vote d'un État sur une résolution de ce type ne saurait en soi être considéré comme indiquant la position de cet État sur chacune des propositions qui y figurent, et moins encore l'existence, entre lui-même et un autre État, d'un différend d'ordre juridique relatif à l'une de ces propositions »<sup>4149</sup>.

Il est difficile de faire un partage clair entre l'examen d'une prétention présumée notoire et de la connaissance présumée de cette présomption, le même critère est appliqué (« ne pouvait pas ignorer »). Sans prétention notoire, la connaissance n'est pas envisageable. C'est bien ce que semble décrire la Cour.

<sup>4143</sup> *Ibid.*, p. 853, § 50.

<sup>4144</sup> *Ibid.*

<sup>4145</sup> *Ibid.*, p. 854, § 50.

<sup>4146</sup> *Ibid.*

<sup>4147</sup> *Ibid.*, p. 848, § 35.

<sup>4148</sup> *Ibid.*, p. 855, § 55.

<sup>4149</sup> *Ibid.*, p. 855, § 56.



Dans une certaine mesure, l'examen de la connaissance présumée est renversé :

« Les Îles Marshall reconnaissent que ces questions [d'obligation de négociation] n'ont fait l'objet d'aucun échange diplomatique bilatéral, et ce, en dépit du fait qu'un certain nombre d'échanges bilatéraux, y compris des visites de hauts représentants du Royaume-Uni aux Îles Marshall, ont eu lieu au cours de la période précédant le dépôt de la requête, dans le cadre desquels lesdites questions auraient pu être soulevées »<sup>4150</sup>.

Les occasions de faire connaître sa prétention sont utilisées comme preuve de la négligence des Îles Marshall. Il lui suffisait d'un faible effort pour porter la problématique à l'attention du Royaume-Uni et s'assurer de sa connaissance. Dans ces circonstances, la Cour peut affirmer que le défendeur n'avait pas de raison de connaître la prétention ou de chercher *activement* à s'en informer (« should have known », connaissance accessible). La négligence du demandeur se transforme en satisfaction de la diligence du défendeur.

L'affaire du *Désarmement nucléaire* est paradoxale : l'arrêt indique l'absence de différend et balaie la possibilité que l'introduction de l'instance puisse créer un différend (celui-ci doit exister *avant* l'introduction)<sup>4151</sup>. Néanmoins, le Royaume-Uni dispose désormais d'une connaissance réelle de la prétention des Îles Marshall. Ce paradoxe est souligné dans la déclaration du juge Gaja :

« Des différends au sujet des questions abordées dans les présentes affaires ont manifestement surgi depuis avril 2014 comme suite à la requête et aux réactions des États défendeurs. Les arrêts de la Cour ouvrent donc apparemment aux Îles Marshall la possibilité d'introduire de nouvelles instances portant sur les mêmes questions »<sup>4152</sup>.

Les échanges en cours d'instance ont constitué une notification du différend. De manière *extrinsèque*, la mise à jour de la déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ du Royaume-Uni apporte une preuve supplémentaire. Une réserve relative aux armes nucléaires et au désarmement<sup>4153</sup> a été introduite dans la version du 22 février 2017 de la déclaration (art. 36, § 2 SCIJ)<sup>4154</sup>.

<sup>4150</sup> *Ibid.*, p. 852, § 47.

<sup>4151</sup> *Ibid.*, p. 855, § 54.

<sup>4152</sup> *Ibid.*, Déclaration de M. le juge Gaja, 2016, CIJ, *Rec.* 2016, p. 1038.

<sup>4153</sup> Ch. VI de la déclaration : « Toute demande ou tout différend résultant du désarmement nucléaire et/ou des armes nucléaires, s'y rattachant ou s'y rapportant, à moins que tous les autres États dotés d'armes nucléaires qui sont parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires aient également accepté la compétence de la Cour et soient parties à l'instance en question ». Il s'agit d'une réserve « Vandenberg », voy. : G. DISTEFANO et A. HÊCHE, « Optional Clause Declarations: International Court of Justice (ICJ) », *op. cit.*, § 27, §§ 111-114.

<sup>4154</sup> Les Îles Marshall ne peuvent plus réintroduire une instance à moins que l'ensemble des États nucléaires ne soient également attirés devant la Cour dans le cadre de la réserve « Vandenberg », cf. note précédente.

d. *Saiga : connaissance présumée et diligence*

L'irruption de l'acquiescement au stade des exceptions préliminaires n'est pas un cas isolé. L'affaire *Saiga*, tranchée en 1999 par le TIDM, s'inscrit aussi dans ce cadre et illustre le lien entre connaissance présumée et charge de réagir<sup>4155</sup>. L'examen des conditions de l'acquiescement ressemble à une fuite perpétuelle vers l'avant : la connaissance s'enracine en amont dans la prétention et, en aval, elle débouche sur la charge de réagir. Cette fuite perpétuelle symbolise le processus dynamique au cœur de l'acquiescement, la photographie n'est pas le support adéquat pour visualiser l'acquiescement, seul le long-métrage lui rend pleinement justice.

Une question préliminaire concernait la nationalité d'un navire : la validité de l'immatriculation sous pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines était contestée par la Guinée<sup>4156</sup>. L'enjeu était la possibilité pour Saint-Vincent, en tant qu'État de nationalité au sens de l'article 91 UNCLOS, de s'opposer aux mesures prises par la Guinée<sup>4157</sup>. Au moment de l'arraisonnement par la Guinée, le *Saiga* n'était pas encore définitivement immatriculé auprès du registre de Saint-Vincent : une inscription provisoire du navire était échue mais l'écriture définitive n'était pas encore en vigueur<sup>4158</sup>. La nationalité du navire prêtait légitimement à confusion.

Le Tribunal procède en trois temps : la *prétention* de Saint-Vincent de faire battre son pavillon au navire est-elle satisfaite ? La Guinée a-t-elle pu *connaître* cette prétention ? La Guinée a-t-elle eu l'occasion de *s'opposer* à cette prétention ? Pour la prétention, le TIDM admet que le *Saiga* est uni par un lien fort à Saint-Vincent<sup>4159</sup>, il s'agit d'une certaine manière du pavillon « le plus effectif »<sup>4160</sup>.

La question de la connaissance présumée nous retiendra plus longtemps. Une nuance importante est nécessaire : la connaissance *réelle* de la prétention à la nationalité est acquise dès la procédure de prompt mainlevée ouverte par Saint-Vincent<sup>4161</sup> (notification et procédure

<sup>4155</sup> *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, § 73, lit. c.

<sup>4156</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>4157</sup> *Ibid.*, §§ 33-35, § 58.

<sup>4158</sup> *Ibid.*, §§ 56-58.

<sup>4159</sup> *Ibid.*, § 60, §§ 67-68.

<sup>4160</sup> Par analogie à la nationalité dans la protection diplomatique. La prétention de Saint-Vincent est comparée à celle de l'ancien pavillon, à savoir Malte (*ibid.*, § 58).

<sup>4161</sup> *Ibid.*, § 69.

judiciaire). Par contre, la prétention à la nationalité *malgré l'absence d'immatriculation définitive* (un « défaut ») est scrutée par le crible de la connaissance présumée. C'est à cette dernière prétention que nous nous attachons. C'est dès l'ouverture de la procédure que la Guinée aurait dû faire preuve de diligence et vérifier la validité de la nationalité du navire si elle souhaitait la contester :

« Des occasions de mettre en doute l'immatriculation ou la nationalité du navire se sont présentées au cours des procédures devant le Tribunal concernant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire en novembre 1997 et concernant la demande en prescription de mesures conservatoires en février 1998 » <sup>4162</sup>.

Ce n'est qu'en 1998 lors du dépôt de son contre-mémoire que la Guinée conteste la nationalité. Le TIDM relève qu'elle aurait pu « mener des investigations » auparavant, par exemple en inspectant « le registre maritime de Saint-Vincent-et-les-Grenadines », les pièces du dossier étant de nature à questionner la nationalité <sup>4163</sup>.

Le TIDM vérifie si la Guinée *n'a pas pu ignorer* les incertitudes entourant l'immatriculation. Pour ce faire, elle abstrait la Guinée des particularités du cas et compare son comportement à celui d'un État raisonnable plongé dans cette situation. Une simple vérification des registres <sup>4164</sup> aurait fait apparaître l'irrégularité, un État diligent se serait soucié de ce point juridique. La connaissance accessible (« should have known ») commande de faire *activement* des vérifications. La connaissance disponible (« had reason to know ») se base sur les éléments réellement en possession de la Guinée, c'est-à-dire les échanges d'écritures.

La vérification de la connaissance présumée s'imbrique largement avec la charge de réagir. Ce chevauchement est en grande partie du à la période restreinte sur laquelle l'acquiescement s'est joué (une petite année) <sup>4165</sup>. Le TIDM observe ainsi que :

« [La Guinée] *n'a pas contesté ou mis de quelque manière que ce soit en doute l'immatriculation ou la nationalité du navire*, à aucun moment avant le dépôt de son contre-mémoire en octobre 1998 » <sup>4166</sup>.

<sup>4162</sup> *Ibid.*

<sup>4163</sup> *Ibid.*

<sup>4164</sup> *Ibid.*

<sup>4165</sup> Voy. le tableau des périodes Ch. 5.II.B *supra*. L'instance est introduite le 22 décembre 1997 (début de la ligne). L'acquiescement s'est concrétisé *avant* le prononcé final (1<sup>er</sup> juillet 1999), c'est-à-dire au plus tard en octobre 1998 lorsque la Guinée conteste pour la première fois la nationalité du navire. *Ibid.*, §§ 53 et 69.

<sup>4166</sup> *Ibid.*, § 69, nos italiques.

Et, plus loin :

« Compte tenu du fait que la Guinée n'a pas mis en question l'affirmation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines selon laquelle elle est l'État du pavillon du Saiga, *lorsqu'elle avait raisonnablement toute possibilité de le faire*, et compte tenu du comportement qu'elle a eu par ailleurs dans la présente affaire, la Guinée ne peut pas mettre en question l'immatriculation et la nationalité du Saiga à ce stade [...] » <sup>4167</sup>.

La *prétention* est connue au plus tard par le début de l'instance, le point de départ de la *connaissance* s'arrime au même point, chaque étape de la procédure renouvelle la connaissance présumée en même temps qu'elle constitue une occasion de réagir. La prétention est notoire (elle ne peut pas être ignorée), la connaissance est présumée (la Guinée a fait preuve de négligence) et la charge de réagir n'a pas été respectée (l'opposition est trop tardive).

e. Parcelles frontalières : *connaissance présumée contre négligence caractérisée*

La connaissance présumée est utilisée dans d'autres domaines de l'acquiescement, son emprise peut s'y avérer plus discrète, comme c'est le cas dans la pratique subséquente relative aux traités <sup>4168</sup>. Dans l'affaire des *Parcelles frontalières* une modification du traité de frontière de 1843 aurait pu résulter du comportement des Pays-Bas et de la Belgique <sup>4169</sup>. Les premiers arguaient que la Belgique avait acquiescé aux actes de souveraineté accomplis sur les parcelles litigieuses <sup>4170</sup>. Nous appliquerons à ces cas les trois étapes chronologiques précédemment utilisées pour l'affaire du *Saiga* : prétention, connaissance de celle-ci, charge de réagir.

La prétention des Pays-Bas est portée par de multiples actes (taxations, jugements, octroi d'une concession ferroviaire, administration du registre d'état civil, construction d'immeubles, application de la législation néerlandaise, vente de terrains) <sup>4171</sup>. La prétention est-elle notoire pour autant ?

<sup>4167</sup> *Ibid.*, § 73, lit. c, nos italiques.

<sup>4168</sup> Art. 31, § 3, lit. b CVDT (pratique interprétative) et dans le cadre de la pratique modificative.

<sup>4169</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., p. 256.

<sup>4170</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, Rec. 1959, p. 227.

<sup>4171</sup> *Ibid.*, pp. 228-229.

« 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 » <sup>4172</sup>.

La prétention pouvait passer inaperçue. La question est donc à trancher sur le plan de la notoriété *présumée*.

La Cour vérifie si la Belgique a connu les comportements néerlandais. Les Pays-Bas n'avaient pas notifié les actes, et la Belgique réfuta toute connaissance réelle de la prétention :

« La réponse de la Belgique est que ce pays *ignorait absolument* que cet impôt fût perçu et qu'en droit belge ni l'une ni l'autre des parcelles n'étaient soumises à l'impôt foncier belge, puisqu'elles étaient toutes deux en friche jusqu'à une époque récente [...] » <sup>4173</sup>.

Plus loin :

« Le Gouvernement belge déclare que le fait que ce terrain comprenait une partie des parcelles litigieuses a *échappé à sa connaissance* » <sup>4174</sup>.

La connaissance *présumée* reste le seul vecteur permettant de conduire à un acquiescement. L'ignorance de la Belgique confine-t-elle à la négligence ? Quel aurait été le comportement raisonnable exigible d'un État placé dans la même situation ? L'arrêt glisse sur la connaissance sans que ces interrogations trouvent de résonance particulière. La Cour tient compte de la situation *unique* de la Belgique, ne l'abstrait et ne la compare pas. Le fait que les comportements néerlandais sont contraires au traité de 1843 a un effet direct sur l'examen de la connaissance *présumée*, respectivement sur le caractère notoire de la prétention. Pour être retenue, la négligence devrait être « caractérisée » car les comportements vont à l'encontre du traité sur lequel la Belgique devrait pouvoir se reposer en toute tranquillité <sup>4175</sup>.

La Cour retient que l'ignorance de la Belgique s'étend aussi bien à la prétention qu'à sa connaissance :

« La valeur à attacher aux actes invoqués par les Pays-Bas doit s'apprécier en tenant compte du système complexe d'enclaves entremêlées qui existait. *Les difficultés que rencontrait la Belgique à découvrir les empiétements sur sa souveraineté* et à exercer celle-ci sur ces deux

<sup>4172</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>4173</sup> *Ibid.*, p. 228, nos italiques.

<sup>4174</sup> *Ibid.*, p. 229, nos italiques.

<sup>4175</sup> Il y a là un effet téléologique de l'article 26 CVDT et de la bonne foi dans l'exécution des traités.

parcelles, entourées comme elles l'étaient par le territoire néerlandais, *sont manifestes* [...]. [Les actes des Pays-Bas] sont insuffisants pour déplacer la souveraineté belge établie par cette Convention » <sup>4176</sup>.

L'incapacité à administrer les parcelles n'est pas retenue contre la Belgique. En cela le traité de 1843 a un effet protecteur sur l'exercice lacunaire du pouvoir. Les examens de la connaissance accessible (« should have known ») et disponible (« had reason to know ») sont *tempérés*. L'arrêt n'indique pas ce qui aurait dû être fait (accessible) ou que les informations immédiatement à disposition étaient de nature à provoquer des demandes d'éclaircissements auprès des Pays-Bas (disponible).

L'examen de l'ignorance/connaissance est influencé par d'autres considérations, les deux États ont été en pourparlers au sujet de la frontière pendant les événements énumérés. Les Pays-Bas ont adopté une attitude discordante en engageant des négociations et en tentant de s'emparer des parcelles. L'attitude et les déclarations des plus hautes autorités priment sur les simples actes d'administration accomplis par des fonctionnaires <sup>4177</sup>. Vu l'absence de prétention notoire et le rejet de la connaissance présumée, la charge de réagir face aux comportements néerlandais est inexistante. Par ailleurs, les plus hautes autorités de la Belgique ont continué à affirmer sa souveraineté sur les parcelles <sup>4178</sup>. L'affaire nous enseigne que l'examen strict de la connaissance de l'État acquiesçant passe au second plan en présence d'un traité, la négligence doit être caractérisée pour pouvoir être retenue et la réitération des prétentions n'est pas automatiquement convertie en une occasion de réagir.

Afin de compléter la connaissance présumée, nous nous intéresserons encore à la question spécifique des lois internes (D.3) et aux codifications de la connaissance (D.4).

### 3. *Une connaissance présumée des lois internes ?*

Dans quelle mesure les lois internes, qui par essence ne sont pas communiquées aux autres États mais simplement publiées dans des recueils nationaux officiels, affectent la connaissance présumée ? Un

<sup>4176</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec. 1959*, p. 229, nos italiques.

<sup>4177</sup> *Ibid.*, pp. 229-230.

<sup>4178</sup> *Ibid.*, p. 230.

bref survol ne fait pas apparaître de solution claire ; comme souvent dans l'acquiescement les circonstances sont déterminantes. Nous nous contenterons d'une double tentative : dégager certaines lignes directrices et brosser un schéma global d'examen de la question <sup>4179</sup>. Pour ce faire nous procéderons par « blocs » de raisonnement.

Tout d'abord, pourquoi ne nous intéressons-nous qu'à la connaissance présumée et non à la connaissance réelle des lois internes ? Le propre de ces « comportements » de l'État est de ne pas faire l'objet d'une notification dans l'écrasante majorité des cas. La loi interne sera certes publiée et promulguée de manière officielle et fera peut-être l'objet d'annonces ou de communications à destination de la population, mais ces comportements restent en deçà d'une notification <sup>4180</sup>. Une loi interne dont le but est de retirer des réserves à une Convention ne produit pas d'effets sur le plan international <sup>4181</sup>. Seule une notification entraîne automatiquement une connaissance réelle. La connaissance présumée sera donc *la plus pertinente* pour les lois internes.

a. *Les lois internes : de « simples faits » ?*

Un considérant inévitable sur la valeur des lois internes provient de l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*. En distinguant le *droit des faits*, la citation indique sur quel plan les lois nationales sont à prendre en compte dans l'acquiescement.

« On pourrait se demander si une difficulté ne surgit pas du fait que la Cour devrait s'occuper de la loi polonaise du 14 juillet 1920. Tel ne semble cependant pas être le cas. *Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives.* La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne » <sup>4182</sup>.

<sup>4179</sup> À propos des lois internes, voy. aussi Ch. 5.I.A.4.b.

<sup>4180</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 525, et note n° 1306.

<sup>4181</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002), Compétence et recevabilité, arrêt, 3 février 2006, CIJ, Rec. 2006, p. 26, § 42.

<sup>4182</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise* (Allemagne c. Pologne), fond, 25 mai 1926, CPJI, Série A, n° 7, p. 19, nos italiques.

« Simples faits », les lois internes ne font pas partie du droit international, elles se limitent à manifester la « volonté » et « l'activité » de l'État. Il s'agit – au sens très large – d'un « comportement » de l'État. Sur le plan international, les lois internes pourraient donc constituer un comportement à prendre en compte afin de vérifier l'existence d'une prétention qui, le cas échéant, pourrait déboucher sur un acquiescement. Le cas des *Pêcheries norvégiennes*<sup>4183</sup> s'impose à l'esprit : les nombreux décrets énumérés dans l'arrêt sont indéniablement des lois nationales.

Toutefois, la vocation des lois internes en tant que comportement *diffère* largement selon les cas. Dans *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la CPJI se prononce sur les rapports de conformité entre une loi nationale et les obligations internationales d'une Convention<sup>4184</sup>. Dans cette situation, la loi nationale n'est pas dénuée de contexte international. Les rapports de systèmes des deux ordres juridiques obéissent entre-temps aux règles codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>4185</sup>. Une loi interne ne peut pas servir d'excuse à la violation d'obligations internationales<sup>4186</sup> (art. 27 CVDT). La limite de cette règle se situe dans la bonne foi<sup>4187</sup> et dans l'effet reconnaissable, sur le plan international, de la violation manifeste d'une règle « interne d'importance fondamentale »<sup>4188</sup> (art. 46 CVDT).

Quelle conséquence pour l'acquiescement ? *A priori*, les lois internes qui contredisent une convention internationale ne peuvent seules faire le lit d'un acquiescement<sup>4189</sup>. Ce principe trouve des

<sup>4183</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 135-137.

<sup>4184</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJI, *Série A*, n° 7. Voy. en pp. 8, 9 et 18.

<sup>4185</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 523.

<sup>4186</sup> Art. 27 CVDT : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46 ».

<sup>4187</sup> À ce propos, voy. : R. KOLB, « Note sur un problème particulier de "ratification imparfaite" (article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969) », *RSDIE*, 2011, pp. 429-437.

<sup>4188</sup> Art. 46, § 1 CVDT : « Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ».

<sup>4189</sup> Des lois internes, mêmes contraires à des Conventions ou des normes coutumières, peuvent donner naissance à un acquiescement si elles sont corroborées par d'autres éléments de comportement. Tout est, comme souvent, affaire d'espèce et du moment de la réaction de l'État adverse. Cueillie au moment opportun, la loi interne contraire sera une violation



appuis avant l'arrêt des *Intérêts allemands*. Dans la sentence *Mechanic* de 1862, le tribunal est amené à se prononcer sur l'existence et la succession à un traité de frontière entre le Pérou et l'Équateur<sup>4190</sup>. Les échanges diplomatiques entre les deux États se focalisent sur une loi interne de l'Équateur relative aux circonscriptions électorales :

« The Peruvian Government found fault with a new Ecuadorian election law, dividing the country into districts, *one or more of which comprised the territory claimed by Peru* [...] »<sup>4191</sup>.

La loi électorale de 1861 n'avait pas été notifiée au Pérou, elle pouvait constituer une prétention, mais elle se heurtait au traité de frontière de 1829. L'Équateur, par l'intermédiaire de son ministre des Affaires étrangères fit savoir au Pérou que l'effet de cette loi était *limité* :

« Such a law would not prejudice the rights of Peru and could not prejudice or decide the territorial question at issue between the two countries, *because a law is obligatory only in the country where it is made, as your excellency has well said, and moreover because there is a superior law existing which equally binds both countries* [le traité de frontière de 1829] »<sup>4192</sup>.

Le champ d'application d'une loi interne se limite au territoire de l'État et elle ne peut pas contredire une convention internationale. Dans cette situation « idéale », la loi interne ne peut *a priori* servir d'ancrage à un acquiescement en raison de sa contradiction avec le traité qui lui est supérieur. Par rapport aux trois étapes<sup>4193</sup>, la prétention initiale (loi interne) n'est pas notoire et il n'y a pas de devoir de la connaître.

Quid des lois internes qui ne s'inscrivent pas dans un strict rapport d'examen de leur (non)conformité à une convention internationale<sup>4194</sup> ? Nous pouvons esquisser plusieurs pistes de réflexion pour ce genre de lois. Certaines sont édictées comme exécution

---

et déclenche une responsabilité internationale. Sans opposition et appliquée, la loi interne contraire manifesterait la perte du droit d'invoquer la responsabilité (art. 45 TCDI).

<sup>4190</sup> *Atlantic and Hope Insurance Companies c. Ecuador* (aff. de la goélette *Mechanic*), Opinion du Commissaire Hassaurek, 25 janvier 1862, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 113-114.

<sup>4191</sup> *Ibid.*, p. 113, nos italiques.

<sup>4192</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>4193</sup> Précédemment énoncées : prétention, connaissance (réelle ou présumée) et charge de réagir.

<sup>4194</sup> Les deux affaires des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* et du *Mechanic* correspondent à l'article 27 CVDT.

d'une prérogative internationale (parfois directement dérivée d'un traité, mais qui peut aussi découler du droit international général et de la protection du domaine réservé). Le cas de la détermination unilatérale des laisses de basse mer et – en conséquence – de la limite de la ZEE s'impose à l'esprit. Il s'agit de lois internes, tout comme la déclaration qu'un golfe constitue une baie historique <sup>4195</sup>. Dans ce type de situations, l'État fait usage d'un droit conféré par le système international, il « remplit » une case à dessein laissée vide et à sa disposition. Le tableau est moins clair lorsqu'une loi interne crée une prétention qui s'inscrit dans une « zone grise » factuelle ou juridique <sup>4196</sup>. Le propre de l'acquiescement est de se manifester dans ces « zones grises », de provoquer une « incertitude sur la consistance du rapport de droit » <sup>4197</sup>. Les différends territoriaux nous fournissent des exemples <sup>4198</sup> : en l'absence d'un traité préexistant <sup>4199</sup>, les lois internes concernant des îles ou des parties du territoire peuvent, dans certaines circonstances, provoquer un acquiescement. Lorsque la Cour est aux prises avec des effectivités adverses, elle indique dans un « considérant-type » que :

« Les actes et activités considérés comme ayant été accomplis à titre de souverain entrent notamment, mais non exclusivement, dans les catégories suivantes : *actes législatifs ou administratifs, application du droit pénal et du droit civil, réglementation de l'immigration, réglementation des activités de pêche ou d'autres formes d'activités économiques*, patrouilles navales et opérations de recherche et de sauvetage » <sup>4200</sup>.

L'édition de lois internes est valorisée comme un comportement de l'État. L'affaire des *Intérêts allemands* est confirmée sous ce rapport <sup>4201</sup> : la loi nationale est un *simple fait* qui mani-

<sup>4195</sup> Voy. par ex. le décret italien relatif au Golfe de Tarente : N. RONZITTI, « Is the Gulf of Taranto an Historic Bay? », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 11 (2), 1984, p. 275. De manière générale : C. R. SYMMONS, *Historic Waters and Historic Rights in the Law of the Sea*, 2<sup>e</sup> éd., Leyde, Brill, 2019 (pp. 231-245 pour la partie relative à la notification).

<sup>4196</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A – « L'existence d'une prétention », et le tableau récapitulatif.

<sup>4197</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 173, 241, 267, 312.

<sup>4198</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 656, § 82.

<sup>4199</sup> Nous nous référons ici aux cas des effectivités opposées les unes à l'autre, en l'absence d'un titre : *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, CIJ, *Rec. 1986*, pp. 586-587, § 63.

<sup>4200</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 655, § 80.

<sup>4201</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJ, *Série A*, n° 7, p. 19 : « Au regard du droit international et de la Cour

feste la volonté de l'État d'établir sa souveraineté sur le territoire (prétention) ; la connaissance n'en est pas automatique. C'est au tribunal de décider dans quelle mesure cette loi peut participer à l'acquiescement international. Le droit international détermine *si* et dans *quelle mesure* la loi interne infléchit les droits et obligations internationaux<sup>4202</sup>.

L'affaire des *Intérêts Allemands* recèle d'autres potentialités. Les lois internes sont de simples faits, « [a]u même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »<sup>4203</sup>. Dans *Nottebohm*, la naturalisation (décision judiciaire ou administrative) avait été prononcée en vertu de lois nationales<sup>4204</sup>. M. Nottebohm s'était présenté à de nombreuses reprises auprès des autorités du Guatemala sous cette nouvelle nationalité<sup>4205</sup>. Jusqu'à une date avancée après la naturalisation, ni les lois internes, ni les mesures prises par le Liechtenstein n'ont eu d'effet direct sur le Guatemala. Par contre, dès que M. Nottebohm invoque sa nouvelle nationalité en rapport avec la protection diplomatique, le Guatemala s'y oppose<sup>4206</sup>.

Le droit international laisse les États libres de déterminer les critères pour accorder la nationalité (*ius soli* ; *ius sanguinis* ; mariage ; décret présidentiel). La loi interne et la naturalisation qui en découle demeurent un « simple fait » pour le droit international. La subtilité réside dans le contrôle qui peut être exercé sur le droit national quand ce dernier a des conséquences sur le plan international :

« La question que la Cour doit résoudre ne se situe pas dans l'ordre juridique du Liechtenstein. Il ne dépend ni de la loi ni des décisions du Liechtenstein de déterminer si cet État a le droit d'exercer sa protection

---

qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives ».

<sup>4202</sup> Les termes « d'autonomie de la qualification » sont parfois employés, notamment dans le domaine de la responsabilité internationale (sous l'aspect de l'attribution et de la délimitation des organes appartenant à la structure de l'État). Voy. : G. DISTEFANO et A. HÉCHE, « L'organe *de facto* dans la responsabilité internationale : *Curia, quo vadis ?* », *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>4203</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise* (Allemagne c. Pologne), fond, 25 mai 1926, CPJI, Série A, n° 7, p. 19, nos italiques.

<sup>4204</sup> *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, Rec. 1955, pp. 15-16.

<sup>4205</sup> *Ibid.*, pp. 17-19.

<sup>4206</sup> *Ibid.*, p. 19.

[diplomatique] dans le cas considéré. Exercer la protection, s'adresser à la Cour, *c'est se placer sur le plan du droit international*. C'est le droit international qui détermine si un État a qualité pour exercer la protection et saisir la Cour. *La naturalisation de Nottebohm est un acte accompli par le Liechtenstein dans l'exercice de sa compétence nationale. Il s'agit de déterminer si cet acte produit l'effet international ici considéré* »<sup>4207</sup>.

Cette affaire fournit des indices sur le moment à partir duquel un tribunal peut considérer que la connaissance présumée d'un fait interne (une loi, une décision) devient exigible. Les lois internes relèvent de la connaissance présumée lorsqu'elles portent une prétention qui affleure sur la scène internationale. Dès ce moment, une réaction peut devenir exigible. C'est la *conjonction* entre la loi interne et la prétention qui impacte la connaissance.

b. *Les lois internes mettant en œuvre une faculté ou un droit international*

Nous annonçons plus haut qu'il existe une vaste palette de lois internes qui ne sont pas seulement examinées sous leur rapport de non-conformité au droit international (à l'inverse de l'article 27 CVDT). Un type de lois interne qui va nous retenir est celle qui s'inscrit dans un pouvoir, un droit, ou une compétence conférés par le droit international public (un traité ou une coutume). Ces lois internes remplissent des cases laissées à la disposition de l'État par le droit international. L'exemple-type est la délimitation de la ZEE par l'État côtier : une loi – interne – est édictée, cette dernière s'enracine dans la latitude laissée à l'État par l'UNCLOS<sup>4208</sup>. Lorsqu'une telle loi est édictée, quelle est sa valeur sur le plan du droit international ? S'agit-il, conformément à l'extrait canonique des *Intérêts allemands* d'un « simple fait », ou cette loi parvient-elle à se hisser sur un plan supérieur ?

L'affaire de la *Délimitation maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire* apporte un embryon de réponse<sup>4209</sup>. La Chambre du TIDM devait notamment se prononcer sur l'existence d'un accord tacite relatif au choix d'une méthode de délimitation<sup>4210</sup>. Pour

<sup>4207</sup> *Ibid.*, pp. 20-21, nos italiques.

<sup>4208</sup> Ou le droit coutumier tel que codifié par l'UNCLOS.

<sup>4209</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, p. 1.

<sup>4210</sup> *Ibid.*, pp. 33-71, §§ 100-228.

ce faire, plusieurs comportements des parties sont scrutés <sup>4211</sup>, dont la législation interne des parties. Le Ghana soutient que ce type de comportement peut être utile pour dénoter l'acquiescement <sup>4212</sup>. La Côte d'Ivoire soutient un point de vue légèrement différent :

« “a country's legislation cannot under any circumstances establish the existence of an agreement between two States”. According to Côte d'Ivoire, *a law may confirm an agreement but it cannot create it* » <sup>4213</sup>.

L'accord tacite serait premier, la législation nationale ne ferait qu'en confirmer l'existence sur le modèle de l'article 31, § 3, lit. b CVDT <sup>4214</sup>. La Chambre indique que la temporalité à respecter est bien celle d'un accord tacite international (1), qui serait *confirmé* par la loi interne (2) <sup>4215</sup>.

En passant, la Chambre se prononce sur la *valeur* des lois internes :

« The Special Chamber observes that national legislation, as a unilateral act of a State, is of limited relevance to proving the existence of an agreed maritime boundary » <sup>4216</sup>.

Les lois internes sont perçues comme des « actes unilatéraux » et non de « simples faits ». La Chambre précise immédiatement que ces lois ne sont que d'une pertinence limitée. Est-il pour autant exact de voir dans les délimitations maritimes nationales des actes unilatéraux ? L'enjeu pour l'acquiescement est notable : un acte unilatéral sera plus facilement convertible en une prétention, qui sera à son tour plus aisément vue comme devant être connue et exigeant une réaction qu'une simple loi interne dénuée de qualité « internationale ».

<sup>4211</sup> *Ibid.*, p. 2, Ch. VII.B-F.

<sup>4212</sup> *Ibid.*, p. 48, § 151.

<sup>4213</sup> *Ibid.*, p. 49, § 157.

<sup>4214</sup> « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité [...] ». La pratique existe *en raison* de l'existence antérieure de l'accord.

<sup>4215</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, p. 51, § 163, nos italiques : « Finally, article 8 of the 1977 Law of Côte d'Ivoire mentions a future delimitation (“shall be delimited by agreement”) and therefore, once again, *cannot be used to prove that a tacit delimitation agreement already existed* ».

<sup>4216</sup> *Ibid.*, p. 51, § 163.

Cette manière de voir se trouve en partie confirmée par les travaux de la CDI qui notent :

« S'il est un domaine dans lequel on rencontre un nombre important de protestations, c'est bien celui de la proclamation unilatérale par les États de diverses normes internes (lois, décrets, proclamations, etc.) par lesquelles ils tentent d'étendre, *unilatéralement*, la zone maritime sur laquelle s'exercent des droits souverains ou se réalise la capacité d'effectuer certains contrôles [...] » <sup>4217</sup>.

Suit une liste de situations dans lesquelles la proclamation via la loi interne d'un État se heurte à la protestation en raison du caractère excessif de l'espace maritime revendiqué <sup>4218</sup>. Ces exemples sont intéressants car ils démontrent que la législation interne relative aux espaces maritimes provoque des réactions internationales, elle est donc sujette à une connaissance réelle dans de nombreux cas. La connaissance présumée peut ainsi être aisément retenue <sup>4219</sup>. Nous sommes ici dans un domaine particulier du droit où la perméabilité entre les sphères internes et internationales se fait sentir : les délimitations maritimes *intéressent* les États, la législation interne est ainsi plus sujette à la connaissance présumée <sup>4220</sup>.

Les proclamations maritimes peuvent être à la fois des lois internes et des actes juridiques unilatéraux. La situation est similaire à celle de l'attribution de la nationalité, c'est nécessairement l'État qui s'en charge, mais la validité dépend de critères internationaux :

« S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'État riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des États tiers relève du droit international » <sup>4221</sup>.

Ces *actes* sont la concrétisation d'un pouvoir accordé à l'État par une norme internationale, ils sont édictés au niveau interne, mais produisent des effets sur le plan international <sup>4222</sup>. Ces lois

<sup>4217</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 260, § 148.

<sup>4218</sup> *Ibid.*, pp. 260-262, §§ 148-169. Par ex. : « La décision du Gouvernement indonésien d'étendre à 12 milles nautiques ses eaux territoriales [...] a donné lieu à plusieurs protestations » (*ibid.*, p. 260, § 150).

<sup>4219</sup> La *comparaison* permet ce passage : si une loi est connue réellement, l'État aura des difficultés à échapper à une construction de la connaissance possible et présumée dans des cas similaires.

<sup>4220</sup> En particulier sous l'aspect de la connaissance accessible (« should have known »), *i.e.* exiger de l'État qu'il se renseigne activement sur des sujets qui impactent ses droits.

<sup>4221</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 132. Cité dans CDI, 1<sup>er</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/486, p. 340, § 105.

<sup>4222</sup> CDI, 1<sup>er</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/486, p. 340, § 105.

internes ne peuvent exister qu'en raison du traité ou de la norme qui « [e]n fixe les conditions et les modalités ; l'acte unilatéral est [...] la condition d'application d'un statut de droit international »<sup>4223</sup>. Ces lois internes possédant un effet international sont un cas particulier d'actes juridiques unilatéraux<sup>4224</sup>.

c. *Essai de tripartition des lois internes et de leur connaissance*

Quelle est la ligne de partage entre les lois internes qui possèdent ou non un effet international ? La CDI indique plusieurs pistes : (a) tout d'abord celle déjà évoquée des lois internes qui ne font que « remplir » les cases laissées à disposition par une norme internationale<sup>4225</sup>. Deuxièmement, (b) une exigence de conformité de la loi interne aux obligations internationales se dessine<sup>4226</sup>. Troisièmement, (c) et de manière assez ouverte, Triepel est convoqué :

« Les actes législatifs relatifs à des questions d'ordre international – droit interne ayant une importance sur le plan international, selon la terminologie de Triepel – montrent la ligne de conduite que l'État adopte vis-à-vis des autres États »<sup>4227</sup>.

Cet extrait rejoint l'affaire des *Intérêts allemands* : lorsqu'une corrélation à un domaine international est possible, les lois internes constituent des « [m]anifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »<sup>4228</sup>. Ces développements nous autorisent à dresser une gradation parallèle de la connaissance présumée des lois internes. Quand une loi interne est liée directement à un traité préexistant<sup>4229</sup> (a), la connaissance présumée devient aisément exigible, les États doivent faire des démarches pour connaître la position de leurs homologues. Quand le lien entre la loi interne et les critères de validité du droit international s'amenuise (b), l'État confronté à la loi interne de son adversaire n'a un devoir de

<sup>4223</sup> *Ibid.*

<sup>4224</sup> *Ibid.*

<sup>4225</sup> *Ibid.*, p. 340, §§ 105-108.

<sup>4226</sup> *Ibid.*, p. 340, §§ 110 et 112.

<sup>4227</sup> *Ibid.*, p. 340, § 111.

<sup>4228</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJI, Série A, n° 7, p. 19, nos italiques.

<sup>4229</sup> CDI, *I<sup>er</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/486, p. 340, § 106.

connaissance que lorsque sa situation juridique internationale est en jeu. Dernier cas, le plus lâche : (c) la connaissance présumée de la loi interne est exigible si des effets se font sentir sur le plan international dans un domaine qui intéresse l'État adverse<sup>4230</sup>. Ce serait le cas dans un différend territorial si un État promulgue des lois s'appliquant au territoire objet du litige. Dans ce dernier cas, les positions sont inversées ; c'est parce qu'un acquiescement est en cours que la connaissance présumée de la loi interne est exigible. Dans les cas (b) et (c), la mise en œuvre effective de la loi est un élément important pour en déterminer la connaissance présumée<sup>4231</sup>, tout comme l'existence d'une « zone grise » juridique ou factuelle<sup>4232</sup>.

L'arrêt des *Intérêts allemands* a encore des enseignements à nous dispenser : il se contentait de décrire la nature des lois internes, sans se prononcer sur leur éventuelle connaissance par les autres États. Au vu de l'absence de notification dans la majorité des cas, l'absence de connaissance réelle est de mise :

« Un État n'est pas *juridiquement tenu* de s'informer des mesures d'ordre législatif ou constitutionnel que prennent d'autres États et qui sont, ou peuvent devenir, importantes pour les relations internationales de ces derniers »<sup>4233</sup>.

Au niveau international, il n'existe aucune norme de portée générale qui exige – hors de tout contexte – de connaître le droit interne des autres États<sup>4234</sup>. Toutefois, les circonstances peuvent être telles que les lois internes doivent être connues lorsqu'elles possèdent un impact effectif pour la situation des autres États – comme c'est le cas dans l'acquiescement. C'est précisément là l'objet des trois situations (a), (b), et (c) qui peuvent instiller une connaissance présumée et que nous allons tenter de passer en revue.

---

<sup>4230</sup> Quand un acquiescement est déjà en cours de déroulement et qu'une loi interne est prise par un État pour renforcer sa propre position.

<sup>4231</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 528, § 345 : « Bien souvent, ce n'est toutefois pas la simple connaissance d'une législation sur une matière donnée qui importe mais son application administrative ou juridictionnelle ».

<sup>4232</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A et B – « La prétention » (son existence ; son objet).

<sup>4233</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 430, § 266, nos italiques. Repris de A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 523-524, § 343.

<sup>4234</sup> L'extrait vise avant tout les articles 46 et 47 CVDT (A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 523-524, § 343). Même pour ces articles, la violation manifeste d'une norme interne renverse l'ordre habituel. Une violation reconnaissable ne peut pas permettre à un État de prétendre que le traité a été valablement conclu.



(i) *Loi interne en lien étroit avec le droit international : « a »*

L'édiction de la loi interne est « dérivée » d'un traité ou d'une coutume où elle puise ses forces. L'exemple archétypal étant les ZEE : « The coastal State *must* claim the zone in order to establish an EEZ »<sup>4235</sup>. En plus du fait que les lois internes relatives aux ZEE découlent directement de normes internationales, les États riverains ont un intérêt direct à savoir où s'arrêtent les ZEE de chaque État. En effet, il existe toute une panoplie de droits dont l'exercice est possible ou au contraire exclus dans les ZEE étrangères. La connaissance présumée des lois internes relatives aux ZEE est la conséquence logique de leur édicition qui consiste en l'exercice d'un pouvoir accordé par le droit international<sup>4236</sup>.

Nous n'avons pas identifié d'affaire dans laquelle un État prétendait ignorer la loi interne relative à la ZEE. Dans *Barbade c. Trinité-et-Tobago*, le tribunal évoque les lois nationales au regard de la limite des ZEE respectives. Trinité-et-Tobago tente de prouver l'acquiescement de la Barbade au choix d'une méthode de délimitation<sup>4237</sup>. Une partie de l'argumentation repose sur la conjonction et le recoupement des lois internes promulguées par les deux États<sup>4238</sup>. Le Tribunal se contente de remarquer que la loi interne ne se convertit pas automatiquement en un acquiescement :

« The fact that in 1978 Barbados enacted legislation providing that in the absence of agreement with a neighboring State the boundary of its EEZ would be the equidistance line does not result in any form of recognition of, or acquiescence in, the equidistance line as a definitive boundary by any neighbouring State »<sup>4239</sup>.

<sup>4235</sup> Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, op. cit., p. 125, § 3.1.

<sup>4236</sup> « Même si ces actes paraissent purement unilatéraux, ils sont liés à une règle conventionnelle ou coutumière préexistante. Ils ne produisent d'effets juridiques qu'en vertu d'une règle générale de droit international qui en fixe les conditions et les modalités ; l'acte unilatéral est donc (dans ces cas) la condition d'application d'un statut de droit international. [...] L'obligation à la charge de l'État tiers [par ex., de rechercher à *connaître*, puis à *respecter* la ZEE ainsi établie], qui semblerait naître du droit établi par l'État auteur de l'acte unilatéral, est en fait antérieure à la formulation de l'acte en question. Il s'agit donc d'actes déclaratifs qui traduisent l'existence de règles préexistantes de nature conventionnelle ou coutumière, comme dans le cas des règles relatives à la création d'une zone économique exclusive » : CDI, 1<sup>er</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/486, p. 340, §§ 106 et 108.

<sup>4237</sup> *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, §§ 88-108.

<sup>4238</sup> *Ibid.*, §§ 94-95.

<sup>4239</sup> *Ibid.*, § 365.

La législation est analysée en conjonction avec l'activité des parties, les comportements sont trop lacunaires pour dénoter un acquiescement <sup>4240</sup>. La loi est édictée en 1978 et le différend se cristallise au plus tard au début des années 2000 avec l'ouverture – et l'échec – des négociations <sup>4241</sup>. Même dans ce type de situation où les lois internes sont d'une importance accrue, les tribunaux ne leur accordent pas systématiquement un poids déterminant.

(ii) *Loi interne, concessions, et lien possible avec le droit international : « b »*

En deçà des ZEE, il existe un riche filon de pratique « pétrolière » des États et de revendications d'espaces maritimes antérieur à la promulgation de l'UNCLOS (*Pêcheries* <sup>4242</sup>). Ces cas constituent des situations de type « b », c'est-à-dire que le rapport entre la norme internationale (une coutume plutôt qu'un traité) et la loi interne s'amenuise. Les effets internationaux de la loi interne dépendent de sa conformité aux normes internationales. L'obligation de connaissance présumée est moins pressante, les États n'ont pas un devoir de rechercher et de s'informer activement, les circonstances indiquent dans quelle mesure la connaissance présumée est exigible.

Dans *Pêcheries norvégiennes*, l'importance pour – et la connaissance des décrets par – le Royaume-Uni est amplement soulignée par la Cour <sup>4243</sup>. Les décrets successifs occupent une place capitale dans ce constat <sup>4244</sup>. Ces décrets sont uniquement des lois internes, certes leur validité est soumise au respect du droit international <sup>4245</sup>, mais leur particularité était de s'inscrire dans une « zone grise » juridique :

« Si la règle des dix milles a été adoptée par certains États, aussi bien dans leurs lois nationales que dans leurs traités et conventions, et si quelques décisions arbitrales en ont fait application entre ces États, d'autres États, en revanche, ont adopté une limite différente. *En conséquence, la règle des dix milles n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international* » <sup>4246</sup>.

<sup>4240</sup> *Ibid.*, §§ 361-366.

<sup>4241</sup> *Ibid.*, §§ 194-196.

<sup>4242</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 132.

<sup>4243</sup> *Ibid.*, pp. 136-139.

<sup>4244</sup> *Ibid.*, pp. 134-135.

<sup>4245</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>4246</sup> *Ibid.*, p. 131.

Par conséquent, la question de la publicité, de la connaissance et de l'application de ces décrets acquiert une importance accrue. Les décrets ne sont *pas* notifiés, ce qui empêche une connaissance réelle du Royaume-Uni. Toutefois, les États intéressés sont en mesure de prendre connaissance des décrets, la France a ainsi demandé des clarifications peu après leur édicition<sup>4247</sup>. Cet élément est important car il démontre l'aptitude des États à s'informer (connaissance réelle) des décrets, une connaissance présumée est alors exigible de la part du Royaume-Uni (il ne peut pas prétendre *ignorer* leur existence)<sup>4248</sup>.

La connaissance présumée du Royaume-Uni prend notamment<sup>4249</sup> sa source dans la mise en œuvre des décrets. La publication se double d'une application des décrets. Il y a ainsi de solides raisons que le Royaume-Uni en ait eu connaissance :

« La Cour ayant ainsi établi l'existence et les éléments constitutifs du système de délimitation norvégien constate d'autre part que ce système a été appliqué par les autorités norvégiennes de façon persistante et qu'il ne s'est pas heurté à l'opposition d'autres États »<sup>4250</sup>.

*Dans les situations de type « b », la mise en œuvre de la loi interne est cruciale. Elle permet de créer un faisceau d'indices convergents en faveur de la connaissance présumée.* La prétention portée par la loi interne est corroborée par son application, il y a une *conjonction de comportements* qui permet d'établir la connaissance présumée<sup>4251</sup>.

Dans *Pêcheries*, la CIJ aboutit au constat de la connaissance présumée du Royaume-Uni : selon la formule consacrée, ce dernier ne pouvait pas ignorer l'existence des décrets et a acquiescé à la prétention qu'ils portaient<sup>4252</sup>. C'est la connaissance accessible du Royaume-Uni quant aux décrets norvégiens qui est mise en avant (« should have known »<sup>4253</sup>, le devoir de s'informer de manière proactive).

<sup>4247</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>4248</sup> *Ibid.*, pp. 138-139.

<sup>4249</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>4250</sup> *Ibid.*, pp. 136-137.

<sup>4251</sup> Cette conjonction est présente dans de nombreux cas d'acquiescements, ainsi dans l'affaire précitée *Ghana c. Côte d'Ivoire*, le tribunal examine les lois nationales comme *un des éléments de l'acquiescement*, ce qui confirme la coordination générale (*Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, p. 2 ; pp. 33-71, §§ 100-228).

<sup>4252</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 139.

<sup>4253</sup> I. McGibbon utilise « ought to be known » : « The scope of Acquiescence in international law », *BYBIL*, 1954, vol. XXXI, p. 179.

Les lois et mesures administratives internes qui accordent des concessions pétrolières peuvent être l'objet de la connaissance présumée d'un autre État. Ces lois portent une prétention relative à l'application d'une méthode de délimitation maritime (équidistance). Ce n'est que sous cet aspect qu'elles peuvent participer à un acquiescement. Dans le domaine des délimitations maritimes, ces concessions sont d'une importance très variable ; elles peuvent tantôt faire apparaître un accord tacite<sup>4254</sup>, tantôt elles sont prises en compte au stade de l'ajustement de la ligne<sup>4255</sup>. Globalement, la jurisprudence internationale est réfractaire à accorder un effet aux concessions pétrolières à moins que le comportement réciproque des parties atteigne un haut degré de concordance<sup>4256</sup>. Dans *Ghana c. Côte d'Ivoire*, les concessions sont examinées à la fois au stade de l'accord tacite et de l'ajustement de la ligne. Elles sont répudiées dans les deux cas, les parties ayant été conscientes de la différence entre concessions et méthode de délimitation<sup>4257</sup>. La sentence ne s'attaque pas directement au problème de la connaissance des concessions pétrolières et des lois internes par chaque État ; il semble donc qu'une connaissance *réelle* des concessions et lois respectives ait été de mise<sup>4258</sup>. Cette connaissance réelle – ou du moins cette absence d'invocation de l'ignorance – est précieuse car elle démontre que la connaissance présumée est exigible pour des cas similaires. Il faut de plus noter que les lois et concessions se sont doublées d'une mise en œuvre<sup>4259</sup>, ce qui a assuré la publicité et la capacité à être connues des lois internes.

Dans *Golfe du Maine*, la connaissance des permis offshore délivrés par le Canada est plus problématique ; ces permis sont publiés non en tant que loi interne, mais dans une revue spécialisée (le *Monthly Oil and Gas Report*)<sup>4260</sup>. Il n'y a aucune notification (et donc *a priori* pas de connaissance réelle des

---

<sup>4254</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, §§ 113-123.

<sup>4255</sup> *Ibid.*, §§ 456-479.

<sup>4256</sup> *Ibid.*, § 114 ; § 476.

<sup>4257</sup> *Ibid.*, p. 68, § 220 ; p. 135, § 477.

<sup>4258</sup> *Ibid.*, §§ 113-123 ; 151-163.

<sup>4259</sup> *Ibid.*, § 124-136.

<sup>4260</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 131.

États-Unis). Cependant les échanges entre fonctionnaires subalternes démontrent que les concessions canadiennes sont remarquées par son homologue : c'est l'objet de la fameuse lettre Hoffman <sup>4261</sup>. Des concessions américaines furent aussi accordées sur une partie de l'espace en litige, il y a une pratique en partie divergente et convergente des deux États <sup>4262</sup>. Malgré l'imprudence des États-Unis à garder le silence, la Chambre conclut à l'absence d'acquiescement <sup>4263</sup>. L'enseignement de cette affaire est qu'une connaissance présumée des décisions et lois internes qui ne sont pas publiées dans un recueil officiel national est exigible en fonction des circonstances :

« Si le silence des États-Unis est imprudent, c'est bien qu'ils ont eu connaissance de la prétention canadienne. La publication dans une revue spécialisée des diverses concessions canadiennes est ainsi prise en compte en tant qu'indice de la connaissance de comportement du Canada » <sup>4264</sup>.

La pratique pétrolière américaine dans la zone litigieuse est cruciale à cet égard : elle démontre que l'État est *intéressé* par cette question. Dans ce contexte, sa connaissance accessible (« should have known ») englobe les décisions et mesures de même nature prises par le Canada. La loi interne canadienne affleure sur la scène internationale car elle participe de sa prétention à appliquer une méthode de délimitation <sup>4265</sup>.

La sentence entre l'Érythrée et le Yémen confirme la prise en compte et la connaissance présumée de concessions publiée dans des revues ou recueils, c'est-à-dire *en dehors des publications officielles*. Le tribunal souligne que pour deux accords passés entre le Yémen et des compagnies pétrolières, la connaissance de l'Érythrée est présumée <sup>4266</sup>. Le contexte probatoire est un peu particulier, c'est à la requête du tribunal que les parties produisent les concessions et se positionnent sur leur valeur <sup>4267</sup> ! Ces concessions

<sup>4261</sup> *Ibid.*, p. 305, § 132.

<sup>4262</sup> *Ibid.*, p. 307, §§ 136-137 ; p. 308, § 141.

<sup>4263</sup> *Ibid.*, p. 307, §§ 136-137 ; p. 308, § 142.

<sup>4264</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, p. 527, § 344.

<sup>4265</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 307, § 137.

<sup>4266</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, §§ 400, 413, 418-419.

<sup>4267</sup> *Ibid.*, p. 297, §§ 389-390.

sont passées au crible de l'acquiescement<sup>4268</sup>. Au sujet d'un accord de 1974 entre une compagnie et le Yémen, le tribunal considère qu'il était :

« Known to the industry, was published, and its existence and, with sufficient diligence, its terms, could have been known to Ethiopia had it followed the pertinent publications (such as Barrow's *Basic Oil Laws and Concession Contract*). Ethiopia may be argued to have had notice, at any rate, constructive notice, of its existence and provisions. It made no protest about the agreement, despite its contract area including the Zubayr group to which Eritrea now lays claim »<sup>4269</sup>.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une publication nationale (recueil officiel des lois) la connaissance présumée est acquise grâce à la publicité – suffisante – et en raison d'actes effectués par la compagnie pétrolière<sup>4270</sup>. Un autre élément qui n'apparaît pas dans l'extrait est capital pour inférer<sup>4271</sup> la connaissance de l'Érythrée : elle prétend détenir la souveraineté sur le territoire litigieux et que le Yémen n'y a pas manifesté d'intérêt<sup>4272</sup>. Cette prétention de l'Érythrée se retourne contre elle quand il s'agit de déterminer le champ de sa connaissance présumée.

La CIJ questionne la connaissance d'une concession pétrolière dans *Tunisie c. Libye* (demande en révision). La CIJ ne s'arrête pas à l'invocation de l'ignorance par la Tunisie et au fait que les coordonnées précises n'apparaissaient pas dans les pièces de procédure<sup>4273</sup> :

« La Cour doit cependant rechercher si, en l'occurrence, la Tunisie avait les moyens d'obtenir d'autres sources les coordonnées exactes de la concession ; et si au demeurant il était de son intérêt de le faire. Dans l'affirmative, la Cour ne pense pas que la Tunisie puisse faire état de ces coordonnées comme d'un fait qui lui aurait été "inconnu" au sens de l'article 61, paragraphe 1 [SCLJ] »<sup>4274</sup>.

Connaissance rime avec diligence. La Libye démontre qu'avec un minimum d'efforts, la Tunisie aurait pu obtenir les informations nécessaires, alors qu'elle s'est contentée de rester passive. L'ignorance peut être fautive *même en l'absence d'une publication officielle des coordonnées exactes de la concession* :

« S'il est vrai que les coordonnées de la concession n° 137 n'ont jamais été publiées, il était, selon la Libye, "facile de les obtenir à Tripoli". Il

<sup>4268</sup> *Ibid.*, p. 297, § 390.

<sup>4269</sup> *Ibid.*, p. 299, § 400.

<sup>4270</sup> *Ibid.*, p. 298, § 397.

<sup>4271</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, p. 527, § 343.

<sup>4272</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 221, §§ 26-27.

<sup>4273</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, p. 527, § 343.

<sup>4274</sup> *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, 10 décembre 1985, CIJ, *Rec.* 1985, p. 205, § 23.

était également possible, d'après la Libye, de se renseigner auprès de sa compagnie nationale des pétroles »<sup>4275</sup>.

La *comparaison* exclut définitivement que la connaissance ne puisse pas être présumée : une entreprise privée a réussi à obtenir les informations de Tripoli<sup>4276</sup> ! La CIJ souligne également que l'échec de la voie diplomatique pour obtenir des informations n'est pas suffisant s'il existe d'autres moyens légaux d'y parvenir<sup>4277</sup>. La Tunisie n'a pas satisfait à ses obligations de diligence « normale », sa connaissance présumée est acquise<sup>4278</sup>. La connaissance présumée est intimement liée au contexte général :

« De même s'attendrait-on que, dans une instance judiciaire dont le but ultime est de délimiter le plateau continental, au cours de laquelle une concession pétrolière dans la région considérée est décrite de manière imprécise par l'une des parties, l'autre ne se contenterait pas de souligner ce fait dans ses pièces de procédure, mais s'efforcerait de se procurer le renseignement elle-même »<sup>4279</sup>.

Les considérations propres à la révision (art. 61, § 1 SCIJ) pèsent sur la connaissance. L'accessibilité d'une loi interne (en l'absence de publication) peut suffire à en exiger la connaissance. L'arrêt s'inscrit ainsi dans une conception proactive de la connaissance présumée, ce que nous désignons par connaissance accessible (« should have known »)<sup>4280</sup>.

(iii) *Loi interne présentant un lien faible ou inexistant avec le droit international : « c »*

Le tribunal évoque la loi interne pour des motifs qui ne sont pas forcément clairs et pas toujours en lien avec la connaissance des lois par l'État adverse. *Contrairement aux situations de type « a », la conformité de la loi interne par rapport aux prescriptions internationales n'est pas un enjeu*. Pour la plupart, il s'agit de différends territoriaux : à côté d'autres comportements, la loi interne participe aux effectivités. L'existence d'une « zone grise » factuelle et/ou juridique est bien présente dans ce type de situations. Les lois internes y sont en général *un* des éléments convergents de l'acquiescement.

<sup>4275</sup> *Ibid.*, p. 206, § 25.

<sup>4276</sup> *Ibid.*

<sup>4277</sup> *Ibid.*, p. 206, § 26.

<sup>4278</sup> *Ibid.*, p. 206, § 27.

<sup>4279</sup> *Ibid.*

<sup>4280</sup> Par opposition à la connaissance disponible (« had reason to know ») où les informations effectivement en possession de l'État constituent la base pour d'éventuelles recherches complémentaires.

Dans la sentence de l'île de *Clipperton*, la connaissance par le Mexique de la proclamation de souveraineté française est brièvement examinée<sup>4281</sup>. L'arbitre constate que l'atoll n'est pas concerné par l'obligation de notification prescrite par la Conférence de Berlin de 1888 et son fameux art. 34<sup>4282</sup>. Partant, la connaissance du Mexique de la revendication française *peut* ne pas être réelle. Il s'agit donc d'évaluer les éléments qui auraient pu lui permettre de l'obtenir une connaissance présumée. De manière générale deux types d'éléments parviennent à susciter cette connaissance : les *déclarations* et les *comportements*. Les déclarations peuvent être internationales, ou simplement publiées dans un recueil librement accessible (recueil interne, mais également une publication spécialisée<sup>4283</sup>). Les comportements accomplis sur le territoire suscitent *a minima* une connaissance présumée en raison des revendications concurrentes (si le territoire est immédiatement voisin, la connaissance est réelle)<sup>4284</sup>.

Ces deux éléments sont présents dans *Clipperton*. Les déclarations de la France étaient de nature à provoquer la connaissance du Mexique. Suite à la découverte de l'atoll en 1858, la revendication est annoncée et publiée par la France :

« Le Lieutenant de Kerwéguen avisa officiellement de l'accomplissement de sa mission le Consulat de France à Honolulu ; celui-ci en fit communication analogue au Gouvernement de Hawaï ; et, en outre, par les soins du même consulat, fut publiée en anglais dans le journal *The Polynesian* de Honolulu du 8 déc, la déclaration par laquelle la souveraineté française de Clipperton avait été déjà proclamée »<sup>4285</sup>.

Une telle déclaration et publication dans une revue est-elle suffisante pour doter la prétention française d'une notoriété apte à rendre inexcusable l'ignorance du Mexique ? Oui, selon le tribunal qui considère que « [l]a notoriété donnée d'une façon quelconque à l'acte suffisait alors et que la France a provoqué cette notoriété en publiant l'acte même de la manière sus-indiquée »<sup>4286</sup>. Cette publication et son effet sur la connaissance présumée sont à lire

<sup>4281</sup> *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1105-1111.

<sup>4282</sup> *Ibid.*, p. 1110.

<sup>4283</sup> Spécialement en matière de concessions pétrolières. Voy. par ex. *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 299, § 400 ; p. 303, §§ 412-413.

<sup>4284</sup> Cf. *supra*, nos développements sur la notoriété de la prétention (Ch. 5.III.D).

<sup>4285</sup> *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 1108.

<sup>4286</sup> *Ibid.*, p. 1110.



en regard de la prétention du Mexique sur l'île : en revendiquant la souveraineté, cet État se place dans une position où la publication ne *devait* pas passer inaperçue et susciter une opposition.

À tout le moins, ce sont les actes effectués par la France sur l'île qui auraient dû déclencher une réaction. Est-ce que la *conjonction* de la déclaration et des comportements était suffisante à instiller la connaissance présumée du Mexique et à lui opposer son long silence ? Des actes tardifs ont été accomplis par la France <sup>4287</sup>. Le Mexique s'aperçoit peu après de la présence de trois personnes, mais il est trop tard : une opération de surveillance de la France assoit définitivement sa souveraineté <sup>4288</sup>. Le silence des autres puissances sert à la fois à faire résonner la publication de 1858 et à démontrer qu'aucun État ne conteste la souveraineté.

Ce type de situations « c » nous met aux prises avec des publications internes – parfois même en dehors des recueils étatiques – qui sont utilisées dans un contexte d'acquiescement, en tant que rayon individuel faisant partie d'un faisceau convergent. Leur valeur varie entre un élément d'actes participant à l'acquiescement et un simple indice. Leur connaissance présumée permet de valoriser le silence ou l'inaction de l'État adverse.

Dans le processus de comparaison des effectivités (en l'absence d'un titre territorial), les deux États se disputent le même territoire : le tribunal ou la Cour se réfèrent aux lois internes « telles quelles » en tant que preuve de la souveraineté et sans en examiner la connaissance présumée par l'État adverse. La connaissance par l'État adverse est « implicite » : s'il revendique la souveraineté, il est supposé être au fait des développements concernant un territoire lui appartenant et, le cas échéant, protester efficacement contre des lois ou d'autres mesures y relatives. C'est ce qui se dégage aussi de *Minquiers et des Ecréhous* <sup>4289</sup> : les lois et mesures du Royaume-Uni sur les îlots sont utilisées comme confirmation de sa souveraineté. *Intérêts allemands en Haute-Silésie* est corroboré : les mesures administratives et lois internes sont de « simples faits » <sup>4290</sup> qui peuvent se hisser, en fonction des circonstances, sur la scène internationale (via les effectivités et l'acquiescement qui y est présent).

<sup>4287</sup> *Ibid.*, p. 1108.

<sup>4288</sup> *Ibid.*, pp. 1108-1110.

<sup>4289</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, pp. 69 et s.

<sup>4290</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJI, *Série A*, n° 7, p. 19.

d. *Type de lois internes et mise en œuvre dans les litiges territoriaux*

Dans les différends territoriaux, la connaissance des lois internes s'obtient aussi par leur application concrète sur le terrain litigieux. Il existe à cet égard deux catégories de lois internes<sup>4291</sup> : celles qui concernent directement le territoire litigieux (elles s'appliquent exclusivement à cette parcelle ; octroient une concession ; contiennent le nom du territoire) et celles de nature générale qui sont *appliquées* sur le territoire simplement parce que l'État considère que sa souveraineté s'y étend (des lois procédurales, d'administration, de police). Dès leur publication, les premières peuvent être concernées par la connaissance présumée. Pour les secondes, aussi longtemps qu'elles ne sont pas appliquées sur le territoire litigieux, leur connaissance présumée n'est pas possible et c'est avant tout leur concrétisation qui est cruciale<sup>4292</sup>.

*Nicaragua c. Colombie* illustre le rôle limité et le peu d'intérêt pour la connaissance des lois internes dans les situations de type « c ». La Cour se limite à se faire l'écho de la « Législation et administration »<sup>4293</sup> colombienne relative aux formations maritimes, sans détailler leur connaissance par le Nicaragua. L'examen final est *global* : « pendant de nombreuses décennies, la Colombie a agi de manière constante et cohérente à titre de souverain à l'égard des formations maritimes en cause »<sup>4294</sup>. L'arrêt fait la différence entre l'édiction des lois (« Législation et administration ») et leur mise en œuvre (« Mesures d'applications des lois »)<sup>4295</sup>. De manière générale, les lois internes sont intégrées dans le paragraphe-type de la CIJ relatif à l'examen des effectivités :

« La Cour rappelle que les actes et activités considérés comme ayant été accomplis à titre de souverain entrent notamment, mais non exclusivement, dans les catégories suivantes : actes législatifs ou administratifs, application du droit pénal et du droit civil, réglementation de l'immigration, réglementation des activités de pêche ou d'autres formes d'activités économiques, patrouilles navales et opérations de recherche et de sauvetage »<sup>4296</sup>.

<sup>4291</sup> Cf. Ch. 5.IV.D.3.a et s. – « La connaissance présumée des lois internes » pour les différents types de lois et aussi Ch. 5.I.A.4.b.

<sup>4292</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, p. 69.

<sup>4293</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 656, § 82.

<sup>4294</sup> *Ibid.*, p. 657, § 84.

<sup>4295</sup> *Ibid.*, p. 656, § 82.

<sup>4296</sup> *Ibid.*, p. 655, § 80.

Les exemples pourraient être multipliés ; dans *Singapour c. Malaisie*, la Cour examine également la mise en œuvre de lois internes et l'absence de réaction adverse<sup>4297</sup>. Les lois internes sont non seulement publiées dans ce type de situation (« c »), mais elles sont encore appliquées, et ce en conjonction avec d'autres effectivités ou comportements étatiques.

#### e. *Synthèse*

La notification est l'aspect liminaire de la connaissance des lois internes. Comme elle est absente dans la majorité des cas, la connaissance réelle n'est pas atteinte, et c'est par défaut uniquement une connaissance présumée qui peut survenir. En particulier, la publication dans un recueil officiel étatique ou dans une revue (même internationale)<sup>4298</sup> ne vaut pas notification. Les lois internes sont « de simples faits »<sup>4299</sup> par rapport au droit international, elles ne possèdent pas de valeur juridique internationale intrinsèque. L'articulation entre les lois internes et les normes internationales est un sujet complexe, nous ne nous sommes attardés que sur certains rapports entre les ordres nationaux et internationaux. Une loi interne contraire à un traité ne peut – normalement – pas servir de base à un acquiescement<sup>4300</sup> : la logique de l'art 27 CVDT<sup>4301</sup> s'applique dans cette configuration.

En dehors de ce rapport de conformité/non-conformité et d'engagement de la responsabilité internationale, des rapports plus subtils peuvent exister entre le droit international et le droit interne. Ces rapports sont énumérés sous les catégories « a », « b » et « c ». Ces trois situations constituent autant de paliers dégressifs dans les liens entre loi interne et normes internationales. Dans « a », les lois internes concrétisent une faculté octroyée à l'État par une norme internationale, typiquement la détermination des ZEE. Partant, la *connaissance* de ces lois internes est aisément exigible vis-à-vis des autres États. Dans les situations « b » et « c », le lien se distend.

<sup>4297</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, pp. 82-83, §§ 231-233 (enquêtes suite à des naufrages).

<sup>4298</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, *Première étape*, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 299, § 400 ; p. 303, §§ 412-413.

<sup>4299</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJI, *Série A*, n° 7, p. 19.

<sup>4300</sup> *Atlantic and Hope Insurance Companies c. Ecuador* (affaire de la goélette *Mechanic*), Opinion du Commissaire Hassaurek, 25 janvier 1862, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, p. 113.

<sup>4301</sup> « Droit interne et respect des traités ».

L'existence d'une zone grise <sup>4302</sup> factuelle ou juridique est souvent constatée, voire constitue le point de départ de l'éventuel acquiescement. L'État n'a un devoir de connaissance de la loi interne de son adversaire *que* lorsque sa situation juridique internationale est en jeu (« b ») <sup>4303</sup>. La connaissance présumée de la loi interne est exigible si des effets se font sentir sur le plan international dans un domaine qui intéresse l'État adverse (« c »). Dans « b » et « c », les lois internes ne sont souvent qu'un des éléments ou comportements de l'État qui souhaite bénéficier d'un acquiescement. La mesure dans laquelle ces lois ont été effectivement appliquées est un critère important pour déterminer si la connaissance présumée est réalisée.

En conclusion, les lois internes peuvent, dans certaines conditions, faire l'objet d'une connaissance présumée et ce malgré leur absence de publication au niveau international. Sur le banc d'essai des lois internes, la connaissance présumée confirme les critères que nous avons délinéés dans les parties précédentes. Si elle est dans chaque cas examinée individuellement, la connaissance présumée s'apprécie transversalement de la même manière. Les connaissances accessibles et disponibles sont régulièrement relevées <sup>4304</sup>, le devoir de connaissance est jaugé à l'aune du caractère excusable ou non de l'ignorance, et la comparaison avec un État ou une entité privée <sup>4305</sup> placés dans la même situation est utilisée.

#### 4. *La connaissance codifiée*

La connaissance est parfois prise en compte dans des codifications et appropriations de l'acquiescement. Les traités-lois ont retenu diverses approches que nous présenterons cursivement.

<sup>4302</sup> Sur cette notion, cf. *supra*, Ch. 5.III.A.

<sup>4303</sup> Typiquement, dans *Nottebohm*, ce n'est que lorsque la naturalisation commence à produire des effets sur la position juridique du Guatemala que celui-ci est en devoir de réagir (*Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, p. 19).

<sup>4304</sup> Accessible (« should have known ») ; disponible (« had reason to know »).

<sup>4305</sup> La comparaison avec une entreprise privée dans *Tunisie c. Libye : Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, 10 décembre 1985, CIJ, *Rec. 1985*, p. 206, § 25.

a. *Articles 20 et 45 CVDT ; article 252 UNCLOS*

Les articles 20 CVDT et 252 UNCLOS font une utilisation de la connaissance réelle, ainsi :

« 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 [...] ».

L'article 20, § 5 CVDT est libellé :

« Aux fins des paragraphes 2 et 4 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 ».

La connaissance est absorbée et assimilée à l'écoulement du temps. Les trois étapes sont présentes : une prétention (recherche scientifique ; émission d'une réserve) est suivie par une connaissance réelle (notification assurée par l'État ou le dépositaire), la charge de réagir prend naissance automatiquement dès la notification et ne peut être exercée que pendant un délai prédéterminé (quatre ou douze mois).

Le choix d'une durée fixe et le recours à la notification illustrent un fonctionnement par équivalence de la connaissance. Les articles sont construits autour de la notification (connaissance réelle) suivie d'une période de réaction. Le délai assure la bonne réception de la notification, sa prise de connaissance effective, et ménage un délai de réflexion. Cette construction élimine les incertitudes inhérentes à l'acquiescement.

L'article 45 CVDT codifie l'acquiescement, son libellé se réfère *expressis verbis* à la connaissance :

« 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 »<sup>4306</sup>.

La lit. a suggère une connaissance réelle : par sa réaction explicite, l'État prouve qu'il a effectivement appris la cause de nullité ou autre, et ce même en l'absence d'une notification<sup>4307</sup>. L'exemple du timbre français s'impose : peu importe que la prétention soit notoire ou non dans la lit. a, la connaissance réelle est déduite de la réaction explicite<sup>4308</sup>.

La lit. b, au contraire, suggère une connaissance présumée de la prétention. C'est la *conduite* de l'État qui indique son acquiescement. Les trois étapes sont applicables comme suit : la prétention correspond à la continuation dans l'application du traité ou l'acceptation de sa validité malgré la cause (nullité, motif de mettre fin)<sup>4309</sup>. La connaissance présumée de la prétention est un prérequis à la *valorisation* du comportement de l'État acquiesçant (« après avoir eu connaissance des faits »). La charge de réagir est comprise dans les termes « à raison de sa conduite », l'État qui reste passif ou qui montre son acceptation du traité sera réputé avoir acquiescé.

Jusqu'à fin octobre 2020, aucune affaire n'a appliqué l'article 45, lit. b CVDT<sup>4310</sup>. Au risque d'un anachronisme, l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* serait la plus proche parente d'une application<sup>4311</sup>. Les commentaires de la CVDT confirment que la connaissance de l'article 45, lit. b CVDT est bel et bien présumée ou « implicite »<sup>4312</sup> (« constructive knowledge »). Est-ce que les conditions de la connaissance présumée sont identiques dans le cadre de l'article 45 CVDT et en dehors (comparaison, connaissance accessible

<sup>4306</sup> Nos italiques.

<sup>4307</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, p. 1684, § 36.

<sup>4308</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 141 : « Le Ministre des affaires étrangères du Chili a élevé une protestation suite à la mise en circulation par la France, en avril 1991, d'un timbre-poste incluant l'île de Pâques dans la Polynésie française ».

<sup>4309</sup> K. ODENDAHL, « Article 45 », *op. cit.*, p. 769, § 9.

<sup>4310</sup> En 2017, la Cour se contente d'annoncer le caractère coutumier de l'article 45 : *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Exceptions préliminaires, 2 février 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 24, § 49.

<sup>4311</sup> K. ODENDAHL, « Article 45 », *op. cit.*, p. 771, § 16, note n° 53. L'affaire du *Temple* ne concerne pas directement un traité selon Kohen, mais l'acceptation de la carte : M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, pp. 1673-1674, § 12.

<sup>4312</sup> K. ODENDAHL, « Article 45 », *op. cit.*, p. 769, § 11 ; M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, p. 1683, §§ 34-35 ; M. VILLIGER, « Article 45 », *op. cit.*, p. 577, § 6 *in fine*.

et disponible) ? Les commentaires de la CVDT sont dans l'ensemble peu diserts à ce sujet, l'approche à appliquer n'est pas détaillée <sup>4313</sup>. Et la CDI n'est pas plus prolifique en 1966 :

« La Commission a estimé que l'application du principe dans un cas donné dépendrait nécessairement des faits et que la considération dominante était celle de la bonne foi. Cela étant, *le principe ne jouerait pas si l'État en question n'avait pas eu connaissance des faits qui ont donné naissance au droit* ou n'avait pas été à même d'exercer librement son droit d'invoquer la nullité du traité » <sup>4314</sup>.

L'examen de la connaissance se fait par un renvoi à la bonne foi. Cette ligne est cohérente avec la connaissance telle que nous l'avons développée jusqu'ici : l'État doit avoir eu la possibilité « temporelle » de s'apercevoir de l'existence de la prétention et d'y réagir. La bonne foi a pour conséquence que ce sont les caractères de la prétention elle-même qui déterminent si l'État *doit* s'en apercevoir (connaissance présumée). De l'autre côté, la bonne foi exige que l'État victime d'une cause de nullité ou d'un motif pour mettre fin à un traité réagisse dans un délai convenable.

Plus que la connaissance, la question d'un éventuel délai en cas d'inaction totale a mobilisé les négociations lors de la conférence diplomatique. Il a été envisagé d'introduire un délai qui oscillait entre un et dix ans <sup>4315</sup>. Un tel délai aurait réduit l'article 45 à la structure de l'article 20, § 5 CVDT ou de l'article 252 UNCLOS – l'exigence de la notification en moins. L'opportunité d'introduire une limite temporelle est directement liée au moment de la connaissance : la connaissance présumée devrait être « datée » pour qu'un délai démarre et éliminer l'incertitude d'application de l'article 45 CVDT <sup>4316</sup>.

Kohen nous fournit des indications supplémentaires sur la connaissance présumée de l'article 45 CVDT :

« La règle en la matière est la suivante : lorsque des faits présentent un degré important de notoriété, il n'est pas exigé de prouver la connaissance explicite de l'autre partie. La raison en est qu'en pareille circonstance, l'ignorance de ces faits de la part de l'État concerné ne serait pas excusable » <sup>4317</sup>.

<sup>4313</sup> K. ODENDAHL, « Article 45 », *op. cit.*, pp. 769-770, § 11 ; M. VILLIGER, « Article 45 », *op. cit.*, p. 577, § 6 ; M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, pp. 1682-1683, §§ 33-35.

<sup>4314</sup> CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, ACIDI, vol. II, 1966, p. 261, § 5, nos italiques.

<sup>4315</sup> M. VILLIGER, « Article 45 », *op. cit.*, p. 575, § 3, note n° 9.

<sup>4316</sup> K. ODENDAHL, « Article 45 », *op. cit.*, pp. 769-770, §§ 11-12.

<sup>4317</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, p. 1683, § 35.

Le détail diffère légèrement, mais pour l'essentiel le schéma et l'ordre d'examen que nous suggérons est corroboré. En cas de prétention notoire (intrinsèquement ou de manière construite)<sup>4318</sup>, la connaissance sera soit réelle (c'est-à-dire effective, par ex. en raison d'une notification), soit présumée<sup>4319</sup>. L'examen de la diligence ou de la négligence est présent sous la forme du caractère excusable ou non de l'ignorance des faits. Comme le souligne l'extrait, la connaissance présumée n'est pas synonyme de connaissance effective (« il n'est pas exigé de prouver la connaissance explicite de l'autre partie »). La capacité objective à connaître la prétention fait foi, et non l'ignorance réelle. Il faut démontrer ce que l'État n'a pas pu (légitimement) *ignorer*, plutôt que ce qu'il a effectivement su.

Le lien organique entre passage du temps et connaissance présumée est également souligné par Kohen :

« Le moment de la prise de connaissance à lui seul n'est pas déterminant. Il faut accorder à l'État un minimum de temps pour qu'il puisse évaluer les conséquences des faits, actes ou situations dont il vient de prendre connaissance »<sup>4320</sup>.

Il ne s'agit pas du temps comme *condition* de l'acquiescement, mais comme d'un simple adjuvant à l'examen de la connaissance présumée. Les cas où la connaissance présumée est obtenue mais le délai jugé trop court pour que l'État puisse réagir sont rares, voire inexistants<sup>4321</sup>. Le tribunal procède à un examen rétrospectif et d'ensemble : l'acquiescement est validé ou non *in toto*, il est peu probable qu'il soit rejeté uniquement au motif d'un délai insuffisant pour réagir.

<sup>4318</sup> Ce que nous avons appelé les prétentions de « type 1 » ou « type 2 ». Les prétentions de « type 3 » sont dénuées de notoriété. Cf. le schéma en section 5.III.D.

<sup>4319</sup> Le terme de connaissance « implicite » est employé par Kohen.

<sup>4320</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, p. 1683, § 35.

<sup>4321</sup> Dans *Golfe du Maine*, le tribunal rejette l'acquiescement *notamment* au motif du court laps de temps écoulé (5 ans), mais ce temps est suffisant pour que les États-Unis prennent pleinement conscience des implications de la prétention canadienne (*Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 308, § 140 : « Sans vouloir nier qu'il y ait eu quelque imprudence de la part des États-Unis à garder le silence après que le Canada eut accordé les premiers permis d'exploration sur le banc de Georges, il paraît tout au moins disproportionné de vouloir attribuer à ce silence, de courte durée au surplus, des conséquences juridiques pouvant se concrétiser par un *estoppel* »).



b. *Article 28 SCPI*

L'article concerne la « command responsibility » ou responsabilité du supérieur militaire. La connaissance permet de conclure à la responsabilité pénale d'une personne physique :

« [...] a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne *savait*, ou, en raison des circonstances, *aurait dû savoir*, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes [...] »<sup>4322</sup>.

L'omission<sup>4323</sup> du chef militaire joue un rôle central (« n'a pas exercé le contrôle »). Cette omission se vérifie en raison d'une des deux connaissances présentes dans la lit. i) : soit le chef militaire *savait* (réelle), soit il *aurait dû savoir* (présumée). La connaissance s'inscrit dans l'élément mental du crime de l'article 28 SCPI<sup>4324</sup>. Comme dans l'article 45 CVDT, la connaissance présumée est directement tributaire des circonstances. Les critères des connaissances accessibles (« should have known ») et disponibles (« had reason to know ») sont issus de la jurisprudence et de la doctrine relatives à l'article 28 SCPI<sup>4325</sup>.

La connaissance réelle consiste en tout ce que le supérieur a « vu » ou a effectivement « su » : le terme employé est parfois celui d'« actual knowledge » (par opposition à « constructive knowledge »)<sup>4326</sup>. L'article 28 SCPI prend racine dans la jurisprudence des tribunaux militaires constitués à l'issue de la Seconde Guerre mondiale.

La présence pendant les événements remplit le critère de connaissance réelle<sup>4327</sup>. Le critère est comparable à celui de la prétention intrinsèquement notoire dans le cadre territorial (de « type 1 ») : lorsque des constructions sont effectuées sur le territoire au voisinage immédiat d'un État, ce dernier « voit » et « apprend » *nécessairement* l'existence de la

<sup>4322</sup> SCPI, art. 28, nos italiques.

<sup>4323</sup> R. O'KEEFE, *International criminal law, op. cit.*, p. 201, § 5.102 : « This mode of responsibility [...] is a manifestation of criminal responsibility for omission ».

<sup>4324</sup> *Ibid.*, p. 205, § 5.114.

<sup>4325</sup> *Ibid.*, pp. 205-206, §§ 5.114-115.

<sup>4326</sup> P. GAETA (éd.), *Cassese's International Criminal Law, op. cit.*, pp. 185-186.

<sup>4327</sup> *Ibid.*, p. 185.

prétention. La culpabilité du responsable hiérarchique en raison de sa connaissance présumée est une construction historique du droit international pénal, influencée par les principes et considérations inhérentes à ce domaine. Si au départ seule comptait la connaissance réelle (« actual »), les devoirs du supérieur servirent de porte d'entrée à la connaissance présumée (« constructive ») lors des procès de Nuremberg :

« The Tribunal emphasized that a commander has the duty to require reports about occurrences taking place in the area under his control, *failing which he may be accused of "dereliction of duty"* » <sup>4328</sup>.

À partir de ce tournant, la connaissance présumée a connu un développement autonome, jurisprudentiel tout d'abord, puis statutaire <sup>4329</sup>. Les deux critères *knew* et *should have known* sont sur un pied d'égalité <sup>4330</sup>. L'assimilation de l'acquiescement à la connaissance présumée est illustrée dans l'affaire *Wilhelm von Leeb and others* (*High Command case*) :

« *Failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part [i.e. du commandant militaire]. [...] it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence* » <sup>4331</sup>.

Le champ lexical met en lumière les notions de négligence et de manque (« failure ») qui culminent dans l'assimilation à un acquiescement du supérieur aux actes commis par les subordonnés. Une action *positive* du commandant militaire était possible, elle lui aurait permis de satisfaire à ses obligations, mais il a choisi de s'abstenir.

Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient indique que la connaissance présumée englobe l'élément de comparaison et le recours au « raisonnable » afin de démontrer une négligence (ou, inversement, une carence, une absence de « due diligence »). La « constructive knowledge » est réalisée quand les événements démontrent :

« The commission of such a great number of offences within his command that a reasonable man could come to no other conclusion than the accused must have known the offences or of the existence of an understood and acknowledged routine of their commission » <sup>4332</sup>.

<sup>4328</sup> *Ibid.*, à propos du cas *Wilhem List and others* (ou *Hostages case*), pp. 1271-1272.

<sup>4329</sup> R. O'KEEFE, *International criminal law, op. cit.*, pp. 201-206.

<sup>4330</sup> P. GAETA (éd.), *Cassese's International Criminal Law, op. cit.*, p. 185. Le SCPI serait plutôt favorable à la connaissance présumée « *should have known* », tandis que le STPIY et le STPIR retiennent l'approche « *had reason to know* ».

<sup>4331</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>4332</sup> *Ibid.*, p. 186.

Le tribunal s'abstrait du commandant militaire réel et le remplace par un « commandant raisonnable » disposant des mêmes informations. L'extrait emploie les termes qui sont une marque de fabrique de la connaissance présumée : le tribunal *ne peut pas arriver à une autre conclusion* (exigence d'univocité).

Comment les trois étapes (prétention, connaissance, charge de réagir) se manifestent-elles dans l'article 28 SCPI ? La prétention naît du comportement des subordonnés : s'ils s'engagent dans la commission de crimes, la responsabilité et culpabilité du supérieur peut être retenue. La connaissance (réelle ou présumée) porte sur le comportement des subordonnés. Si *une* connaissance est avérée, le supérieur doit réagir, en prenant par des mesures disciplinaires aptes à punir les militaires placés sous son commandement<sup>4333</sup>. La particularité de l'acquiescement de l'article 28 SCPI et de ses trois étapes est son but d'attribution d'une responsabilité.

c. *Article 2 de la Convention contre les disparitions forcées*

L'acquiescement comme *lien d'attribution* se retrouve dans des traités de droits humains<sup>4334</sup>. Des structures similaires figurent dans les Conventions relatives à la protection des réfugiés (1951)<sup>4335</sup>, contre la torture (1984)<sup>4336</sup>, et contre les disparitions forcées (2006)<sup>4337</sup>. Cette dernière sera notre référence pour la codification de la connaissance :

« 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

<sup>4333</sup> *Ibid.*, p. 185. Les mesures doivent être aptes à atteindre leur but. Écrire un rapport en sachant parfaitement que la hiérarchie ne le lira pas ne suffit pas. Voy. : R. O'KEEFE, *International criminal law, op. cit.*, pp. 203-204, § 5.110.

<sup>4334</sup> Pour une présentation de ces trois conventions, cf. *supra*, Ch. 4.I.A – « Les Conventions internationales ».

<sup>4335</sup> 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 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. Les documents 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).

<sup>4336</sup> Art. 1<sup>er</sup>, Convention du 10 décembre 1984, RTNU, vol. 1465 p. 85.

<sup>4337</sup> Art. 2, Convention du 20 décembre 2006, RTNU, vol. 2716, p. 3.

avec l'autorisation, l'appui 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 ».

L'approche en trois étapes s'applique ; la prétention consiste à se voir attribuer le statut de personne victime de disparition forcée (ou de réfugié, ou de victime de torture selon les conventions). La connaissance est obtenue si l'État est au fait de la persécution. L'État doit réagir s'il ne veut pas se rendre coupable de disparition forcée (en diligentant une enquête).

La connaissance réelle est codifiée : la persécution peut être le fait d'« agents de l'État ou [de] personnes ou [de] groupes de personnes qui agissent avec [son] autorisation ». La connaissance présumée relève-t-elle aussi de la convention ? Si tel est le cas elle se logerait dans les termes « l'appui ou l'acquiescement de l'État ».

Le terme « d'acquiescement » vise avant tout l'implication *indirecte* des agents de l'État (omission ; tolérance)<sup>4338</sup>. La connaissance est examinée avec beaucoup de recul, la Convention condamne généralement l'inaction de l'État, par exemple demeurer passif lorsqu'une violation est en cours<sup>4339</sup>. Un examen superficiel semble indiquer que la connaissance présumée est de peu d'intérêt pour ce type de convention. Toutefois, une première et importante indication est dérivée de l'affaire du *Massacre de Mapiripán* :

« Notwithstanding their knowledge of the presence of the AUC [*Autodefensas Unidas de Colombia*] in Mapiripán and of the attack against the lives of the inhabitants of the village, the Colombian authorities remained completely passive. [...] the Court found the existence of the international responsibility of Colombia *with regard to both positive actions and omissions committed by State agents*, who acted together with private individuals in order to perpetrate the massacre »<sup>4340</sup>.

Les agents de l'État ne peuvent pas se cacher derrière leur ignorance des faits et gestes précis accomplis par les paramilitaires (des personnes privées). L'omission négligente de l'État l'engage. En cas de violation « endémique » ou « systématique » de la protection,

<sup>4338</sup> T. SCOVAZZI et G. CITRONI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leyde/Boston, Brill/Nijhoff, 2007, pp. 271-272.

<sup>4339</sup> *Ibid.*, p. 171, pp. 271-273.

<sup>4340</sup> *Ibid.*, pp. 171-172, nos italiques (il s'agit de l'affaire *Massacre de Mapiripán v. Colombia*, CIADH, Jugement, 15 septembre 2005, Sér. C, n° 134).

l'État est responsable pour la seule raison qu'il *sait* que des violations risquent de se produire et ne prend pas les mesures nécessaires<sup>4341</sup>.

Cet embranchement suscité par *Mapiripán* mérite un examen plus soutenu. Si la connaissance présumée n'apparaît pas clairement dans les différentes Conventions de protection des droits humains, elle est bien présente, tapie dans l'ombre des développements jurisprudentiels. C'est en tout cas la conclusion à laquelle notre lecture de Vermeulen aboutit<sup>4342</sup>. Très succinctement, la théorie des droits humains conçoit la protection des individus contre les disparitions forcées comme une obligation positive des États<sup>4343</sup>. La question de l'acquiescement – et de la connaissance présumée – survient lorsque la disparition est le fait d'individus privés (par opposition à une commission directe par des agents de l'État). Ainsi :

« A situation must comply with three criteria for such a duty [to prevent] to arise: (1) the authorities *knew or should have known* at the time of (2) a real and immediate risk to the life of an identified individual and (3) *failed to take reasonable measures that could have been expected from them to avoid the said risk* »<sup>4344</sup>.

L'extrait est riche en sonorités familières ; le critère de la connaissance présumée « accessible » transparait (« *should have known* »), tout comme la comparaison avec un État raisonnable qui aurait dû affronter la même situation. Ce que l'État devait savoir lui sera imputé et donnera naissance à sa responsabilité<sup>4345</sup>.

Toutefois, la doctrine et la jurisprudence indiquent que le devoir de connaissance peut aller au-delà d'une situation spécifique, liée au risque de disparition d'un individu déterminé :

« *Knowledge of the risk may also be inferred from a broader context, which should have prompted an adequate response by the state. Accordingly, the Inter-American Court applied the due diligence standard for determining whether the state indeed incurred responsibility* »<sup>4346</sup>.

<sup>4341</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>4342</sup> M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 428-431.

<sup>4343</sup> *Ibid.*, p. 263 : « [A] failure to act – or turning a blind eye – has been considered to fall within the duty to prevent as a positive obligation imposed on states ».

<sup>4344</sup> *Ibid.*, p. 403, § 9.3.1.

<sup>4345</sup> *Ibid.*, p. 406, § 9.3.1.1.2.

<sup>4346</sup> *Ibid.*, p. 420, nos italiques.

Dans cette situation de violation endémique, systématique, la « due diligence » commande à l'État de prendre des mesures positives pour éviter les disparitions forcées *en général* <sup>4347</sup>. L'État est dans une position où il sait ou doit savoir que des catégories de personnes sont à risque et ne prend pas les mesures nécessaires <sup>4348</sup>. L'État ne peut pas ignorer ce qui se passe sur son territoire et doit agir en conséquence ; la souveraineté implique une connaissance présumée des faits qui surviennent sur le territoire. La boucle est bouclée avec les considérations inaugurales du *Détroit de Corfou* :

« Le contrôle territorial exclusif exercé par l'État dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance [de tout fait illicite perpétré sur son territoire] » <sup>4349</sup>.

La construction de la connaissance présumée dans la Convention contre les disparitions forcées rejoint les grandes lignes de force déjà identifiées, le détail peut différer <sup>4350</sup>, mais l'essentiel est là.

D'autres aspects propres au domaine viennent s'ajouter et nuancer la problématique. Ainsi, c'est par exemple le devoir de prévention (« duty to prevent ») ou l'obligation d'enquête (« duty to investigate ») qui influencent l'acquiescement <sup>4351</sup> et la connaissance de l'État dans les disparitions forcées <sup>4352</sup>. Les droits humains s'organisent autour de principes, obligations (« positive obligations »), et types de violations qui influencent leur réception de l'acquiescement et de la connaissance.

Du *Détroit de Corfou* aux subtilités de l'article 28 SCPI en passant par les différends territoriaux et l'affaire du *Désarmement nucléaire*, les vicissitudes de la connaissance sont nombreuses. Chaque domaine imprime une inflexion, un accent particulier à cette notion et à son fonctionnement. La détermination des contours

<sup>4347</sup> *Ibid.*, pp. 418, 423.

<sup>4348</sup> *Ibid.*, pp. 426-428.

<sup>4349</sup> *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt (fond), 9 avril 1949, CIJ, *Rec.* 1949, p. 18.

<sup>4350</sup> Voy. M. L. Vermeulen (*Enforced Disappearance, op. cit.*, pp. 429-431) qui discrimine la connaissance et l'acquiescement dans les situations où la violation est spécifique et liée à un individu et les cas de violations endémiques.

<sup>4351</sup> *Ibid.*, p. 487 : la place de l'acquiescement, sa relation à la connaissance présumée et à l'implication directe ou indirecte de l'État est *fluide* (tantôt l'acquiescement indique l'implication directe de l'État, tantôt indirecte).

<sup>4352</sup> *Ibid.*, pp. 421-424.

exacts et la définition de la connaissance présumée sont une affaire d'espèce et d'identification des principes axiologiques<sup>4353</sup> du domaine dans lequel elle s'inscrit.

L'utilisation de la connaissance présumée sert aussi de point d'entrée à l'étude de l'acquiescement : les deux notions vont souvent de pair. Dans notre conception essentialiste<sup>4354</sup>, la structure de l'acquiescement repose sur trois étapes chronologiques : une prétention, sa connaissance, et la charge de réagir. La connaissance est cruciale<sup>4355</sup> dans cette trilogie ; elle propulse la prétention vers la charge de réagir et la convertit en un droit pour le sujet au bénéfice de l'acquiescement.

## V. La charge de réagir (si loqui debuisset)

### A. Situation dans l'acquiescement

« *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* »<sup>4356</sup>. Celui qui se tait alors qu'il pouvait et *devait* parler est réputé avoir acquiescé. La charge de réagir (« *debuisset* ») est postérieure à la prétention et la connaissance, mais antérieure à l'effet de l'acquiescement et à la valorisation du silence. La charge de réagir autorise la valorisation de la réaction (silencieuse ou active) de l'État péjoré par l'acquiescement.

Le devoir de parler constitue l'aboutissement de l'approche en trois étapes (prétention ; connaissance ; charge de réagir). Tant et si bien que dans de nombreux cas, une fois la prétention et la connaissance entérinées, la charge de réagir est automatiquement présente, sans susciter d'examen plus poussé<sup>4357</sup>. L'admission de la connaissance (réelle ou présumée) contient en germe la création de la charge de réagir.

Néanmoins, chaque étape de l'acquiescement en constitue simultanément un centre. Si la charge de réagir est le point final de l'examen en trois étapes, elle est le point de départ de nouvelles préoccupations. Une

<sup>4353</sup> Par ex. : les droits humains ont une finalité protectrice, l'acquiescement et la connaissance pourront y être plus souples afin de la garantir.

<sup>4354</sup> O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, op. cit., p. 115.

<sup>4355</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », op. cit., p. 401.

<sup>4356</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 23.

<sup>4357</sup> La doctrine se concentre peu sur la charge de réagir ; elle passe souvent directement à l'étape de la protestation et y place la réaction (par ex. P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 63-64 ; 84-85 ; 88-90).

fois établie, la charge de réagir permet de valider les comportements de l'État, son silence, une ou plusieurs éventuelles protestations, étapes qui clôturent l'acquiescement. Après le constat de l'acquiescement, c'est la question de ses *effets* qui se pose<sup>4358</sup>.

La charge de réagir est prise en tenaille entre la connaissance et l'examen de la réaction (comportement ultérieur, protestation). Cette situation explique que la charge de réagir ne possède pas ou peu de statut autonome dans la doctrine<sup>4359</sup>. Elle est soit rejetée en amont dans la connaissance, soit en aval dans la nécessité de protester pour éviter l'acquiescement<sup>4360</sup>. La charge de réagir est dans l'ombre de la protestation, qui lui est pourtant postérieure, au moins sur le plan de l'analyse. La charge de réagir s'amalgame à la protestation<sup>4361</sup> ; les tribunaux utilisent également l'absence de protestation comme symptôme d'une défaillance de l'État acquiesçant<sup>4362</sup>. Le désintérêt de la doctrine ne fait que refléter la jurisprudence et l'attraction exercée par les étapes ultérieures de l'acquiescement.

Est-ce que la doctrine et la jurisprudence errent en évitant d'analyser de la charge de réagir ? Notre réponse provisoire est négative, au moins en partie. Si l'État devait parler, la réponse courte est que les circonstances l'exigeaient, c'est-à-dire que les deux étapes précédentes s'étaient produites (prétention et connaissance). D'autre part, que risque l'État qui devait parler mais se tait ? Il se fera reprocher son absence de protestation ou son comportement concordant avec la prétention de l'État adverse<sup>4363</sup>. Le comportement de l'État après sa connaissance est *comparé* à celui d'un État qui aura souhaité éviter l'acquiescement. D'où l'importance de la protestation en tant que critère de substitution de la charge de réagir.

<sup>4358</sup> Cf. *infra*, Ch. 6.III.B – « Les effets de l'acquiescement ».

<sup>4359</sup> Marie consacre – sauf erreur – quatre sections à la charge de réagir, signe qu'elle pourrait être qualifiée d'épiphénomène. A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 76, 80, 137 et 160.

<sup>4360</sup> Voy. not. : P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 63-64 ; 84-85 ; 88-90 ; J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 399 et s. ; H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 622.

<sup>4361</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 84-85 ; 90 ; 108.

<sup>4362</sup> Principalement : *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 24 et s. ; *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 134-138.

<sup>4363</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, 1965, pp. 396-397 ; *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, pp. 445-446.



Quoi qu'il en soit, nous prenons le parti d'analyser la charge de réagir, ne serait-ce qu'à titre exploratoire pour percevoir les enseignements qu'elle pourrait nous livrer. Le renvoi aux autres étapes (protestations ; comportements) est inévitable. Pour débiter cette étude – et en raison de la pauvreté du matériel dans l'acquiescement – nous prendrons un peu de recul en nous attardant sur la charge de réagir dans le processus coutumier (V.B).

*B. La démarche du crabe : la comparaison  
avec la coutume et la responsabilité internationale*

Le processus coutumier et l'acquiescement sont étroitement liés <sup>4364</sup>. L'intégralité du processus coutumier s'apparente à la structure de l'acquiescement (une prétention, qui, faute de réaction, est avalisée et devient du droit). Les cas des coutumes régionales et bilatérales démontrent à suffisance la convergence des deux processus <sup>4365</sup>. De plus, la condition et le fonctionnement de l'*opinio iuris* sont grandement imprégnés d'acquiescement : la pratique – active – constitue une prétention, l'acceptation au sens de l'article 38, § 1, lit. b SCIJ peut se faire de manière passive <sup>4366</sup>. L'*opinio iuris* peut parfaitement résulter de l'acquiescement des États qui ne sont pas à l'origine de la pratique <sup>4367</sup>.

L'omniprésence de l'acquiescement au sein de la coutume nous conduit à la solliciter pour aborder la charge de réagir. Deux voies principales sont ouvertes pour faire échec à la création d'une coutume : l'opposition générale, couronnée de succès et qui évite que la coutume prenne naissance *in toto* <sup>4368</sup> et l'objection persistante qui se limite aux cercles des États qui peuvent s'en prévaloir (la coutume *existe*, mais ne les lie pas) <sup>4369</sup>. Cette « objection » est imprégnée d'une charge de réagir.

<sup>4364</sup> Cf. *supra*, Ch. 3.II.F.4 – « La théorie de l'objecteur persistant » ; Ch. 4.I.B – « Article 38, § 1, lit. b SCIJ : La coutume internationale ».

<sup>4365</sup> Les affaires *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, p. 6 et *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 213 font appel à la coutume bilatérale, mais l'acquiescement aurait tout aussi bien pu être utilisé et déboucher sur le même résultat.

<sup>4366</sup> Les États « spectateurs » d'une pratique peuvent réagir de diverses manières : abstention, tolérance, acception, participation, opposition. En cas d'abstention ou de tolérance prolongée, l'État « spectateur » est réputé avoir consenti à la pratique et, simultanément, à la création d'une nouvelle coutume.

<sup>4367</sup> K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, not. pp. 40, 58 et 66.

<sup>4368</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, p. 365 ; CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 162, § 2.

<sup>4369</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 356-365.

1. *L'objection persistante dans le processus coutumier*a. *Cadre général*

Comme dans l'acquiescement, la réaction exigée dans la coutume est parfois assimilée à une protestation. La stratégie de l'objecteur persistant ne s'avère payante que dans de rares cas<sup>4370</sup>. Les conditions sont strictes : l'objection doit être répétée *avant* et *après* la création de la coutume, et ce à chaque occasion de réagir<sup>4371</sup>. Sur le plan théorique, l'objecteur persistant est également problématique<sup>4372</sup> : comment identifier une coutume *in statu nascendi*<sup>4373</sup> ?

La CDI s'est emparée du processus coutumier, la conclusion n° 15 récite :

« 1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection [...] »<sup>4374</sup>.

La *charge de réagir* naît lorsque la coutume est en voie de formation et que l'État souhaite y échapper. Cela suppose donc que la cristallisation de la coutume soit reconnaissable et que l'État ait eu le temps de déterminer son positionnement (objection à la future coutume).

La création d'une coutume par une pratique se traduit par la prétention dans l'acquiescement. Cette coutume en formation doit ensuite parvenir à la connaissance (réelle) de l'État pour qu'il daigne réagir. Si la connaissance présumée<sup>4375</sup> est atteinte mais que l'État est resté inactif, il ne pourra pas revendiquer le statut d'objecteur persistant. L'objection doit se manifester pendant la

<sup>4370</sup> Dans son ouvrage de 2016, Green ne recense que deux occurrences d'objections susceptibles de succès (droit à l'alimentation ; États-Unis) ou en passe de réussir (droit à l'eau ; Royaume-Uni et États-Unis). J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, pp. 102-103, 180-181, 218-219.

<sup>4371</sup> *Contra*, Green qui considère que l'objection doit être émise quand l'occasion est suffisamment importante (et non à chaque occurrence mineure de la coutume à naître) : *ibid.*, pp. 129 et 134.

<sup>4372</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 356-365.

<sup>4373</sup> Voy. les critères développés par J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, pp. 135-182.

<sup>4374</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 161.

<sup>4375</sup> J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, pp. 163 et s.

gestion de la règle<sup>4376</sup>. Plus une protestation arrive tôt, meilleures seront les chances de l'État d'échapper à l'acquiescement et de provoquer une date critique ou la fin de la ligne d'acquiescement. La protestation comme l'objection sont dépendantes de la présence d'une charge de réagir, c'est-à-dire d'un *moment à partir duquel l'inaction de l'État face à la répétition de la prétention pourra lui être reprochée*.

Chaque répétition de la prétention constitue aussi une occasion de s'opposer à l'acquiescement, respectivement à la formation d'une coutume :

« Pour déterminer si cette condition [de l'objection persistante] est remplie, il faut faire preuve de pragmatisme et tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Cette condition signifie, premièrement, que l'objection devrait être réaffirmée lorsque les circonstances sont telles que cette réaffirmation s'impose [...] »<sup>4377</sup>.

L'objection n'a cependant pas besoin d'être réitérée à tout bout de champ, une objection publique<sup>4378</sup> et notoire ne nécessite pas de réaffirmer sa position à chaque occasion bagatelle d'application de la coutume en formation<sup>4379</sup>. Ces extraits confirment la pertinence de la comparaison entre processus coutumier et acquiescement : la présence d'une « zone grise »<sup>4380</sup> déclenche l'obligation de réaction de l'État qui veut échapper à la nouvelle règle ou à l'acquiescement. Fondamentalement, la question du moment à partir duquel la charge de réagir ou la nécessité d'objecter prend racine dépend des circonstances, elle est encadrée par le type de prétention ou de coutume en amont et de la fin de la ligne d'acquiescement ou de la cristallisation de la règle en aval<sup>4381</sup>.

Ces considérations ne nous renseignent pas sur les soubassements de la charge de réagir, sur sa justification intrinsèque (*ratio legis*). À ce stade du raisonnement, nous ne pouvons qu'esquisser des pistes qui frisent la pétition de principe. Essentiellement, la charge de réagir existe car l'acquiescement menace de produire ses effets. L'acheminement vers la fin de l'acquiescement justifie

<sup>4376</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 163, § 5.

<sup>4377</sup> *Ibid.*, p. 163, § 9.

<sup>4378</sup> *Ibid.*, p. 163, § 8.

<sup>4379</sup> *Ibid.*, p. 163, § 9.

<sup>4380</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A et B.

<sup>4381</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 163, § 7.

la charge de réagir en tant qu'opportunité de mettre fin au processus. La protestation s'analyse comme un acte juridique unilatéral, elle est conditionnée à la *volonté* de l'État de produire des effets (ici : empêcher l'acquiescement). L'irruption du volontarisme est également de mise dans l'objection persistante <sup>4382</sup>, cette dernière constitue :

« An opportunity to examine the foundation of the binding character of international duties: torn between (a State's) will and society. The obstinacy with which this theory is advocated by some States and scholars shows quite evidently that State consent is ever-present and pervades the debate between two forms of legal positivism: voluntarism and objectivism [...] » <sup>4383</sup>.

La coutume est un processus *objectif*, le tournant éponyme l'a distancée de la construction de l'accord tacite <sup>4384</sup>. Une place résiduelle est toutefois accordée à la volonté *contraire* de l'État qui souhaite éviter le fardeau coutumier.

Ce dilemme entre volontarisme et objectivisme est aussi de mise dans l'acquiescement. Pour Martin-Bidou et Marie, l'acquiescement partage bon nombre de caractéristiques de l'acte juridique unilatéral <sup>4385</sup>. Selon notre approche, c'est de manière oblique que le dilemme se manifeste dans l'acquiescement : l'acquiescement est un fait juridique indépendant de la volonté de l'État. La charge de réagir ménage une place à la volonté de protester, de *briser* un acquiescement en cours de formation.

(i) *Le sauf-conduit de la volonté : la pratique subséquente*

Ce sauf-conduit est présent dans un autre processus comparable à la coutume <sup>4386</sup> et l'acquiescement : la pratique subséquente interprétative (art. 31, § 3, lit. b CVDT). La protestation et la charge de

<sup>4382</sup> Sans être un reliquat de la conception de la coutume en tant qu'« accord tacite », l'objection persistante fait la part belle à la volonté de l'État (A. HÈCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 34-35 et 46). *Contra* : J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, pp. 240-250.

<sup>4383</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, p. 365.

<sup>4384</sup> A. HÈCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 35-37.

<sup>4385</sup> Les deux auteurs vont plus loin, et, non sans nuances, affirment que l'acquiescement (ou le silence) consiste en un acte juridique unilatéral. P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 278-286 ; pp. 311-312 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 171-173 ; pp. 267-268 ; pp. 401-403 ; pp. 417-418.

<sup>4386</sup> G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, p. 47.

réagir ne sont pas le point focal de cette construction, mais c'est par la *cohérence* de la pratique commune que l'on arrive au même résultat. Les conclusions de la CDI à ce sujet récitent :

« 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 [...] » <sup>4387</sup>.

Si la pratique « [d]oit être commune, convergente, uniforme et consolidée dans le temps » <sup>4388</sup> cela signifie bien que la réaction inverse, l'opposition à la pratique peut l'empêcher d'émerger <sup>4389</sup>. *Quand*, au plus tard, doit se manifester cette opposition ? Si l'État accepte la pratique (par son silence), il ne peut plus la remettre en cause : dès qu'un *estoppel* ou un acquiescement (!) est identifié, la pratique lie l'État. La présence de l'acquiescement dans la coutume et la pratique subséquente est *vertigineuse* : il imprègne aussi bien l'ensemble du processus que certains de ses éléments. Seulement une partie des États contractants peut contribuer à la pratique, le silence des autres suffit <sup>4390</sup>.

L'article 20, § 5 CVDT ménage également une place à la volonté contraire. Un État contractant doit protester *explicitement* contre la réserve. La charge de réagir est canalisée, moulée dans une forme : la notification de *l'objection* doit parvenir aux autres États contractants <sup>4391</sup> selon les conditions de l'article 23, § 1 CVDT. En ménageant une porte de sortie « volontariste », même les États les plus éloignés de l'objectivisme ne peuvent que s'incliner devant l'opération de l'acquiescement <sup>4392</sup>, de la coutume, ou encore de la pratique subséquente.

<sup>4387</sup> 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<sup>e</sup> partie, 2018, Conclusion n° 10, p. 79 ; p. 80, § 3. Voy. la note n° 404 pour les références jurisprudentielles.

<sup>4388</sup> G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>4389</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX, p. 175, § 66 ; *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. 259-260.

<sup>4390</sup> G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, p. 48.

<sup>4391</sup> Voy. le régime éparpillé de l'objection et de ses effets : art. 20, § 4, lit. b ; 20, § 5 ; 21, § 3 ; 23, § 1 CVDT.

<sup>4392</sup> Voy. la remarque de Ph. Cahier sur l'acquiescement en tant que fait juridique. La position officielle des tribunaux de le faire dépendre d'une intention n'est que de façade. Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 265.

(ii) *L'argument de la conscience ou de la réflexivité*

En dehors d'offrir à la victime malheureuse d'un acquiescement l'occasion de parler, quelles raisons expliquent la charge de réagir au sein de l'acquiescement ? De manière plus lointaine, la bonne foi et l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » instillent une connaissance de l'entier du droit international et de ses conséquences dans le chef des sujets internationaux. Les États sont donc *nécessairement* au fait des conditions et des effets d'un acquiescement : « [L]'État ne peut se prévaloir de l'ignorance des conséquences juridiques de ses actes »<sup>4393</sup>. Ici, « l'acte de l'État » est son abstention en regard d'un devoir d'agir, particulièrement en cas de volonté d'éviter l'acquiescement. Les États savent *comment* provoquer et *comment* mettre fin à l'acquiescement.

La charge de réagir est une conséquence directe de la prétention et de la connaissance. En vérité, un État peut faire obstacle à l'acquiescement *avant* que la situation relève de la charge de réagir stricto sensu. Dans *Plateau continental de la Mer Égée et Isla Portillos*, les États réagissent tellement promptement que l'acquiescement n'est pas mentionné<sup>4394</sup>. Sous sa forme d'adage « nul n'est censé ignorer la loi », la connaissance des conditions de l'acquiescement est présente dans le chef des États *et* dans celui des tribunaux internationaux :

« Le droit est censé connu du juge. Tout autant, d'ailleurs, que des justiciables. [...] Chacun est présumé connaître la loi. La même chose va se produire devant le juge international. Ici encore le justiciable est censé connaître le droit qui le régit »<sup>4395</sup>.

Un État sait donc parfaitement (ou fictivement) ce qu'il risque en demeurant coi, il sait qu'il doit agir s'il veut éviter un acquiescement. Le *mécanisme* de l'acquiescement et la sanction du silence sont connus, tout comme ceux de la coutume<sup>4396</sup> ou de la pratique subséquente. Les termes du langage naturel de « conscience » ou de « réflexivité » du droit contribuent à l'intelligence de cette situation. *Conscience*, car lors de leur participation à

<sup>4393</sup> M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 235.

<sup>4394</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec.* 1978, pp. 7-9 ; *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec.* 2018, p. 149, § 22 ; p. 170, § 74.

<sup>4395</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 56, 1936-I, p. 33.

<sup>4396</sup> K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, pp. 54 et 130-131 (« The States simply know current international practice and the legal consequences of its toleration »).

l'acquiescement, au phénomène coutumier, à une pratique subséquente, à l'acceptation d'une réserve, les États ont forcément conscience que leurs actions s'inscrivent dans un système juridique qui rattache des conséquences à leurs actes<sup>4397</sup>. *Réflexivité*, car la connaissance du système s'introduit *dans* le système (l'effet de l'acquiescement est connu) et est prise en compte *par* le système (la charge de réagir est créée).

b. *Une objection publique et manifestée*

Reprenons le fil de notre comparaison. L'objection doit être *publique*, une opposition qui ne dépasse pas le niveau national est insuffisante<sup>4398</sup>. *Onus probandi* repose sur l'objecteur, qui doit tout faire pour s'assurer de la communication aux autres États<sup>4399</sup>. Quand l'objection est le fait d'un groupe restreint d'États, il importe d'autant plus de communiquer haut et fort leur opposition et il leur revient de s'assurer qu'elle parvienne à l'ensemble des autres États concernés<sup>4400</sup>. D'où l'importance de protester lors de forums internationaux.

Comment l'objection doit-elle se manifester ? Elle peut se concrétiser par des actes ou des déclarations. Des actes ou comportements contraires à la coutume *in statu nascendi* indiquent que l'État ne souhaite pas de la nouvelle règle. Par sécurité, les comportements devraient être doublés de déclarations ou prises de positions – il est loisible d'éviter le doute et de revendiquer ouvertement le statut d'objecteur persistant<sup>4401</sup>. Parfois, l'objection par comportement n'est pas possible, la prise de position par déclaration suffit :

« Words alone are sufficient, this is a desirable position, given the fact that in some instances a requirement of objection by deed would be unnecessarily onerous for various reasons »<sup>4402</sup>.

<sup>4397</sup> A. HÉCHE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *op. cit.* (adapté depuis la p. 41, note n° 55). Voy. *infra*, V.B.2.b.

<sup>4398</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 163, § 8.

<sup>4399</sup> J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>4400</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 163, § 8.

<sup>4401</sup> *Ibid.*, p. 162, § 3 ; J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>4402</sup> J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, p. 80. Voy. aussi p. 89 : « Objection by words alone will be acceptable, as will objecting through a



Selon le type de coutume à naître, l'objection ne peut être affirmée que sous forme de déclaration, l'opposition ne peut pas être pratiquée <sup>4403</sup>.

Quand l'objection doit-elle se manifester ? L'objection est répétée face à chaque occasion de réagir suffisamment impérieuse <sup>4404</sup> ; on peut ainsi esquisser qu'au début de l'objection persistante, l'État devra asseoir fortement sa position, par la suite il pourra se contenter d'objecter lorsque les velléités de changement sont d'une magnitude moyenne à grande <sup>4405</sup>. Les objections doivent être cohérentes entre elles <sup>4406</sup>.

Ces considérations sont dans une large mesure transposables à la charge de réagir. La charge de réagir se valide grâce à une protestation (explicite) ou un (des) comportements (implicites). La protestation est par définition publique (il s'agit d'un acte juridique unilatéral) <sup>4407</sup> elle est donc communiquée à un État (destinataire ; autre partenaire de l'acquiescement).

### c. Charge de la preuve de l'objection

Quelle est la charge de la preuve (*onus probandi*) de l'opposition dans l'acquiescement ? Deux cas de figure doivent être distingués : premièrement, en cas de protestation *explicite* (par écrit ou par oral), la preuve est moins problématique. En second lieu, la protestation par voie de comportements est périlleuse. Tout d'abord car des preuves documentaires ne seront pas toujours disponibles. Ensuite car le comportement est sujet à interprétation, tant par son moment que par son contenu. Un comportement d'opposition adopté tôt après la prétention sera interprété comme la fin de

---

combination of both words and deeds (even where physical actions form the main method of the objection. However, it is unlikely that deeds *alone* will be sufficient ».

<sup>4403</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>4404</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 163, § 9.

<sup>4405</sup> *Ibid.* ; J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, *op. cit.*, pp. 123, 129, 134.

<sup>4406</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 163, § 9 : « Les réaffirmations successives de l'objection doivent être globalement cohérentes, c'est-à-dire ne pas présenter de contradictions notables ».

<sup>4407</sup> *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 394, note n° 954 ; p. 395, § 1. *Contra* : G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 434 (il s'agirait d'une manifestation de volonté probatoire, dont la portée dépend des circonstances).



l'acquiescement, comme l'absence de cohérence dans les attitudes des deux acteurs. Un comportement d'opposition plus tardif, sub-séquent à la connaissance sera valorisé comme une protestation au sens strict *pour autant que l'opposition soit claire*.

Il ne nous semble pas que le fardeau de la preuve de la protestation soit aussi simple dans l'acquiescement que dans l'objection persistante. Dans cette dernière, c'est à l'objecteur de prouver son « statut d'exception », tant avant qu'après la création de la coutume<sup>4408</sup>. Dans l'acquiescement, la charge de la preuve varie, elle dépend autant du statut d'État défendeur ou demandeur à l'instance que de la position de bénéficiaire ou perdant de l'acquiescement.

La difficulté inhérente aux comportements d'opposition consiste à identifier la portée de la volonté qui y est tapie. Le propre de l'acquiescement est de procéder par comparaison des comportements des deux États ; si un noyau commun, cohérent est présent malgré l'opposition, la situation sera modifiée. Dans *Droit de passage*, le contenu de l'acquiescement/coutume bilatérale ne concerne que le passage « inoffensif » entre les territoires portugais<sup>4409</sup>. Les comportements d'opposition peuvent avoir pour effet non d'empêcher l'acquiescement, mais de simplement l'infléchir. Dans la même affaire, les prétentions portaient d'abord sur la validité d'un traité, puis sur l'acquisition de la souveraineté sur des villages, et finalement, sur un droit de passage inoffensif et offensif : le comportement d'opposition du Royaume-Uni ne portait que sur la dernière des prétentions<sup>4410</sup>.

Par sa forme, la protestation peut, comme l'objection, être explicite ou tacite. Ces formes peuvent se cumuler, aucune n'a de prééminence. Il est parfois impossible de s'opposer autrement que par des déclarations :

« La protestation diplomatique suffit, en évitant la réalisation d'une manifestation d'un acquiescement, à protéger son auteur des effets d'une situation à laquelle il ne pourrait mettre fin »<sup>4411</sup>.

<sup>4408</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 162, § 3.

<sup>4409</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, pp. 37-43.

<sup>4410</sup> *Ibid.* C'est un mauvais exemple car l'opposition fut formulée par écrit.

<sup>4411</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 576, § 376.

Une opposition par la force n'est pas exigible. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, l'inaction du Cambodge face aux gardes armés thaïlandais ne lui est pas reprochée <sup>4412</sup>.

À l'inverse de l'objection persistante, la protestation ne nécessite pas toujours d'être réitérée à chaque étape d'application de l'acquiescement car celui-ci prend place dans un contexte *bilatéral*. Quelques nuances sont de rigueur : Une seule protestation, non suivie par d'autres actes ne suffit pas si la prétention est réaffirmée. Une protestation forte culmine dans la *fin de la ligne de l'acquiescement* (cristallisation du différend). Une protestation par comportement contraire est plus problématique et exige d'être réitérée à chaque « occasion de réagir ».

#### d. *Synthèse*

Objections et protestations partagent bon nombre d'affinités. Elles sont orientées vers le même but ; éviter la pérennisation d'une situation ou bien y échapper <sup>4413</sup>. Ce sont des remèdes volontaristes à l'inertie de la coutume et de l'acquiescement. La protestation est présente aussi hors de l'acquiescement ; elle existe de manière générale en droit international public <sup>4414</sup>. L'objection persistante n'existe que dans le cadre coutumier et elle est très restrictive <sup>4415</sup>, contrairement à la protestation – souple – et dont les chances de succès sont plus substantielles. L'objection doit être persistante aussi après la cristallisation de la norme, tandis que la protestation est couronnée de succès une fois pour toutes si elle parvient à mettre fin à l'acquiescement <sup>4416</sup>.

<sup>4412</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 32.

<sup>4413</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 162, §§ 2-3.

<sup>4414</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 433.

<sup>4415</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 162, § 1.

<sup>4416</sup> Cependant, une « objection » large empêche la création de la norme ou en influence le contenu.

## 2. *Charge de réagir et responsabilité internationale*

Une seconde comparaison transversale peut être évoquée : la charge de réagir comme élément de la responsabilité internationale :

« S'il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre objection et violation, il ne saurait y avoir de règle de l'objecteur ultérieur : une fois que la règle est formée, un État ne peut pas s'y soustraire simplement en s'y opposant »<sup>4417</sup>.

Si la coutume existe déjà et que l'État s'y oppose trop tard par des actes contraires à la norme, son objection – tardive et impropre – constitue une violation du droit. L'erreur n'est pas une circonstance excluant l'illicéité et la responsabilité internationale peut être engagée<sup>4418</sup>. Par contre, un État n'encourt pas de dommages si la violation n'est pas *invoquée* :

« Article 45 – 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 ».

Cette codification offre deux niveaux de comparaison de la charge de réagir.

Premièrement, l'État lésé doit faire valoir son droit à réparation sous peine de déchéance (2.a), ainsi :

« Le droit positif admet sans ambiguïté qu'un État qui se prétend lésé et qui tarde à faire valoir une demande de réparation, ou qui ne la réitère pas de manière suffisamment continue et intense, puisse perdre cette faculté »<sup>4419</sup>.

En second lieu, on peut simplement s'intéresser à la qualification de violation attachée au comportement de l'État et la rapporter à la prétention à la base d'une ligne d'acquiescement (2.b ; idée de la « zone grise » factuelle ou juridique).

### a. *Le droit à la réparation et son abandon*

Le droit à réparation pour l'État lésé prend naissance dès que la violation est *consommée*. La charge de réagir naît après la violation. C'est là une première différence avec l'acquiescement : l'État

<sup>4417</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 163, § 5.

<sup>4418</sup> Cf. les articles 20 à 27 TCDI.

<sup>4419</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 76-77, § 42.

défavorisé doit réagir une fois sa connaissance (présumée) de la prétention acquise, mais il peut aussi réagir avant, dès que la prétention a été émise. Quand une violation est-elle consommée ? La réponse n'a rien d'évident, il existe une typologie subtile de violations exemplifiée par les articles 14 et 15 TCDI. Une violation peut être immédiate ou continue, mais aussi « composite »<sup>4420</sup> – le moment précis à partir duquel la responsabilité peut être invoquée dépend aussi du type de violation. Corrélativement le silence est valorisé dès que la violation existe :

« Dès lors qu'un État est lésé, il est en mesure d'en demander réparation, de manière plus ou moins véhémence, *et ce seul fait suffit à attribuer à sa réaction silencieuse la signification d'une renonciation* »<sup>4421</sup>.

Dès que la connaissance est atteinte, l'État possède tous les éléments lui permettant de contester l'acquiescement et d'y faire obstacle. La copule connaissance-charge de réagir suffit à attribuer au silence, à l'inaction, la valeur d'une acceptation de la prétention. Dans l'article 45 TCDI comme dans l'acquiescement, une seule protestation ne suffit pas, l'État doit se montrer diligent dans son opposition. Dans l'affaire *Norstar*, le Panama avait tardé à introduire une instance depuis sa première réclamation<sup>4422</sup> : l'ITLOS n'avait pas considéré qu'il y avait renonciation car l'Italie avait empêché le Panama de faire valoir ses droits et ce dernier avait pris soin de réactiver épisodiquement sa réclamation<sup>4423</sup>. La charge de réagir permet à l'État violateur de s'assurer qu'il ne devrait plus de réparation en cas d'inaction prolongée de l'État lésé.

b. *La qualification du fait : illicite international ou empiètement incertain ?*

Le second niveau de la comparaison concerne le comportement de l'État : s'agit-il véritablement d'une violation ou d'un comportement licite ? C'est toute l'idée de la « zone grise »

<sup>4420</sup> Voy. en particulier l'article 15 TCDI (« La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite ») et G. DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, pp. 1-54.

<sup>4421</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 80, § 44, nos italiques.

<sup>4422</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, p. 66, § 277.

<sup>4423</sup> *Ibid.*, pp. 71-74, § 304 (mauvaise foi de l'Italie) et § 313 (réactivation de la demande).

juridique ou factuelle où s'inscrit la prétention de l'État qui souhaite bénéficier d'un acquiescement<sup>4424</sup>. Quid de la constitution d'une baie historique ? L'État qui en remplit les critères est en droit d'y prétendre, mais quelle est la position des autres États ? Soit l'État voisin considère que les conditions de la baie historique sont réalisées et se tait car le comportement est licite (absence de violation). Soit l'État se tait *bien qu'il considère le comportement comme illicite* (acquiescement). Autre variante : l'État conteste, mais trop tard ! L'acquiescement se réalise également. Dans cette seconde strate de comparaison, la charge de réagir exacerbe les tensions entre plusieurs valeurs du système juridique international :

« La raison d'être de l'existence d'une charge de réagir entre en effet potentiellement en conflit avec le respect dû à la légalité »<sup>4425</sup>.

Les États lésés, comme les États qui pâtissent d'un acquiescement, doivent réagir à la violation, à la prétention au risque de créer une situation incertaine, un flou juridique. Si le système juridique tolérât que ce flou demeure éternellement, la sécurité et la prévisibilité juridiques seraient mises à mal. La charge de réagir opère une pesée des intérêts entre les valeurs précédentes et le principe de la légalité : l'incertitude juridique sera résolue en faveur de l'État qui a réagi à temps ou, au contraire, qui a bénéficié du silence de son interlocuteur.

(i) *Article 39 TCDI : contribution au préjudice*

Ces « zones grises » sont bien présentes en droit de la responsabilité internationale ; les tribunaux peuvent en tenir compte lorsqu'ils statuent sur les dommages. Parce que les États pouvaient de bonne foi ignorer ou méconnaître la situation juridique ou factuelle, leurs actions ne seront pas aussi sévèrement sanctionnées qu'en cas de violation délibérée. Une place – précaire – est réservée à l'erreur en tant que motif de mitigation de la sanction. Techniquement, cette mise en sourdine pourrait être colloquée dans les articles 39 et/ou 55 TCDI. L'article 39 porte sur la 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 [...] ».

<sup>4424</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A.

<sup>4425</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 80, § 44.

Un silence par trop longtemps gardé peut justifier un amoindrissement de la réparation<sup>4426</sup> ; en ne protestant pas immédiatement, l'État lésé laisse une apparence de légalité se créer autour de l'injure. Dans un cas où le silence serait gardé si longtemps qu'un tribunal hésiterait entre la perte du droit d'invoquer la responsabilité (art. 45 CDI – acquiescement)<sup>4427</sup> et l'admission de la responsabilité (art. 42 CDI), l'article 39 ménage la possibilité de constater la violation, mais de surseoir à la réparation.

(ii) *Article 55 TCDI : lex specialis*

La création d'une « zone grise » juridique ou factuelle pourrait justifier l'intervention d'une *lex specialis*<sup>4428</sup> lors de la fixation des dommages. Ainsi, à chaque fois qu'une violation découlerait d'« [u]ne incertitude sur un rapport de droit [...] »<sup>4429</sup>, le tribunal se contenterait de ne pas fixer de dommages et d'ordonner la cessation de la violation (art. 29 et 30 CDI).

Seconde possibilité, cette *lex specialis* serait attachée au domaine du différend. Les différends territoriaux sont par essence sujets à incertitude : où passe la frontière ? Quel État possède la souveraineté sur le territoire ? Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, le Cambodge ne demande pas de réparations autres que la restitution des « sculptures, stèles, fragments des monuments [...] enlevés au Temple »<sup>4430</sup> : la CIJ y fait pleinement droit. Dans *Cameroun c. Nigeria*, par contre les deux États invoquaient mutuellement leur responsabilité et demandaient des dommages en espèces<sup>4431</sup>. Après avoir déterminé les frontières, la CIJ s'arrête dans la partie finale de l'arrêt sur la responsabilité. Le Cameroun fait état de dommages infligés à sa population par le Nigeria,

<sup>4426</sup> *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, CIJ, *Rec. 2001*, p. 487, §§ 56-57 ; p. 508, § 116.

<sup>4427</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, p. 297, note n° 656.

<sup>4428</sup> « Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international ».

<sup>4429</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 54.

<sup>4430</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 11, § 5 ; p. 37 pour le dispositif.

<sup>4431</sup> Cf. les conclusions finales des parties : *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 327, h et i ; p. 329, § 6.

d'occupation, et de destructions<sup>4432</sup>. Ce dernier propose une ligne de défense qui flirte avec l'erreur et met en lumière l'existence d'une « zone grise », d'un rapport de droit incertain :

« Même si la Cour estimait que ces zones relevaient de la souveraineté du Cameroun, la présence nigériane y était-elle la conséquence d'une "erreur raisonnable" ; et d'une "croyance sincère". *De ce fait le Nigéria ne pourrait être tenu pour internationalement responsable d'un comportement qu'il avait tout lieu, au moment où il l'avait adopté, d'estimer licite* »<sup>4433</sup>.

Le Nigeria affirme avoir été convaincu de la licéité de son comportement. Sans se prononcer sur cette argumentation (mais en choisissant de la reproduire dans l'arrêt), la CIJ rappelle que les frontières sont fixées dans le dispositif, que le territoire devra être évacué et que ces mesures se suffisent à elles-mêmes, sans besoin de chiffrer un dommage<sup>4434</sup>. Plus loin, le Cameroun tente à nouveau de demander réparation pour des incidents de frontières, la CIJ refuse cette fois de statuer pour manque de preuve<sup>4435</sup>. C'est à l'unanimité que les juges refusent d'accorder des dommages<sup>4436</sup>.

De part et d'autre, la charge de réagir était incertaine. Tant que le tracé n'est pas établi, la violation de la souveraineté n'a rien d'évident. Devant une telle incertitude, la CIJ pourrait<sup>4437</sup> choisir – hypothétiquement par application de l'article 55 CDI – de ne pas accorder de dommages. Cette ligne de raisonnement est compatible avec les considérations de la CIJ dans *Burkina-Faso c. Mali* :

« L'effet d'une décision judiciaire, qu'elle soit rendue dans un conflit d'attribution territoriale ou dans un conflit de délimitation, est nécessairement d'établir une frontière. [...] Ainsi, dans les deux cas, il s'agit de clarifier une situation juridique déterminée avec effet déclaratoire à la date du titre juridique retenu par l'organe juridictionnel. *Cette clarification elle-même n'en constitue pas moins un élément nouveau, celui dont la recherche a précisément amené les parties à*

<sup>4432</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, p. 450

<sup>4433</sup> *Ibid.*, p. 451, § 311, nos italiques.

<sup>4434</sup> *Ibid.*, p. 452, § 319 : « Le préjudice subi par le Cameroun en raison de l'occupation de son territoire aura en tout état de cause été suffisamment pris en compte. La Cour ne recherchera donc pas si et dans quelle mesure la responsabilité du Nigéria est engagée à l'égard du Cameroun du fait de cette occupation ».

<sup>4435</sup> *Ibid.*, p. 453, §§ 323-324.

<sup>4436</sup> *Ibid.*, p. 458, lit. D et E du dispositif.

<sup>4437</sup> Comparer avec *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, 16 décembre 2015, CIJ, *Rec.* 2015, p. 665 (des dommages sont accordés, mais la « zone grise » est niée, la situation serait claire).

*s'adresser à l'organe concerné ; en effet, en l'absence de controverse ou d'incertitude, les parties n'auraient point cherché à saisir un tribunal »* <sup>4438</sup>.

### C. *La charge de réagir à travers la jurisprudence ; ses enseignements*

Bien que les recoupements en amont avec le critère de la connaissance (particulièrement de la connaissance présumée), et en aval avec la protestation soient inévitables, il s'agit ici d'examiner comment la jurisprudence s'empare de la charge de réagir. Même si nous soupçonnons que cette prise en compte sera marginale, elle peut s'avérer riche d'enseignements (*supra*, sections 5.V.A et B).

#### 1. *Temple de Préah Vihéar*

La connaissance présumée de la Thaïlande est atteinte lorsque les cartes sont distribuées et qu'elle ne proteste pas <sup>4439</sup>. La charge de réagir découle naturellement :

« 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 »* <sup>4440</sup>.

Trois éléments sont à garder en mémoire : l'appel aux circonstances, qui est courant dans l'acquiescement ; le délai raisonnable pour réagir ; la source de la réaction. La suite de l'arrêt tire parti de l'inaction des autorités qui auraient nécessairement dû consulter la carte et y réagir (source de la réaction) <sup>4441</sup>. En plus, le comportement positif de la Thaïlande, sous la forme de la commande, distribution et utilisation de la carte litigieuse est utilisé à son détriment, comme indication de sa violation de l'obligation de réagir <sup>4442</sup>.

<sup>4438</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, pp. 563-564, § 17, nos italiques. Voy. Ch.6.IV.E.3.a.

<sup>4439</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 21-22.

<sup>4440</sup> *Ibid.*, p. 23, italiques dans l'original.

<sup>4441</sup> *Ibid.*, pp. 24-25.

<sup>4442</sup> *Ibid.*, p. 24 ; pp. 27-28.



Par son vocabulaire, la construction de la charge de réagir est proche de la connaissance présumée, ce qui est compréhensible vu le chevauchement des deux notions :

« En regardant la carte, on voit qu'elle attirait si nettement l'attention sur la région de Préah Vihéar qu'aucune personne intéressée ou chargée d'examiner cette carte n'aurait pu manquer de remarquer ce qu'elle indiquait pour cette région » <sup>4443</sup>.

La comparaison est de mise ; qu'aurait fait une personne physique raisonnable et informée plongée dans les mêmes circonstances ? Si elle n'avait pu que se rendre compte de l'erreur, son silence vaut acquiescement (violation de la charge de réagir). Nous renvoyons le lecteur aux subtilités de la connaissance présumée <sup>4444</sup>.

Postérieurement à la livraison de la carte, une charge de réagir distincte se fait jour à l'occasion de la visite du Prince Damrong :

« Le prince ne peut avoir manqué de saisir les implications d'un tel accueil. On pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois. Cela appelait une réaction, que la Thaïlande n'a pas eue » <sup>4445</sup>.

Le langage est toujours celui de l'hypothèse, de la négligence fautive de la Thaïlande, qui aurait dû savoir et (ré)agir en conséquence. Les étapes de l'acquiescement figurent dans le désordre : la prétention ouvre le bal (affirmation de la souveraineté), la connaissance suit (le Prince ne pouvait pas ignorer), et la réaction est attendue en fin de parcours (une réaction « que la Thaïlande n'a pas eue »).

Une affaire unique peut être jalonnée de plusieurs charges de réagir temporellement distinctes. À chaque fois que la prétention est réaffirmée, la connaissance est réactivée et elle déclenche une charge de réagir, une occasion de protester contre la prétention. Un acquiescement possède autant de « charges de réagir » que de comportements qui (ré)affirment la prétention. Par économie, la jurisprudence n'analyse pas chaque charge de réagir, comme nous l'avons démontré ailleurs <sup>4446</sup>, l'attention se concentre généralement sur les premières prétentions qui font débiter la ligne d'acquiescement. Par la suite, un comportement ou une déclaration marquants

<sup>4443</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>4444</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.IV.D et D.2 en particulier.

<sup>4445</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 30.

<sup>4446</sup> Cf. *supra*, Ch. II et III – « Le temps » ; « La prétention et ses conditions (existence et identification, notoriété) ».

peuvent à nouveau provoquer une analyse en règle de la réaction, comme c'est le cas avec la visite du prince Damrong. Par comparaison, l'arrêt évoque de nombreux autres comportements effectués par la Thaïlande et qui auraient été l'occasion de protester, mais la CIJ n'analyse pas en détail la charge de réagir de ces occurrences<sup>4447</sup>. Dans sa version anglaise, les termes d'« occasion » et d'« opportunity » soulignent ces circonstances où la Thaïlande aurait pu se détacher de son comportement d'acquiescement<sup>4448</sup>.

En aval de la charge de réagir, les termes d'« opposition » et de « protestation » n'apparaissent pas dans l'arrêt. Il n'en demeure pas moins que la CIJ appuie son raisonnement et le verdict d'acquiescement sur cette absence de réaction de la Thaïlande. Jusqu'à l'instance, la Thaïlande n'a pas rejeté explicitement les prétentions de la France et du Cambodge<sup>4449</sup>.

## 2. *Pêcheries norvégiennes*

La charge de réagir est abordée sous l'angle de la connaissance présumée (en amont)<sup>4450</sup> et de l'absence de protestation de la communauté internationale et l'inaction<sup>4451</sup> du Royaume-Uni (en aval), ces deux pôles de la charge de réagir permettent de s'assurer que l'État n'a pas fait obstacle à l'acquiescement. L'affaire éclaire le délai raisonnable de réaction face à une prétention : la France pose une question à la Norvège seulement deux mois après la promulgation d'un décret de 1869<sup>4452</sup>. Chronologiquement, la prétention déclenche une connaissance présumée, qui déclenche à son tour une charge de réagir. Ces « instants » de l'acquiescement – et c'est bien là l'intérêt de les distinguer, en particulier dans des cas limites – ne sont *pas* simultanés. Suite à la prétention, un premier laps de temps doit permettre à la connaissance d'être établie. Suit un second laps de temps qui permet, une fois la connaissance réelle (notification) ou présumée (diligence) acquise, à l'État de se forger une opinion, et le cas échéant, de prendre position par rapport à la prétention (comportement et/ou déclaration). Ces différents laps de temps

<sup>4447</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 24 ; pp. 27-28.

<sup>4448</sup> *Ibid.*, pp. 27-31. « Occasion » ou « circonstance » dans la traduction française (*ibid.*, pp. 27-28).

<sup>4449</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>4450</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 137.

<sup>4451</sup> *Ibid.*, pp. 137-139.

<sup>4452</sup> *Ibid.*, pp. 135-136.

dépendent des circonstances, par exemple l'intérêt de l'État à la question (la charge de réagir peut naître rapidement dans un domaine qui intéresse fortement un État), ses capacités à recueillir des informations (ignorance excusable), les démarches entreprises par le passé.

### 3. *Golfe du Maine*

La charge et les occasions de réagir sont identifiées comme des éléments de l'acquiescement. Le Canada arguait que l'acquiescement prend racine :

« Lorsque le gouvernement d'un État, partie à un différend, a connaissance, directement ou par déduction [notre « connaissance présumée »], de la conduite de l'autre partie ou d'une affirmation de droits de sa part, *et qu'il s'abstient de protester contre cette conduite ou cette affirmation*, c'est que ce gouvernement accepte tacitement la position juridique que traduit la conduite de l'autre partie ou son affirmation de droits »<sup>4453</sup>.

En s'abstenant de protester lorsqu'il en a l'occasion, un État fait droit à une prétention qui découle de la déclaration ou d'un comportement du bénéficiaire de l'acquiescement (« la conduite de l'autre partie ou son affirmation de droit »). Le Canada souligne que les États-Unis eurent une première occasion en 1966, mais « ne la saisirent pas [...] pour protester ou réserver leur droit »<sup>4454</sup>. C'est non seulement par leur silence, mais également par leur comportement, leur pratique d'octroi de concessions pétrolières que les États-Unis marquèrent leur acquiescement à la ligne médiane selon le Canada<sup>4455</sup>.

Toutefois, la CIJ ne retient pas l'acquiescement pour plusieurs motifs, tout d'abord car le comportement des États-Unis, bien qu'imprudent<sup>4456</sup>, était par trop incohérent : une interprétation unique ne pouvait pas être attribuée à son silence au vu des circonstances<sup>4457</sup>. D'autre part, le silence était « trop court »<sup>4458</sup> pour déboucher sur un acquiescement. Cette durée du silence est à lire en conjonction avec la charge de réagir : en l'espace de cinq ans et au vu des circonstances du cas, l'inertie des États-Unis

<sup>4453</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 304, § 129, nos italiques. La connaissance « directe » correspond à la connaissance réelle (*supra*, Ch. 5.IV.B).

<sup>4454</sup> *Ibid.*, p. 306, § 132.

<sup>4455</sup> *Ibid.*, p. 306, § 135.

<sup>4456</sup> *Ibid.*, p. 308, § 140.

<sup>4457</sup> *Ibid.*, p. 307, § 138 ; p. 308, § 141.

<sup>4458</sup> *Ibid.*, p. 308, § 140.

n'est pas de nature à violer le devoir de protester. La CIJ va jusqu'à identifier une occasion lors de laquelle les États-Unis auraient pu et dû réagir :

« Au moment où le Canada, au niveau de son ministère des affaires extérieures et de l'ambassade des États-Unis à Ottawa, a énoncé clairement pour la première fois ses prétentions, il aurait pu s'attendre à une réaction du département d'État des États-Unis »<sup>4459</sup>.

La charge de réagir est née, mais elle n'a pas *encore* été violée par l'absence de protestation – nous constatons à travers cet exemple l'importance de pouvoir situer le moment où l'acquiescement est « pris au vol »<sup>4460</sup> par la cristallisation du différend. Ici, les deux étapes de la prétention et de la connaissance sont acquises, la charge de réagir a débuté, mais ne s'est pas achevée.

L'arrêt de la Chambre indique qu'il s'en est fallu de peu pour que l'acquiescement soit retenu. Ce très solide début d'acquiescement est mis en écho avec les attentes légitimes du Canada :

« Il est même possible que le Canada ait pu raisonnablement espérer que les États-Unis se rangeraient pour finir à ses vues. Mais en tirer sur le plan juridique la conclusion que les États-Unis avaient, par ce retard, tacitement acquiescé aux thèses canadiennes ou qu'ils avaient perdu leurs droits, c'est aller au-delà des conditions requises pour qu'on puisse parler, de l'avis de la Chambre, d'acquiescement ou d'*estoppel* »<sup>4461</sup>.

Le point de vue canadien n'importe pas encore à ce stade de l'acquiescement, la Chambre n'est pas légitimée à s'y appuyer. La Chambre semble d'avis que ce type d'attentes<sup>4462</sup> pourrait être utilisé une fois l'acquiescement accompli, afin par exemple de le cimenter et d'empêcher un État de revenir sur sa position (*estoppel* en raison du dommage ; les attentes seraient utilisées comme une preuve supplémentaire de l'acquiescement).

<sup>4459</sup> *Ibid.*, p. 308, § 142.

<sup>4460</sup> Par des actes comme une protestation ferme, l'ouverture de négociations ou encore la saisine d'un tribunal, les États peuvent mettre fin à la *ligne d'acquiescement*. Les États peuvent donc précipiter le moment où le processus s'arrêtera et ainsi favoriser ou empêcher le succès de l'acquiescement. Voy. *supra*, Ch. 5.II.C – « La fin de la ligne ou le *dies ad quem* » et D – « Les vicissitudes du temps ».

<sup>4461</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 308, § 142, italiques dans l'original.

<sup>4462</sup> À propos des attentes légitimes ou « *legitimate expectations* », cf. *supra*, Ch. 4.I.C (« Article 38, § 1, lit. c SCIJ »), la jurisprudence et la doctrine citées ainsi que R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 124, § 133.

L'intérêt d'identifier le moment et les éléments déjà accomplis de l'acquiescement ressort également d'un passage de l'affaire où les États-Unis tentent de faire valoir un acquiescement du Canada à la proclamation Truman de 1945<sup>4463</sup>. Cette proclamation correspond à une prétention ; la connaissance du Canada est acquise par notification ; quid de la charge de réagir ? Le Canada ne s'est pas opposé à la proclamation (de 1945 à 1969). Le contenu de la prétention est déterminant, celle-ci vise à « [r]éaliser la délimitation du plateau continental par voie d'accord et conformément à des principes équitables [...] »<sup>4464</sup>. En soi, cette déclaration a été victime de son succès et, à l'époque du jugement de la Chambre, elle ne fait que réaffirmer le contenu du droit international public<sup>4465</sup>. Bien que toutes les étapes de l'acquiescement soient réalisées, la charge de réagir existait-elle réellement<sup>4466</sup> ? Était-elle pertinente ? Cette situation dénote que la charge de réagir peut parfois être totalement vide de sens ; en fonction de la prétention, la charge de réagir et l'acquiescement qui en découlent *ne modifient pas la situation juridique de l'acteur de l'acquiescement*.

#### 4. Île de Palmas

Que vaut la charge de réagir dans des situations territoriales où les effectivités s'entrechoquent ? La vénérable affaire de l'*île de Palmas*<sup>4467</sup> fait référence à l'occupation comme critère ; les meilleures effectivités, caractérisées par « l'exercice continu et pacifique de la souveraineté territoriale (pacifique par rapport aux autres États) [valent] titre »<sup>4468</sup>. La prétention de l'État exerçant sa souveraineté naissante (*inchoate*) de manière continue, pacifique et effective sera préférée à celle de son adversaire<sup>4469</sup>. Dans ce cadre, la charge de réagir est cachée, elle est intégrée dans l'exercice continu et pacifique de la souveraineté. C'est en faisant irruption dans le titre en formation que l'État adverse peut empêcher un déploiement parfait de la

<sup>4463</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 311-312, §§ 153-154.

<sup>4464</sup> *Ibid.*, p. 311, § 153.

<sup>4465</sup> *Ibid.*, p. 312, § 154.

<sup>4466</sup> Pour exister, une prétention doit porter sur des droits et des obligations juridiques (*supra*, Ch. 5.III.A et B, respectivement l'existence et l'objet d'une prétention).

<sup>4467</sup> *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, pp. 1 et s. (nous utilisons la traduction française dans cette section).

<sup>4468</sup> *Ibid.*, p. 9, voy. aussi en p. 10 : « L'exercice réel, continu et pacifique des fonctions étatiques est, en cas de litige, le critérium correct et naturel de la souveraineté territoriale ».

<sup>4469</sup> *Ibid.*, p. 9.

souveraineté et qu'il peut ainsi manifester son opposition. La charge de réagir s'affirme comme un devoir de mettre à mal la continuité de la possession, de cette manière le territoire peut demeurer une *res nullius* et l'État adverse pourra tenter d'y établir un meilleur titre. La protestation contre la possession peut aussi avoir pour but de conserver un statut de territoire disputé : en droit international, les différends se conservent éternellement <sup>4470</sup>.

L'île de *Palmas* précise le caractère continu de l'exercice par l'émission d'une prétention : la déclaration ou comportement en rapport avec le territoire doit être suivi par une possession effective du territoire <sup>4471</sup>. Cette condition résonne avec la formulation d'une prétention dans l'acquiescement, qui est souvent suivie par d'autres comportements de l'État qui confirment ou réaffirment la prétention initiale. Pour le territoire, le caractère continu de la possession permet de *diffuser* la prétention (connaissance présumée) et de créer la charge de réagir (les États intéressés ont alors tout loisir de protester ou d'occuper le territoire). Il n'est pas nécessaire de dater avec précision la prétention initiale sur un territoire <sup>4472</sup>, ce qui compte est de pouvoir tracer une période de commencement ainsi qu'une continuation de la possession.

##### 5. *Pulau Litigan et Pulau Sipadan*

De manière cursive, nous pouvons constater que la protestation apparaît en bonne place dans un échantillon de sentences territoriales rendues entre 2002 et 2018. Dans *Pulau Litigan et Pulau Sipadan* par exemple, la Malaisie hausse la protestation au même rang que les conditions positives de l'administration pacifique et continue :

« La Malaisie prétend avoir acquis un titre sur Litigan et Sipadan par une possession et une administration pacifiques et continues de celles-ci, sans protestation de la part de l'Indonésie ou de ses prédécesseurs en titre » <sup>4473</sup>.

La CIJ fait suite à ce raisonnement et prend en compte l'absence de protestation dans l'attribution de la souveraineté à la Malaisie <sup>4474</sup>. La référence à la protestation et son importance dans

<sup>4470</sup> On peut citer le cas des Malouines/Falklands (*Argentine c. Royaume-Uni*) et de Gibraltar (*Espagne c. Royaume-Uni*). Cf. : G. ABI-SAAB, « "Interprétation" et "Auto-Interprétation" », *op. cit.*, pp. 218-219.

<sup>4471</sup> *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, p. 9.

<sup>4472</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>4473</sup> *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 678, § 127.

<sup>4474</sup> *Ibid.*, p. 685, § 148 : « La Cour ne saurait en outre ignorer le fait que, à l'époque où ces activités ont été menées, ni l'Indonésie ni son prédécesseur, les Pays-Bas, n'ont jamais exprimé de désaccord ni élevé de protestation ».

le raisonnement, signalent, sous forme de raccourci, l'existence préalable d'une charge de réagir. Une protestation au moment opportun aurait empêché la concrétisation de la souveraineté, l'État « lésé » par l'acquiescement avait l'occasion de réagir, *d'interférer* dans la possession pour en empêcher le caractère pacifique et continu, mais ne l'a pas fait. Cette construction souligne l'existence, en amont de la protestation, d'une charge de réagir. Dans un autre passage l'attention que les États portent aux comportements qui manifestent une prétention de souveraineté, de leur conscience des effets néfastes d'une inaction, est illustrée. L'Indonésie faisait ainsi valoir qu'elle avait protesté à chaque fois que des mesures unilatérales avaient été prises <sup>4475</sup>.

## 6. *Pedra Branca*

C'est une protestation de forte ampleur qui provoque finalement la cristallisation du différend <sup>4476</sup>. Auparavant Singapour prend soin de souligner à chaque fois que possible l'absence <sup>4477</sup> ou la faiblesse <sup>4478</sup> de la protestation de son opposant. Quand la protestation existe, mais qu'elle se produit après la date critique, son effet est nul :

« [La Cour] rappelle également que ce n'est qu'en juin 2003, après que les Parties eurent soumis le différend à la Cour par voie de compromis, que la Malaisie a protesté contre cette expression du comportement de Singapour » <sup>4479</sup>.

Au final, la Cour considère que la combinaison des comportements positifs des deux parties et de l'absence de protestation <sup>4480</sup> indique que la souveraineté revient à Singapour. La Cour prend encore le soin de préciser que les comportements avaient été portés à la connaissance de la Malaisie <sup>4481</sup>. La protestation, qui est la partie émergée de la charge de réagir, fait pleinement partie des éléments qui participent à l'effectivité d'une situation et qui conduisent un tribunal à valider la prétention à la souveraineté.

<sup>4475</sup> Ces protestations ne valaient rien car elles prenaient place après la cristallisation du différend : *ibid.*, p. 679, § 128.

<sup>4476</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 28, § 34.

<sup>4477</sup> *Ibid.*, p. 67, § 68 ; p. 83, § 235 ; p. 84, § 238.

<sup>4478</sup> *Ibid.*, p. 82, § 231.

<sup>4479</sup> *Ibid.*, p. 83, § 234.

<sup>4480</sup> *Ibid.*, p. 96, §§ 274 et 276.

<sup>4481</sup> *Ibid.*, pp. 95-96, § 274.

7. *Croatie/Slovénie*

Le terme « protest » renvoie neuf occurrences dans le corps du texte<sup>4482</sup>. C'est autant les parties qui s'y appuient que le tribunal, il y est par exemple affirmé, à propos d'un segment de la frontière terrestre :

« The Tribunal further observes that, in several matters, Slovenia acted in the disputed area *à titre de souverain* without provoking any protest in Croatia. [...] In conclusion, the Tribunal notes that, for more than 40 years, this disputed area was part of the Sekulići/Sekulići Slovenian cadastral district, without Drage being mentioned in Croatian cadastral districts. It also observes that Slovenia acted *à titre de souverain* in the area and in a number of fields without objection from Croatia. Therefore, the Tribunal determines that the boundary is the eastern limit of Slovenia's Sekulići/Sekulići cadastral district »<sup>4483</sup>.

L'objection-protestation figure en bonne place, la Croatie a eu le temps de prendre connaissance de la prétention (de manière réelle ou présumée), de se déterminer, et, finalement, de réagir. L'absence de protestation se convertit en une violation de la charge de réagir. Comme la possession à titre de souverain n'a pas été interrompue alors que les occasions de le faire ont continuellement existé sur une période de 40 ans, l'acquiescement est validé par le tribunal.

8. *Isla Portillos*

Pour terminer cette recension cursive, cet arrêt de 2018 illustre la protestation émise en temps opportun, peut-être même *avant* que la charge de réagir ne prenne naissance. L'installation par le Nicaragua d'un modeste campement militaire *à proximité* de la bande de terre d'Isla Portillos provoqua une réaction du Costa Rica. La Cour avait rendu un arrêt en 2015, qui malheureusement laissait une courte section de la frontière dans une « zone grise » factuelle (incertitude sur le tracé de la frontière)<sup>4484</sup>. La souveraineté d'Isla Portillos revient au Nicaragua, mais ce dernier est

<sup>4482</sup> *Territorial and maritime dispute between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, Sentence arbitrale, 29 juin 2017, CPA, cas n° 2012-04, pp. 38, 185, 189, 215 (x3), 231 (x2), 240.

<sup>4483</sup> *Ibid.*, p. 185, § 575 et p. 187, § 578, italiques dans l'original.

<sup>4484</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 167, § 69 : « La Cour ne s'est pas prononcée, dans son arrêt de 2015, sur la souveraineté à l'égard de la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos ».



sommé de retirer son campement étant donné qu'il était placé juste à côté, sur le territoire du Costa Rica <sup>4485</sup>. La protestation du Costa Rica fut rapide, elle avait juridiquement lieu d'être dès que l'installation du campement militaire entraînait dans la sphère de connaissance présumée. Dans les faits, nous constatons que le campement est installé en août 2016 <sup>4486</sup>, une première protestation est émise par écrit le 14 novembre 2016, puis une seconde le 30 du même mois, avant que l'instance soit introduite le 16 janvier 2017 <sup>4487</sup>.

La première protestation émerge trois mois après la prétention, ce qui est assurément suffisamment tôt. Le Nicaragua répond et précise sa position :

« Dans une réponse datée du 17 novembre 2016, le Nicaragua a non seulement refusé de lever son campement, mais a en outre formulé une nouvelle revendication de souveraineté sur "l'intégralité du segment de la côte caraïbe qui s'étend entre la lagune de Harbor Head [Isla Portillos] et l'embouchure du fleuve San Juan" » <sup>4488</sup>.

Dès cette prise de position, le Costa Rica a le devoir de réagir pour ne pas perdre la souveraineté sur la lagune, ce qu'il fait le 30 novembre (cette fois le Nicaragua ne répond pas) <sup>4489</sup>. Lorsque et dès qu'une réaction est présente, la charge de réagir existe ; le Costa Rica, une fois au courant de la situation, ne peut pas prétendre fermer les yeux. La Cour est finalement saisie au début de 2017.

## 9. *Synthèse*

Deux décisions territoriales rendues confirment un point dont on pouvait fort se douter ; la charge de réagir n'existe que durant un laps de temps. C'est-à-dire qu'elle prend naissance après l'obtention de la connaissance (réelle ou présumée) et qu'elle s'éteint lorsque la ligne d'acquiescement se termine (par l'ouverture de négociations ; par la cristallisation du différend, ou encore par la

<sup>4485</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 169-170.

<sup>4486</sup> *Ibid.*, p. 170, § 74.

<sup>4487</sup> *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 15, §§ 12 et 16.

<sup>4488</sup> *Ibid.*, p. 15, § 12.

<sup>4489</sup> *Ibid.*, p. 15, § 16.

validation de l'acquiescement). Tant dans *Pedra Branca* que dans *Pulau Litigan*<sup>4490</sup>, des protestations furent émises après l'introduction de l'instance ou la date critique. En conséquence, la Cour indique qu'elles sont dépourvues de valeur :

« La Cour rappelle également que ce n'est qu'en juin 2003, après que les Parties eurent soumis le différend à la Cour par voie de compromis, que la Malaisie a protesté contre cette expression du comportement de Singapour »<sup>4491</sup>.

Si une telle protestation n'est pas dénuée de valeur (elle met définitivement fin au litige et permet de s'assurer de la date critique<sup>4492</sup>, elle peut également contribuer à éclairer la pratique antérieure des parties<sup>4493</sup>), elle ne permet toutefois pas de rejeter l'acquiescement, celui-ci étant déjà formé. La charge de réagir n'existe qu'aussi longtemps que la situation est susceptible de modification. La protestation, en tant que symptôme de la charge de réagir, doit s'inscrire dans le même intervalle. Exceptionnellement, la jurisprudence indique qu'un acquiescement peut parvenir à maturation avant l'introduction de l'instance ou la cristallisation du différend<sup>4494</sup>. Dans ces situations peu courantes, qui sont le propre d'une longue période d'acquiescement, la protestation émise *après* l'acquiescement mais *avant* la date critique serait inefficace.

Reprenons les éléments cités en introduction et examinons leur vitalité, leurs spécificités et si de nouvelles pistes se sont ouvertes pour encadrer la charge de réagir. L'appel aux circonstances imprègne la charge de réagir. Une prétention qui pouvait exiger une réaction peut perdre sa pertinence en raison de l'évolution du droit (la prétention ne fait que répéter le contenu du

<sup>4490</sup> *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 679, § 128.

<sup>4491</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 83, § 234.

<sup>4492</sup> *Cf. supra*, Ch. 5.II.C – « Fin de la ligne ou *dies ad quem* » (« Quant à l'interaction finale, sa spécificité est d'être déterminée comme l'interaction à partir de laquelle les positions respectives sont *gelées*, chaque partie campe sur sa position. À partir de cette date, les comportements ne permettent plus de faire évoluer l'acquiescement. C'est principalement par le moyen de la protestation que l'interaction finale prend place »).

<sup>4493</sup> *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 682, § 135.

<sup>4494</sup> *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.

droit positif)<sup>4495</sup> ou des faits (un État retire sa prétention)<sup>4496</sup>. La charge de réagir est fonction du contenu de la prétention, et de la réaffirmation de celle-ci après une protestation ; si une protestation est couronnée de succès et que l'État adverse retire sa prétention, la charge disparaît. En somme, la charge de réagir s'examine dans un « délai raisonnable » qui commence sa course après l'obtention de la connaissance. Nous sommes incapables de chiffrer ce délai, tout au plus pouvons-nous indiquer que quelques années semblent insuffisantes<sup>4497</sup>, une présomption de violation de la charge naît dans l'ordre des dizaines d'années<sup>4498</sup>. La charge de réagir pèse sur l'État pris comme un tout. Dans la majorité des cas les tribunaux se contentent de signaler l'absence de protestation, sans en identifier la source précise. Toutefois, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, la CIJ indique quels organes se sont abstenus de réagir alors même qu'ils devaient connaître la prétention<sup>4499</sup>.

La charge de réagir prend naissance après l'obtention d'une connaissance et perdure aussi longtemps que l'acquiescement n'est pas définitivement validé ou rebuté. L'effort jurisprudentiel se concentre donc tout naturellement sur l'identification des premiers stades de l'acquiescement, de l'inauguration de la période durant laquelle les comportements des parties seront valorisés. Parfois, les arrêts identifient plusieurs moments distincts où une réaction aurait été nécessaire<sup>4500</sup>. La charge de réagir est particulièrement mise en regard d'actes qui portent et réaffirment la prétention de l'État. La situation est celle d'un échange, comme une partie de

<sup>4495</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 311-312.

<sup>4496</sup> *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec.* 2017, p. 15, §§ 14-15 : suite au passage d'un ouragan, le campement du Nicaragua disparaît, ce qui rendrait la protestation du Costa Rica superflue. Toutefois, le campement est réinstallé.

<sup>4497</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 305-309.

<sup>4498</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 134-138 ; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 96 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, pp. 685-686.

<sup>4499</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 24-30.

<sup>4500</sup> Ainsi la CIJ analyse en particulier la réaction attendue lors de la réception des cartes en 1908 et lors de la visite du prince Damrong (*Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 24.25 et 30).

tennis : aussi longtemps que chaque prétention est rejetée par une protestation ou un comportement contraire, l'acquiescement ne peut pas prendre racine. Chaque prétention correspond à un renouvellement de la charge de réagir.

En plus de cette correspondance entre prétention et protestation, il existe une autre manière d'apprécier la satisfaction de la charge de réagir. Si l'État lésé doit protester, *il doit également ne pas accomplir de lui-même des actes qui corroborent la prétention de son adversaire*<sup>4501</sup>. Dans *Temple de Préah Vihéar*, la Thaïlande accomplit spontanément des actes qui confirment la prétention, sans que ces actes répondent à une réaffirmation de la prétention par la France ou le Cambodge. Ainsi, elle utilise et distribue des cartes faisant figurer l'erreur, confectionne un atlas maniable, ou encore se base sur ces cartes dans ses relations internationales<sup>4502</sup>. Chacun de ces comportements constitue une *occasion de réagir*, c'est-à-dire une opportunité pour la Thaïlande de protester par son comportement contre la prétention et de s'en distancer (par ex. en utilisant une carte faisant figurer le Temple sur son territoire).

En somme, les tribunaux tiennent compte de divers comportements de l'État afin de valider un acquiescement. Ces comportements peuvent se combiner, s'entrecroiser. Le simple silence face à des déclarations peut constituer une violation de la charge de réagir. L'inaction face à un comportement sera tout aussi condamnable. Ces deux premiers cas sont une violation « classique » de la charge de réagir, l'État ne répond pas alors qu'il devrait prendre position pour préserver ses droits. L'adoption d'une pratique acceptative (comme dans l'ex. du *Temple* ci-dessus) ou celle d'une pratique volontairement omissive<sup>4503</sup> violent la charge de réagir : alors que l'État pourrait de lui-même contrecarrer l'acquiescement, il adopte

<sup>4501</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 396-397.

<sup>4502</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 24, 27, 28.

<sup>4503</sup> Restriction mentale ou « pratique omissive » : l'État se retient d'effectuer certains actes car il est persuadé qu'il n'en a pas le droit. Un exemple nous est fourni par l'argumentation canadienne dans *Golfe du Maine* : « De son côté le Canada soutient que, dans la pratique suivie de 1964 à fin 1970, les États-Unis ne sont pas allés à l'encontre des thèses canadiennes et n'ont pas mis effectivement en application une limite fondée sur le chenal Nord-Est. Les concessions octroyées par les autorités américaines ne dépassaient pas en direction du nord une ligne médiane sur le banc de Georges. Le Canada cite en outre l'aide-mémoire américain du 5 novembre 1969, dont il ressort que les États-Unis s'étaient abstenus d'autoriser l'exploitation de matières minérales dans la partie nord du plateau continental du banc de

un comportement qui s'inscrit dans la ligne de la prétention. Ces deux derniers cas sont une violation « spontanée » de la charge de réagir, l'État se coupe l'herbe sous les pieds en adoptant des comportements qui péjorent sa propre situation juridique. Il s'agit d'occasions manquées de réagir, d'un lapsus de l'État ; plutôt que de saisir l'occasion pour affaiblir l'acquiescement, ses comportements le confortent.

Après avoir délinéé les caractères positifs de la charge de réagir, nous passerons à des considérations plus théoriques relatives à l'absence de charge de réagir (V.D) et à la gradation de cette charge (V.E).

#### D. *L'absence de charge de réagir*

La charge de réagir peut disparaître si la prétention est abandonnée ou être simplement inexistante si elle ne modifie pas la situation juridique de l'État qui en est destinataire (par ex. en se confondant avec l'état du droit positif). Notre but est ici de préciser ou d'évoquer les situations où la charge est absente, et l'influence d'autres éléments de l'acquiescement.

##### 1. *La prétention insuffisante ou insuffisamment notoire*

Dans l'architecture de l'acquiescement<sup>4504</sup>, une prétention insuffisante est inapte à exiger une réaction. Dans l'affaire du *Désarmement nucléaire*, la CIJ considère que :

« Ladite déclaration [des Îles Marshall], étant donné son contenu très général et le contexte dans lequel elle a été faite, n'appelait pas de réaction particulière de la part du Royaume-Uni. Aucune divergence de vues ne peut donc être déduite de cette absence de réaction »<sup>4505</sup>.

Exit la connaissance et une éventuelle charge de réagir. La situation est analogue si la prétention, bien qu'existante, n'est pas suffisamment notoire :

« Un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'"opposition manifeste" du demandeur »<sup>4506</sup>.

Georges » (*Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 306, § 135).

<sup>4504</sup> Voy. *supra*, le schéma en Ch. 5.III.D.

<sup>4505</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 854, § 50.

<sup>4506</sup> *Ibid.*, p. 850, § 41.

Et c'est également en cas d'ignorance excusable de la prétention que l'enchaînement prétention, connaissance, et réaction est mis à mal <sup>4507</sup>. En dehors de ces cas dépendant de la mécanique interne de l'acquiescement, d'autres situations peuvent supprimer ou influencer la charge de réagir.

## 2. Réaction, zone grise, et influence du domaine juridique

Les caractéristiques de la prétention (son objet, la « zone grise » dans laquelle elle s'inscrit) influencent fortement la nécessité de réagir. Dans un tableau précédent (*supra*, Ch. 5.III.A), nous illustrons les cas de figure où une prétention peut être émise et la nécessité d'une protestation. L'évidence, c'est qu'en cas de violation d'une norme de *ius cogens*, la réaction n'est pas attendue <sup>4508</sup> – elle n'est pas nécessaire par exemple en cas de prétendue annexion d'un territoire <sup>4509</sup>. La protestation peut être émise, mais n'est pas exigible <sup>4510</sup>.

La protestation est superfétatoire dans d'autres cas, si la prétention est licite, mais pas exigible. Une entité qui demanderait à être reconnue en tant qu'État pourrait multiplier ses prétentions *ad nauseam* sans que le silence des États sollicités soit signe d'acquiescement. Une protestation n'a tout simplement pas lieu d'être face à une prétention licite et exigible (un État qui exige l'exécution d'un traité ne compte pas sur un acquiescement de l'État sollicité, mais sur le simple respect de son engagement conventionnel).

Les États ne sont pas tenus de réagir à toutes les attitudes et prétentions des autres États, mais seules sur celles qui empiètent sur des droits dont ils sont en possessions – c'est-à-dire le type de droits qu'ils pourraient céder ou limiter volontairement (opposition entre les droits objectifs et subjectifs) <sup>4511</sup>.

Comme souvent, c'est *le domaine en question* qui indique l'existence d'un devoir de réagir et, par conséquent, la valeur à accorder à une inaction. Anciennement les puissances neutres devaient parfois rester coites : « Neutral have a right to intervene, *although they have a duty not to do so when a Belligerent violates international law* » <sup>4512</sup>. La

<sup>4507</sup> *Supra*, Ch. 5.IV.C – « Connaissance contre ignorance ».

<sup>4508</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 160-162.

<sup>4509</sup> Art. 2, § 4 CNU ; rés. 2625 (XXV) de l'AG de 1970.

<sup>4510</sup> Voy. art. 40 et 41 TCDI.

<sup>4511</sup> 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*, Paris, PUF, 2013, pp. 93-95.

<sup>4512</sup> L. OPPENHEIM, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres/New York, Longmans Green, 1921, vol. 2, p. 402. Voy. aussi *ibid.*, vol. I, § 135, § IV et vol. II, § 246.

violation existe, mais comme l'État est « neutre », le droit impose un devoir d'abstention. Il peut ainsi survenir des situations dans lesquelles l'État ne doit pas réagir et son silence ne compte pas *malgré* l'empiétement. La charge de réagir est anéantie <sup>4513</sup>.

Au niveau théorique, la charge de réagir semble ainsi disparaître quand la volonté de l'État est inefficace. Le lien s'affirme entre la protestation, comme acte juridique unilatéral, et la charge de réagir, comme condition à la protestation. Le *ius cogens* annihile la valeur et la nécessité d'une protestation. Plus généralement, les situations objectives, qui ne dépendent pas et ne tirent pas leur validité de la prise de position des sujets internationaux, sont immunisées contre l'acquiescement. Lorsqu'une coutume existe *déjà*, un État ne peut plus s'en défaire sous couvert de l'objection persistante. Lorsqu'une entité accède au statut d'État, un lot de droits et d'obligations sont automatiquement mis à son crédit <sup>4514</sup> et à son débit <sup>4515</sup>, sans que la volonté de cet État ait une influence.

En dehors de ces cas extrêmes, la charge de réagir procède par degrés. Cette charge a une forte coloration volontariste lorsque la voie de la protestation est privilégiée. En deçà d'une volonté contraire à la prétention, la charge de réagir peut être mise en œuvre par une large gamme de comportements d'oppositions. Pour terminer, la violation de la charge de réagir peut elle aussi survenir de différentes manières.

---

<sup>4513</sup> Robert Kolb nous a mentionné un exemple supplémentaire d'inexistence de la charge de réagir. Lorsqu'un État déclare unilatéralement son statut de neutralité permanente (Suisse ; Autriche), alors l'acceptation des autres États ne peut reposer sur le silence uniquement. Les droits et obligations impliqués par le statut d'État neutre exigent des interactions positives (déclarations ; comportements) ou omissives concordantes qui dépassent la simple absence de réaction (un silence « pur »). Ce n'est qu'au prix de ces interactions que les autres États acquiescent (« reconnaissent ») véritablement le statut de neutre. Voy. : U. PIEPER, *Neutralität von Staaten*, Francfort-sur-le-Main, P. Lang, 1997, p. 90.

<sup>4514</sup> Nous pensons en particulier aux droits de participer à des traités, de présenter des réclamations internationales et d'ouvrir des représentations diplomatiques : G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 60-64.

<sup>4515</sup> *Ibid.*, pp. 53-55. L'obligation de respecter l'ensemble du droit positif, comme le contenu de l'article 2 CNU, qui est de nature coutumière ou les obligations héritées de leur prédécesseur (art. 11, 12 et 34 CVSE not.).

### E. *La gradation de la charge de réagir – différentes réactions*

Comment la condition de la réaction est-elle satisfaite, ou au contraire violée ? Cette section dresse un panorama des réactions possibles.

#### 1. *Charge de réagir satisfaite*

La gradation suivante peut être proposée, de l'opposition la plus à la moins immédiatement identifiable : protestation, comportement contraire, pratique omissive contraire. La protestation se fait généralement sous forme écrite, elle est catégorisée comme un acte juridique unilatéral et présente l'avantage d'être notifiée à l'État qui émet une prétention. La notification permet de s'assurer de la connaissance réelle. Une protestation orale est également possible (allocution télévisée, entretien diplomatique, discours<sup>4516</sup>), mais la connaissance qu'elle produit est sujette à caution. Une protestation orale qui ne serait pas directement communiquée à l'État adverse n'est réputée connue que si elle est suffisamment notoire. Une protestation orale ou écrite est dite « explicite ». Elle est implicite dans le cas d'un simple comportement d'opposition. Ce comportement d'opposition se décline en comportement contraire (action) ou en une omission contraire (inaction). Par le comportement contraire, l'État affirme son refus de la prétention : ainsi de l'administration, la construction d'infrastructures sur un territoire litigieux.

Cette résistance peut aussi être *passive* : dans certaines situations, la prétention exige que l'État adopte un comportement. La simple inaction serait alors un signe d'opposition<sup>4517</sup>. Dans la trilogie prétention-connaissance-charge de réagir, la prétention porterait par exemple sur l'entretien en commun d'infrastructures, la gestion d'une ressource partagée, ou encore la mise en œuvre d'un traité malgré l'absence de ratification. Si l'État se contente de rester silencieux et de ne pas participer à l'effort requis par l'État émissaire de la prétention, l'acquiescement ne peut se réaliser. Nous sommes ici dans un cas limite avec l'*estoppel*. Une situation qui n'exigerait pas

<sup>4516</sup> Pour un ex. : CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 137.

<sup>4517</sup> Par ex. une prétention à être traité comme un État neutre, voy. U. PIEPER, *Neutralität von Staaten*, Francfort-sur-le-Main, P. Lang, 1997, p. 90.



une collaboration peut aussi être envisagée : quand une entité prie un État de lui accorder sa reconnaissance internationale, l'inaction de l'État ne signifie pas octroi de la reconnaissance. De même, si de but en blanc un État exigeait d'un autre une cession de territoire, le silence de ce dernier ne serait pas synonyme d'acquiescement. L'acquiescement présente de faibles chances de succès s'il suffit de rester coi pour s'en défaire. Lors des plaidoiries l'État aura tout loisir de transformer un comportement accidentel en volonté délibérée d'opposition.

Les trois différentes formes d'oppositions énumérées peuvent se combiner ; c'est le contenu de la prétention qui est déterminant à cet égard. Par sécurité, il est plus prudent de notifier une protestation et de s'opposer aux actes sur le terrain (quand c'est possible) <sup>4518</sup>. Les différentes formes d'oppositions peuvent être soit suscitées par une charge de réagir (par ex. une protestation est émise après la réitération de la prétention), soit être spontanément adoptées lors d'une occasion de réagir (l'État adopte un comportement contraire lorsqu'il se décide à agir dans un domaine englobé par la prétention).

## 2. *La violation de la charge de réagir*

Quels comportements enfreignent cette obligation ? Nous proposons un classement en partant de la réaction la plus à la moins volontaire : déclaration expresse, reconnaissance, comportement d'acceptation, comportement omissif concordant, et finalement inaction ou silence « purs ».

Par une déclaration expresse <sup>4519</sup>, l'État affirme sa volonté de se soumettre à l'acquiescement. Techniquement, ce ne sera plus l'acquiescement qui le liera, mais sa déclaration spontanée et volontaire – véritable acte unilatéral <sup>4520</sup>. L'analogie avec l'article 45, lit. a CVDT est patente : un État peut faire le choix de continuer à appliquer un traité malgré la cause d'extinction à sa disposition.

---

<sup>4518</sup> À notre connaissance, la protestation-déclaration n'a pas de limite (comment concevoir une protestation contraire au *ius cogens* ?). À l'inverse, l'État sera limité dans sa protestation par comportement car il ne doit pas enfreindre le droit positif (*ius cogens*). La question débattue est celle des limites au comportement d'opposition lorsque la situation juridique ou factuelle est floue.

<sup>4519</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 394-396.

<sup>4520</sup> Voy. les travaux de la CDI à ce sujet : *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie.

La reconnaissance expresse se distingue peu de la déclaration, et sa forme tacite se distingue peu du comportement d'acceptation. Théoriquement, la reconnaissance (expresse/tacite) est un acte juridique unilatéral, et, à ce titre, procède de la volonté d'un État, tandis que le comportement en est dépourvu.

Le comportement d'acceptation consiste à accomplir des actes qui s'inscrivent dans le faisceau de la prétention. Dans *Temple de Préah Vihéar*, la Thaïlande utilise la carte de l'annexe 1 au niveau national et international, une visite du *Temple* est organisée par la France<sup>4521</sup> ; dans *Pedra Branca*, la Malaisie demande l'autorisation de Singapour pour visiter l'île<sup>4522</sup>.

Le comportement accompli peut aussi être celui d'une « omission concordante » : l'État s'abstient d'une manière qui dénote son acquiescement à la prétention. Dans *Golfe du Maine*, le Canada mettait en lumière l'abstention des États-Unis d'accorder des concessions pétrolières au-delà de la ligne de délimitation recherchée<sup>4523</sup>. Cette omission peut être prise en compte si elle ne procède pas d'un souci ou d'une obligation de ne pas aggraver le différend<sup>4524</sup>.

Finalement, l'inaction ou le silence peuvent être « purs » en ce sens que l'État n'agit pas, et ce sans pour autant se restreindre d'agir (à la différence de l'omission concordante). Si la protestation arrive<sup>4525</sup>, le tribunal constate que l'acquiescement s'est déjà matérialisé. Les affaires des *Pêcheries norvégiennes*<sup>4526</sup> et *Nicaragua*

<sup>4521</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 24 ; pp. 27-28, p. 30.

<sup>4522</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 84.

<sup>4523</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 306, § 135. La pratique *omissive* – qui est différente d'une totale inaction ou silence – est aussi singularisée par le Canada : « De son côté le Canada soutient que, dans la pratique suivie de 1964 à fin 1970, les États-Unis ne sont pas allés à l'encontre des thèses canadiennes et n'ont pas mis effectivement en application une limite fondée sur le chenal Nord-Est » (*ibid.*, nos italiques). La restriction « mentale » d'un État dans l'attribution d'une concession pétrolière indique son accord avec la ligne médiane et son caractère juridique.

<sup>4524</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 221, § 139 ; *Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, 14 juin 1993, CIJ, *Rec.* 1993, p. 54, § 35.

<sup>4525</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 399.

<sup>4526</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 134-138.

c. Colombie<sup>4527</sup> relèvent en partie de cette typologie. Ce n'est pas le passage du temps qui emporte acquiescement, mais l'inaction conjuguée au devoir de réagir.

Bien évidemment, ces différentes réactions insuffisantes peuvent se combiner<sup>4528</sup>. Une déclaration expresse peut s'accompagner d'actes positifs sur le terrain ; une abstention peut être doublée d'une reconnaissance tacite. En plus de la gradation que nous énumérons précédemment, une autre catégorisation est possible selon la *manière* dont la charge de réagir est violée. Il s'agit de distinguer entre charge de réagir *stricto sensu* et occasion de réagir.

Dans la charge de réagir au sens strict, l'acte de l'État lésé est *provoqué*, il s'inscrit dans un dialogue avec la prétention réaffirmée. Dans l'occasion de réagir, le comportement est *non provoqué* ; en dehors d'un renouvellement de la prétention, l'État lésé se comporte *spontanément* comme s'il acceptait la prétention, sans sollicitation externe. Plutôt que de saisir une occasion spontanée d'agir pour se distancer de la prétention, l'État, *de lui-même*, émet un comportement confirmatoire<sup>4529</sup>.

En plus de ces nombreuses réactions qui violent la charge ou l'occasion de réagir, les trois actes qui sont normalement aptes à mettre fin à l'acquiescement peuvent, eux aussi, s'avérer insuffisants. Tant une protestation, un comportement contraire, qu'un comportement omissif ne peuvent faire obstacle à l'acquiescement s'ils sont insuffisamment marqués. Selon Barale :

« Au caractère tardif de la réaction, s'ajoute parfois sa force insuffisante. Ainsi des protestations purement verbales, ou trop espacées, non suivies d'une réaction plus énergique, lorsque celle-ci était possible, ne suffisent pas à annihiler l'acquiescement déduit du comportement passif ; l'opposition insuffisante est en quelque sorte un élément de passivité, par comparaison avec l'attitude plus active de la Partie adverse »<sup>4530</sup>.

Un point commun se dégage en cas de réaction contraire inefficace : la faiblesse de la protestation (ou du comportement). La force d'opposition peut s'analyser *intrinsèquement*, car une forte

<sup>4527</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, pp. 655 et s.

<sup>4528</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 394 (« A. Les signes d'acquiescement »).

<sup>4529</sup> La Thaïlande utilise la carte de l'annexe n° 1 dans ses actes officiels internes et internationaux, alors qu'elle pourrait profiter de ces occasions pour la rejeter et proposer une autre frontière. Voy. aussi les exemples dans J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 396-397.

<sup>4530</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 399.

protestation est capable de cristalliser le litige et d'empêcher l'acquiescement, et *extrinsèquement*, car l'opposition est comparée aux prétentions. Ainsi, la *même* protestation peut être jugée suffisante ou insuffisante en fonction des prétentions et autres circonstances. Un lien peut être esquissé avec la notoriété de la prétention : plus cette dernière est évidente, plus la protestation par déclaration ou comportement devra être franche et audible.

Au terme de cette section nous constatons que l'acquiescement s'affirme comme l'inverse de la volonté ou comme une *volonté renversée*. Le consentement n'anime pas l'acquiescement, il n'y intervient pas comme une condition positive. Bien au contraire, le rôle de la volonté est négatif, une porte de sortie est ménagée en sa faveur pour laisser à l'État la possibilité de faire échouer l'acquiescement<sup>4531</sup>. Il n'y a pas d'acquiescement volontaire, mais seulement une absence d'acquiescement *volontairement* causée par une ou plusieurs protestations.

#### VI. *La faculté de répondre (si loqui ... potuisset)*

L'acquiescement n'est validé que si l'État était en mesure de répondre. En cas de prétention notoire et de connaissance réelle ou présumée, le processus d'acquiescement peut encore s'arrêter si l'État est dans une situation d'ignorance excusable (troubles internes, révolution, changement constitutionnel)<sup>4532</sup>. Ce « *loqui potuisset* » peut s'appliquer en raison d'une ignorance excusable (au stade de la connaissance) ou en raison de l'incapacité à réagir (au stade de la charge de réagir).

Quelle est la différence entre l'ignorance et l'incapacité à réagir ? Elles peuvent toutes les deux être causées par la même situation subie par l'État : en cas de révolution à la tête de l'État, ce dernier ne sera pas en mesure de connaître la prétention, ni d'y réagir. Mais dès que cette gêne disparaît, l'État doit tout mettre en œuvre pour s'informer et, le cas échéant, réagir. L'invocation de la gêne n'est possible qu'aussi longtemps que la cause persiste<sup>4533</sup>. Un chevauchement de la cause d'ignorance

<sup>4531</sup> L'acquiescement peut échouer pour de nombreuses autres raisons, mais la protestation (volontaire) dépend entièrement de la réaction de l'État lésé.

<sup>4532</sup> *Supra*, Ch. 5.IV.C – « Connaissance contre ignorance ».

<sup>4533</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 230, § 70 ; p. 325, § 520 ; *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*,

et de la cause d'incapacité à réagir est possible, mais pas nécessaire. Ces deux causes sont factuellement et juridiquement distinctes ; la connaissance peut ainsi être acquise, et, *postérieurement*, une cause d'incapacité apparaît et empêche de considérer que l'État lésé acquiesce par son silence. L'enjeu de la présente section est d'identifier les causes d'incapacité pertinentes dans le cadre de la charge de réagir.

L'incapacité peut être définie comme une situation de gêne, présente au moment où la charge de réagir débute<sup>4534</sup>. Peu importe que la cause d'incapacité ait débuté avant l'acquiescement ou qu'elle se manifeste en cours de route. Un détour par Vattel et sa conception de la prescription nous permettra de cerner la problématique :

« On ne peut opposer [la Prescription ordinaire] à celui qui allègue de justes raisons de son silence, comme l'impossibilité de parler, une crainte bien fondée &c. parce qu'alors il n'y a plus de lieu à la présomption qu'il a abandonné son droit. Ce n'est pas sa faute, si on a cru pouvoir le présumer ; & il n'en doit pas souffrir. On ne peut réfuter de l'admettre à prouver clairement sa Propriété. Ce moyen de défense contre la Prescription, a été souvent employé contre des Princes, dont les forces redoutables avaient long-tems réduit au silence les faibles, victimes de leurs usurpations »<sup>4535</sup>.

Cette citation est ensuite l'objet d'un long caveat<sup>4536</sup> que nous traiterons *infra*. Bien que l'objet principal de Vattel soit la prescription dans le domaine territorial<sup>4537</sup>, l'extrait offre des pistes de réflexion et nous propulse dans le domaine de la contrainte et de l'interdiction de la menace de la force. Les situations de conquêtes coloniales pourraient aussi relever de cette incapacité.

Les articles 51 et 52 CVDT consacrent respectivement l'interdiction de la contrainte exercée sur le représentant d'un État et sur l'État<sup>4538</sup>. Ces articles sont des causes absolues de nullité et par conséquent la perte

---

Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX p. 175, § 65 (cf. *supra*, Ch. 5.IV.C – « Connaissance contre ignorance »).

<sup>4534</sup> L'argument est plaidé dans *Somalie c. Kenya* : « Enfin, la Cour ne saurait méconnaître le contexte de la guerre civile qui a affligé la Somalie, la privant d'un gouvernement et d'une administration pleinement opérationnels entre 1991 et 2005 » (*Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, 2021, CIJ, Rec. 2021, § 79).

<sup>4535</sup> 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*, Washington, Carnegie Institution, vol. 1, Livres I et II, 1916, Livre II, Chapitre XI, pp. 362-363, § 144.

<sup>4536</sup> *Ibid.*, p. 365, § 149.

<sup>4537</sup> Cf. *supra*, Ch. 3.II.C – « La prescription ».

<sup>4538</sup> Art. 51 : « L'expression du consentement d'un État à être lié par un traité qui a été obtenue par la contrainte exercée sur son représentant au moyen d'actes ou de menaces dirigés contre lui est dépourvue de tout effet juridique » ; art. 52 : « Est nul tout traité dont

du droit d'invoquer (art. 45 CVDT) n'est pas recevable. L'article 52 CVDT présente des liens forts avec l'article 2, § 4 CNU et fait très certainement partie du *ius cogens*, le silence ne peut donc pas être un signe d'acquiescement<sup>4539</sup>. L'incapacité de l'État à réagir ou son inaction ne sont donc pas intéressantes pour notre propos. Par contre, l'article 51 CVDT n'est pas une norme de *ius cogens*, mais seulement une norme coutumière<sup>4540</sup>. Par analogie pour l'acquiescement en général, cela signifierait qu'en cas de contrainte exercée sur le représentant de l'État, ce dernier serait dans l'incapacité de réagir.

Bien que cette construction soit séduisante, elle n'est pas sans poser de nouveaux problèmes. Tout d'abord parce que l'acquiescement n'est pas un traité : l'article 51 CVDT vise une contrainte présente lors de la *conclusion* du traité. L'incapacité dans l'acquiescement survient au stade de la charge de réagir ! Il faudrait que l'organe qui serait sur le point de protester soit victime de menaces par l'État au bénéfice de l'acquiescement. Ce cas de figure n'est pas impossible, mais il est improbable. Pourquoi ? Car en l'absence de réaction, les tribunaux se contentent d'attribuer l'inaction à l'État *dans son ensemble*, sans désigner l'organe précis qui aurait dû réagir. Il est vrai toutefois que dans quelques cas les organes « fautifs » sont nommément désignés<sup>4541</sup>. Même lorsque cette désignation prend place, il faudrait encore que l'ensemble de ces organes aient été contraints et qu'aucun autre organe non touché par la contrainte n'ait été en connaissance de la prétention. Au final, la « contrainte » semble peu susceptible de former une cause d'incapacité à répondre d'un organe de l'État dans le cadre restreint de l'acquiescement. Dans une optique plus large par contre, l'État victime de contrainte pourra faire valoir des principes généraux comme l'interdiction de tirer profit de sa propre turpitude<sup>4542</sup>, ce qui aboutira à amoindrir les chances de succès de l'acquiescement.

---

la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies ».

<sup>4539</sup> K. SCHMALENBACH, « Article 52 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., 872, § 4 ; p. 893, § 53.

<sup>4540</sup> Th. RENSMAAN, « Article 51 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 868, § 32 ; G. DISTEFANO, « Article 51 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, op. cit., pp. 1842-1843, § 12 ; p. 1848, § 23.

<sup>4541</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 305-310 ; *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 24-28.

<sup>4542</sup> *Nemo turpitudinem suam allegans auditur*, qui est aussi connu sous la formulation *nullus commodum capere de sua injuria propria*. Voy. : « Une Partie ne saurait opposer

1. *L'article 45 CVDT et la contrainte*

Odendahl note que « [t]he State must be able to freely exercise its conduct »<sup>4543</sup> pour que l'acquiescement ait lieu. Kohen est plus précis : l'acquiescement constitue une manifestation de volonté tacite<sup>4544</sup>. Par conséquent les vices de la volonté y sont applicables (dol, erreur, etc.)<sup>4545</sup>. L'État qui ne réagirait pas en raison d'une croyance de fait erronée ou en raison d'une représentation frauduleuse due à l'action de l'État adverse ne saurait être considéré comme ayant acquiescé. La position de Marie converge avec cette conception de l'acquiescement sujette aux vices de la volonté<sup>4546</sup>. Selon nous, l'acquiescement est dégagé de la volonté (même tacite). Au sein de l'acquiescement, c'est *seulement* la protestation qui découle de la volonté. C'est donc *hypothétiquement* l'absence – volontaire – de protestation pour cause d'erreur ou de dol qui pourrait faire échouer un acquiescement<sup>4547</sup>.

À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas eu à trancher un acquiescement entaché de vice. Dans un bref passage, la CIJ s'est prononcée sur la place de la volonté dans un cas particulier :

« La Chambre estime ne pas pouvoir retenir l'argument fondé sur la prétendue acceptation, par le lieutenant-gouverneur du Soudan français, du tracé indiqué dans la lettre du gouverneur général, pour les raisons suivantes. Tout d'abord, les auteurs des lettres considérées ne se trouvaient pas sur un pied d'égalité et leur compétence territoriale n'était pas la même : le lieutenant-gouverneur répondait à une communication émanant de son supérieur hiérarchique. *Dans ces circonstances, on voit mal comment un acquiescement, qui suppose le libre exercice de la volonté, aurait pu intervenir* »<sup>4548</sup>.

---

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 » (*Usine de Chorzów*, Compétence, 26 juillet 1927, CPJI, *Série A*, n° 9, p. 31). Voy. par analogie l'argumentation du Panama : *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, pp. 69-70 (l'acquiescement est rejeté).

<sup>4543</sup> K. ODENDAHL, « Article 45 », *op. cit.*, p. 772, § 16.

<sup>4544</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, p. 1688, § 46.

<sup>4545</sup> *Ibid.*, pp. 1693-1694, § 59.

<sup>4546</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 439-450 (partie relative à la connaissance et volonté).

<sup>4547</sup> La condition de la connaissance présumée pourrait favoriser le verdict d'acquiescement malgré une contrainte. Au sujet de l'*estoppel*, cf. *Railway Land Arbitration (Malaysia/Singapore)*, Sentence arbitrale, 20 octobre 2014, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXXIV, pp. 193-203.

<sup>4548</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec. 1986*, pp. 596-597, § 80, nos italiques. Cité dans M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*,



L'acquiescement n'a même pas débuté, il ne pouvait tout simplement pas avoir lieu en raison des circonstances. Dans ce cadre colonial spécifique, il ne s'agit pas de former un acquiescement, mais de former l'opinion de l'État au sujet de ses frontières coloniales internes<sup>4549</sup>. La référence au « libre exercice de la volonté » ne fait pas référence à une éventuelle contrainte subie par le lieutenant-gouverneur. En tant que membre de la chaîne hiérarchique, il a le devoir de rapporter à son supérieur. Le gouverneur général ne cherchait pas à obtenir un acquiescement, mais des informations de son subalterne.

L'assimilation de l'acquiescement au libre exercice de la volonté constitue un raccourci. L'acquiescement ne doit certes pas être contraint, mais cela n'en fait pas un acte qui érige la volonté en condition. Face à une prétention, l'État lésé forme *librement* son opinion sur la réaction à adopter : silence, protestation, comportement contraire ou convergent. Si certains de ces comportements peuvent se doubler d'une volonté consciente de s'inscrire dans un acquiescement, cela n'est pas pour autant une condition au verdict final d'acquiescement. Précédemment, nous mettions en lumière la différence entre acte et fait juridique et l'appartenance de l'acquiescement à cette dernière catégorie<sup>4550</sup>. Un fait juridique *peut* se doubler d'une volonté, mais ce n'est pas une condition de son accomplissement.

## 2. *Les acquiescements « coloniaux »*

Quid des situations où un État « puissant » avait pour voisin un État nouvellement indépendant ou faible militairement, en particulier dans les situations coloniales ? Est-ce que la charge de réagir est affectée ? Notre source en la matière est la thèse de M. Hébié, les affaires examinées sont principalement celles du *Temple de Préah Vihear*, de *Pedra Branca*, et de *Pulau Litigan*<sup>4551</sup>. Plusieurs

p. 1694, § 59, et dans M. HÉBIÉ, *Souveraineté territoriale par traité : une étude des accords entre puissances coloniales et entités politiques locales*, op. cit., p. 586.

<sup>4549</sup> L'acquiescement se noue entre États, ou, à défaut, entre acteurs du droit international, dans une relation d'égalité. Le cadre colonial est plus difficile à appréhender. Ainsi, on a pu considérer que des acquiescements se nouaient entre colonies soumises au même État métropolitain (*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, p. 535). Ou que l'acquiescement était possible entre colonies d'États différents (*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec. 1999*, pp. 1084-1087).

<sup>4550</sup> *Supra*, Ch. 4.II.A (« Les actes unilatéraux »). M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », op. cit., pp. 376-377 ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., pp. 13-14.

<sup>4551</sup> M. HÉBIÉ, *Souveraineté territoriale par traité : une étude des accords entre puissances coloniales et entités politiques locales*, op. cit., pp. 586-589.



considérations indiquent la nécessité d'une approche différenciée de la charge de réagir quand les entités sont inégales : l'existence d'un droit de recourir à la force pour la période concernée (droit intertemporel), les possibles voies de règlement des différends, les relations – amicales ou non – entre les deux entités<sup>4552</sup>. L'absence de réaction *contrainte* de l'entité doit être mise en écho avec le rapport de force colonial ; si l'alternative est de prendre les armes et de subir une défaite bien plus dommageable que le seul silence, l'entité ne devrait pas systématiquement être considérée comme ayant acquiescé<sup>4553</sup>. L'asymétrie des situations coloniales est broyée dans un long extrait :

« Au regard des conditions de l'acquiescement, le caractère colonial des relations semble questionner l'existence d'une obligation à la charge de l'entité politique locale de réagir face aux intrusions à sa souveraineté de la part des puissances coloniales. En effet, le silence ne vaut acquiescement que lorsqu'il existe, à la charge de l'entité présumée avoir acquiescé, une obligation de réagir au regard des circonstances. Lorsque les puissances coloniales voulaient jouir de titres de souveraineté juridiquement opposables aux entités politiques locales, la manière d'y parvenir ne leur était pas inconnue, comme le révèle abondamment l'histoire coloniale. Ce n'est donc pas au juge ou à l'arbitre de venir à leur secours par le subterfuge d'un acquiescement fictif pour opposer leurs positions unilatérales à la partie locale, qui n'avait pas en réalité les moyens d'adopter une position contraire. Rien ne justifierait à l'entité politique locale une obligation de se rebeller ouvertement – en sachant clairement le sort lui était réservé – et de ne pas imposer aux puissances coloniales le devoir d'asseoir juridiquement leurs prétentions en dehors des relations de force, lorsqu'elles avaient tous moyens de le faire »<sup>4554</sup>.

Si l'entité politique locale ne dispose pour alternative à son silence qu'une rébellion, la contrainte est bien présente. La charge de réagir existe, elle se distingue clairement de l'ignorance excusable, mais l'État est dans l'incapacité à réagir de manière à faire barrage à la prétention de l'État adverse et l'acquiescement qui en découle.

<sup>4552</sup> *Ibid.*, p. 586.

<sup>4553</sup> *Ibid.*, p. 588 : « D'un point de vue juridique, le silence forcé des entités politiques locales dans des situations de domination coloniale est un *fait* à prendre en compte à la lumière du faisceau factuel de l'espèce » (italique dans l'original).

<sup>4554</sup> *Ibid.*, p. 587 (notes omises). La citation se termine ainsi : « Dans une logique similaire, le juge Ranjeva jugea surréaliste d'invoquer l'acquiescement de Johor dans une situation où il n'avait pas matériellement moyen de prendre une position contraire. À son avis, la Cour avait implicitement exigé de Johor l'organisation d'une guerre de libération de Pedra Branca ».

Cette situation suscite deux interrogations supplémentaires : dans quelle mesure les États victimes de l'acquiescement ont-ils argumenté la gêne ou la contrainte devant la Cour ? Comment le fardeau de la preuve est-il réparti dans ces situations ? Notons que dans le premier cas M. Hébié ne semble pas citer l'argumentation des parties <sup>4555</sup>. Ainsi, la CIJ n'aurait pas toujours été *explicite-ment* requise de tenir compte de l'asymétrie de l'acquiescement colonial. Toutefois, quand les plaidoiries et dépositions dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* mentionnent la contrainte et le risque d'aggravation du différend <sup>4556</sup>, la Cour n'en dit pas un mot dans l'arrêt lui-même ! Dans le second cas, le fardeau de la preuve repose en principe sur l'État qui souhaite tirer avantage d'un fait. Ce serait à l'État colonisé ou désavantagé de démontrer sa gêne ou sa contrainte. Toutefois, un examen strict du fardeau de la preuve <sup>4557</sup> n'est pas de mise dans cette partie de l'acquiescement : c'est à l'État qui souhaite profiter de l'acquiescement de prouver sa réalisation, et ce sur tous les éléments qui en sont contestés par l'autre partie. Ainsi, ce serait à l'État colonial de démontrer la condition du *loqui potuisset*. Le fardeau de la preuve devrait être apprécié de manière souple, les deux parties à l'acquiescement avancent et contestent respectivement chaque étape de l'acquiescement. Parfois, démontrer qu'un événement a pris place suffit pour que l'acquiescement soit validé, dans d'autres cas il faut en plus en démontrer sa signification.

---

<sup>4555</sup> *Ibid.*, p. 585 : « Le Siam aurait plutôt été prudent : il évita de créer une situation conflictuelle qui aurait donné à la puissance coloniale un prétexte pour accaparer plus de territoires. La Cour ne tint pas compte de cette singularité des relations coloniales ». Les mémoires et plaidoiries ne sont pas cités à propos de cette argumentation, mais seulement des opinions individuelles et dissidentes (*ibid.*, pp. 585-589). Notre analyse est extrêmement cursive, il faudrait vérifier les mémoires et actes, mais le fait que M. Hébié les passe sous silence est une première indication utile. Vraisemblablement les États victimes devraient mettre la Cour face à l'argumentation. Au sujet du différend de *Pedra Branca*, A. Marie note également que la Malaisie n'avait pas expressément argumenté la gêne : *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 619-620, § 404.

<sup>4556</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 618-619, § 404. Un témoin déclare qu'« [i]l était de notoriété publique à l'époque qu'en protestant nous ne ferions que donner aux Français une excuse pour saisir encore plus de territoires. Les choses s'étaient passées de la sorte depuis qu'ils avaient fait remonter leurs canonniers dans la rivière de Chao Phya et qu'ils avaient saisi Chantaboun ».

<sup>4557</sup> Pour un examen strict du fardeau de la preuve : *Délimitation maritime dans l'Océan indien (Somalie c. Kenya)*, Audience publique, 15 mars 2021, CR 2021/2, p. 26, § 27.

### 3. *La notion de « gêne »*

Dans le cadre de la protection diplomatique, l'acquiescement se manifeste sous forme de prescription extinctive ; la tardiveté à réagir de l'État ou du particulier peut avoir comme conséquence la forclusion de l'action<sup>4558</sup>. Quel accueil est réservé à la gêne subie par un particulier, gêne qui s'affirmerait comme une incapacité à réagir ?

« Strictly speaking, the lapse of a long time without presenting a claim raises a presumption of laches. But in view of the fact that there is no specific statute of limitations in international law, a claimant may overcome the presumption of laches arising from long delay by showing a valid excuse or justification »<sup>4559</sup>.

Cette justification toute générale nous fait remonter aux origines privatistes de la notion de gêne, il ne s'agit pas d'une asymétrie des forces comme dans le cadre colonial, mais d'un juste motif qui a empêché l'accomplissement d'un devoir<sup>4560</sup>. La jurisprudence consultée ne nous a pas indiqué d'affaires où la prescription avait été rejetée en raison de la gêne d'un particulier, mais ce cas de figure pourrait se présenter<sup>4561</sup>.

### 4. *Temporalité de la gêne et de la contrainte ; défenses possibles*

Revenons à Vattel et à l'important *caveat* qu'il ajoute à sa conception initiale de la « gêne » comme un empêchement *a priori* absolu à la prescription. Vattel s'intéresse aux situations qui ont pris place sous l'empire d'une « gêne » mais qui s'installent durablement dans le temps :

« 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

<sup>4558</sup> Cf. *supra*, Ch. 3.II.C – « La prescription ».

<sup>4559</sup> E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., p. 828, § 386.

<sup>4560</sup> Pour un particulier, l'incapacité correspond par ex. à la perte temporaire de la capacité de discernement. Pour un État, on peut établir un parallèle avec des troubles internes (CANI, révolution, changement constitutionnel) qui l'empêcheraient de s'acquitter de ses obligations internationales.

<sup>4561</sup> E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., pp. 829-832, § 387.

[sic] 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 ? » <sup>4562</sup>

Bien que la citation s'inscrive dans le domaine territorial et soit largement oblitérée par le *ius cogens*, le traitement des valeurs juridiques est intéressant. D'un côté la contrainte empêche de transformer le silence en acquiescement, et de l'autre le silence perpétuel – même contraint – s'arrime à une situation de droit : *quieta non movere*. Un silence de peu d'années gardé par crainte ne permet pas d'assainir la situation.

En raison de l'opposition sécurité juridique *versus* légalité, une situation illicite mais constante sera finalement assainie. L'effectivité prime la légalité ; l'acquiescement prime la violation d'un droit. Le motif tiré de la contrainte a une date de péremption, l'État dans la gêne pâтира de l'apparence créée en sa défaveur. Ce sacrifice se fait au nom d'une valeur supérieure : le caractère reconnaissable des possessions, la paix dont bénéficient les peuples sous la protection des apparences créées. La CIJ s'est déjà fait l'écho de ces considérations dans *Temple de Préah Vihéar* :

« Pendant cinquante ans [la Thaïlande] a joui des avantages que la convention de 1904 lui assurait, *quand ce ne serait que l'avantage d'une frontière stable. La France et, par l'intermédiaire de celle-ci, le Cambodge se sont fiés à son acceptation de la carte.* Puisqu'aucune des deux Parties ne peut invoquer l'erreur, il est sans importance de rechercher si cette confiance était fondée sur la conviction de l'exactitude de la carte. La Thaïlande ne peut aujourd'hui, tout en continuant à invoquer les bénéfices du règlement et à en jouir, contester qu'elle [n'] ait jamais été partie consentante au règlement » <sup>4563</sup>.

Le cas n'impliquait pas l'usage de la force, la contrainte n'avait pas non plus été plaidée par la Thaïlande. Il n'en demeure pas moins que, deux cents ans après Vattel, la même dynamique des forces est exposée par la Cour.

<sup>4562</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, op. cit., p. 365, § 149. La citation se termine ainsi : « Ces raisons au reste n'établissent l'usage de la Prescription que dans le cas d'une très-longue possession, non-contestée & non-interrompue, parce qu'il faut bien enfin que les affaires se terminent & prennent une assiette 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 ».

<sup>4563</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, Rec. 1962, p. 32, nos italiques.

En cas de contrainte, de gêne qui l'empêcherait de parler et de faire obstacle à l'acquiescement, de quels moyens de défense dispose l'État lésé ? Tout d'abord, les situations nées de violations du *ius cogens* ne peuvent en principe être assainies. Le silence de l'État lésé ne compte pas comme un acquiescement <sup>4564</sup>. Si la violation concerne le droit international général, la charge de réagir existe, et l'incapacité à parler peut être invoquée, mais pas *exploitée* <sup>4565</sup>. La situation de crainte offre une protection contre l'acquiescement aussi longtemps que l'État est dans une impasse, qu'une confrontation directe, par exemple en protestant ou en accomplissant des actes aurait pour conséquence une aggravation du mal. En dehors d'une confrontation directe et dangereuse, il existe une vaste palette d'alternatives pour empêcher la pérennisation d'un acquiescement <sup>4566</sup>. La simple demande d'ouverture de négociations au sujet de la situation est suffisante pour faire obstacle à l'acquiescement <sup>4567</sup>. La création d'un *modus vivendi* ou une reconnaissance *de facto* de la situation sont des outils intéressants à condition d'être strictement encadrés et de ne pas être prolongés indéfiniment. Le recours à un tiers (conciliation ou médiation) est envisageable : en démontrant une volonté de trouver une solution, l'État lésé peut conserver le différend et faire traîner les pourparlers jusqu'à ce qu'il sorte de la situation de gêne.

L'intervention d'instances internationales permet d'éviter une opposition frontale qui envenimerait la situation. En donnant de la résonance au différend, l'attention est attirée sur le comportement de l'État auteur de contrainte. Une prise de parole au sein d'un forum international, que ce soit pour le compte de l'État lésé <sup>4568</sup> ou en son nom propre prévient un silence dommageable. L'effet de publicité protégera l'État lésé, le

<sup>4564</sup> Pour un cas particulier, cf. *supra*, Ch. 4.II.B et C.

<sup>4565</sup> Un silence gardé de nombreuses années sous couvert de crainte donnera probablement lieu à acquiescement (E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, op. cit., p. 365, § 149).

<sup>4566</sup> Art. 33 CNU.

<sup>4567</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.II.C – « Fin de la ligne ou *dies ad quem* ». Une négociation peut être présentée de manière neutre, sans accuser la partie adverse d'avoir violé le droit international. Ainsi, les parties se mettent d'accord sur le sujet des négociations, sans préjuger des droits de chacun. Les négociations qui ne visent pas à aboutir à une solution mais se cantonnent à une obligation de dialogue peuvent s'éterniser, et cela sans donner lieu à un acquiescement (*Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec.* 2018, p. 507).

<sup>4568</sup> Un autre État membre de l'ONU ou une coalition peut inscrire le sujet à l'ordre du jour d'une réunion. Un État représenté au sein du CS peut jouer le rôle de parrain de l'État lésé. La qualification de situation de menace contre la paix (art. 39 CNU) autorise l'action du CS dans des cas de moindre importance : A.-L. GRAF-BRUGÈRE, *La menace contre la*

recours aux forums internationaux évite une confrontation sur le terrain et sans témoins. Quoi qu'il en soit il n'y a pas de remède miracle ; une réaction d'humeur de l'État violateur n'est pas à exclure dans les situations énumérées. Ce dernier peut aussi décider de camper indéfiniment sur ses positions, sans aggraver le différend mais sans montrer la moindre velléité de compromis.

Une dernière technique consiste à saisir un tribunal. L'État lésé obtient alors une publicité conséquente, mais la réaction de l'État violateur peut être imprévisible. Cette saisine peut être faite même si l'État n'a pas accepté la compétence de la CIJ et/ou que le différend n'existe pas encore. Ce faisant, l'État lésé parie sur un *forum prorogatum*. Si l'absence de différend est constatée par la CIJ, une saisine infructueuse matérialise toutefois le différend<sup>4569</sup> et empêche la valorisation du silence.

Cette énumération sommaire avait pour but d'illustrer les alternatives à disposition de l'État lésé qui serait dans l'impossibilité de réagir à l'acquiescement en raison d'une gêne *lato sensu*. Plutôt que de s'aventurer dans une protestation ou des comportements contre-productifs reçus par le seul État adverse, l'État lésé dispose d'autres choix pour se faire entendre sans risquer d'aggraver son dommage. Les situations d'incapacité véritable à réagir se réduisent drastiquement en conséquence : l'État lésé n'a qu'une faible marge de manœuvre afin de rester silencieux sans risquer une violation de son devoir de réaction. Si un État lésé ne s'engage pas dans une des voies énumérées, il devrait de toute manière *a minima* documenter dans des notes internes son opposition, les raisons de son silence, ainsi que la réaction redoutée en cas de protestations. Cette énumération comporte aussi un volet probatoire : l'État auteur de la violation pourra arguer des nombreuses alternatives dont disposait l'État lésé afin de déduire que son silence vaut acquiescement.

Les tendances jurisprudentielles confirment que l'échec de l'acquiescement en raison d'un silence « contraint » demeure exceptionnel. Les capacités des États à prendre connaissance et à réagir en conséquence sont frappées d'asymétrie ; un État développé et un État émergent ne disposeront pas du même réseau d'ambassade, ni de services juridiques

---

*paix dans la pratique du conseil de sécurité des Nations Unies*, Genève, Schulthess, 2019, pp. 233-241.

<sup>4569</sup> Les plaidoiries contradictoires permettent de constater que les États s'opposent sur une question juridique. Sur la valeur des plaidoiries : M. LONGOBARDO, « States' Mouthpieces or Independent Practitioners? The Role of Counsel before the ICJ from the Perspective of the Legal Value of Their Oral Pleadings », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 20, 2021, pp. 54-76.

ou de ressources comparables pour faire face à leurs sollicitations internationales<sup>4570</sup>. Les tribunaux sont toutefois réticents à accorder du poids à ce déséquilibre. Si un État n'a pas la capacité de se rendre compte qu'un acquiescement est en cours et du risque de perte d'un droit, il supporte les conséquences néfastes de son manque de moyen<sup>4571</sup>. L'incapacité de l'État, suite à la connaissance, à se former une opinion n'est pas un motif suffisant pour écarter l'acquiescement<sup>4572</sup>.

Lorsqu'une entité accède à la souveraineté, la période d'installation du pouvoir n'est pas synonyme d'incapacité à réagir. Bien au contraire, les tribunaux considèrent – en tout cas en matière territoriale – que l'accession à la souveraineté devrait occasionner un souci accru des prétentions et des éventuels acquiescements en voie de formation<sup>4573</sup>. Bien qu'une gêne passagère puisse empêcher l'acquiescement, dès sa disparition l'État doit redoubler d'efforts<sup>4574</sup> : les incapacités à réagir ont peu de chance d'être retenues.

Ce constat est confirmé par le sort réservé aux États faisant valoir le contexte amical ou inamical comme justifiant leur silence ou absence de protestation :

« 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* »<sup>4575</sup>.

Dans la sentence du *Canal du Beagle*, l'inimité entre les deux États ne portait pas non plus à conséquence : les mauvaises relations ne justifiaient pas de garder le silence face à une prétention<sup>4576</sup>. Bien que l'intention d'éviter une escalade des tensions soit louable, elle ne constitue pas une incapacité à réagir<sup>4577</sup>.

<sup>4570</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 536, § 351.

<sup>4571</sup> *Ibid.*, pp. 536-540, § 352.

<sup>4572</sup> *Ibid.*

<sup>4573</sup> *Ibid.*, p. 538, § 352.

<sup>4574</sup> *Ibid.*, pp. 539-540, § 352.

<sup>4575</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, CIJ, Rec. 2005, p. 267, § 294, nos italiques. Citée dans A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 617, § 402.

<sup>4576</sup> *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, Sentence arbitrale, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 186, §ii : « Argentina's second argument is tied to the first and consists in a denial that any relevance can be attributed to Argentine silence. This silence can be put down to an attitude of reasonable and prudent restraint during a period of tension [...] ».

<sup>4577</sup> *Ibid.*, p. 186 (cité dans A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 617, § 402).

5. *La rupture des relations diplomatiques : une situation de gêne ?*

Quid en cas de rupture des relations diplomatiques tel que l'évoque l'article 63 CVDT<sup>4578</sup> ? En prenant les relations diplomatiques au pied de la lettre, cette rupture pourrait constituer en une incapacité totale à se faire entendre auprès de l'État adverse faute d'un canal de communication adéquat. Le silence pourrait-il alors faire naître un acquiescement ? Systématiquement, l'article 63 CVDT n'est pas englobé dans l'opération de l'article 45 CVDT. C'est un premier indice que l'acquiescement pourrait être empêché.

Plus généralement, l'histoire démontre que la rupture des relations diplomatiques s'accompagnait d'un profond silence. Toutefois, la situation est plus souple au moment de la codification de la CVDT :

« [In the 19th Century] the severance of diplomatic relations was an act of extreme gravity, often a prelude to a declaration of war. *It ushered in a period of stony silence* and could be considered as excluding the further implementation of most treaties between the parties, except for those few that were specifically intended to apply in cases of diplomatic rupture. *Today, even States maintaining no diplomatic relations with each other can and often do communicate unofficially via their permanent missions to the United Nations* »<sup>4579</sup>.

Pour l'essentiel, nous pouvons donc renvoyer aux développements précédents relatifs aux « alternatives » aptes à porter la voix de l'État, fut-ce de manière indirecte. Sur le plan théorique on peut supposer que la rupture des relations diplomatiques puisse – exceptionnellement – résulter en une incapacité de l'État lésé à réagir. Les ingrédients seraient par exemple les suivants : deux États distants territorialement, une prétention face à laquelle il ne serait pas possible de s'opposer par des actes, la nécessité d'une protestation pour faire obstacle à la prétention. Il faudrait que l'État lésé ne puisse pas s'opposer par des comportements *et* que la protestation diplomatique soit indispensable<sup>4580</sup>.

<sup>4578</sup> Rupture des relations diplomatiques ou consulaires – « La rupture des relations diplomatiques ou consulaires entre parties à un traité est sans effet sur les relations juridiques établies entre elles par le traité, sauf dans la mesure où l'existence de relations diplomatiques ou consulaires est indispensable à l'application du traité ».

<sup>4579</sup> Th. GIEGERICH, « Article 63 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 1110, § 19.

<sup>4580</sup> *Ibid.*, p. 1114, § 34.



## 6. *Les conflits armés comme cause de gêne*

Quid du cas encore plus extrême d'un acquiescement en temps de conflit armé international ? La CDI s'est emparée du sujet des *Effets des conflits armés sur les traités* (2011). Une comparaison lâche entre acquiescement et traité peut nous renseigner sur la capacité d'un État à réagir en temps de guerre. La ligne principale figure à l'article 3 : « L'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application [...] »<sup>4581</sup>. Deux dispositions sont plus pertinentes. Tout d'abord l'article 8, § 1 prévoyant que « [l]'existence d'un conflit armé n'a pas d'incidence sur la capacité d'un État partie à ce conflit de conclure des traités [...] »<sup>4582</sup>. Par analogie, un acquiescement peut se nouer en temps de guerre, la charge de réagir devra toutefois être examinée avec caution – l'État « faible » peut être dans l'incapacité de parler en raison des hostilités. Il résulte *qu'en soi* les hostilités ne sont pas une cause absolue de gêne ou de contrainte<sup>4583</sup> : tout dépend des circonstances, de la dynamique de l'acquiescement et de son objet.

En second lieu, le projet adapte<sup>4584</sup> l'article 45 CVDT :

« Un État ne peut plus mettre fin à un traité, s'en retirer ou en suspendre l'application du fait d'un conflit armé si, après avoir pris connaissance des faits, cet État : [...] »

b) Doit, en raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé au maintien en application du traité ou à son maintien en vigueur »<sup>4585</sup>.

Le commentaire note qu'un « [m]inimum de bonne foi doit prévaloir même en période de conflit armé »<sup>4586</sup>. La guerre est un motif légitime pour mettre fin à un traité, mais il ne s'agit pas d'un motif invocable par pur opportunisme. Plus important,

<sup>4581</sup> CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, ACIDI, 2011, vol. II (2), art. 3.

<sup>4582</sup> *Ibid.*, ad art. 8. Le conflit russo-ukrainien n'a pas empêché la conclusion (et le renouvellement) d'un accord sur les céréales.

<sup>4583</sup> Il faut aussi tenir compte des positions respectives des parties : quel est l'État lésé par l'acquiescement et quel est l'État le plus touché par la guerre, voire quel est l'État partiellement ou totalement sous occupation. Paradoxalement l'État lésé pourra difficilement justifier son silence par une volonté de ne pas aggraver les hostilités.

<sup>4584</sup> CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2011, vol. II (2), p. 118, §§ 1-4.

<sup>4585</sup> CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, ACIDI, 2011, vol. II (2), art. 12.

<sup>4586</sup> CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2011, vol. II (2), p. 118, § 1.

l'acquiescement est disponible en temps de guerre. Cette adaptation indique encore une fois que l'État lésé est reconnu disposer de sa faculté de répondre.

La faculté de répondre en cas de troubles internes, de guerre, et l'interaction avec la condition de la connaissance nécessitent une analyse distincte. Nous nous sommes précédemment penché sur les situations qui légitiment une l'ignorance de la prétention (*supra*, Ch.5.IV.C). Dans la présente section, trois précisions sont nécessaires : premièrement, l'examen de la faculté de répondre intervient dans une étape ultérieure, lorsque la notoriété de la prétention *et* la charge de réagir ont été établies. Deuxièmement, il appartient généralement à l'État victime de l'acquiescement d'argumenter son incapacité à répondre, et ce une fois que les conditions antérieures de l'acquiescement sont suffisamment motivées par l'État qui souhaite en bénéficier. Troisièmement, la faculté de répondre varie fortement en cas de troubles internes ou de guerre : parfois cette faculté est perdue dans la quasi-totalité du territoire et de l'appareil étatique (CANI de forte intensité). Parfois, et malgré les troubles internes ou internationaux (CAI), la faculté n'est perdue que dans les territoires soumis aux bouleversements, le reste de l'appareil étatique est épargné et des acquiescements peuvent donc continuer de se produire malgré les hostilités. Par hypothèse, une pratique subséquente (acquiescement) entre la Turquie, l'Ukraine et la Russie au sujet de l'accord sur les céréales<sup>4587</sup> pourrait parfaitement se produire, et ce malgré le conflit.

## 7. *Distinction*

Pour compléter ce tour d'horizon des travaux de la CDI, nous évoquons encore les *Projets de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs* de 2018. Le parallèle entre l'article 31, § 3 CVDT et l'acquiescement a été souligné. La Conclusion n° 10, § 2 récite :

« 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* »<sup>4588</sup>.

<sup>4587</sup> Pour le texte de l'accord : <https://www.un.org/en/black-sea-grain-initiative/resources> (consulté le 22 juin 2023).

<sup>4588</sup> 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<sup>e</sup> partie, 2018, Conclusion n° 10, p. 79, nos italiques.

La conclusion ne fait qu'affirmer la position classique du lien de dépendance entre charge de réagir et circonstances. Le commentaire ménage un cas où le silence n'est pas synonyme d'acquiescement :

« Dans les affaires concernant des traités délimitant une frontière, les circonstances n'appellent que très exceptionnellement une réaction face à une conduite qui va à l'encontre de la délimitation. Dans de telles situations, il semble exister une forte présomption que le silence ou l'inaction ne constitue pas une acceptation de la pratique » <sup>4589</sup>.

Ce n'est plus la faculté de répondre qui est en jeu ici, mais la valeur du silence. La charge de réagir est amoindrie dans le cas d'effectivités contraires au titre. En conséquence, l'acquiescement est moins probable, même en cas de silence de l'État lésé. Toutefois, un silence de longue durée, accompagné de nombreux actes de l'État adverse sur le territoire est apte à renverser la présomption. Les titres ne sont *pas* imperméables à l'acquiescement et aux effectivités adverses, le seuil probatoire est simplement plus élevé.

## VII. *Le comportement : action, omission, fil rouge, et protestation*

### A. *Considérations générales*

De la prétention initiale à la protestation qui cristallisera le différend, la route de l'acquiescement est pavée de comportements « au sens large ». Dans cette section, ce seront exclusivement les comportements *stricto sensu* qui nous retiendront, c'est-à-dire ceux qui prennent place *après* la formulation de la prétention initiale et *avant* la fin de la ligne d'acquiescement. Une remarque sur la chronologie est nécessaire : les comportements antérieurs au *dies a quo* n'ont pas d'influence directe sur l'acquiescement (*cf. supra*, Ch. 5.II). Quant aux actes accomplis après le *dies ad quem*, ils sont comparables aux effectivités postérieures à la date critique (*cf. supra*, Ch. 5.II.A).

Quelle est la place des comportements *stricto sensu* dans le mécanisme de l'acquiescement ? Les comportements ne sont pas systématiquement approchés comme tels, leur place dans l'acquiescement dépend des auteurs et des circonstances de l'affaire. Pour Das par exemple, l'acquiescement se résume en une tétralogie :

« Si un État, qui a connaissance des prétentions d'une partie adverse [1], s'abstient de réagir pendant un certain laps de temps [2], en dépit

<sup>4589</sup> *Ibid.*, p. 85, § 17.

de son intérêt [3] et malgré les occasions qui se prêtent à une réaction [4], on peut raisonnablement présumer qu'il entend s'engager » <sup>4590</sup>.

Le comportement est abordé indirectement, au travers de la prétention [1], de l'absence de protestation [2], et des occasions de réagir [4]. Cette conception ou analyse chronologique de l'acquiescement est valable dans les affaires où il prend place essentiellement grâce à une abstention de l'État lésé. En matière territoriale il arrive que l'État ne réagisse d'aucune manière après l'émission d'une première prétention <sup>4591</sup>.

Par contraste, l'acquiescement peut aussi résulter de situations où l'État lésé réagit, accomplit des comportements, et parfois même des comportements contraires aux prétentions (mais d'une ampleur insuffisante). Les comportements s'insèrent dans un cadre plus large, ils sont reportés aux circonstances :

« 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 [les actes positifs ou omissifs des États] tirent leur valeur de leur insertion dans une conjoncture plus large et relativement complexe [*i.e.*, la connaissance et l'écoulement du temps] » <sup>4592</sup>.

Les comportements font corps avec, et sont au cœur, de l'acquiescement. Nous nous attacherons à cette conception : les comportements participent en tant que tels à l'acquiescement, ils en forment une condition à part entière. Un *caveat* important tempère l'affirmation : une omission *est* un comportement lorsqu'une charge de réagir existe. Ce sont tout autant les comportements de l'État qui tire profit de l'acquiescement que ceux de la victime qui sont pertinents.

# 1. *Quel(s) auteur(s) et quel(s) comportement(s) ?*

Une difficulté d'analyse des comportements est leur valeur multiple. L'acquiescement est une constellation de comportements qui sont tantôt valorisés comme la prétention initiale, la réaction à celle-ci, le fait de porter à connaissance la prétention, une protestation. Chaque comportement de l'État qui souhaite tirer profit de l'acquiescement est également un renouvellement de sa prétention.

<sup>4590</sup> H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 619, § 2.1.

<sup>4591</sup> Voy., par ex. : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 659, § 88.

<sup>4592</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 400.

Toutefois, pour l'analyse et la structure de l'acquiescement, c'est avant tout <sup>4593</sup> la prétention initiale qui focalise l'attention. Les prétentions subséquentes peuvent être valorisées comme de simples comportements. L'affaire des *Pêcheries* illustre cette situation. Après l'édition des décrets de 1869 et 1889 (prétentions initiales), la Norvège continua d'affirmer sa prétention à l'application d'un système de délimitation par des décrets et des actes <sup>4594</sup>. Les décrets postérieurs à 1889 et les actes de mises en œuvre constituent des *comportements* de la Norvège. Dans cette affaire, le comportement du Royaume-Uni se résume en une abstention.

Il existe des affaires où les *deux* États accomplissent des comportements suite à la prétention initiale et l'acquiescement prend place en raison de cette convergence. L'affaire de l'*Indemnité russe* s'inscrit dans cette mouvance : la Russie n'avait pas reproduit la somme des intérêts dans le paiement qu'elle exigeait de la Sublime Porte, et ce durant de nombreuses années. Il s'ensuit pour le tribunal que le comportement concordant des deux Parties débouche sur un acquiescement :

« Les Parties ont non seulement ébauché des combinaisons pour arriver au paiement, mais se sont abstenues de faire mention des intérêts pendant dix ans environ » <sup>4595</sup>.

Cette constatation n'est pas isolée dans la jurisprudence ; d'autres affaires retiennent l'acquiescement en raison des comportements des deux États <sup>4596</sup>. Cette typologie d'acquiescement louche du côté de la reconnaissance, renonciation ou abandon tacites de droit <sup>4597</sup>.

<sup>4593</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.C – « La prétention, ses illustrations et son évolution : du début à la fin de la ligne d'acquiescement ».

<sup>4594</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 138.

<sup>4595</sup> *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 445.

<sup>4596</sup> *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. 45 et 64 ; *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 25-32 ; *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.

<sup>4597</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 371-372. *L'estoppel* n'est pas très loin. Non sans hésitations, on peut distinguer la renonciation et la reconnaissance tacites grâce à la prétention initiale. Dans un cas, l'État au bénéfice de l'acquiescement s'accapare ou empiète sur un droit appartenant à son adversaire (renonciation tacite) ; dans l'autre, l'État postule un droit et son adversaire n'y fait pas obstacle (reconnaissance tacite).

## 2. *La conjonction d'acquiescement*

Comme l'esquisse cette brève typologie, toutes les combinaisons sont possibles afin de réaliser un acquiescement. Suite à l'émission de la prétention initiale, l'attitude tant de l'État acquiesçant que de l'État au bénéfice de l'acquiescement peuvent être passives ou actives. Soit le tableau à double entrée suivant :

| <i>Conjonction d'acquiescement</i> <sup>4598</sup> | Attitude active | Attitude passive |
|----------------------------------------------------|-----------------|------------------|
| État ou partie défavorisé(e) par l'acquiescement   |                 |                  |
| État ou partie au bénéfice de l'acquiescement      |                 |                  |

Afin de réaliser un acquiescement, une au moins des cases doit être remplie – mais elles le peuvent aussi bien toutes être cumulativement, et ce sans contradiction. Le *Temple* correspondrait au schéma suivant :

| <i>Conjonction d'acquiescement</i>  | Attitude active | Attitude passive |
|-------------------------------------|-----------------|------------------|
| État défavorisé par l'acquiescement | X               | X                |
| État au bénéfice de l'acquiescement | X               |                  |

La Thaïlande garde le silence sur la carte (passivité), mais l'utilise tout de même (action) ; la France et le Cambodge revendiquent le temple (action).

Traditionnellement, et nous le notions au début de cette section grâce à Hans Das<sup>4599</sup>, l'acquiescement est conçu sous la forme archétypale suivante :

<sup>4598</sup> Inspiré de J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 400.

<sup>4599</sup> H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 619, § 2.1.

| <i>Conjonction<br/>d'acquiescement</i> | Attitude<br>active | Attitude<br>passive |
|----------------------------------------|--------------------|---------------------|
| État défavorisé<br>par l'acquiescement |                    | X                   |
| État au bénéfice<br>de l'acquiescement | X                  |                     |

L'acquiescement résulte du silence d'une partie défavorisée et de l'action de la partie gagnant un nouveau droit. À travers ce tableau nous entendons démontrer que les comportements pertinents pour aboutir à l'acquiescement sont plus riches et susceptibles de plus de combinaisons qu'un unique binôme. À ce titre, nous nous rattachons à Barale (conjecture d'acquiescement)<sup>4600</sup> plutôt qu'à Das.

Ce tableau n'est valable qu'*après* l'émission d'une prétention. Cette présupposition explique que la satisfaction d'une seule case puisse suffire à provoquer un acquiescement (inertie des États face à une prétention). Peu importe qu'une, quatre, trois, ou deux possibilités du tableau soient réalisées – les combinaisons sont nombreuses<sup>4601</sup>. L'intérêt du tableau est d'illustrer que la voie de l'acquiescement, au regard des comportements possibles des deux parties, est foisonnante. Nous n'allons pas toutes les énumérer et les lier à des jurisprudences, mais retenir seulement la/les plus problématiques, de nature à le remettre en cause. Il s'agit des cas où l'État défavorisé n'adopterait aucune attitude (ni passive ni active).

| <i>Conjonction<br/>d'acquiescement</i> | Attitude<br>active | Attitude<br>passive |
|----------------------------------------|--------------------|---------------------|
| État défavorisé<br>par l'acquiescement |                    |                     |
| État au bénéfice<br>de l'acquiescement |                    | X                   |

<sup>4600</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 400.  
<sup>4601</sup> À savoir 15 en tout (soit 1 possibilité avec 4 cases remplies ; 4 avec trois cases ; 6 avec deux cases ; et 4 avec une case).

Hypothétiquement, la chronologie serait la suivante : un État émet une prétention et se tient coi par la suite. Au stade de la décision, le tribunal considérerait que les circonstances étaient telles que l'acquiescement est réalisé par la prétention doublée de la passivité de son auteur – sans égard pour l'attitude de l'État défavorisé. En somme, c'est soit le domaine juridique en cause qui commanderait une telle conclusion, ou alors ce serait en raison de la force avec laquelle la prétention initiale serait affirmée que l'attitude passive ultérieure suffirait à provoquer l'acquiescement. Je n'ai pas de cas hypothétique à présenter ni d'affaires à citer pour de telles situations. Immédiatement, on constate que l'attitude passive de l'État au bénéfice de l'acquiescement seule est peu probable, elle s'accompagne presque nécessairement de l'attitude passive de l'acquiesçant (puisque l'État passif doit avoir enfreint sa charge de réagir).

| <i>Conjonction<br/>d'acquiescement</i> | Attitude<br>active | Attitude<br>passive |
|----------------------------------------|--------------------|---------------------|
| État défavorisé<br>par l'acquiescement |                    | X                   |
| État au bénéfice<br>de l'acquiescement |                    | X                   |

Est-ce à dire que l'État qui acquiesce demeure nécessairement passif ? Non, car l'acquiescement peut se passer de cette « case » et ne remplir que celle de l'activité de l'État défavorisé (l'État adopte un comportement convergent, par exemple art. 45, lit. b CVDT).

| <i>Conjonction<br/>d'acquiescement</i> | Attitude<br>active | Attitude<br>passive |
|----------------------------------------|--------------------|---------------------|
| État défavorisé<br>par l'acquiescement | X                  |                     |
| État au bénéfice<br>de l'acquiescement |                    |                     |



Toutefois, nous tenterons de dénicher des situations analogues de celles où l'acquiescement prendrait place de manière prépondérante en raison d'une attitude passive de l'État au bénéfice de l'acquiescement. Dans la protection diplomatique, l'État requis qui demeure passif peut bénéficier de la prescription s'il n'est pas de mauvaise foi <sup>4602</sup>. Toutefois, la prescription est accordée bien souvent en raison de la passivité ou incurie dont le demandeur a fait preuve. Le cas du *forum prorogatum* se heurte à un écueil différent : la requête correspond à la prétention initiale, par la suite le demandeur peut rester passif, l'affaire et l'acquiescement éventuel sont aux mains du tribunal. Mais c'est alors le comportement de l'État adverse qui sera déterminant pour constater l'acquiescement à la compétence.

Ainsi nous constatons que si la satisfaction d'une seule des quatre possibilités suffit à déclencher un acquiescement, il peut être difficile de n'en satisfaire qu'une seule en cas d'attitude passive de l'État au bénéfice de l'acquiescement. Le cas de l'article 20, § 5 CVDT ébauche cette hypothèse : après l'émission de la prétention, l'État peut rester coi et bénéficier d'un acquiescement au terme du délai prévu <sup>4603</sup>. La limite de cette hypothèse est qu'elle dépend également de l'inaction de l'État défavorisé (absence d'objection) <sup>4604</sup>.

Quelques remarques sont nécessaires pour clôturer ce tableau à double entrée. Tout d'abord nous n'opérons une catégorisation sur la base du tableau que dans la mesure où une décision de justice se fait l'écho des attitudes respectives des deux États. Ainsi, il est tout à fait possible que dans une affaire un tribunal s'intéresse de manière prépondérante à l'attitude active de l'acquiesçant et ancre l'acquiescement dans ce comportement sans tenir compte des autres « cases » ou comportements, *et ce bien qu'ils existent* <sup>4605</sup>. En définitive, ce tableau ne fait que répliquer la sélection des faits telle qu'opérée par un tribunal.

<sup>4602</sup> C'est-à-dire si la présentation de la demande n'est pas indûment retardée par les obstacles créés par cet État (*nemo turpitudinem suam allegans*).

<sup>4603</sup> Cette possibilité sera analysée *infra* dans la section VII.B.2a.vii.

<sup>4604</sup> En l'état actuel de nos connaissances, on pourrait donc exclure la possibilité que l'inaction seule de l'État favorisé puisse susciter un acquiescement. Elle s'accompagne nécessairement (?) de l'inaction de l'État lésé sous la forme d'une absence de protestation. À la place de 15 possibilités, le tableau en compterait donc 14.

<sup>4605</sup> Dans *Temple*, la Cour porte un soin particulier à établir la connaissance de la Thaïlande et la violation de la charge de réagir, ainsi que son abstention. Ce n'est presque que de manière accessoire que la Cour s'intéresse au comportement de la France et du Cambodge, pour

Le tableau indique qu'un même État peut simultanément adopter une attitude passive et active pour qu'il y ait acquiescement, et ce sans contradiction. Ces attitudes divergentes en apparence se réfèrent aux comportements convergents d'acquiescement d'une ou des parties. À cet égard, il faut se rappeler que c'est la prétention initiale, son contenu, le droit visé<sup>4606</sup> qui donnent le ton pour déterminer un comportement « positif » ou « négatif ». Ainsi, l'État qui entend bénéficier de l'acquiescement peut bien sûr se comporter activement en renouvelant sa prétention ou en la mettant en œuvre sur le terrain *et* se comporter passivement dans le même sens en omettant de mettre en œuvre les droits qui permettraient à l'État défavorisé d'éviter l'acquiescement (par ex. en violant – par omission – une norme coutumière ou conventionnelle). *Ex abundante cautela*, la constitution de baies historiques se rapproche de cette situation : le comportement émane avant tout de l'État au bénéfice de l'acquiescement et se double de la négation des droits de navigation des autres États (omission de mettre en œuvre le régime adapté à l'espace maritime de la baie).

Dans la doctrine, les auteurs privilégient l'analyse des comportements – actifs et passifs – de l'État qui *perd* un droit<sup>4607</sup>. D'une part la doctrine confirme ainsi que les comportements actifs et passifs sont importants pour l'acquiescement. Par contre, notre position apparaît comme minoritaire du fait de notre extension de l'analyse aux comportements actifs et passifs de l'État au bénéfice de l'acquiescement. Sans exclure catégoriquement que le comportement de l'État au bénéfice de l'acquiescement puisse participer à l'acquiescement, la doctrine consultée n'y consacre pas de développements conséquents.

Nous passerons à l'examen des comportements qui peuvent participer à l'acquiescement (VII.B.1 : action ; VII.B.2 : omission). Puis nous nous intéresserons au caractère « convergent » que ces comportements doivent revêtir : un fil rouge d'acquiescement

---

confirmer la vérité de l'acquiescement (*Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 25-32).

<sup>4606</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A et B (respectivement *l'existence* et *l'objet* de la prétention).

<sup>4607</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 24 et s. (silence), pp. 39 et s. (comportement actif) ; M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, pp. 1691-1692, §§ 54-55, p. 1694, § 60 ; J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 394-400.

doit être identifiable (VII.C). À défaut de ce noyau dur, de cette univocité, le tribunal ne peut pas conclure à la réalisation de l'acquiescement.

### B. *Typologie des comportements*

Il s'agit d'énumérer et d'identifier les caractéristiques des comportements pertinents pour l'acquiescement. L'exhaustivité n'est pas visée, la tâche serait vaine et contre-productive car un seul cas non anticipé mettrait en péril tout l'édifice. Deux directions principales seront choisies : d'une part, examiner les énumérations préexistantes qui peuvent s'avérer pertinentes (classification des effectivités en matière territoriale ; comportements énumérés par des auteurs comme Martin-Bidou). D'autre part, il s'agira d'identifier des lignes de force permettant de classer de manière abstraite les comportements pertinents pour l'acquiescement.

#### 1. *Action*

À notre connaissance, la jurisprudence n'énumère pas les catégories d'actes pertinents pour l'acquiescement. Nous nous rabattons sur un parent proche de l'acquiescement : les effectivités dans les différends territoriaux. Elles sont prises en compte dans la résolution d'un litige territorial car elles témoignent de la possession à titre de souverain<sup>4608</sup> (*animus*). Transposées à l'acquiescement, cela signifie que les comportements accomplis sont à interpréter comme indiquant la création, modification, ou suppression d'un droit. Pour Marie (et l'approche « volontariste » de l'acquiescement) une volonté d'acquiescement doit pouvoir être dégagée des comportements<sup>4609</sup>. Les attentes légitimes de l'État bénéficiaire sont aussi une aide à la construction rétrospective de l'acquiescement<sup>4610</sup>.

<sup>4608</sup> *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*, p. 712, § 172.

<sup>4609</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 581.

<sup>4610</sup> *Ibid.*, pp. 583-584.

a. *L'énumération des effectivités territoriales comme point de départ*

Dans *Nicaragua c. Colombie*, la liste des effectivités comprend :

« Actes législatifs ou administratifs, application du droit pénal et du droit civil, réglementation de l'immigration, réglementation des activités de pêche ou d'autres formes d'activités économiques, patrouilles navales et opérations de recherche et de sauvetage »<sup>4611</sup>.

Ce passage procède d'une première synthèse des types d'actes possibles pour les effectivités. Nous pouvons aller encore plus loin dans l'abstraction, la citation rassemble, d'une part les *actes législatifs au sens large et leur mise en œuvre* (*infra*, 1.a.i ; 1.a.ii) et, d'autre part, les *activités* (*infra*, 1.a.iv ; 1.a.v ; 1.a.vi). Les types d'actions pertinents dépendent de la configuration du territoire ; dans l'extrait des îles et formations maritimes étaient en litige. Cette dernière remarque est vraie pour l'acquiescement également : le type de prétention et son objet influencent les comportements pertinents pour conclure à la création, modification ou suppression d'un droit.

Nous étudierons ces deux types d'effectivités, puis nous les comparerons aux divers actes accomplis dans le contexte d'acquiescement afin de compléter l'énumération si nécessaire (1.b).

(i) *Les actes internes législatifs : lois internes générales et spécifiques*

Les « actes législatifs » ainsi que leur mise en œuvre correspondent aux lois internes de l'État, telles qu'elles sont réellement appliquées sur le terrain. Deux branches peuvent être suivies ; la simple existence d'une loi interne, distinguée de son application. Dans une section précédente à laquelle nous renvoyons largement<sup>4612</sup> la question de la position des lois internes<sup>4613</sup> au regard du droit international public, avait été précisée. Abordées dans le cadre des comportements les lois internes appellent d'autres remarques, elles sont ici considérées sous l'angle du comportement postérieur à l'émission de la prétention. Les États sont ici déjà aux faits de l'existence de la prétention et la connaissent.

<sup>4611</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 655, § 80. Voy. aussi : *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. 713-722, §§ 176-208.

<sup>4612</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.IV.D.3 – « Une connaissance présumée des lois internes ? ».

<sup>4613</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJI, *Série A*, n° 7, p. 19.

Les lois internes dans le contexte de différends territorial sont plus susceptibles de connaissance présumée car les deux États prétendent détenir la souveraineté, une ignorance sonnerait comme un aveu. Mais même dans ce contexte, c'est la mesure dans laquelle la loi a été appliquée dans les faits qui est cruciale pour déterminer la souveraineté sur le territoire. Pour établir les comportements pertinents dans l'acquiescement, on peut retenir à la fois la mise en œuvre, et la loi dont elle constitue une émanation. Après l'émission de la prétention initiale, il est raisonnable de s'attendre à ce que les États cherchent à connaître les lois de leurs adversaires relatives à la situation litigieuse. L'avantage d'avoir une loi écrite en tant que comportement est sa potentielle clarté quant à l'acquiescement : la loi peut indiquer limpide l'opinion d'un État quant à une situation litigieuse.

Après ces considérations générales, tournons-nous vers les lois internes en tant qu'effectivités. Une distinction s'établit entre les lois qui ne font qu'englober, de manière incidente, la situation litigieuse (1) et celles qui la concernent spécifiquement (2). Dans l'extrait introductif, cette partition est exprimée comme suit : « *application* du droit pénal et du droit civil [1], *réglementation* de l'immigration, *réglementation* des activités de pêche ou d'autres formes d'activités économiques [2] ». Les lois de portée générale (1) sont celles qui ne relèvent pas spécifiquement de la situation en litige, mais d'un domaine juridique qui se trouve être applicable à la situation. Leur caractère *général* implique que leur application au territoire est le signal que l'État revendique la souveraineté. Dans *Minquiers et Ecréhous*, le Royaume-Uni avait conduit des enquêtes sur les îles en faisant application de sa procédure pénale<sup>4614</sup>. *Roi d'Espagne* nous offre un exemple relevant exclusivement de l'acquiescement : le Nicaragua s'était emparé de la sentence arbitrale en la publiant dans son propre recueil officiel<sup>4615</sup>. La différence entre l'*édiction* d'une loi spécifique (2) et l'*application* ou extension d'une loi générale (1) se fait déjà sentir à ce stade.

Pour les lois générales (1), c'est leur mesure d'application qui est pertinente pour les effectivités, respectivement les comportements dans l'acquiescement. Leur édicition en tant que telle ne suffit pas vu qu'elles

<sup>4614</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec.* 1953, p. 69.

<sup>4615</sup> *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. Les lois générales relatives à la publication d'actes législatifs avaient donc été appliquées à la sentence (c'est-à-dire à l'objet de l'acquiescement).

ne sont pas directement liées à la situation en cause. À l'inverse, c'est l'édition et l'application des lois *spécifiques* (2) qui peuvent compter en tant que comportement ou effectivités. Le terme « réglementation » indique un caractère plus spécifique que « droit » précédemment utilisé dans l'extrait de *Nicaragua c. Colombie*. La « réglementation » est potentiellement de facture plus récente, d'une application spatiale plus limitée, ou encore elle dépend plus des problématiques propres à la situation litigieuse. Dans l'exemple d'un différend territorial relatif à des îles, la réglementation concernerait par hypothèse la création d'une réserve naturelle, la limitation ou autorisation de la pêche, l'identification des limites maritimes de l'île. Plus directement, une loi peut être « spécifique » (2) si elle mentionne expressément qu'elle s'applique à la situation litigieuse. Par exemple en mentionnant le nom de l'île en cause <sup>4616</sup>.

La mise en œuvre des lois spécifiques (2) doit être prise en considération car elle indique comment l'État se comporte réellement et sa propre intelligence de la loi interne (les réserves exactes de la réserve naturelle, etc.). Les comportements/effectivités pertinents sont ceux accomplis sur le terrain en cas de divergence entre le texte d'une loi interne et son application. Cette préférence aux « faits accomplis » se justifie par le caractère pragmatique de l'acquiescement et la séparation entre les ordres juridiques. Hiérarchiquement supérieur, indépendant et extérieur au droit interne, le droit international forme un ordre à part <sup>4617</sup>. En conséquence il est libre d'utiliser le droit interne comme bon lui semble et de lui opposer ses propres critères afin de le prendre en compte <sup>4618</sup>. Dans l'article 46 CVDT par exemple, l'application et interprétation administrative et judiciaire sont pertinentes pour déterminer le contenu de la loi interne, de même que la pratique suivie par les autorités <sup>4619</sup>.

<sup>4616</sup> Pour un repère en droit international public de l'applicabilité *ratione loci*, cf. art. 29 CVDT et 15 CVSE.

<sup>4617</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, op. cit., pp. 39-52 ; 83-84.

<sup>4618</sup> Ce que l'on caractérise comme l'autonomie de qualification du droit international vis-à-vis du droit interne : voy. : G. DISTEFANO et A. HÊCHE, « L'organe *de facto* dans la responsabilité internationale : *Curia, quo vadis ?* », op. cit., pp. 8-9.

<sup>4619</sup> « Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traites [...] Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi » ; Th. RENSMANN, « Article 46 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 785, § 28 ; p. 786, § 30.

En quoi consiste la mise en œuvre de lois et réglementations spécifiques (2) ? Les possibilités *ratione materiae* sont infiniment riches. Dans l'arrêt *Nicaragua c. Colombie*, l'application de lois ou règlements, portait pêle-mêle sur : la réforme agraire dans l'archipel ; l'interdiction de la collecte de guano ; la conclusion de contrats pour une plantation de cocotiers ; des permis d'exploitation du guano et des phosphates de chaux ; la délivrance de permis pour les navires de pêche ; la mise à disposition de fonds par le gouvernement central pour lutter contre la pêche illicite de la tortue et l'exploitation non autorisée du guano<sup>4620</sup>. Sans surprise dans une affaire territoriale, l'ensemble des comportements et effectivités liés à une loi ont un lien direct avec le territoire objet du différend. Les effectivités varient à l'infini en fonction du territoire.

La situation est comparable dans l'acquiescement. En fonction du droit concerné, c'est un ensemble de circonstances sous la forme d'un *contexte* qui s'impose immédiatement, ce qui aura pour effet de délimiter presque naturellement le type de comportements qui corroborent ou infirment l'existence de l'acquiescement. Supposons qu'un État souhaite que des locaux sis à l'étranger reçoivent la qualification de missions diplomatiques ou consulaires<sup>4621</sup> (il s'agit de la prétention, du droit « recherché » au terme du processus d'acquiescement). Cette prétention détermine automatiquement le contexte juridique (droit diplomatique, conventions et normes coutumières) et les actes pertinents (demandes de l'État A, objections de B, échanges diplomatiques, caractérisation de l'immeuble comme mission par l'État d'accueil). La loi interne pertinente sera celle relative aux ambassades/consulats et la pratique y relative sera prise en compte. En fin de compte, la pertinence de la loi interne et de son application seront fonction du droit touché. Il nous est difficile de représenter de manière plus précise quelles sont les lois internes pertinentes et leur mise en œuvre pour l'acquiescement.

Les lois internes sont distinguées de leur application. Quand les actes accomplis/effectivités émanent d'une loi, l'effet conjugué est plus puissant que d'avoir seulement l'un des deux termes. Cette

---

<sup>4620</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 656, § 82.

<sup>4621</sup> Librement inspiré de : *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec. 2020*, p. 300. Voy. par ex. p. 316, § 48.

addition « loi + application » dénote l'implication de l'État dans le processus d'acquiescement<sup>4622</sup>. L'attrait du principe de l'État de droit et de la règle de droit (« rule of law ») se tapit derrière ces considérations. En tant que limite et cadre à l'activité de l'État, chaque action devrait pouvoir être tracée jusqu'à un organe de l'État et à des prescriptions législatives. Toutefois la portée de ce principe régissant l'activité de l'État reste mince pour l'acquiescement car celui-ci peut procéder aussi bien de comportements internes licites ou non. L'acquiescement est souvent synonyme d'empiétement, voire de violation du droit international. En dehors des lois et de leur mise en œuvre, c'est ainsi tout le pan des comportements et actions « simpliciter », non colloqués à une loi interne, qui s'offre à l'examen (*infra*, a.iv et s.). Ces comportements peuvent ou non être rattachés à l'organisation de l'État, ils peuvent la déborder, s'agir d'actes discrétionnaires des autorités centrales ou régionales, mais ils doivent émaner de l'État<sup>4623</sup>.

Avant de se pencher sur les actes en tant que comportement, une dernière interrogation doit être résolue. Est-ce que les comportements se limitent aux lois internes, ou peuvent-ils s'étendre aux sources du droit international ? Est-ce que la conclusion d'un traité (et son application), la formulation de réserve, etc. peuvent constituer des comportements pertinents dans le cadre de l'acquiescement ? Dans l'extrait de *Nicaragua c. Colombie*, la typologie interne ou internationale des « actes législatifs et administratifs »<sup>4624</sup> n'est pas précisée. Des faits de l'affaire il ressortait que c'est presque exclusivement une activité législative interne qui était prise en compte<sup>4625</sup>. Mais cette situation résulte du hasard : les sources internationales et leur application peuvent constituer des comportements.

<sup>4622</sup> Que la loi serve à corroborer ou infirmer l'acquiescement ; qu'il s'agisse de l'État opposé ou favorable à l'acquiescement.

<sup>4623</sup> Voy. *supra*, Ch. 5.I.A – « L'État comme auteur ». Toutefois un acte accompli par des privés peut mettre en lumière l'acquiescement de l'État en raison de son omission à agir. Par ex. l'absence de condamnation de l'État des disparitions forcées qui seraient le fait de particuliers.

<sup>4624</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 655, § 80.

<sup>4625</sup> *Ibid.*, pp. 656-657, § 82.



(ii) *Le droit international comme un comportement*

La catégorisation des lois internes « générales » (1) et « spécifiques » (2) peut servir de guide. Le parallèle suivrait la direction suivante : les normes « générales » correspondraient aux sources préexistantes au début de l'acquiescement (1 *bis*) : l'application (ou non) de ces sources à la situation et aux droits objets de l'acquiescement fournit l'indication quant à la validation ou au rejet de l'acquiescement. Par exemple, quel régime maritime l'État applique-t-il à un espace maritime qu'il considère comme constitutif d'une baie historique (eaux intérieures, mer territoriale, ZEE, haute mer ?). À l'inverse, quel régime est considéré comme applicable à cet espace maritime par l'État opposé à la prétention ? Ce régime est soit appliqué en vertu de la Convention sur le droit de la mer de 1982 si l'État y est partie, soit appliqué en vertu des normes coutumières. L'analogie entre lois internes/normes internationales et leur application finale est ainsi établie. Toutefois, ce n'est plus l'*édiction* de ces normes qui peut être constitutive d'un comportement sous le prisme de l'acquiescement, mais uniquement leur *application*.

De l'autre côté, les normes « spécifiques » seraient constituées par les sources qui deviennent applicables après le début de l'acquiescement et/ou qui visent de manière caractérisée la situation enjeu de celui-ci (2 *bis*). Par exemple, un État adhère à un traité – qui ne possède pas de lien direct avec le droit mis en péril par l'acquiescement – et y formule des réserves quant à son application territoriale (exclusion d'un territoire contesté). Tant la réserve que l'objection sont pertinentes pour l'acquiescement.

Dans un passage de l'affaire *Nicaragua c. Colombie*, l'action suivante est mentionnée à titre d'effectivité :

« *Représentation consulaire*. En 1913 et 1937, le président de la Colombie reconnut que la compétence des agents consulaires allemands s'étendait aux îles de San Andrés, Providencia et Roncador »<sup>4626</sup>.

Dans notre typologie de l'application des sources internationale en tant que comportement, la catégorie « 1 *bis* » est mobilisée par cet extrait. Il s'agit d'une source préexistante (droit international coutumier relatif aux relations consulaires) qui est *étendue* à la situation objet de l'acquiescement (la Colombie, qui prétend à la souveraineté sur les îles litigieuses, autorise la compétence des agents consulaires allemands). Même si cette autorisation possède

<sup>4626</sup> *Ibid.*, p. 657, § 82.

une forte coloration interne (l'acte s'accomplit entre deux États mais est le fait principal de la Colombie), c'est bien le droit international qui est entièrement mobilisé. Le droit consulaire n'existe que grâce aux relations internationales bien que sa mise en œuvre repose sur l'activité – parfois unilatérale – des États.

L'affaire des îles de *Pedra Branca* (Malaisie/Singapour) contient des traces<sup>4627</sup> de trois typologies. Dans une première phase, l'arrêt revient sur les comportements antérieurs à 1953 (édiction de lois et leur mise en œuvre). Les lois internes britanniques générales relatives aux colonies sont évoquées (typologie « 1 »)<sup>4628</sup>, de même que des changements dans les lois *spécifiques* relatives à l'administration et au financement des phares datant de 1912 (typologie « 2 »)<sup>4629</sup>. Postérieurement à 1953, c'est la question de l'application de normes internationales qui est reflétée dans l'arrêt. Ainsi :

« La Malaisie répond que la convention des Nations Unies sur le droit de la mer et la convention pour la sauvegarde de la vie humaine<sup>4630</sup> imposent des obligations en ce qui concerne les enquêtes sur les dangers pour la sécurité de la navigation et la publication d'informations à ce sujet. Attendu que Singapour a agi pour enquêter et publier, elle l'a fait conformément à la meilleure pratique et non pas à titre de souverain s'agissant de l'île »<sup>4631</sup>.

Les conventions UNCLOS et SOLAS ont été adoptées respectivement en 1982 et 1974, c'est-à-dire après le début de l'acquiescement. Singapour manifestait donc sa souveraineté de manière implicite en appliquant les dispositions sur la sécurité autour de *Pedra Branca*. L'argument de la Malaisie est d'ailleurs peu convaincant vu que les dispositions de l'UNCLOS relatives à la sécurité<sup>4632</sup> s'adressent à l'État côtier, défini à l'article 2 § 1 UNCLOS comme celui qui dispose de la souveraineté sur le territoire terrestre. La Cour ne s'y trompe pas et considère « [q]ue ce comportement vient étayer de manière appréciable la thèse

<sup>4627</sup> Il s'agit uniquement de traces car l'acquiescement n'a pas été retenu dans tous ces comportements.

<sup>4628</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, pp. 69-70, §§ 176-177.

<sup>4629</sup> *Ibid.*, p. 70, § 178.

<sup>4630</sup> Pour l'UNCLOS de 1982 (l'arrêt ne précise pas clairement de quelle convention il s'agit) voy. not. les art. 21, lit. a ; art. 22 ; art. 42 ; art. 43 ; art. 98, § 2 ; art. 194, § 3, lit. b qui s'adressent tous à l'État côtier. Pour la *Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer* (SOLAS), adoptée le 1<sup>er</sup> novembre 1974, voy. *RTNU*, vol. 1184, p. 3 et les annexes. La date critique de l'affaire est fixée en 1980 (*ibid.*, p. 28, § 36).

<sup>4631</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 82, § 232.

<sup>4632</sup> Voy. les art. 21, lit. a ; art. 22 ; art. 42 ; art. 43 ; art. 98, § 2 ; art. 194, § 3, lit. b UNCLOS.

de Singapour »<sup>4633</sup>. Cet exemple correspond à la catégorie « 2 bis » : une norme internationale conventionnelle ou coutumière née *après* le début de l'acquiescement est appliquée à la situation.

(iii) *Synthèse des lois internes et des sources internationales*

Les différentes typologies des sections 1.a.i et 1.a.ii peuvent être résumées ainsi :

| N°    | Plan          | Édiction de la norme totalement contrôlée par l'État.                  | Rapport temporel de la loi/source.                      | Rapport avec l'acquiescement.                                                         | Critère d'appréciation du tribunal.         |
|-------|---------------|------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|
| 1     | Interne       | Oui.                                                                   | Préexistante au début de l'acquiescement.               | <i>Extension</i> d'une loi préexistante.                                              | Mise en œuvre.                              |
| 2     |               | Oui.                                                                   | Pendant la période d'acquiescement.                     | La loi concerne spécifiquement la situation.                                          | Édiction + mise en œuvre.                   |
| 1 bis | International | Non (coutume, traité plurilatéral, principe, etc.).                    | La source est préexistante au début de l'acquiescement. | <i>Extension</i> d'une source préexistante.                                           | Mise en œuvre.                              |
| 2 bis |               | En fonction du cas (par ex. oui s'il s'agit d'une coutume bilatérale). | La source apparaît pendant la période d'acquiescement.  | La source concerne spécifiquement la situation ou devient applicable après son début. | Mise en œuvre, édiction en fonction du cas. |

Dans les comportements pertinents de l'acquiescement, le premier type d'action est ainsi le couple formé par l'édiction d'une loi (interne) et sa mise en œuvre (interne ou internationale). Cette

<sup>4633</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 83, § 234.

approche légaliste de « l'action » est retenue car elle dispose d'un fort potentiel englobant. Nous avons brièvement fait référence au principe de la « rule of law », l'utilisation que l'on en fait ici consiste à en exploiter la *traçabilité* de l'action étatique. Comme la loi est le fondement et la limite de l'action de l'État, à contresens cela signifierait que nous pouvons remonter de chaque action à une loi. Cette affirmation est cependant insuffisante car elle ne modélise qu'une partie des comportements de l'État.

La limite de cette approche légaliste découle de trois facteurs principaux. Tout d'abord, de la jurisprudence internationale. Celle-ci se contente parfois d'indiquer le *résultat* du processus que l'on vient de décrire, c'est-à-dire uniquement une mise en œuvre particulière, une action, un acte accompli par un État, sans considération pour son substrat législatif. Ensuite car l'organisation du pouvoir et de la prise de décision au sein d'un État ne respecte pas forcément la « rule of law » et que l'acquiescement met l'accent sur l'acte accompli plutôt que sur le pouvoir dont il émane. Les organes peuvent disposer d'une latitude de manœuvre dans les actes qu'ils choisissent d'accomplir (en particulier les organes exécutifs). Comme dans la responsabilité internationale, l'acquiescement se préoccupe plus de savoir qu'un *organe* a agi que du cadre juridique dans lequel cette action s'inscrit. Finalement, les actes accomplis et pris en compte dans l'acquiescement peuvent autant être des actes licites qu'illicites, tant au regard du droit national qu'international. Le propre de l'acquiescement est souvent de régulariser une situation d'empiétement ou d'incertitude.

#### (iv) *Les activités étatiques (actions « simpliciter »)*

Il s'agit d'actions étatiques considérées en elles-mêmes et pour elles-mêmes. Exemplativement, cette autonomie des actions « simpliciter » s'explique parce que la référence au cadre légal dans lequel elles s'inscrivent n'est pas mentionnée dans l'arrêt (rupture du lien entre loi et application), parce que cette référence n'existe tout simplement pas (action illégale), ou encore parce que cette référence n'est pas problématique (usage par l'État ou l'OI d'une faculté qui lui appartient en vertu du droit international ; *ius legationis* par ex.).

Nous aborderons ces actions *simpliciter* à travers des exemples jurisprudentiels. Dans *Grisbadarna* et *Minquiers et Ecréhous*, l'aide à la navigation sous la forme d'installations maritimes est

pris en compte au titre des effectivités<sup>4634</sup>. Peut-être que ces installations sont le reflet de normes, nationales ou internationales, en matière de sécurité de la navigation. Peut-être que ces installations découlent d'une initiative du gouvernement central ou local ? Toutefois les normes ou l'autorisation à l'origine des actes ne sont pas mentionnées. Cela n'empêche pas les tribunaux de prendre dûment en compte ces comportements.

Dans le *Temple de Préah Vihéar*, la visite du Prince Damrong de 1930 correspond de deux côtés à un acte relevant du pouvoir discrétionnaire – interne et international – des États :

« À l'époque président de l'Institut royal du Siam et chargé de fonctions se rapportant à la bibliothèque nationale et aux monuments archéologiques. Cette visite, qui s'inscrivait dans le cadre d'une tournée archéologique accomplie par le prince avec l'autorisation du roi de Siam, a manifestement revêtu un caractère quasi officiel. À son arrivée à Préah Vihéar, le prince a été officiellement reçu, au nom du résident supérieur, par le résident français de la province adjacente du Cambodge, qui avait fait hisser les couleurs françaises »<sup>4635</sup>.

Le Prince est autorisé par le Roi du Siam à effectuer cette tournée. La situation est comparable à l'article 7 CVDT : l'autorité centrale de l'État donne une capacité officielle ou quasi officielle à des fins de représentation. Le droit pour un État de se faire représenter ou d'envoyer des émissaires découle de l'acquisition de la personnalité internationale, il peut être précisé dans des lois nationales, mais ce droit n'est pas problématique sur le plan international<sup>4636</sup>. La Cour peut donc se contenter de relever que la visite a été accomplie. Sur le plan interne, la Cour n'a pas à se préoccuper des conditions d'octroi de l'autorisation par le Roi, *l'essentiel étant que la visite n'ait pas été répudiée*. Du côté de la France et du Cambodge, le droit d'accueillir un représentant officiel et

<sup>4634</sup> *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 161-162 ; *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec.* 1953, pp. 66, 69 et 70.

<sup>4635</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 30.

<sup>4636</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 60-68. En droit Suisse par ex., la Loi fédérale sur la promotion de l'image de la Suisse à l'étranger (RS 194.1) prévoit notamment à son article 2 que : « [Le DFAE] peut confier l'exécution de tâches particulières à des tiers appartenant ou non à l'administration fédérale ; il en surveille l'accomplissement ». La norme juridique *existe*, mais n'a pas besoin d'être mentionnée dans l'arrêt.

d'organiser une visite découle du « protocole »<sup>4637</sup> (interne) et de l'acquisition de la personnalité internationale (droit d'entretenir des relations diplomatiques).

On pourrait multiplier les exemples pour les actes qui relèvent de la discrétion et des pouvoirs internationaux de l'État. Ce qu'il nous importe ici est de démontrer que le lien entre l'acte et la loi interne ou la norme internationale n'est pas nécessaire pour renforcer le comportement d'acquiescement. Le fait de déposer une demande auprès d'un tribunal international est un acte pertinent pour le comportement dans l'acquiescement. En droit international, cela correspond au *ius standi*<sup>4638</sup>, en droit suisse l'article 3 de l'Org DFAE<sup>4639</sup> est mobilisé. Une Cour se contente *d'enregistrer* le comportement.

*Cameroun c. Nigéria* nous met aux prises avec des comportements illicites. Le Nigéria cherchait l'acquiescement du Cameroun à un déplacement de son titre<sup>4640</sup>. Dans cette configuration de titre contre effectivités, le seuil probatoire de l'acquiescement est élevé, l'État à la recherche de l'acquiescement doit prouver de manière indubitable que le comportement de son rival indique l'acquiescement. L'acquiescement est rejeté et la Cour conclut son arrêt en passant en revue quelques comportements du Nigéria décrié par le Cameroun. Ce dernier présente les incursions militaires du Cameroun dans le territoire litigieux comme autant de violations du droit international (responsabilité internationale)<sup>4641</sup>. La Cour obvie :

« Du fait même du présent arrêt et de l'évacuation du territoire camerounais occupé par le Nigéria, le préjudice subi par le Cameroun en raison de l'occupation de son territoire aura en tout état de cause été suffisamment pris en compte. La Cour ne recherchera donc pas si et dans quelle mesure la responsabilité du Nigéria est engagée à l'égard du Cameroun du fait de cette occupation »<sup>4642</sup>.

<sup>4637</sup> En droit suisse, l'article 6, § 5, lit. d de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères (RS 172.211.1) prévoit que « [le Secrétariat d'État du DFAE] assure le service de protocole ».

<sup>4638</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., pp. 64-65.

<sup>4639</sup> « Le DFAE décide : [...] de la représentation de la Suisse devant des tribunaux internationaux et des organes de règlement des différends, sous réserve des compétences d'autres départements » (Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères, RS 172.211.1).

<sup>4640</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, CIJ, Rec. 2002, pp. 354-355, § 70.

<sup>4641</sup> *Ibid.*, pp. 451-453, §§ 311-324.

<sup>4642</sup> *Ibid.*, p. 452, § 319.

Elle obvie car les actes en cause étaient également susceptibles de constituer des effectivités qui auraient pu mener à l'acquiescement en faveur du Nigéria. Plus tôt dans l'arrêt, la Cour passe en revue les comportements effectués sur le territoire litigieux par le Nigéria et les classe comme des effectivités<sup>4643</sup>. Des actes illicites, car n'ayant pas été effectués sur un territoire dont il possédait la souveraineté, peuvent déboucher sur un acquiescement. En particulier, la Cour ne rejette pas la prise en compte de ces actes car ils violaient le droit international public<sup>4644</sup>.

L'incertitude juridique qui accompagne certaines situations d'acquiescement est bien marquée dans les *Pêcheries norvégiennes*<sup>4645</sup>. La question principale est celle de la légalité d'une méthode de délimitation appliquée par la Norvège (prétention). La Cour débute par établir l'existence ou l'absence d'une norme coutumière en la matière, puis détermine les conditions de constitution du régime spécial Norvégien. À ces deux stades du raisonnement, la position du Royaume-Uni et de la « communauté internationale » est confrontée à celle de la Norvège. Première confrontation : la règle des dix milles n'appartient pas aux normes coutumières, norme contre laquelle la Norvège s'est de toute manière opposée<sup>4646</sup>. Seconde confrontation, qui consacre une inversion des rôles : la Norvège a appliqué son propre système de manière constante, et ce sans se heurter à l'opposition des autres États<sup>4647</sup>. Prises globalement, ces deux phases donnent l'impression que la Norvège a pu se créer – grâce à ses comportements – un régime spécifique. Plus généralement encore, l'importance de l'opposition est soulignée dans les deux phases (en se détournant de la coutume à naître, la Norvège peut l'éviter ; si les États avaient objecté, le système norvégien aurait pu être rejeté). Bien que les actions ne soient pas principalement « simplifier » dans cette affaire (à part quelques saisies et admonestations)<sup>4648</sup>, son intérêt est de confirmer que des actes dont la licéité est floue, voire discutable, sont pris en compte dans le processus d'acquiescement.

<sup>4643</sup> *Ibid.*, pp. 351 et s.

<sup>4644</sup> La condition de la protestation marque d'ailleurs en creux le caractère illicite que certains comportements peuvent revêtir. Par ex. en cas de retard à demander des réparations – art. 45 TCDI.

<sup>4645</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 116.

<sup>4646</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>4647</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>4648</sup> *Ibid.*, p. 124.

L'arrêt *Droits de navigation* illustre encore que les premiers stades d'un acquiescement (ici, confondu avec une coutume bilatérale) peuvent être marqués par des actions « simpliciter » illicites en elles-mêmes<sup>4649</sup>. Suite à la conclusion d'un traité de 1858 interdisant toute forme de pêche dans le *San Juan*, le Nicaragua « tolère » tout de même la pêche de subsistance pratiquée par les riverains<sup>4650</sup>. Le comportement était certes accompli par des particuliers, il n'en demeure pas moins qu'il est attribuable au Costa Rica<sup>4651</sup>. Le Costa Rica bénéficie donc d'une coutume bilatérale fondée sur une longue pratique et l'absence d'une opposition renouvelée par le Nicaragua :

« Le 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 »<sup>4652</sup>.

Ce passage indique que l'opposition aurait pu être établie et faire obstacle à la pêche des riverains, cette dernière aurait alors été considérée comme une violation du traité de 1858.

La saisine d'une cour, d'un tribunal, la sélection des points soumis au jugement, de même que les pièces d'écriture et les plaidoiries peuvent constituer des actions « simpliciter » des États s'intégrant dans l'acquiescement. Certes ces actes sont disciplinés par les règles de procédures pertinentes sur le plan international<sup>4653</sup>, mais ce qui nous intéresse ici, c'est le fait que ces actions soient accomplies, la décision de les réaliser, et leur contenu. Dans *Droits de navigation*, le Costa Rica (demandeur) ne fait référence à la question de la pêche de subsistance qu'au stade du mémoire<sup>4654</sup>. Le contre-mémoire du Nicaragua rejette cette demande sur le fond, et ce n'est que dans la duplique qu'il soulève la question de la recevabilité<sup>4655</sup>. En ne protestant pas immédiatement dans son contre-mémoire, le Nicaragua a acquiescé. Le contre-mémoire et la duplique sont deux actions qui mobilisent le pouvoir discrétionnaire de l'État ainsi que

<sup>4649</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 213.

<sup>4650</sup> *Ibid.*, p. 263, § 135 (interdiction par le traité) ; p. 265, § 140 (tolérance).

<sup>4651</sup> Les comportements des particuliers ne font qu'indiquer comment l'État met en œuvre le traité.

<sup>4652</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 266, § 141.

<sup>4653</sup> Voy. par ex. la référence à la condition du différend de l'article 40, § 1 SCLJ (*ibid.*, p. 264, § 137).

<sup>4654</sup> *Ibid.*, p. 263, § 135.

<sup>4655</sup> *Ibid.*



les prérogatives internationales dont il dispose (*ius standi*). La recevabilité de la demande s'ancre ainsi dans les comportements des parties.

(v) *Les activités discrétionnaires*

La question de la compétence d'une cour se résout habituellement par une acceptation expresse (art. 36 SCIJ), mais il existe d'autres voies pour satisfaire à cette condition (*forum prorogatum* : art. 38, § 5 Règlement SCIJ<sup>4656</sup>). Dans cette hypothèse, un État peut *explicitement* déclarer qu'il accepte de participer à la procédure devant la Cour<sup>4657</sup>. Ce faisant, il est important de noter que l'État prend alors soin de limiter la portée de son acte (l'acceptation est ponctuelle, elle ne produit pas d'effets pour l'avenir)<sup>4658</sup> et que la Cour elle-même présente la dynamique des comportements des deux États comme des *actes*<sup>4659</sup>. Mais cette acceptation peut aussi résulter d'un acquiescement : en présentant des arguments sur le fond, en étant présent lors des audiences, l'État accomplit des comportements discrétionnaires qui indiquent son acceptation de la compétence d'une cour<sup>4660</sup>.

La discrétion dans l'accomplissement des actes n'est pas que le propre des États. Les organisations internationales, et en particulier certains de leurs organes (directrice ; comité exécutif) disposent d'une marge de manœuvre dans la conduite de l'institution. Les actes qui résultent de la conduite de l'OI au jour le jour peuvent finir par lier les membres et

<sup>4656</sup> « Lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'État contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet État. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'État contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire ».

<sup>4657</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., p. 936 et la déclaration de la France dans *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, 4 juin 2008, CIJ, Rec. 2008, p. 209, §§ 76-77.

<sup>4658</sup> L'État ménage sa discrétion pour l'avenir : *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Exceptions préliminaires, 25 mars 1948, CIJ, Rec. 1948, p. 28 : « Le Gouvernement albanais désire souligner que son acceptation de la juridiction de la Cour dans l'affaire présente ne peut pas constituer un précédent pour l'avenir. [...] il est manifeste que la réserve [que l'acceptation] énonce ne vise qu'à maintenir un principe et à empêcher la création d'un précédent pour l'avenir. C'est non pour la présente instance, mais afin de réserver sa complète liberté de décision pour l'avenir que le Gouvernement albanais fait ses réserves [...] ».

<sup>4659</sup> *Ibid.* : « Au surplus, rien ne s'oppose à ce que, comme dans le cas présent, l'acceptation de la juridiction, au lieu de se réaliser conjointement, par un compromis préalable, se fasse par deux actes séparés et successifs » (nos italiques).

<sup>4660</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., p. 936.

infléchir le partage des compétences<sup>4661</sup>. C'est sous l'égide du principe – téléologique – des compétences implicites ainsi que de la coutume institutionnelle<sup>4662</sup> que ces actes prendraient place, plutôt que de se rattacher à une disposition particulière d'un traité constitutif. En dehors de ce cas épineux, la marge discrétionnaire dans la conduite de l'OI peut aussi être exercée envers les fonctionnaires travaillant pour l'OI. La jurisprudence du TAOIT est instructive à cet égard : les actes discrétionnaires des Directeurs et Directrices de l'OI peuvent constituer des comportements qui pavent la voie à l'acquiescement<sup>4663</sup>.

Dans *V. c. UNESCO*, un acte discrétionnaire d'un DG avait eu pour effet d'accorder une protection à la recourante. Celle-ci prétendait à sa réintégration au sein de l'OI et obtint cette mesure<sup>4664</sup>. L'acte du DG s'analyse comme une action « simpliciter » de l'OI, cette action a pour effet de faire droit à la prétention de la recourante et constitue pleinement un comportement dans l'acquiescement. Le TAOIT avait ainsi considéré que l'OI n'était pas en droit d'annuler la réintégration, même si celle-ci avait été décidée *ultra vires* par le DG<sup>4665</sup>.

#### (vi) *Les activités des particuliers*

Des actes accomplis par des particuliers peuvent-ils être valorisés en tant que comportement dans un acquiescement interétatique ? L'écrasante majorité de ces cas appartient au domaine des différends territoriaux. La liaison entre les comportements des particuliers (actions simpliciter ; mise en œuvre d'une loi/norme) s'opère si ces derniers sont réputés agir au nom et pour le compte de l'État, et ce comme un prolongement de la souveraineté de l'État.

La règle et son exception sont notamment énoncées dans *Indonésie c. Malaise* :

« L'Indonésie déclare pour finir que les eaux entourant Ligitan et Sipadan ont traditionnellement été utilisées par des pêcheurs indonésiens. Toutefois, la Cour fera observer que les activités de personnes

<sup>4661</sup> Cf. la relation entre les compétences de l'UE et les membres. Un silence des membres face à une augmentation des compétences (un débordement) peut déboucher sur l'acquiescement. De manière générale : L. AZOULAI (éd.), *The question of competence in the European Union*, New York, OUP, 2014, 296 p. et *supra*, Ch. 5.I.B – « L'organisation internationale ».

<sup>4662</sup> G. CAHIN, *La Coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, 782 p.

<sup>4663</sup> Cf. Ch. 5.I.B (« L'organisation internationale ») et 5.I.C.3 (« Les personnes physiques »).

<sup>4664</sup> *Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3942, pp. 1-2.

<sup>4665</sup> *Ibid.*, p. 8, § 8.

privées ne sauraient être considérées comme des effectivités si elles ne se fondent pas sur une réglementation officielle ou ne se déroulent pas sous le contrôle de l'autorité publique »<sup>4666</sup>.

Les actes de privés ne sont pris en compte que s'ils s'inscrivent dans, et prolongent, l'intention de l'État d'agir à titre de souverain<sup>4667</sup>. Dans *Érythrée/Yémen*, une activité de pêche privée aux racines anciennes et d'une grande importance pour la population locale était alléguée :

« However it does not constitute evidence of effectivités for the simple reason that none of these functions are acts à titre de souverain. For state activity capable of establishing a claim for sovereignty, the Tribunal must look to the state licensing and enforcement activities concerning fishing described above »<sup>4668</sup>.

Le contrôle exercé par l'État sur l'activité des privés peut se manifester de deux manières. Soit par l'existence d'une réglementation applicable à l'activité visée (« licensing », « réglementation officielle » ; on tombe alors dans les catégories « 1 » et « 2 »). Soit par l'exercice d'actes de la part de l'État sur les privés (« enforcement activities » ; « contrôle de l'autorité publique »). Ces actes de contrôle peuvent découler d'une loi interne, voire d'une norme internationale (les catégories « 1 », « 1 bis », « 2 », et « 2 bis » sont pertinentes).

Toutefois les actes qui expriment le contrôle peuvent aussi être exercés à titre discrétionnaire par l'État, ou tout simplement le tribunal ne fait pas mention du lien entre actes et pouvoir réglementaire : dans ces deux cas les activités des particuliers sont appréhendées comme des actions « simpliciter ». Ainsi de *Grisbadarna* : le « contrôle » exercé par la Suède sur ses particuliers n'est pas spécifié<sup>4669</sup> :

« CONSIDÉRANT qu'une démarcation qui attribue les *Grisbadarna* à la Suède se trouve appuyée par l'ensemble de plusieurs circonstances de fait, qui ont été relevées au cours des débats, et dont les principales sont les suivantes : a) la circonstance que la pêche aux homards aux bas-fonds de *Grisbadarna* a été exercée depuis un temps bien plus reculé, dans une bien plus large mesure et avec un bien plus grand nombre de pêcheurs par les ressortissants de la Suède que par ceux de la Norvège [...] »<sup>4670</sup>.

<sup>4666</sup> *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 683, § 140.

<sup>4667</sup> *Ibid.*, p. 683, § 141.

<sup>4668</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 284.

<sup>4669</sup> *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 162.

<sup>4670</sup> *Ibid.*, p. 161.

Le second point du considérant portait sur les mesures d'aides à la navigation apportées par la Suède <sup>4671</sup>. Les actes des particuliers, bien que d'une origine plus ancienne, s'inscrivaient dans une attitude concordante de souveraineté à l'égard de l'espace maritime. En présentant simplement l'activité des particuliers comme pertinente pour la résolution du cas, le tribunal en fait des actions « simplifier », considérées en elles-mêmes et pour elles-mêmes, sans égard à un éventuel cadre légal et à leur validité <sup>4672</sup>.

Dans le cadre de la pratique subséquente à un traité de frontière, les actes des privés doivent aussi être accomplis à titre de souverain <sup>4673</sup>. Il ne s'agit plus d'actions « simplifier » puisqu'un lien est établi entre le traité et l'interprétation donnée par les actes de mise en œuvre des particuliers. La pratique subséquente peut aussi valoir *modification* du traité, dans ce cas les actes des particuliers sont des actions indépendantes du traité (puisqu'elles peuvent même le contredire). Hors du cadre territorial, l'affaire des *Services aériens* offre un exemple <sup>4674</sup>. L'accord aérien conclu entre la France et les États-Unis ne prévoyait à l'origine pas de desserte pour Téhéran <sup>4675</sup>. Cependant, les autorités françaises autorisèrent cette desserte aux États-Unis en 1955, et ce en dehors des dispositions de l'accord :

« This authorization did not signify the abandonment of the position of principle, that it was not by virtue of a right deriving from the 1946 Agreement that the Tehran service was allowed, but only by virtue of the authorization itself [...] » <sup>4676</sup>.

La desserte fut ensuite constamment utilisée par la compagnie privée américaine PAA <sup>4677</sup>.

L'autorisation de 1955 est soit un accord tacite, soit une réaction à la prétention américaine <sup>4678</sup>. La sentence peut se concilier avec les deux options. En fonction de la voie choisie, le résultat est de se placer sous

<sup>4671</sup> *Ibid.*, pp. 161-162.

<sup>4672</sup> Le cas de *Grisbadarna* est difficile, son adéquation aux critères d'*Indonésie c. Malaisie* est imparfaite. Cependant, il manifeste le degré le plus pur d'une action « simplifier », qui est prise en compte dans l'acquiescement car elle concorde avec la prétention d'un État.

<sup>4673</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, pp. 1094-1095, §§ 74-75.

<sup>4674</sup> *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.

<sup>4675</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>4676</sup> *Ibid.*, pp. 65-66.

<sup>4677</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>4678</sup> *Ibid.*, p. 65.

l'égide des catégories de la pratique subséquente, soit de suivre la voie d'une action « simpliciter » de l'État<sup>4679</sup>. Cette différence a pour conséquence de valoriser différemment la poursuite des vols par la PAA. Avec la première option, il s'agit de la mise en œuvre de l'accord par des particuliers (les vols de la compagnie aérienne sont une pratique subséquente à l'accord). Avec la seconde, ces vols participent à l'acquiescement et indiquent dans quel sens s'est orienté le comportement des parties. Dans la seconde option, les vols accomplis par les privés sont des actions « simpliciter » qui concordent avec la prétention de l'État à la desserte de Téhéran sans forcément en dépendre<sup>4680</sup>. Grâce à cette concordance, les actions peuvent être prises en compte, de manière analogue à ce que l'on constate dans *Grisbadarna*. D'autre part, les circonstances requièrent presque nécessairement des comportements accomplis par des privés : les accords aériens sont conclus entre États mais profitent aux compagnies privées.

(vii) *Des activités purement internes participant à l'acquiescement*

Les actions « simpliciter » suscitent une dernière interrogation : est-ce que des actes purement internes peuvent relever de cette catégorie ? Notre réponse est positive car des comportements accomplis par des privés (telles que des disparitions forcées) peuvent être pris en considération pour déterminer dans quelle mesure un État a acquiescé par son comportement à la commission d'un illicite international. Pour nous en convaincre, nous pouvons renvoyer à une analyse de l'affaire du *Massacre de Mapiripán* :

« Notwithstanding their knowledge of the presence of the AUC [*Autodefensas Unidas de Colombia*] in Mapiripán and of the attack against the lives of the inhabitants of the village, the Colombian authorities remained completely passive. [...] the Court found the existence of the international responsibility

<sup>4679</sup> Quel est l'enjeu de cette distinction ? Dans la majorité des cas, acquiescement et pratique subséquente se confondent. Toutefois, la pratique subséquente peut être difficile à réaliser car une petite mesure de dissonance dans le comportement des parties suffit à la rejeter (*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 ; § 70 ; § 74).

<sup>4680</sup> Dans ce sens : les autorités françaises ne prennent pas la peine de rappeler à la PAA la limite de l'autorisation, comme si ces autorités détachaient les échanges de 1955 avec les États-Unis de la desserte de Téhéran par la PAA dans les années successives. « Neither at the time when it periodically transmitted its timetables, nor when the capacity on the line was increased (three services in 1957, four in 1959), did PAA receive any reminder from the French authorities of the temporary nature of the authorization granted » (*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. 66).

of Colombia with regard to both positive actions and omissions committed by State agents, *who acted together with private individuals in order to perpetrate the massacre* »<sup>4681</sup>.

La question des comportements internes accomplis par des privés est reliée à celle de la connaissance réelle ou présumée de l'État<sup>4682</sup>. Les atrocités commises par les particuliers (actions « simplifier ») sont mises en résonance avec la passivité de l'État (omission). L'activité purement interne de particuliers peut servir de « fait catalyseur »<sup>4683</sup> à l'acquiescement de l'État.

À un niveau de réflexion plus général, l'État doit « répondre » des événements qui surviennent sur son territoire. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ résume ainsi la position de l'État :

« Le contrôle territorial exclusif exercé par l'État dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance [de tout fait illicite perpétré sur son territoire] »<sup>4684</sup>.

Ce contrôle s'étend évidemment aux actes accomplis par des particuliers (actions « simplifier ») qui seraient valorisables dans le cadre d'un acquiescement. À charge pour l'État de se distancier ou d'empêcher ces actes pour ne pas subir un acquiescement, ou au contraire de les corroborer par une attitude étatique convergente afin de bénéficier de l'acquiescement. Finalement, peu importe que les actions « simplifier » soient à vocation interne ou internationale, ce qui compte c'est qu'elles soient susceptibles d'être prises dans les rets d'une institution internationale, en l'occurrence de l'acquiescement.

<sup>4681</sup> T. SCOVAZZI et G. CITRONI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, op. cit., pp. 171-172, nos italiques (*Masacre de Mapiripán v. Colombia*, CIADH, Jugement, 15 septembre 2005, Sér. C, n° 134).

<sup>4682</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.IV.D.4 – « La connaissance codifiée ».

<sup>4683</sup> *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence, 16 novembre 1925, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. IV, p. 86. La CDI indique que : « Le comportement de personnes privées n'est pas en tant que tel attribuable à l'État. [...] Mais les différentes règles d'attribution énoncées dans le chapitre II ont un effet cumulatif, de telle manière qu'un État peut être responsable des effets du comportement d'entités privées s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ces effets » : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, pp. 84-85, §§ 3 et 4, nos italiques.

<sup>4684</sup> *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt (fond), 9 avril 1949, CIJ, *Rec.* 1949, p. 18.

b. *Comparaison avec la classification de Martin-Bidou*

(i) *Une division différente mais compatible*

Cette *summa divisio* entre, d'une part, les actions liées à des lois, sources, et/ou leur mise en œuvre respective et, d'autre part, les actions « simpliciter » constitue une première étape du raisonnement. Examinons la classification établie par Martin-Bidou afin de la confronter à cette bipartition :

|     |                                                                      |           |
|-----|----------------------------------------------------------------------|-----------|
| § 1 | <b>Les comportements étatiques</b>                                   | pp. 39-47 |
| 1.  | Les actes purement internes                                          | p. 41     |
| 2.  | Actes agissant dans un cadre international                           | p. 42     |
| SN  | <i>En matière juridictionnelle</i>                                   | pp. 44-45 |
| SN  | <i>L'acquiescement peut être déduit des dispositions d'un traité</i> | pp. 45-47 |
| § 2 | <b>Les déclarations</b>                                              | pp. 47-53 |
| 1.  | Les déclarations verbales                                            | p. 47     |
| 2.  | Les déclarations écrites                                             | p. 50     |
| SN  | <i>En matière juridictionnelle</i>                                   | pp. 51-52 |
| SN  | <i>L'acquiescement exprès</i>                                        | pp. 52-53 |

D'emblée, une grande analogie saute aux yeux. Comme Martin-Bidou, et de la même manière qu'elle<sup>4685</sup>, nous discriminons les actes à portée interne et internationale. Derrière le sous-titre « en matière juridictionnelle » (§ 1.2.) se cache l'hypothèse globale du *forum prorogatum* : le comportement de l'État en matière de procédure (choix de soumettre une affaire) et en cours de procédure (procéder au fond, sans réserve)<sup>4686</sup>. Pour notre part ce cas relève des actions « simpliciter » de l'État, sous

<sup>4685</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, Thèse, *op. cit.*, pp. 39-44.

<sup>4686</sup> *Ibid.*, pp. 44-45.

forme de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. L'affaire des *Zones franches* est évoquée derrière le sous-titre « L'acquiescement peut être déduit des dispositions d'un traité » (§ 1.2.SN). L'idée fondamentale est celle rencontrée dans notre catégorie « 2 *bis* » : un acte international (tel un traité) constitue un comportement pertinent dans le cadre d'un acquiescement. Globalement, la typologie du § 1 recouvre et peut être distribuée sur les catégories que nous avons précédemment identifiées.

Sous le point § 2 – « Les déclarations », on retrouve des considérations analogues à celles exposées au sujet des actions « simplifier » ou parfois de la mise en œuvre d'un pouvoir interne (les catégories 1, 2 et la jurisprudence citée y sont le plus pertinentes)<sup>4687</sup>, voire international (catégories 1 *bis* ou 2 *bis*). Les déclarations verbales ou écrites peuvent *témoigner* d'un acquiescement. Elles émanent nécessairement d'un organe de l'État ou de l'OI pour pouvoir être prises en compte<sup>4688</sup>.

Plus bas dans la hiérarchie, Martin-Bidou distingue les déclarations écrites « en matière juridictionnelle » et « l'acquiescement exprès » (§ 2.2.SN). Nous nous détachons de cette dernière classification ; les actes évoqués dans les deux sous-titres ne constituent pas pour nous des acquiescements, mais des consentements exprès. Les exemples respectifs donnés sont ceux de l'acceptation de la compétence de la CIJ par l'Albanie dans *Détroit de Corfou* et de l'acquiescement suisse dans *Zones franches*<sup>4689</sup>.

La classification de cette auteure présente un degré élevé de cohérence, elle parvient à corseter le réel dans un plan rigoureusement binaire. Cette grille d'analyse différente est parfaitement

<sup>4687</sup> Pour les déclarations écrites, les échanges entre fonctionnaires et organes étatiques sont pertinents, voy. par ex. : *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec. 2020*, pp. 324 et s. (acquiescement refusé) ; *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, exceptions préliminaires, 26 novembre 1957, CIJ, *Rec. 1957*, pp. 138 et s. (déclarations des officiers supérieurs britanniques et portugais) ; et bien sûr la lettre Hoffmann écrite lors de son échange avec son homologue américain (*Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, pp. 307-308, §§ 139-140).

<sup>4688</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, Thèse, *op. cit.*, pp. 47-51.

<sup>4689</sup> *Ibid.*, pp. 52-53 ; *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Exceptions préliminaires, 25 mars 1948, CIJ, *Rec. 1948*, p. 28 ; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt, 7 juin 1932, CPJI, *Série A/B*, n° 46, pp. 128-129, pp. 141 et s., p. 169. Dans cette dernière affaire, la Suisse déclare explicitement « acquiescer » (*ibid.*, p. 128). Il s'agit d'un emploi malheureux de ce terme, qu'il faudrait remplacer par « consentir » ou « accepter ». L'acquiescement suisse signifie qu'elle « fait droit » à une partie des demandes de la France.



valable en soi car elle s'axe sur une préoccupation étrangère à notre propos, à savoir la conceptualisation de l'acquiescement comme un *acte* juridique. L'adéquation acquiescement – acte juridique est limpide dans la section § 2.2., dont nous nous éloignons puisqu'elle est incompatible avec notre conceptualisation de l'acquiescement en tant que *fait* juridique. Passé cet important clivage, nous constatons que cette classification ne fait pas éclater la nôtre ; il y a là deux manières concurrentes de s'approprier le réel.

(ii) *L'addition de la partition explicite/implicite comme modalité finale des activités*

En plus de la différence acte/fait juridique, deux autres partitions sont confrontées dans nos classifications respectives. Pour nous, certaines déclarations et comportements peuvent être ramenés à la mise en œuvre d'une loi interne ou d'une norme internationale. Cette première perspective n'est présente qu'implicitement chez Martin-Bidou. Plus importante et manquante dans notre classification est la partition entre acte *implicite* (comportement, § 1) et acte *explicite* (déclaration, § 2). Martin-Bidou ne l'aborde pas en tant que telle, mais cette partition est bien présente dans son raisonnement plutôt que dans les titres des sections. Elle donne ainsi le *forum prorogatum* au sens strict comme exemple de comportement en matière juridictionnelle et l'acceptation écrite comme exemple de déclaration en matière juridictionnelle <sup>4690</sup>.

Ce binôme actions explicites/implicites fait-il éclater notre classification ? Ici, le label d'« explicite », s'attacherait à la forme écrite ou orale ; celui d'« implicite » au comportement. Ce binôme est dans une grande partie compatible avec notre classification ; les actes oraux, écrits et les actions peuvent s'insérer dans chacune des catégories esquissées. La limite pour nous – et par rapport à Martin-Bidou – est que l'acquiescement n'inclut pas des actes d'acceptations expresses ou de consentement. Un État qui déclare « acquiescer » commet une faute de langage : il consent, il accepte, il fait droit à une prétention. Cette différence ne signifie pas que l'acquiescement ne peut *pas* être construit autour d'actes exprès, mais *lui-même* n'en est pas un. On peut parfaitement *extraire* un acquiescement du jeu de déclarations orales et écrites émises par deux États !

<sup>4690</sup> *Ibid.*, pp. 44 (*forum prorogatum*) et 51 (acceptation écrite).

Revenons à nos classifications afin d'illustrer comment le binôme explicite/implicite s'y conjugue. Dans les typologies « 1 » et « 2 », l'édiction d'une loi interne est nécessairement un acte explicite. Par contre sa mise en œuvre peut être aussi bien explicite qu'implicite : une déclaration écrite ou verbale, par exemple de constatation d'illicéité peut résulter de la loi. Mais la loi peut aussi donner lieu à une mise en œuvre sous la forme d'un comportement de l'État qui ne s'accompagne pas d'un discours.

Le binôme explicite/implicite ne constitue que la *modalité finale* des actions de l'acquiescement. La mise en œuvre d'une loi peut donner lieu à une mise en œuvre explicite (comme une revendication de souveraineté par une déclaration), mais aussi implicite (comme la collecte d'impôts sur le territoire litigieux). Si l'édiction d'une loi ou norme est en principe explicite, ce n'est pas toujours le cas : dans la catégorie « 2 bis », la norme internationale peut être un accord tacite ou une coutume bilatérale, qui par essence se crée de manière tacite. Quant aux actions « simplifier », elles peuvent être aussi bien explicites qu'implicites. Dans une allocution publique de 1978, le ministre marocain des Affaires étrangères a « [r]éaffirmé la position de son pays au sujet des présides espagnols de Ceuta et Melilla, et déclaré que le Maroc n'aurait pas totalement recouvré son intégrité territoriale tant qu'il n'aurait pas rétabli sa souveraineté sur ces enclaves » <sup>4691</sup>.

Cette action « simplifier » est on ne saurait plus explicite (forme verbale). Le stationnement de troupes sur un territoire litigieux serait au contraire une action « simplifier » implicite (comportement non accompagné d'une déclaration).

Le binôme explicite/implicite est une *modalité* qui se surajoute et termine chaque typologie d'actions précédemment identifiées <sup>4692</sup>. Cette intuition de la différence entre actions explicites et implicites soubasse les parties précédentes <sup>4693</sup>.

L'approche « légaliste/normative » prônée a pour avantage de fonctionner en s'appuyant sur le présupposé de la *rule of law* (tant dans sa dimension interne qu'internationale) et d'établir une cascade entre les actions qui sont liées à une loi, ou non. La catégorie des lois/normes et de leur mise en œuvre est prioritaire, car plus

<sup>4691</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 259, § 137.

<sup>4692</sup> Voy. le tableau *supra* (B.1.a.iii).

<sup>4693</sup> Voy. par ex. nos développements *supra*, Ch. 5.III.B.

englobante. La catégorie des actions « simpliciter » est subsidiaire, son attrait est sa capacité à accueillir les actions qui échappent à la première catégorie. Comme la thèse de Martin-Bidou le démontre, d'autres découpages du réel sont bien sûr possibles.

c. *Les cartes*

Traditionnellement, la question des cartes appartient aux différends territoriaux et à la distinction entre titre-preuve et titre-source. La doctrine et la jurisprudence ont élaboré une grille d'analyse précise pour établir leur valeur<sup>4694</sup>. La carte incorporée dans un traité, résultante des négociations des parties, constitue un titre-source ; la carte utilisée en tant que comportement est d'une importance limitée, il s'agit d'un titre-preuve :

« La carte peut corroborer “positivement” le titre-source, peut l'appuyer tout en n'ayant pas de force probante *per se*. C'est-à-dire qu'elle ne peut pas infirmer le titre-source (donc *in negativo*), mais elle ne peut intervenir que pour le prouver (*in positivo*) »<sup>4695</sup>.

La carte de l'Annexe I de l'affaire du *Temple* correspondrait à un titre-source<sup>4696</sup>. Dans la jurisprudence, le rôle subsidiaire des cartes comme titre-preuve est marqué par la place de leur évocation, bien souvent dans une section séparée et après les considérations fondamentales d'une recherche de titre-source<sup>4697</sup>.

Cependant, et du point de vue de l'acquiescement, la carte de l'Annexe I constitue la prétention initiale, c'est-à-dire le point de départ de la période d'acquiescement. La commande de jeux supplémentaires de cartes, leur diffusion, ainsi que l'emploi de ces cartes sur le plan interne et international illustrent les catégories précédemment énumérées (des actions “simpliciter” pour la plupart ; ou des mises en oeuvre de lois internes)<sup>4698</sup>.

<sup>4694</sup> Voy. : G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., pp. 340-341 ; M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, op. cit., pp. 112-113 et la jurisprudence y citée. De manière plus générale : W. T. WORSTER, « The Frailties of Maps as Evidence in International Law », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, 2018, pp. 570-589.

<sup>4695</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., p. 341 (les italiques correspondent à des soulignements dans l'original). Voy. : *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, Rec. 1986, p. 583, § 56.

<sup>4696</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., p. 340.

<sup>4697</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, Rec. 2012, pp. 660-662, §§ 96-102.

<sup>4698</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, Rec. 1962, pp. 23-32.

En somme, « l'approche cartographique » des différends territoriaux et de l'acquiescement est différente. Les cartes possèdent soit une valeur intrinsèque (titre-source), soit une valeur probante (titre-preuve) dans le droit territorial<sup>4699</sup> alors qu'elles constituent des actions dans le cadre de l'acquiescement. La spécialisation du traitement des cartes s'explique par différents facteurs ; une prédilection pour les traités, le souci d'éviter des preuves fabriquées<sup>4700</sup>, la nécessité de discriminer dans un matériel à examiner volumineux, la liberté d'appréciation des preuves<sup>4701</sup>, mais aussi et peut-être le succès imprévu de considérants qui étaient avant tout destinés au cadre de la décolonisation<sup>4702</sup>. Force est de constater que l'acquiescement ne s'attache pas à la différence entre titre-source et titre-preuve. Cependant, les liens tissés par l'acquiescement avec le domaine territorial sont complexes puisqu'il constitue lui-même un titre-source ou un titre-preuve<sup>4703</sup> !

Quelles sont les conséquences de ces considérations pour les cartes ? Il serait possible de réaménager les très autoritaires §§ 54 et 56 de *Burkina-Faso c. Mali*<sup>4704</sup> en les ouvrant au cas

<sup>4699</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., pp. 340-341 ; M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, op. cit., pp. 112-113. Pour l'opposition valeur intrinsèque/extrinsèque : « La Chambre peut se borner au stade actuel de son raisonnement à formuler un principe. En matière de délimitation de frontières ou de conflit territorial international, les cartes ne sont que de simples indications, plus ou moins exactes selon les cas ; elles ne constituent jamais – à elles seules et du seul fait de leur existence – un titre territorial, c'est-à-dire un document auquel le droit international confère une valeur juridique intrinsèque aux fins de l'établissement des droits territoriaux. Certes, dans quelques cas, les cartes peuvent acquérir une telle valeur juridique mais cette valeur ne découle pas alors de leurs seules qualités intrinsèques : elle résulte de ce que ces cartes ont été intégrées parmi les éléments qui constituent l'expression de la volonté de l'État ou des États concernés. Ainsi en va-t-il, par exemple, lorsque des cartes sont annexées à un texte officiel dont elles font partie intégrante. En dehors de cette hypothèse clairement définie, les cartes ne sont que des éléments de preuve extrinsèques, plus ou moins fiables, plus ou moins suspects, auxquels il peut être fait appel, parmi d'autres éléments de preuve de nature circonstancielle, pour établir ou reconstituer la matérialité des faits » (*Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, Rec. 1986, p. 582, § 54. Voy. aussi *ibid.*, p. 583, § 56).

<sup>4700</sup> W. M. REISMANN et Ch. SKINNER, *Fraudulent Evidence before Public International Tribunals*, Cambridge, CUP, 2014, Chapitre 8 : « *Qatar v. Bahrain*: massive forgeries » (pp. 163-192 et spécialement les pp. 183-185 au sujet des cartes).

<sup>4701</sup> H. AUFRICHT, « Extrinsic Evidence in International Law », *Cornell Law Review*, vol. 35 (2), 1950, p. 348.

<sup>4702</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, Rec. 1986, pp. 582-583, §§ 84-86. Le considérant a ensuite essaimé dans tout le droit du différend territorial.

<sup>4703</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., pp. 175-181 ; M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, op. cit., p. 139, § 322 ; p. 152, § 387 ; p. 252, §§ 45 et s.

<sup>4704</sup> Le considérant du § 54 est reproduit *supra*, en note 4700. Le considérant du § 56 récite : « Hormis l'hypothèse où elles ont été intégrées parmi les éléments qui constituent

suivant : quid d'une carte valorisée en tant que comportement d'un acquiescement, ce dernier constituant lui-même un titre-source dans le différend territorial ? Ces réflexions ont de quoi donner le vertige, la valeur des cartes ne s'apprécierait plus du point de vue de l'arsenal juridique territorial, mais de celui de l'acquiescement<sup>4705</sup>. Et du point de vue de l'acquiescement, ce qui compte pour la carte, ce n'est pas sa valeur intrinsèque ou extrinsèque, c'est la réaction qu'elle a pu susciter, la manière dont les parties s'en sont emparées<sup>4706</sup>. Une carte peut être la mise en œuvre d'une loi, d'une norme<sup>4707</sup>, ou constituer une action « simplifier ». Dans l'affaire du *Temple*, les actions de la Thaïlande indiquent un acquiescement via une utilisation interne et internationale de la carte de l'Annexe I<sup>4708</sup>. Si un État ne réagit pas durant de nombreuses années à la publication par son adversaire d'une carte (action), diffusée et connue, qui lui est défavorable, il y a là aussi un sérieux indice d'acquiescement. À l'exception de traces allant dans le sens de notre argumentation, par exemple dans les sentences arbitrales entre l'Érythrée et le Yémen (1998)<sup>4709</sup>, et entre l'Érythrée et l'Éthiopie (2002)<sup>4710</sup>, l'usage des cartes que nous postulons est resté discret

---

l'expression de la volonté de l'État les cartes ne peuvent à elles seules être considérées comme des preuves d'une frontière car elles constitueraient dans ce cas une présomption irréfragable, équivalant en réalité à un titre juridique. Elles n'ont de valeur que comme preuves à caractère auxiliaire ou confirmatif, ce qui exclut également la possibilité de leur conférer la qualité de présomptions *juris tantum* ou réfragables, ayant pour effet de renverser le fardeau de la preuve » (*Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, p. 583, § 56).

<sup>4705</sup> Ce point de vue est compatible avec l'analyse de l'acquiescement développée par M. G. KOHEN (*Possession contestée et souveraineté territoriale*, op. cit., p. 139, § 322).

<sup>4706</sup> Voy. A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 223-229.

<sup>4707</sup> La production d'une carte en cours d'acquiescement correspond aux catégories « 2 » et « 2 bis », la prise en considération de la carte est facilitée dans ces cas.

<sup>4708</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 23-32.

<sup>4709</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, pp. 295 et s., voy. spéc. § 387 situé dans une section intitulée *Admissions against interests* : « On its part, Eritrea asserts as well that Yemen has authorized the production of maps that can be interpreted against its interest, including a map published in 1975 which clearly appears to ascribe the Islands to Ethiopia ».

<sup>4710</sup> *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 85, pp. 113-116 ; pp. 171-172 (les cartes dans la pratique subséquente) et spéc. le § 3.2.8. : « As regards the State adversely affected by the map, a disclaimer cannot be assumed to relieve it of the need that might otherwise exist for it to protest against the representation of the feature in question. Nor does the disclaimer (whatever may be its legal effect on the content of the map) neutralize the fact that that State itself published the map in question. The need for reaction will

dans la jurisprudence. La présentation d'une carte a généralement pour effet de polariser le raisonnement juridique dans la direction des considérations territoriales et d'exclure l'acquiescement.

2. *Omission : appréhender et ordonner le néant (silence, abstention, inaction)*

Le couple action/omission doit pouvoir représenter l'ensemble des comportements de l'État accomplis dans le cadre de l'acquiescement. Dans l'action, nous avons étudié les différentes formes que l'expression de l'État pouvait prendre. Dans l'omission, c'est paradoxalement un manque que nous devons passer au crible. Avec une certaine tradition philosophique, nous pouvons sereinement affirmer que le néant absolu est dépourvu d'existence<sup>4711</sup>. Ériger des bornes autour du néant, c'est lui donner corps, c'est le dénaturer en en faisant la pièce manquante d'une tapisserie – et c'est bien cette approche qui seule permet de concevoir le « néant ». En droit, cette conceptualisation se traduit par l'identification d'un manque, d'un comportement que l'État n'a pas accompli, d'une réaction qu'il aurait dû avoir. C'est par et grâce à des bornes juridiques (droits, devoirs) que l'on identifie le manque dans l'action d'un État.

Dans l'acquiescement, ces bornes correspondent – entre autres – à la prétention et son contenu, à la connaissance, à la charge de réagir, à la comparaison du comportement adopté concrètement avec celui qui aurait permis d'éviter l'acquiescement (protestation), et aux prescriptions juridiques (conventions ; coutumes) du domaine où intervient l'acquiescement. L'acquiescement procède par la comparaison du réel avec l'idéal, il évalue le comportement de l'État à cette aune : la charge de réagir et la *due diligence* sont capitales pour encadrer une omission<sup>4712</sup>. La comparaison prend également d'autres formes, comme l'examen du moment et du contenu, de la force de la protestation qui aurait été nécessaire. Le domaine juridique de la prétention influence également cette identification : dans la pratique subséquente ou dans la coutume,

---

depend upon the character of the map and the significance of the feature represented. The map still stands as a statement of geographical fact, especially when the State adversely affected has itself produced and disseminated it, even against its own interest. The disclaimers may influence the decision about the weight to be assigned to the map, but they do not exclude its admissibility ». Ce passage fait écho à la dynamique de l'acquiescement et ressemble par son déroulement aux événements du *Temple de Préah Vihear*.

<sup>4711</sup> E. GILSON, *L'être et l'essence*, Paris, Vrin, 2008, pp. 257 et s. (en référence notamment à Parménide).

<sup>4712</sup> Sur ces notions, cf. not. Ch. 5.IV.D – « La connaissance présumée ».

face à un titre territorial ou en son absence, le seuil de réalisation de l'acquiescement diffère. Ce sont tant des facteurs internes à l'acquiescement (ses conditions, la charge de réagir) que des facteurs externes (le domaine juridique où l'acquiescement s'inscrit), qui permettent de construire un manque.

Notre questionnement prendra une forme différente que pour l'action, dans laquelle on visait à préparer une grille exhaustive de comportements, susceptible d'accueillir tous les cas de figure. Nous souscrivons ici à une catégorie unique, sans cloisons ni cascades entre des types d'omissions : toute omission doit pouvoir être mise en relation avec une norme juridique. *L'omission n'est telle qu'en raison d'une norme préexistante*. Cette norme peut découler des conditions de l'acquiescement elles-mêmes (existence d'une charge de réagir en raison des circonstances)<sup>4713</sup> ou d'une source (principe ; coutume ; traité). Une combinaison de ces deux facteurs est possible.

Des distinctions ultérieures sont possibles. À l'intérieur de cette catégorie unique, il existe divers pôles d'attraction pour aborder l'omission. À titre principal (2.a), l'omission est une question de *degrés* (comme la palette d'un peintre). Il y a des omissions pures, des omissions silencieuses, inactives, ou encore volontaires. Ensuite, l'omission peut s'approcher par le prisme de *qui* ou *quoi* la déclenche (2.b) ; le *quoi* a déjà été évoqué, il s'agit de normes juridiques ou des conditions de l'acquiescement. Le *qui* correspond aux acteurs : le comportement de l'État adverse peut mettre en lumière et créer les conditions de l'omission, mais c'est aussi le comportement d'un organe de l'État qui pâtit de l'acquiescement (organe judiciaire, exécutif, législatif)<sup>4714</sup>, ou des particuliers (« fait catalyseur »)<sup>4715</sup>, qui peuvent faire émerger l'omission. Finalement, l'omission peut se concevoir comme une violation de la charge de réagir ou en tant que violation d'une occasion de réagir (2.c). L'omission-charge correspond au comportement inactif de l'État qui pâtit de l'acquiescement, il reste silencieux alors qu'il aurait dû agir. L'omission-occasion correspond au comportement spontané mais déficient de l'État défavorisé : plutôt que de protester, il agit dans le sens de la prétention.

<sup>4713</sup> Tout comme les facteurs « externes » ou sources, les conditions de l'acquiescement sont elles-mêmes des normes juridiques.

<sup>4714</sup> Par ex. l'absence de poursuites pénales peut mettre en lumière un acquiescement de l'État à une infraction internationale (disparitions forcées, torture, persécution).

<sup>4715</sup> *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence, 16 novembre 1925, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. IV, p. 86.



a. *Les degrés de l'omission*

Les deux extrêmes de l'omission sont d'une part l'omission pure, entourée d'incertitude et sans cadre pour l'approcher (une prétention est émise, l'État ne réagit pas), et d'autre part l'omission encadrée présente dans des sources (art. 20, § 5 CVDT)<sup>4716</sup>. Entre ces deux termes, l'omission prend les couleurs de l'inaction, de l'abstention, de la convergence avec la prétention. Nous ne systématiserons pas strictement cette gradation, on se contentera de broser ces abstentions à larges traits. Pour rappel, nous sommes ici dans une section dévolue aux comportements des États : une prétention a déjà été émise (*cf.* Ch. 5.III), l'omission s'apprécie en fonction de celle-ci.

(i) *Le degré « 0 » de l'omission*

La première étape est celle du silence où plane l'incertitude la plus complète, ou « silence imperscrutable ». Dans ce genre de situations la prétention, le domaine juridique pertinent, et les conditions de l'acquiescement constituent le cadre pour apprécier le silence. Après la prétention, rien n'a été accompli, que ce soit par l'État à la recherche de l'acquiescement ou de son contradicteur. Quid ? Cette situation met en œuvre toutes les conditions antérieures de l'acquiescement : pour qu'il y ait omission, il faut que la prétention soit suffisamment notoire, connue, et apte à provoquer une charge de réagir. Le problème est que ces conditions peuvent se recouper et être analysées en une fois. Si un de ces prérequis n'est pas satisfait, l'on est plus en présence d'une omission, car le cadre de l'acquiescement n'est pas applicable. C'est-à-dire que dans ce degré 0 de l'omission, le doute domine sur tous les plans. Supposons tout de même que les conditions de l'acquiescement soient remplies, comment apprécier et corseter l'omission ? Une étude de droit romain<sup>4717</sup> s'est intéressée de près à ce type de silence.

Bien que marquée par des présupposés volontaristes propres au droit romain<sup>4718</sup>, cette étude est intéressante par sa manière de harponner le silence, de trouver un biais afin de le conceptualiser,

<sup>4716</sup> Une réserve est réputée acceptée après un délai de 12 mois. L'inaction silencieuse de l'État est valorisée comme un acquiescement. Voy. aussi art. 252 UNCLOS et art. 22 de la Constitution de l'OMS (pour les exemples : P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 24-26).

<sup>4717</sup> M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milan, Giuffrè, 1982, 232 p.

<sup>4718</sup> *Ibid.*, pp. 52-54.



et finalement de le valoriser. Au risque de travestir la pensée de l'auteure par des citations tronquées, articulons les trois principales étapes du raisonnement. Premièrement, le silence n'est pas réductible à une volonté autre que la volonté *de se taire* :

« L'errore 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 poichè *ovviamente questo non è possibile, in quanto colui che tace vuole propri nascondere tale interna volizione*, si può ricorrere, e qui sta il pericolo, ad un principio finzialistico » <sup>4719</sup>.

Face aux circonstances, l'attitude de l'État silencieux est imper-scrutable. Loin des adages et des proverbes, celui qui se tait ne consent pas plus qu'il ne réfute <sup>4720</sup>. Il se tait absolument et il n'est pas possible d'aller au-delà de ce silence qui s'érige comme un mur. Par son silence, l'État crée délibérément des conditions d'incertitude sur le rapport de droit. L'État qui reste silencieux ne dit rien, ni dans un sens positif ou négatif quant à la situation <sup>4721</sup>, la seule volonté est celle de laisser les choses aller (c'est une volonté d'inertie ou de « patientia ») <sup>4722</sup>. En deuxième lieu, la contrepartie de cette ambiguïté volontaire est de devoir assumer les conséquences de la création du silence :

« Colui ch'è tace si assume [...] la responsabilità del "tacere" ma rifiuta la responsabilità del significato-interpretazione del proprio silenzio » <sup>4723</sup>.

En choisissant le silence plutôt qu'une déclaration ou une action, l'État se déleste d'un poids, mais le cours des événements ne dépend plus de lui à l'avenir. Son silence est traité comme un artefact, comme un produit de volonté poursuivant un but bien particulier :

« Il silenzio è colpito in se stesso, *per quella volontà che ha manifestato di generare ambiguità, e pertanto rende impossibile il processo di cognizione* » <sup>4724</sup>.

L'interprétation n'a pas pour objet une volonté contenue dans le silence, mais le silence lui-même en tant qu'absence de réponse. Les conséquences juridiques sont à la disposition de l'État adverse, du

<sup>4719</sup> *Ibid.*, p. 54, nos italiques.

<sup>4720</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>4721</sup> *Ibid.*, p. 159 : « Il quale, "tacendo", manifesta la volontà di non assumere alcuna iniziativa nè in senso affermativo nè in senso negativo ».

<sup>4722</sup> *Ibid.*, pp. 47-48.

<sup>4723</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>4724</sup> *Ibid.*, p. 172, nos italiques.

tribunal. La troisième étape nous indique comment et selon quelles valeurs ce *choix* du silence peut être interprété. L'État silencieux devra supporter le poids de l'ambiguïté, quitte à ce que son attitude lui soit défavorable :

« Quel che conta è che l'interpretazione del silenzio tende a chiudere ogni via d'uscita più o meno fraudolenta o callida a colui, il quale per il solo fatto di non aver parlato, potrebbe presentare il suo silenzio come un "nulla" » <sup>4725</sup>.

Le silence n'est pas un acte « nul » : soit il n'existe pas car il ne fait pas suite à une demande <sup>4726</sup> (dans l'acquiescement : prétention dépourvue de notoriété ou absence de connaissance), soit il consiste en une volonté de se taire, de ne rien dire (acte juridique) <sup>4727</sup>. Celui qui ne veut ni accepter, ni nier, se tait et reste passif. Face à cela, l'État adverse « demandeur » ne veut pas rester dans l'incertitude, il va interpréter la non-réponse. Ainsi, ce que le silencieux a voulu, ce n'est pas une réponse contenue dans son silence, c'est l'absence de réponse, et, *in fine*, il devra supporter la responsabilité de sa non-réponse. Cette responsabilité s'articule en fonction du domaine juridique concerné et des circonstances, sa *ratio* est de ne pas permettre à un État de tirer profit d'un comportement ambigu <sup>4728</sup>. Les principes *allegans contraria non audiendus est* et *venire contra factum proprium* renforcent le lien entre l'acquiescement et les conséquences d'un silence. Un exemple récurrent est celui d'une vente conclue par un esclave au profit de son maître ; soit le maître ignore la vente et son silence est dénué de valeur, soit il l'apprend, et son silence génère une ambiguïté dont il ne saurait tirer parti <sup>4729</sup>.

Ces considérations romaines sont transposables au silence imperscrutable de l'acquiescement. Soit ce silence existe, soit il est dénué de valeur en raison d'une déficience dans les prérequis (la prétention n'est pas notoire). Quand ce silence existe, l'État devra supporter l'ambiguïté dont il s'est fait l'auteur. L'hypothèse la plus extrême est celle d'une prétention émise, mais non renouvelée, et d'un silence des deux côtés jusqu'à ce qu'un tribunal soit saisi de l'affaire. L'acquiescement est possible sous la forme de

<sup>4725</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>4726</sup> Pour un exemple : *ibid.*, p. 183.

<sup>4727</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>4728</sup> *Ibid.*, pp. 205 et 211.

<sup>4729</sup> *Ibid.*, pp. 64, 148-151.

la prescription extinctive : on renvoie aux affaires relatives à la protection diplomatique<sup>4730</sup>. La conséquence de l'inaction n'est pas clairement prévue dans ce domaine, les tribunaux ont élaboré une grille d'analyse et considèrent que la conservation des preuves joue un rôle dans la décision d'admettre ou non une requête. Ainsi, l'État qui reste coi de longues années ne peut pas – toujours – profiter de cette ambiguïté.

Du reste, ce problème du « cadre » dans lequel s'inscrit une inaction n'est pas nouveau. Cavaglieri, Anzilotti et d'autres y ont consacré d'influents développements dans le contexte de la réaction à une notification<sup>4731</sup>. Schématiquement, la tripartition est la suivante : l'inaction suite à une notification facultative (*i.e.* qui se fait en dehors de tout cadre prédéterminé) et qui n'atteint pas les droits de l'État n'entraîne pas d'acquiescement. Si la notification facultative atteint des droits, l'inaction *peut* entraîner un acquiescement (hypothèse dite du « silence qualifié », la plus pertinente pour l'acquiescement). Si la notification est obligatoire, l'inaction est systématiquement synonyme d'acceptation (comme dans l'actuel article 20, § 5 CVDT).

Le détour par le droit romain et la notification a permis d'identifier le seuil critique – ou degré 0 – de l'omission : celle-ci ne peut exister que si une prétention préexiste et qu'elle touche un droit de l'État défavorisé (le silence est alors « qualifié »). En dehors de cette hypothèse, le non-faire ou non-dire ne peut être valorisé comme une inaction, car cette omission ne s'inscrit pas dans une interaction<sup>4732</sup>. *A minima*, l'omission peut être présente et déboucher sur un acquiescement après une prétention, même si cette dernière n'est pas renouvelée et qu'aucune action ne la corrobore. Par suite, d'autres degrés d'omissions existent, qui laissent moins de place à l'incertitude entourant la valeur de l'inaction de l'État. Plus la prétention se renouvelle, plus des actions la corroborent, moins l'inaction sera susceptible de sauvegarder la position de l'État défavorisé. C'est aussi pourquoi l'acquiescement est parfois réduit à une omission

<sup>4730</sup> Notamment les Ch. 3.II.C (la prescription) et 5.I.C.3 (les personnes physiques).

<sup>4731</sup> A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, pp. 509-515 ; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, *op. cit.*, pp. 288-289, 293 et s. ; A. MARIE, « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (Arrigo Cavaglieri) », *op. cit.*, pp. 371-381, et spéc. pp. 373-374 à propos du « triptyque » notification facultative, obligatoire et fait notoire.

<sup>4732</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.II.A et p. 205 : « [I]l silenzio si presenta sempre come un *posterius* di fronte alla domanda che è un *prius*. La variazione del *prius* determina la variazione del *posterius* ».

face à des circonstances ou des actions exigeant une protestation<sup>4733</sup>. Comme nous le verrons par la suite cette réduction est trompeuse et l'inaction peut se loger dans des endroits insoupçonnés.

Nous ne nous lancerons pas dans une gradation stricte des inactions, du degré 0 à peine identifié, jusqu'au terme extrême du cadre conventionnel préétabli qui ne laisse aucune place à l'incertitude. Nous présenterons différentes « catégories » d'inactions, à savoir et dans l'ordre de diminution de l'incertitude : le silence (a), l'inaction au sens strict (b), l'abstention (c), l'omission (d), la tolérance (courtoisie, *modus vivendi*) (e), et pour finir l'inaction « conventionnelle » (f).

## (ii) *Le silence*

(a) Le point de départ de cette gradation repose donc dans le silence « imperscrutable » que nous venons de présenter. Il fait suite à une prétention, puis plus rien ne se passe en termes d'actions. Ce silence devient « qualifié » si les circonstances (force de la prétention, domaine juridique concerné, intérêt de l'État touché, etc.) sont telles qu'elles permettent d'exiger une réponse. En somme, ce silence renvoie aux autres conditions de l'acquiescement, elles rejaillissent et servent de point d'accroche au raisonnement judiciaire. Dans *Spader*, le tribunal considère :

« It appears from the record that this claim originated between the years 1810 and 1821. Citizens of the United States had, or appear to have had interest in the claim prior to 1846. It was first brought to the attention of the United States Government, so far as the evidence shows, on November 1. 1889. *No reason or explanation is given for delay in presentation.* It was submitted to the Commission created by the Convention of December 5, 1885, between the United States and Venezuela. The Commission dismissed it without prejudice, for want of jurisdiction. *It does not appear in evidence when or in what manner the claim was ever otherwise brought to the attention of the Government of Venezuela. A right unasserted for over forty-three years can hardly in justice be called a "claim" »*<sup>4734</sup>.

Les raisons du retard à présenter la demande sont ignorées. Le raisonnement du tribunal repose sur les considérations propres au domaine (la protection diplomatique) et à l'acquiescement/

<sup>4733</sup> H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 619, § 2.1.

<sup>4734</sup> *Spader et al. Case*, 1903-1905, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pp. 223-224, nos italiques.

prescription. L'affaire flirte avec l'absence d'omission<sup>4735</sup> : l'absence de connaissance du Venezuela signifierait que la prétention n'était pas notoire, ou qu'elle a perdu sa notoriété faute d'avoir été renouvelée. Les cas de silence imperscrutable tel que celui-ci sont plutôt rares, en aval nous rencontrerons donc des affaires dans lesquelles la prétention initiale est renouvelée, des actions sont accomplies et se conjuguent aux inactions.

(iii) *L'inaction au sens strict*

(b) L'inaction prend place quand la prétention est renouvelée et, éventuellement accompagnée d'actions par l'État qui cherche à être au bénéfice de l'acquiescement. *Seul* cet État agit. Le « silence » est donc plus qualifié que dans l'hypothèse précédente. En vertu de l'accumulation d'actions, la *charge de réagir* se fait plus pressante et évidente. En face, l'État lésé ne fait rien, il pâtit jusqu'au *dies ad quem* de l'acquiescement (provoqué par sa protestation ou une saisine, etc.). En matière territoriale, le différend entre le Nicaragua et la Colombie est éloquent, la CIJ constate que les effectivités, prétentions et comportements penchent unanimement du côté de la Colombie :

« Les éléments de preuve que la Colombie a produits pour établir les actes d'administration qu'elle a accomplis à l'égard des îles sont à mettre en regard de l'absence d'éléments de preuve de la part du Nicaragua attestant qu'il aurait agi à titre de souverain »<sup>4736</sup>.

L'inaction du Nicaragua est totale, les îles reviennent à la Colombie. Dans *Pêcheries norvégiennes*, la CIJ met en lumière la charge de réagir qui pesait sur le Royaume-Uni et qu'elle a négligée<sup>4737</sup>. Cet État est resté totalement inactif face aux prétentions de son adversaire, et ce jusqu'à une forte protestation formelle<sup>4738</sup>.

<sup>4735</sup> Cela signifierait que la prescription extinctive est différente de l'acquiescement. Dans *Spader*, la demande serait refusée non en raison d'une omission, mais parce que trop de temps s'est écoulé *sans qu'une prétention ne soit simplement émise auprès du Venezuela* ! La phrase « It does not appear in evidence when or in what manner the claim was ever otherwise brought to the attention of the Government of Venezuela » soutient cette interprétation. La prescription serait alors conçue comme le retard à émettre une prétention lorsque celle-ci serait licite. La prescription extinctive s'affirme alors comme une institution différente et *antérieure* à l'acquiescement.

<sup>4736</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 657, § 84.

<sup>4737</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 136-139.

<sup>4738</sup> *Ibid.*, p. 138.

On retiendra pour la suite que l'inaction est fortement liée à la charge de réagir. En raison de cette synonymie avec la violation de la charge de réagir, cette catégorie (b) constitue l'omission « type » ou par défaut lors de la validation d'un acquiescement. Dans la jurisprudence, cette catégorie se conjugue souvent avec la suivante (c).

(iv) *L'abstention*

(c) L'abstention marque une étape de plus par rapport à l'inaction au sens strict. Comme elle, une prétention est renouvelée et accompagnée d'actes de l'État avantagé par l'acquiescement. Mais ici l'État lésé agit également, et *son action met en lumière son inaction*, son absence d'opposition à l'acquiescement qui est en train de se dérouler. L'inaction se loge ainsi dans un endroit insoupçonné, au beau milieu d'une action. Dans *Golfe du Maine*, un court passage illustre une possible abstention « convergente » des États-Unis :

« Le Canada soutient que, dans la pratique suivie de 1964 à fin 1970, les États-Unis ne sont pas allés à l'encontre des thèses canadiennes et n'ont pas mis effectivement en application une limite fondée sur le chenal Nord-Est. Les concessions octroyées par les autorités américaines ne dépassaient pas en direction du nord une ligne médiane sur le banc de Georges. Le Canada cite en outre l'aide-mémoire américain du 5 novembre 1969, dont il ressort que les États-Unis s'étaient abstenus d'autoriser l'exploitation de matières minérales dans la partie nord du plateau continental du banc de Georges »<sup>4739</sup>.

Lorsqu'ils avaient l'occasion de réagir et de s'élever contre la prétention canadienne, les États-Unis ont mis en œuvre une mesure convergente – plutôt que divergente – à la prétention de leur adversaire. Si les États-Unis n'avaient pas octroyé de concessions (et sans accomplir d'autres actes), il s'agirait d'un silence (a) ou d'une inaction (b).

L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* regorge d'occasions manquées de protester par la Thaïlande. C'est-à-dire qu'elle agit d'elle-même, spontanément, sans être sollicitée et que cette action spontanée converge avec la prétention. L'action accomplie est déficiente, incapable de s'opposer à la prétention. Ainsi, la Thaïlande utilise la carte fautive et conteste des tracés de la frontière en omettant le segment du temple<sup>4740</sup>. Cette action est bien évidemment prise en compte par la Cour pour conclure à l'acquiescement,

<sup>4739</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 306, § 135.

<sup>4740</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 25-32.

mais l'abstention qu'elle met en lumière est toute aussi importante dans le raisonnement. Car si la Thaïlande est capable de contester des segments de frontières, elle devrait aussi le faire dans la région du temple :

« Le point important est qu'à la suite des événements de guerre la France a accepté la création d'une Commission de conciliation franco-siamoise composée des deux représentants des Parties et de trois neutres, dont le mandat était précisément d'étudier toute plainte ou proposition de révision que la Thaïlande pourrait souhaiter présenter au sujet des règlements de frontières [...] si la Thaïlande a élevé des revendications au sujet de la frontière dans de nombreux secteurs, elle n'en a présenté aucune touchant Préah Vihéar. Elle a même déposé le 12 mai 1947 auprès de la Commission une carte indiquant Préah Vihéar en territoire cambodgien »<sup>4741</sup>.

Le trait saillant de l'abstention, c'est l'occasion *manquée*, l'action déficiente qui met en lumière une inaction. Dans (b), la charge de réagir occupe le premier plan, l'inaction s'analyse en fonction de la réaction attendue tandis qu'ici c'est l'occasion de réagir qui est cruciale. Bien entendu, inaction (b) et abstention (c) peuvent se combiner, la présente affaire en offre des exemples puisque la CIJ souligne l'inertie des officiels Thaïlandais tout autant que leurs actions déficientes<sup>4742</sup>. Martin-Bidou comme Barale sont d'ailleurs prompts à souligner la conjugaison d'action et d'omission qui domine au sein de l'acquiescement<sup>4743</sup>.

Le raisonnement des tribunaux dans le cadre de l'abstention ressemble à la maxime d'interprétation des traités *expressio unius est exclusio alterius*<sup>4744</sup> :

« If a reference is made in a legal instrument to one or more specific instances of a particular class of matter, the implication is that the instances of the same class which are not mentioned are not included in, and may not be imported into, the reference »<sup>4745</sup>.

Certes, l'adage concerne des documents écrits, mais un détournement au profit des inactions est possible. Les affaires répondent par analogie à cette définition. Dans *Golfe du Maine*, les États-Unis octroient des concessions, mais pas au-delà de la ligne revendiquée par le Canada ;

<sup>4741</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>4742</sup> Pour l'inaction, voy. par ex. le comportement des autorités : *ibid.*, p. 24.

<sup>4743</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 54-56 ; J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 399 et s.

<sup>4744</sup> A. X. FELLMETH et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>4745</sup> E. LAUTERPACHT, « The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals », *RCADI*, vol. 152, 1976-IV, pp. 434-435.

dans *Temple de Préah Vihéar*, la Thaïlande conteste des segments de la frontière, mais pas celui du temple. Les États mentionnent un élément, un événement, mais pas le reste, ce qui suppose en retour (présomption) que ce qui n'est pas mentionné n'est pas litigieux<sup>4746</sup>.

L'affaire de l'*Indemnité russe*<sup>4747</sup> est plus criante encore pour illustrer *expressio unius est exclusio alterius*. Par la voix de son ambassadeur, la Russie avait constamment rappelé à la Sublime Porte son devoir de rembourser une somme, mais en omettant d'en mentionner les intérêts<sup>4748</sup>. La présence de documents écrits (correspondance) facilite l'application de l'adage, voué principalement à interpréter des traités. Cette affaire confirme que les actions du lésé possèdent de multiples valeurs : elles permettent de renforcer la prétention, elles mettent en lumière une inaction (omettre le reliquat), et indiquent les occasions dont l'État disposait pour agir différemment, être au fait et se distancer de la prétention, protester. À travers ces exemples, on perçoit que l'omission en général (et ici sous la forme de l'abstention) tisse des liens avec d'autres conditions de l'acquiescement, son déroulement concret, sa chronologie.

(v) *L'omission au sens strict*

(d) Avec l'omission au sens strict, nous sortons quelque peu du « silence qualifié » en tant que seul cadre justifiant une réaction et nous entrons plus directement en relation avec les normes juridiques objectives du droit international public. Ces normes donnent le cadre de référence pour établir si l'omission de l'État est « fautive » (violation de la *due diligence*)<sup>4749</sup> ou non. Comme l'abstention, l'omission se déclare après une prétention, parfois renouvelée, et des actions de la part d'un ou des deux États. Mais contrairement à elle, l'omission au sens strict se désintéresse quelque peu des actions effectuées. Ce qui importe, c'est avant tout la logique de violation calquée sur celle de l'article 2 TCDI :

« Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou *une omission* :

- a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et
- b) *Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État* ».

<sup>4746</sup> Sur cette argumentation, voy. déjà l'arbitrage entre Cités grecques cité au Ch. 2.II.A, *in fine*.

<sup>4747</sup> *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, pp. 421-447.

<sup>4748</sup> *Ibid.*, p. 445.

<sup>4749</sup> Voy. nos développements au sujet de la *due diligence* dans la section relative à la connaissance présumée : Ch. 5.IV.D.2.



En fonction du domaine juridique pertinent (normes coutumières et traités applicables), un acquiescement peut dériver de l'omission de l'État, de son inertie alors que les normes juridiques<sup>4750</sup> lui commandent une réaction.

Cette omission peut se manifester sur la scène internationale (omission de mener une étude d'impact sur l'environnement avant de lancer la construction d'un projet proche d'une frontière) ou interne (violation des droits humains par omission). Sans reprendre tous les exemples évoqués en lien avec les particuliers ainsi que dans le cadre du droit international pénal<sup>4751</sup>, on mentionnera pour illustration l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de 2006 contre les disparitions forcées (nos italiques) :

« 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 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 ».

Un devoir positif de protéger les particuliers contre les disparitions forcées pèse *en tout temps* sur l'État. La violation de ce devoir met en lumière la carence des autorités. L'État qui tolère la disparition forcée est réputé avoir acquiescé à la violation. L'omission se constitue en un acquiescement.

Dans cette configuration, l'omission s'intéresse plus à l'inaction car le raisonnement est celui de la comparaison ; qu'aurait dû faire l'État pour éviter le résultat néfaste, à quel moment aurait-il dû réagir, et par quels moyens ? Le simple fait que la violation se soit produite donne une première indication – pas forcément irréfutable – de l'inaction de l'État<sup>4752</sup>. Sans entrer dans des dévelop-

<sup>4750</sup> Les normes juridiques, par opposition à l'acquiescement seul (la suite logique prétention, notoriété, connaissance, charge de réagir ; ce que d'autres nomment « silence qualifié »). Certains traités s'emparent et codifient la suite logique ; l'acquiescement obtient alors un statut conventionnel (cf. *supra*, Ch. 4.IA).

<sup>4751</sup> Cf. *supra*, not. : Ch. 4.IA ; Ch. 5.I.C.3.

<sup>4752</sup> Sur la distinction entre obligation de résultats et de moyens, ainsi que sur le critère de la *due diligence*, voy. : *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 février 2007, CIJ, *Rec. 2007*, p. 221, § 430 (« [l']obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide : l'obligation qui s'impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens

pements poussés, la distinction entre obligations de moyens et de résultats, la présence de violations endémiques ou épisodiques des droits humains, ou encore la logique de causalité peuvent influencer l'analyse de l'inaction de l'État<sup>4753</sup>. Les faits accomplis par des particuliers constituent le point de départ pour évaluer l'inaction de l'État (fait catalyseur).

(vi) *La tolérance, la courtoisie et le modus vivendi*

(e) La tolérance, courtoisie ou *modus vivendi* (selon les termes utilisés)<sup>4754</sup> est une inaction d'un type bien particulier. Si elle est au départ immunisée contre l'acquiescement, la nature de cette inertie change et ouvre la voie à une consécration juridique d'une situation qui devait rester précaire. Cette catégorie regroupe les situations qui naissent

---

qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint ; elle l'est, en revanche, si l'État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. En la matière, la notion de « *due diligence* », qui appelle une appréciation in concreto, revêt une importance cruciale [...] »).

<sup>4753</sup> À propos des obligations de moyens et de résultats : P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *RCADI*, vol. 188, 1984-V, pp. 47-54 ; Ph. CAHIER, « Changements et continuité du droit international », *RCADI*, vol. 195, 1985-VI, p. 258. La *due diligence* est une obligation de moyen, non de résultat (E. CORTHAY, « Operation Trip to Atlantic City in Light of the Right of Self-Defense », *op. cit.*, p. 36). *N.B.* : contrairement à une partie de la doctrine, nous ne concevons pas la *due diligence* comme une obligation indépendante, autonome, mais comme l'envers d'une obligation primaire (voy. : N. McDONALD, « The Role of Due Diligence in International Law », *ICLQ*, vol. 68, 2019, pp. 1041-1054). En somme, la *due diligence* est un synonyme de violation par omission, c'est-à-dire un *mode* de violation d'une norme internationale (chaque fois que la violation de la *due diligence* est postulée, l'État aurait aussi pu se rendre coupable de la violation de la norme primaire correspondante. Il n'existe[rait] pas de *due diligence* sans un pendant primaire, sans une obligation qui puisse être violée par action). Sur les violations systématiques ou épisodiques : T. SCOVAZZI et G. CITRONI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, *op. cit.*, p. 291 ; M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, *op. cit.*, pp. 418, 423, 429-431. Sur la causalité : elle n'est pas totalement expurgée de la responsabilité internationale, spécialement lorsque le comportement de particuliers met en lumière la carence de l'État : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2011, pp. 84-85, § 4.

<sup>4754</sup> Dans cette section, les trois termes sont utilisés comme des synonymes, et ce afin de refléter la pratique et la jurisprudence. Il est toutefois possible d'ériger des compartiments – certes perméables – entre ces termes. Ainsi, la tolérance désigne une situation de laisser-faire, un État décide unilatéralement de fermer les yeux sur une situation en contraste avec les obligations qui lui sont dues tout en conservant le droit d'y mettre fin, et ce également de manière unilatérale. La courtoisie est une situation conjointe où une pratique s'établit, mais est dénuée de valeur légale (salut en mer ; accusé de réception suite à une notification). En somme il s'agit d'une coutume sans obligatorité. Le *modus vivendi* est une situation créée de manière conjointe, en principe temporaire, et qui est censée préserver les droits des États. Il s'agit d'une « solution » précaire, par analogie à la reconnaissance de *facto* qui elle aussi présente l'avantage de ne pas se prononcer sur le bien-fondé des droits et obligations des États.

lorsque des acteurs se mettent d'accord sur l'instauration d'un régime sans se prononcer sur son caractère licite – comme c'est par exemple le cas dans la reconnaissance *de facto* <sup>4755</sup>. Le bien-fondé juridique de la situation est laissé entre parenthèses, à titre précaire et à disposition des parties. Les acteurs peuvent donc discrétionnairement révoquer leur tolérance, revenir sur ce qui est accordé à titre de courtoisie ou encore mettre fin au *modus vivendi*. L'omission intervient dans ces situations lorsque la situation s'éternise, est appliquée « sur le terrain » de manière suivie et que l'État lésé ne prend pas soin de répéter le caractère précaire de cette tolérance. En laissant la tolérance s'installer, l'État va pâtir de son inertie. La clarté avec laquelle les acteurs expriment qu'ils tolèrent une situation explique que la situation puisse virer en acquiescement ; si le *modus vivendi* est prévu dans un traité, l'inaction aura peu de chance de transformer la tolérance en obligation <sup>4756</sup>. Au contraire, si la tolérance s'exprime par des comportements, actes ou échanges diplomatiques, son établissement est vague et sujet à caution, une transformation en situation de droit est alors plus probable.

L'avis consultatif de la CPJI relatif à la *Commission du Danube* <sup>4757</sup> illustre la consécration d'un *modus vivendi* en situation de droit. La situation de départ était pour le moins vague, puisque l'avis indique :

« Avant la guerre 1914-1918, rien ne fut fait pour arriver à éclaircir d'une manière définitive cette situation. On s'est contenté d'appliquer une espèce de *modus vivendi* non écrit qui, né des circonstances, a permis de réduire dans des limites plus ou moins étroites les inconvénients qui en résultaient » <sup>4758</sup>.

L'incertitude entourant la naissance du *modus* s'étendra à sa nature. La CPJI constate que ce *modus* est bien appliqué et respecté par les autorités roumaines qui restent silencieuses et ne le remettent pas en cause à chaque occasion d'application <sup>4759</sup>. Par la voie de l'interprétation, la CPJI finira par retenir que le *modus* a

<sup>4755</sup> Qui s'oppose à la reconnaissance *de iure*, voy. not. : J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, op. cit., pp. 633-635 ; H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, op. cit., p. 432.

<sup>4756</sup> M. S. Goretti distingue la volonté de tolérer et la volonté portant sur le contenu de la tolérance (*Il problema giuridico del silenzio*, op. cit., pp. 56-57). Voy. aussi : P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 34-36 (la tolérance est appelée « silence motivé »).

<sup>4757</sup> *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 5.

<sup>4758</sup> *Ibid.*, p. 12, nos italiques.

<sup>4759</sup> *Ibid.*, p. 17.

été sacralisé dans l'article 6 d'un accord signé par la Roumanie <sup>4760</sup>. Cette sacralisation intervient alors même que la Roumanie invoque le caractère précaire qui permettait à la Commission du Danube d'exercer des pouvoirs dans le segment litigieux :

« Il a été admis plus d'une fois que la Commission européenne a pu exercer certains pouvoirs dans le secteur litigieux ; mais, en même temps, l'on a prétendu que cet exercice était fondé sur une simple tolérance de l'État territorial, tolérance qui ne saurait constituer un titre juridique » <sup>4761</sup>.

La CPJI balaie d'un revers de main ces arguments. Le recours à l'article 6 afin de changer la nature du *modus* en droit ne doit pas nous éblouir <sup>4762</sup>. Une lecture alternative de l'avis indique que l'interprétation de l'article 6 prend notamment racine dans le comportement de la Roumanie ! Conjugée aux circonstances obscures de la naissance du *modus*, l'inaction roumaine et les termes vagues de l'article 6 ont contribué à l'acquiescement et donc à l'extension des compétences de la Commission du Danube <sup>4763</sup>. Son inaction et l'absence de répétition en temps opportun du caractère provisoire de l'arrangement ont été défavorables à la Roumanie, qui a jugé avoir acquiescé à la transformation d'une tolérance en obligation.

L'affaire des *Services aériens* débute elle aussi par un *modus vivendi* ; en 1955 le responsable français des liaisons aériennes avait autorisé la desserte de Téhéran dans ces termes :

« C'est seulement à titre temporaire et compte tenu des assurances que vous aviez bien voulu me donner que votre compagnie éviterait, sur cette route, de porter préjudice aux compagnies françaises, que j'avais approuvé votre desserte de Téhéran » <sup>4764</sup>.

Le langage utilisé et la forme écrite des échanges ne laissent pas de place au doute, il s'agit là d'une autorisation provisoire, sujette à revirement unilatéral de la part de la France. La desserte fut inaugurée en 1955 et poursuivie jusqu'en 1961 <sup>4765</sup>. Cependant, la France n'objecta pas à la liaison et omis de rappeler le caractère

<sup>4760</sup> *Ibid.*, pp. 27-28, 36.

<sup>4761</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>4762</sup> *Ibid.*, p. 37 : « L'on ne saurait prétendre que l'article 6 ait eu pour but de maintenir, en tant que simple tolérance, la situation existant avant la guerre, car tolérance implique absence de droit ».

<sup>4763</sup> *Ibid.*, pp. 29-37.

<sup>4764</sup> *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. 29.

<sup>4765</sup> *Ibid.*, p. 30.

précaire de la desserte<sup>4766</sup>. Le verdict tombe : l'acquiescement est manifeste. Dans le désordre, le tribunal dégage les éléments justifiant la transformation du *modus* en obligation :

« [France] has not in fact raised an objection that it may have had the possibility of raising, or it has abandoned, or not renewed at a time when the opportunity occurred, the objection that it raised at the outset; or while objecting in principle, it has in fact consented to the continuance of the action in respect of which it has expressed the objection; or again, it has given implied consent, resulting from the consent expressed in connection with a situation related to the subject matter of the dispute »<sup>4767</sup>.

La tolérance de la France conjuguée à son inaction a pour effet de provoquer l'acquiescement. L'extrait met parfaitement en lumière qu'une charge de réagir pesait sur la France, au moins sous la forme d'un rappel périodique du caractère précaire de l'arrangement. En plus, la France a eu plusieurs occasions de réagir, qu'elle n'a pas saisies. Si en 1955, son silence était initialement « motivé » et « conditionnel », en laissant la situation s'enraciner, le doute sur le rapport de droit s'installe et lui est défavorable<sup>4768</sup>.

Les exemples de *modus vivendi* qui se trouvent pérennisés par l'opération de l'acquiescement pourraient être multipliés (affaire entre Tunisie et Libye relative à la ligne *de facto*)<sup>4769</sup>. Deux facteurs qui sous-tendent la conversion de la courtoisie en obligation sont mis en valeur dans *Droits de navigation* : l'incertitude de départ du *modus* (son existence) et sa durée (qui joue comme une présomption de sa transformation)<sup>4770</sup>. Dans cette affaire, le Nicaragua présente comme une tolérance une situation qui prend racine au plus tard en 1858 et à laquelle il ne s'oppose que pendant l'instance<sup>4771</sup>. Le Nicaragua a eu plus d'une occasion de réagir et d'aménager le *modus vivendi*, de sauvegarder ses intérêts. Le type d'inaction qui permet de transformer un *modus* en obligation regroupe les catégories précédemment identifiées (a), (b) et (c).

<sup>4766</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>4767</sup> *Ibid.*, pp. 63-64.

<sup>4768</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 34-36 ; A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 34.

<sup>4769</sup> *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, Rec. 1982, p. 69, § 92.

<sup>4770</sup> Sur le rôle du temps en tant que présomption de réalisation des conditions de l'acquiescement, cf. Ch. 5.II (spéc. B – « Extension de la ligne ou temps proprement dit »).

<sup>4771</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, Rec. 2009, pp. 265-266, §§ 140-141.

Le *modus* peut se transformer si l'État reste totalement coi (a), s'il viole la charge de réagir (b), ou encore s'il accomplit des actes qui convergent dans la conversion du *modus* en obligation (c).

(vii) *L'inaction dans les conventions*

L'inaction dans le cadre conventionnel (f) constitue la dernière catégorie de cette palette d'omissions. Ici, l'acquiescement est appliqué en vertu d'une convention. L'inaction ne donne plus lieu à incertitude<sup>4772</sup>, son résultat est prévu et connu. Une distinction s'impose d'entrée : toutes les expressions conventionnelles de l'acquiescement ne correspondent pas à la catégorie (f). Une convention peut laisser dans le flou *comment* sera traité une omission. C'est le cas de l'article 45 CVDT :

« 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 : [...] 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 ».

C'est autant un silence total (a), une violation de la charge de réagir (b), ou encore des actes positifs (c) qui peuvent constituer une « conduite »<sup>4773</sup> dans l'article 45, lit. b. CVDT. Dans la catégorie (f), nous nous intéresserons uniquement aux inactions qui peuvent se comparer à celles qui font suite à une notification obligatoire et dont l'issue est prévisible<sup>4774</sup>.

<sup>4772</sup> À part bien entendu la part résiduelle d'incertitude qui s'attache à l'interprétation des traités.

<sup>4773</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, pp. 1694-1696, §§ 60-65, spéc. § 65 : « Les situations précitées, dans lesquelles la prémisse majeure de la règle attribuée au silence la conséquence juridique du consentement, n'offrent guère d'inconvénients [par ex. art. 20, § 5 CVDT]. Il en va autrement lorsqu'aucune règle précise ne permet d'inférer du comportement passif un assentiment implicite à une situation de fait ou à une position juridique. C'est le cas de l'article 45, alinéa b) de la Convention de Vienne » (nos italiques).

<sup>4774</sup> A. MARIE, « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (Arrigo Cavaglieri) », *op. cit.*, p. 374 : « Cavaglieri s'inscrit donc dans le courant selon lequel seul un silence "qualifié" au regard d'éléments concrets peut recevoir une pertinence légale. Il s'agit alors pour lui de donner un contenu précis à cette "possibilité" et à ce "devoir de réagir". C'est ainsi que, en dehors de l'hypothèse d'une règle conventionnelle ou coutumière consacrant expressément la valeur du silence, il lie cette dernière à l'existence d'une notification et à son caractère obligatoire ou facultatif. Dans une première hypothèse, "[s]i la notification diplomatique d'un certain fait est obligatoire, le silence gardé vis-à-vis de cette déclaration entraîne [...] de jure l'abandon de toute prétention contraire" » (nos italiques).

L'article 20, § 5 CVDT illustre parfaitement la catégorie (f) :

« Aux fins des paragraphes 2 et 4 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 ».

La réserve est automatiquement acceptée par l'État qui n'a pas objecté dans les formes prévues.

Le cadénassage des possibilités d'actions de l'État est à double tranchant dans l'article 20, § 5 CVDT : pour objecter valablement, il est nécessaire de le faire par écrit. C'est-à-dire que si le sort de l'inaction est scellé, celui de la protestation l'est tout autant. Cette dernière est strictement encadrée ; des actes contraires à la réserve ne constituent pas une objection à celle-ci. Le silence de l'article 20, § 5 CVDT correspond à tout ce qui n'est pas une objection telle qu'elle est prévue dans la CVDT (il est nécessaire de respecter les conditions de forme, de contenu, de délai, et de destinataire afin d'objecter valablement).

Les articles 65, § 2 CVDT, 252 UNCLOS et 22 de la Constitution de l'OMS fonctionnent sur le même modèle. La condition du délai sert de raccourci. L'acquiescement est *réduit* à son plus simple résultat, c'est-à-dire à une présentation binaire où il est soit réalisé (inaction) soit rejeté (protestation). Le mérite de ces articles est d'éradiquer presque totalement l'incertitude congénitale de l'institution.

#### (viii) *Synthèse des degrés de l'omission*

Tandis que dans (a) le silence est entouré d'une incertitude insondable, dans (f) tout est prévu, déterminé et joué d'avance ; le domaine juridique impose la valorisation de l'inaction. L'interprète, État, juge, ou juriste, est guidé dans le constat d'un acquiescement ou de son absence. À l'inverse dans (a), tout est à faire, de l'établissement des circonstances pertinentes jusqu'à questionner la simple présence d'une prétention. Entre ces deux extrêmes, nous avons mis en lumière la gamme d'omissions et leur cadre respectifs. Deux directions peuvent résumer les étapes intermédiaires (b) à (e). Il s'agit d'une part de la quantité d'action mélangée à l'omission ; nous avons tenté de la faire grandissante à mesure que l'on s'avance dans les catégories. À l'inaction pure



de l'État s'adjoignent des actes accomplis par lui ou son adversaire qui ont pour effet rétrospectif de mettre en exergue l'inaction, la violation de la charge de réagir et les occasions manquées de protestation. D'autre part, nous avons schématiquement suivi le sens d'un cadre légal qui s'affirme de plus en plus et indique à l'avance comment interpréter l'omission. Nous passons ainsi d'une logique de « silence qualifié » (catégories a, b, et c) à celle d'un cadre où l'inaction est coupable (d, omission et logique de la *due diligence*, des devoirs à remplir), puis celle du dévoiement de la tolérance (e), pour finir par celle qui laisse le moins de place à l'interprète (f). Ces catégories peuvent se chevaucher, dans l'article 45 CVDT par exemple, le domaine juridique est bien identifié<sup>4775</sup>, mais par contre le traitement de l'inaction est entouré d'incertitude (et nous ramène à l'examen des catégories a, b, et c)<sup>4776</sup>.

Après l'examen de ce premier pôle d'attraction de l'omission, il nous reste à examiner deux autres champs, soit l'omission classée en fonction de l'auteur qui met en évidence l'absence de réaction (État adverse, organe, particuliers) et le *distinguo* entre charge et occasion de réagir. Ces deux pôles ont été partiellement évoqués lors de l'examen des catégories (a) à (f).

#### b. *L'omission et son auteur*

L'omission se « construit » grâce à des bornes qui lui sont extérieures. Pour ce qui nous intéresse ici, l'omission sera délimitée en fonction du comportement d'autres acteurs, internationaux ou internes. La jurisprudence et la doctrine soulignent à suffisance la dynamique internationale de l'omission au sein de l'acquiescement. Un État agit (prétention, puis comportement, action), son adversaire reste coi ; l'action de l'un met en évidence l'omission de l'autre<sup>4777</sup>. En s'intéressant à « l'acteur » plutôt qu'aux différentes

<sup>4775</sup> C'est-à-dire que la conséquence du silence est bien encadrée, l'article précise quand et à quelle condition l'acquiescement peut prendre place et sa conséquence (la perte du droit d'invoquer la cause). Le domaine juridique est limpide : il s'agit des traités. Par contre, ce qui constitue une « conduite » au sens de l'article 45, lit. b CVDT est laissé dans le flou.

<sup>4776</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, pp. 1695-1696, §§ 63-65.

<sup>4777</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 54-56 ; J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 399 et s. ; *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, *CLJ, Rec. 1951*, pp. 132 et s. Pour un ex. entre un État et une OI, voy. par ex. : *Compétence de la Commission*



catégories d'omission précitées, l'accent est mis sur la manière de dégager l'omission de sa gangue<sup>4778</sup> ou comment les actions positives permettent un effet de levier sur l'inaction.

(i) *L'inutile identification d'un auteur de l'omission*

Cependant, en deçà ou en addition de cette omission mise en évidence par un acteur international, il est aussi possible que le comportement des organes internes de l'État, ou de particuliers, soit utilisé pour démontrer l'omission. L'hypothèse évidente dans laquelle l'omission est fonction de l'inaction des organes internes de l'État apparaît lorsque la jurisprudence identifie à quel organe spécifique la prétention ou comportement sont adressés, et en conséquence quel organe s'est tu. L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* s'inscrit parfaitement dans cette mouvance ; la CIJ consacre des développements aux organes qui auraient dû voir la carte et qui n'ont pas réagi<sup>4779</sup>. La CIJ déclare ainsi :

« L'on doit également supposer que la carte de l'annexe 1 a été vue par le gouverneur de la province de Khukhan, province siamoise avoisinant au nord la région de Préah Vihéar, lequel doit être l'une des personnes pour qui le prince Damrong a réclamé des exemplaires supplémentaires. [...] Il est inconcevable que le gouverneur de la province de Khukhan, dont Préah Vihéar a fait partie jusqu'au règlement de 1904, ait ignoré son existence »<sup>4780</sup>.

L'inaction du gouverneur – que la Cour suppose pleinement informé – est donc pertinente pour l'acquiescement.

La jurisprudence qui identifie aussi explicitement l'auteur de l'omission est statistiquement rare. Trois facteurs expliquent le caractère exceptionnel de ce genre d'analyse. Premièrement, il est de règle que l'omission soit supportée *in toto* par l'État, sans précision quant à l'organe qui s'est tu « plus que les autres »<sup>4781</sup>. La

---

*européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 47.

<sup>4778</sup> En anglais, on utiliserait le terme de menuiserie « to gouge out » (*cavare* en italien). L'idée recherchée est de retirer quelque chose, et de désigner le vide ainsi créé (*caver* ; *évider*), de mettre ce vide en évidence.

<sup>4779</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 24.

<sup>4780</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>4781</sup> Voy. Ch. 5.I.A.4 – « La substitution de l'auteur aux actes effectués » (spéc. la fin de la section relative à l'inaction).

nature de l'omission en elle-même justifie cette approche ; quand un État se tait, il suffit de constater son silence (l'omission est une *réaction*, et non une *action*)<sup>4782</sup>.

En second lieu, l'examen de l'organe qui s'est tu survient si l'État pense à émettre des doutes sur la capacité à engager l'État. Dans *Préah Vihéar*, d'un côté la Cour balaie d'un revers de main l'argument thaïlandais que la carte n'avait été vue que par des « fonctionnaires subalternes »<sup>4783</sup>. Et de l'autre elle s'intéresse de près aux organes internes qui auraient dû voir la carte et y réagir le cas échéant. Les organes qui se sont tus identifiés en p. 25 de l'arrêt seraient alors une partie non essentielle (*obiter dictum*) de son raisonnement. Toutefois, nous constatons que ces deux moments vont de pair. La Cour écarte que le silence des fonctionnaires subalternes ne soit pas pertinent, et vérifie tout de même quels organes auraient dû voir la carte et se sont tus. Ce double examen cadennasse l'argumentation et met en évidence le silence transversal des organes thaïlandais au sujet de la carte. En dernier lieu, les tribunaux sont plus susceptibles de procéder à cette assignation de l'inaction à un organe spécifique lorsque les différentes strates hiérarchiques se sont comportées de manière dissonante<sup>4784</sup>. Nous allons nous intéresser de plus près à ce dernier facteur.

(ii) *L'unité de l'État et la dissonance des strates hiérarchiques*

L'État est supposé être unitaire du point de vue de ses relations internationales<sup>4785</sup> ; une conséquence est l'impossibilité d'exprimer deux opinions contradictoires simultanément. Pour l'acquiescement, cela se traduit par une hiérarchie des comportements au sein d'un État en cas de dissonance. Nous renvoyons pour une large part à nos conclusions : les tribunaux accordent très souvent leur préférence au comportement émanant du sommet de l'État

<sup>4782</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 59.

<sup>4783</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, Rec. 1962, p. 25.

<sup>4784</sup> Cf. nos développements à ce sujet *supra*, Ch. 5.I.A.5 (« La primauté du sommet de l'État sur sa base en cas de comportement contradictoire »).

<sup>4785</sup> P.-M. DUPUY, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », op. cit., spéc. pp. 847-848.

(« troïka ») en cas de contradiction avec le comportement adopté par les échelons inférieurs (*cf. supra*, Ch. 5.I.A.5). Par conséquent, c'est l'inaction du sommet de l'État qui nous retiendra dans les prochaines lignes.

Quel est l'intérêt de ces cas de contradiction pour identifier une omission ? C'est la comparaison des différentes strates hiérarchiques qui est cruciale : si les échelons inférieurs agissent et que le sommet se tait, le tribunal et l'État adverse disposent d'un argument pour prouver que la réaction était possible (échelons inférieurs), mais qu'elle n'est pas intervenue (sommet). La réaction inférieure agit comme un révélateur sur l'inaction du sommet. L'incontournable affaire du *Temple* l'illustre à merveille : les policiers et gardes armés (échelons inférieurs) ont protesté contre la présence cambodgienne en occupant les abords du temple (il y a donc action, comportement positif). Par contre, les échelons supérieurs ne se sont pas prononcés, ils ont gardé le silence jusqu'à une date avancée. Pour la Cour, c'est le comportement – omissif – des ministres qui supprime celui des gardes armés pour déterminer la position officielle de l'État :

« Le Cambodge, ayant accédé à l'indépendance en 1953, s'est proposé d'affecter des gardiens ou des gardes au temple, affirmant ou maintenant ainsi sa position. Toutefois, constatant que des gardiens thaïlandais se trouvaient déjà sur place, les gardiens cambodgiens se sont retirés et le Cambodge a adressé en janvier 1954 une note au Gouvernement thaïlandais pour lui demander des informations. Il y a été répondu par un simple accusé de réception sans explications. Même alors, la Thaïlande n'a présenté formellement aucune réclamation. [...] la Thaïlande, tout en accomplissant certains actes sur le plan local, n'envisageait pas de rejeter la revendication française et cambodgienne sur le plan diplomatique »<sup>4786</sup>.

Ce qui lui est possible d'accomplir sur le plan local dénote la connaissance de la situation par la Thaïlande et met en évidence l'inaction de ses plus hautes autorités : *a minore ad maius*<sup>4787</sup>. La dissonance entre les branches de l'État est résolue en prenant en compte le comportement des plus hautes autorités.

<sup>4786</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 31-32.

<sup>4787</sup> A. X. FELLMETH et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, *op. cit.*, pp. 3-4 et 37.

Comme la priorité est donnée aux comportements émanant des plus hautes autorités, les omissions des échelons inférieurs, par exemple dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, peuvent être facilement discréditées<sup>4788</sup>. Peu importe l'omission du fonctionnaire local si l'État s'est élevé explicitement contre une prétention<sup>4789</sup>. La célèbre « lettre Hofmann » de l'affaire *Golfe du Maine* s'inscrit aussi dans cette mouvance ; le fonctionnaire subalterne ne disposait pas du pouvoir d'engager l'État sur un point aussi litigieux que celui de la frontière maritime. En s'opposant rapidement et explicitement aux déclarations de l'échelon inférieur qui laissaient la place à une omission, l'appareil diplomatique empêche l'acquiescement<sup>4790</sup>.

(iii) *L'activité des privés comme révélatrice d'une omission*

Il reste une direction à examiner avant de passer au dernier pôle d'attraction de l'inaction (occasion *vs* charge de réagir). Les particuliers, personnes physiques ou morales, peuvent mettre en évidence une carence, une omission de l'État<sup>4791</sup>. Cette situation a déjà été rencontrée *supra* dans la catégorie de la *due diligence* (lettre « d »), l'absence de poursuite, d'enquête, ou encore la connaissance d'une situation endémique de violation des droits humains sans réaction sont constitutives de violation. L'État n'intervient pas directement dans l'acte (ce ne sont pas des policiers qui torturent), mais l'acte est possible et n'est pas puni grâce à l'inaction de l'État. En dehors des droits humains, il existe d'autres situations et normes qui sanctionnent l'inaction de l'État face au comportement des privés.

Dans la résolution 2625, le premier principe contient le passage suivant :

« Chaque État a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre État, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire

<sup>4788</sup> *Frontière terrestre et maritime* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant), fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, p. 351, § 63.

<sup>4789</sup> 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. 259, § 74.

<sup>4790</sup> *Golfe du Maine* (Canada c. États-Unis d'Amérique), 1984, CIJ, *Rec.* 1984, pp. 307-308, § 139.

<sup>4791</sup> Qu'il s'agisse d'individus isolés ou constitués en bandes organisées (cf. *supra*, Ch. 5.I.C.3 et 4).

*des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes, lorsque les actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent une menace ou l'emploi de la force »*<sup>4792</sup>.

Des individus ou groupes d'individus qui ne font pas partie de l'appareil officiel mais qui sont présents sur le territoire<sup>4793</sup> de l'État peuvent mettre en évidence une violation des obligations internationales. Dans la version anglaise du texte, « tolérer » devient « acquiescing to ». Par réaction, le comportement des particuliers qui se servent d'un territoire pour « perpétrer de tels actes » fait apparaître l'inaction de l'État. Une norme internationale prescrit à l'État le devoir de réagir quand des particuliers se livrent à certains types d'actes. La situation est purement interne – l'omission dans ce passage de la 2625 ne dépend pas d'une dissonance entre les différentes branches de l'État, ni d'un élément international comme l'action antérieure d'un autre État.

Cette structure si reconnaissable de l'omission et de l'acquiescement se retrouve dans les domaines les plus divers. Le droit de la fonction internationale peut lui aussi mettre en exergue une omission commise par une OI en raison du comportement d'un particulier (ici : un fonctionnaire). Dans les cas de harcèlement qui interviennent entre fonctionnaires de l'OI<sup>4794</sup>, l'inaction des instances dirigeantes peut être coupable et donner lieu à réparation :

« Il convient de relever que les Statut et Règlement du personnel de l'AIEA ne contiennent aucune disposition prévoyant précisément une procédure complète à suivre en cas de plainte pour harcèlement [...]. En l'absence de procédure légale complète à appliquer en cas de plainte pour harcèlement dans ses Statut et Règlement du personnel, l'AIEA devait répondre à la plainte pour harcèlement de la requérante conformément à la jurisprudence pertinente du Tribunal. Il est de jurisprudence constante qu'une organisation internationale a le devoir d'assurer aux membres de son personnel un environnement sûr et adéquat [...]. De plus, "étant donné la gravité que revêt une plainte pour harcèlement, une organisation internationale a l'obligation d'engager [...] l'enquête [...]" [...]. De plus, [...] "une organisation internationale est responsable de

<sup>4792</sup> Rés. 2625 (XXV) de l'AG du 24 octobre 1970, Premier principe, § 10, p. 133, nos italiques.

<sup>4793</sup> Par ex. les « sanctuaires terroristes » : G. DISTEFANO, « La crise libanaise de l'été 2006 à l'aune du *ius contra bellum* », *Journal of Sharia and Law*, vol. 36, 2008, pp. 54-55 et pp. 49-50 au sujet de la résolution 2625.

<sup>4794</sup> Si le (ou la) DG est directement impliqué, la dynamique d'inaction disparaît puisque le sommet de l'OI a agi (il commet le harcèlement lui-même, alors que la situation qui nous intéresse ici est celle de l'inaction des instances dirigeantes). Pour un ex. de faits commis par un procureur de la CPI sur une personne externe à l'Organisation et les suites juridiques voy. : *Affaire M. C. P. c. CPI*, 9 juillet 2008, TAOIT, 105<sup>e</sup> session, Jugement n° 2757, 8 p.

l'ensemble des torts causés à un membre de son personnel par un supérieur hiérarchique de l'intéressé, agissant dans le cadre de ses fonctions, lorsque la victime subit un traitement portant atteinte à sa dignité personnelle et professionnelle" [...]. Ainsi, une organisation internationale doit prendre les mesures nécessaires pour protéger une victime de harcèlement »<sup>4795</sup>.

La décision illustre que la jurisprudence des OI suit les mêmes considérations que celle des relations internationales. Des faits qui sont connus (harcèlement) déclenchent la charge de réagir (ouverture d'une enquête), et ce même en l'absence d'une demande formelle du lésé<sup>4796</sup>. L'obligation de fournir un cadre de travail « sûr et adéquat » se traduit par un comportement positif de l'OI, une *due diligence* à exercer vis-à-vis de ses employés, et ainsi enquêter et punir les cas de harcèlement<sup>4797</sup>.

Globalement, la direction que nous terminons d'examiner correspond à celle d'un acquiescement-attributif, étroitement lié à la *due diligence* et particulièrement présent dans la responsabilité, qu'elle soit internationale ou interne (relations de travail). La structure de l'acquiescement, son déroulement est conservé, par contre « l'adversaire » disparaît parfois. L'acquiescement est utilisé comme une institution permettant de déterminer si un standard de conduite a été atteint ou non, plutôt que de vérifier un changement dans la situation juridique des parties. L'acquiescement est toujours créateur d'un rapport de droit, c'est-à-dire la responsabilité de l'auteur de la violation, mais il ne *transfère* pas de droit comme c'est le cas par exemple dans les litiges territoriaux. Les affaires du *Détroit de Corfou* et du *Génocide* illustrent cette distinction : l'Albanie est responsable des événements subis par le Royaume-Uni car elle aurait dû savoir ce qui survenait sur son territoire<sup>4798</sup> et la Serbie aurait dû prévenir le génocide au vu des informations à sa disposition et de l'influence qu'elle détenait sur la VRS<sup>4799</sup>. Le point de vue se déplace, le but de l'acquiescement n'est pas d'opérer un transfert

<sup>4795</sup> *Affaire G. M. c. IAEA*, 10 février 2020, TAOIT, 129<sup>e</sup> session, Jugement n° 4207, p. 12, § 15.

<sup>4796</sup> *Ibid.*, p. 13, § 17.

<sup>4797</sup> *Affaire A (n 2) v. IAEA*, 7 décembre 2020, TAOIT, 131<sup>e</sup> session, Jugement 4344, pp. 6-7, §§ 5-7, p. 9, § 10.

<sup>4798</sup> *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt (fond), 9 avril 1949, CIJ, *Rec. 1949*, pp. 15-19. Sur notre analyse de cette affaire : Ch. 5.4.D.1 – « Panorama de la connaissance présumée ».

<sup>4799</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 février 2007, CIJ, *Rec. 2007*, p. 223, § 433.

direct d'un droit d'un État à l'autre, une étape intermédiaire s'érige sous la forme de la détermination de la responsabilité, qui ensuite donne droit à réparation à l'État lésé. L'acquiescement est *médiat* plutôt qu'*immédiat* <sup>4800</sup>.

Une distinction est nécessaire : la violation d'une obligation internationale (norme primaire) est différente de la renonciation à en demander réparation (norme secondaire, art. 45 TCDI). Si le Royaume-Uni avait tardé à saisir la Cour ou à protester, son droit à la réparation aurait été frappé d'acquiescement, mais cela n'aurait pas signifié que l'Albanie aurait conquis le droit de mouiller des mines dans le détroit de Corfou. Si un droit subjectif est en cause, il n'existe *a priori* pas de séparation étanche entre le régime de transfert et le régime de responsabilité : les empiètements initiaux des affaires de souveraineté territoriale sont des violations, mais leur prolongation les transforme en droits <sup>4801</sup>.

### c. *Charges et occasions de réagir*

Le dernier pôle d'attraction de l'omission recoupe largement les catégories « b » (inaction *stricto sensu*) et « c » (abstention) précitées. Il s'agit de distinguer respectivement une *charge* d'une *occasion* de réagir : l'omission peut aussi bien se tapir dans un manque de l'État que dans son comportement positif. Le cas classique est celui de la charge de réagir, elle correspond à la conception classique *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* où le silence pave la voie à l'acquiescement <sup>4802</sup>. À côté de cette voie habituelle, l'omission peut aussi être mise en exergue à travers les actes positifs de l'État lésé. Une occasion

<sup>4800</sup> Médiat : l'État qui demande réparation saisit une instance et allègue une violation du droit international par son adversaire. L'acquiescement est examiné au niveau du comportement de l'État qui aurait violé le droit international, ce qui ensuite donne droit à réparation. Immédiat : l'État saisit une instance et invoque l'existence d'un acquiescement à son profit, le passage par la mécanique de la responsabilité disparaît.

<sup>4801</sup> En fonction du moment où l'acquiescement est interrompu, de son degré de mûrissement lorsque sa « ligne » s'arrête, l'État lésé peut non seulement perdre le droit à réparation (art. 45 CDI), mais également le droit substantiel objet de la prétention. Soit les situations suivantes : 1) l'État proteste dès l'émission de la prétention : pas d'acquiescement, engagement possible de la responsabilité internationale de l'adversaire. 2) L'État proteste plus tard : il perd son droit à réparation sans atteinte au droit de fond ; l'adversaire doit cesser l'illicite. 3) L'État proteste après une longue addition de comportements : il perd le droit à réparation et le droit de fond, qui est transféré à son adversaire.

<sup>4802</sup> H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 619, § 2.1.

de réagir consiste en une action *déficiente* de l'État lésé : plutôt que de profiter d'exprimer une opposition à la prétention, l'État s'inscrit dans le prolongement de celle-ci. Cette action est *déficiente* car elle peut être lue comme dénotant une omission. L'acte positif charrie avec lui la possibilité de protester, d'agir différemment et de s'opposer à la prétention. Dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, la réitération des demandes de paiement est l'acte positif, qui charrie avec lui et met en évidence l'abandon des intérêts sur la somme due (omission)<sup>4803</sup>. À chaque fois que le paiement est exigé, l'occasion se présente d'y mentionner les intérêts : l'action est *déficiente* car elle omet ce poste.

Barale mentionne deux exemples d'actes positifs dans lesquels nous pouvons discerner une occasion de réagir de la part de l'État acquiesçant<sup>4804</sup>. Dans l'arbitrage de la *Baie de Delagoa*, tranché en faveur du Portugal, le Royaume-Uni prend l'initiative de recommander au gouvernement portugais un officier chargé d'effectuer un relevé hydrographique de la baie<sup>4805</sup>. L'occasion était rêvée pour le Royaume-Uni d'effectuer lui-même un tel relevé et de manifester ainsi son opposition à une éventuelle souveraineté portugaise. Cet acte est à la fois positif (action) et omissif car il ne prend pas la peine de sauvegarder les droits de la Couronne. Dans *Groënland oriental*, la CPJI s'attarde sur une série de traités bilatéraux et plurilatéraux réunissant la Norvège et le Danemark :

« Dans ces accords, tantôt le Groënland est décrit comme une colonie danoise, ou comme faisant partie du Danemark, tantôt le Danemark est autorisé à exclure le Groënland de l'application de l'accord »<sup>4806</sup>.

Rien n'obligeait la Norvège à conclure ces accords ou à y participer, rien ne l'obligeait ensuite à négocier de cette manière et à accepter cette formulation, rien ne l'empêchait de profiter de ces occasions pour réserver ses droits sur le Groënland. Les actes révèlent des occasions répétées d'agir et de protester<sup>4807</sup>.

<sup>4803</sup> *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, pp. 444-446.

<sup>4804</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 396-397.

<sup>4805</sup> *Sentence arbitrale relative aux requêtes de la Grande-Bretagne et du Portugal sur certains territoires de la côte Est de l'Afrique appartenant autrefois aux Rois de Tembe et Mapoota, incluant les îles de Inyack et Éléphant (Baie de Delagoa ou Lorenzo Marques)*, Sentence du 24 juillet 1875, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, p. 161.

<sup>4806</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 68.

<sup>4807</sup> *Ibid.*, pp. 68-69.



Certaines affaires réunissent l'omission-charge de réagir et l'omission-occasion de réagir<sup>4808</sup>. Cette conjugaison des catégories « b » et « c » précitées a pour effet de considérablement renforcer le processus d'acquiescement. Alors que la charge de réagir insiste sur l'absence de protestation qui est parfois toute théorique et reconstruite par le tribunal (omission silencieuse), l'occasion de réagir permet d'identifier les opportunités – manquées – de se détacher de la prétention et de la tenir en échec au moyen de déclarations ou de comportements. Dans les affaires précitées ce sont des déclarations ou des actes explicites qui dévoilent l'omission. Parfois, un comportement peut aussi dévoiler cette omission, par exemple l'octroi de concessions pétrolières le long d'une ligne maritime correspondant à la prétention adverse<sup>4809</sup>.

d. *Comparaisons, distinctions, et précisions*

Nous allons compléter la catégorisation des différentes formes d'omissions en présentant brièvement les travaux de Martin-Bidou et de Marie. Pour rappel, notre axe principal est d'identifier l'omission grâce à une norme juridique préexistante<sup>4810</sup>.

(i) *Comparaison avec Martin-Bidou*

Martin-Bidou, dont nous avons consulté le travail avant de rédiger notre propre section, énumère les omissions dans le sens inverse du nôtre, en commençant par l'hypothèse du « silence encadré » qui correspond à notre catégorie « f » (par ex. art. 20, § 5 CVDT)<sup>4811</sup>. L'omission est répartie en trois sections : le « silence encadré », le silence dans la coutume, puis le silence qualifié<sup>4812</sup>. Le silence qualifié se recoupe avec nos catégories « a », « b », « c » et « e », elle s'y intéresse au silence dénué de cadre conventionnel, à la différence (sans employer ce vocabulaire) entre la charge et l'occasion de réagir<sup>4813</sup>, ainsi qu'au problème de la tolérance (appelé

<sup>4808</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, pp. 24-25 ; pp. 27-28.

<sup>4809</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 306, § 135.

<sup>4810</sup> Toute omission doit pouvoir être mise en relation avec une norme juridique (soit avec les conditions de l'acquiescement ; soit par rapport à un principe, à une coutume, ou à un traité).

<sup>4811</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 24.

<sup>4812</sup> *Ibid.*, respectivement pp. 24, 27 et 28 pour le début de chaque section.

<sup>4813</sup> *Ibid.*, pp. 36-37 (charge) ; pp. 37-38 (occasion).

« silence motivé »)<sup>4814</sup>. Fondamentalement, notre approche diffère surtout par l'ordre d'énumération (le silence « qualifié » et le problème du seuil de l'omission constituent notre point de départ) et notre choix de ne pas traiter du silence dans la coutume. Notre choix s'explique car nous en avons déjà parlé ailleurs (Ch. 3.II.F – « La coutume ») et d'autre part s'y intéresser ouvrirait une boîte de Pandore. La coutume n'est pas la seule institution qui valorise le silence, la pratique subséquente s'inscrit également dans cette ligne, comme l'accord tacite ou les actes juridiques unilatéraux tacites... Plutôt que de s'intéresser au silence dans chacune de ces variations de l'acquiescement, nous préférons adopter une approche unitaire. Les catégories « a » à « f » précédemment identifiées sont aussi pertinentes pour ces autres institutions. Une pratique subséquente peut par exemple prendre naissance suite à une omission *stricto sensu* (« b ») ou grâce à une abstention (« c »). La coutume peut naître quand une tolérance longtemps prolongée n'est pas remise en cause (« e »)<sup>4815</sup>, etc.

(ii) *Comparaison avec Marie*

Il nous est plus délicat de résumer la position de Marie au sujet du silence, sa thèse – plus radicale que la nôtre – s'axe sur le silence et sa valorisation en tant que volonté. La matière que nous avons assemblée dans nos catégories est sauf erreur éclatée dans son manuscrit. Toutefois, des passages nous laissent penser que son approche est conciliable avec la nôtre, il met ainsi en évidence les termes préexistants pour établir le silence (art. 20, § 5 CVDT) et le distingue du silence « qualifié » qui prévaut dans les autres situations<sup>4816</sup>. D'autre part, il souligne que le silence s'établit en fonction des interactions des acteurs, la pertinence des occasions et de la charge de réagir, ainsi que les ramifications de l'action et du silence<sup>4817</sup>. L'élément d'univocité est compris dans son analyse alors que nous le séparons de l'omission (*infra*, VII.C – « Le fil rouge ou noyau dur des comportements »).

<sup>4814</sup> *Ibid.*, pp. 34-36.

<sup>4815</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, pp. 265-266, §§ 140-141.

<sup>4816</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 606 et s.

<sup>4817</sup> *Ibid.*, pp. 612-633.

(iii) *L'inaction de l'État au bénéfice de l'acquiescement*

En section VII.A *supra*, nous avons énoncé l'hypothèse (accompagnée d'un schéma récapitulatif) qu'une inaction de l'État au bénéfice de l'acquiescement *pourrait* suffire pour déclencher un acquiescement. Nous n'avons toujours pas décelé de situations répondant à cette hypothèse. L'article 20, § 5 CVDT et les normes assimilées s'en approchent, toutefois elles dépendent *en plus* de la passivité de l'État lésé.

Le point de vue privilégié était jusqu'à maintenant celui de l'État sur lequel pèse une charge de réagir. L'inaction est pertinente pour cet État *en raison* de sa capacité à protester et faire échec à l'acquiescement. À l'inverse, l'inaction de l'État avantagé ne possède pas la même valeur, elle ne s'insère pas dans la structure canonique de l'acquiescement. L'inaction de cet État n'est donc pas une « omission » à un devoir au sens strict car elle n'est condamnée ni par les conditions de l'acquiescement, ni par le domaine juridique pertinent (traité, principe, coutume) <sup>4818</sup>.

L'inaction de l'État au bénéfice de l'acquiescement comme seul comportement ou en conjonction avec une action est parfois susceptible d'être valorisée. Elle peut contribuer à l'acquiescement comme elle peut l'empêcher. L'inaction de cet État peut suffire à l'acquiescement si en amont la prétention est tellement notoire qu'il n'est pas nécessaire de réitérer la revendication, ni de l'accompagner par des comportements. Cette situation est étroitement corrélée au domaine juridique, le cas de l'article 20, § 5 CVDT en est l'exemple type : la réserve est notifiée et les conséquences juridiques sont cristallines, l'État n'a pas besoin d'autre chose que d'émettre une prétention pour que l'acquiescement soit validé.

L'inaction de l'État favorisé peut aussi se manifester durant la vie de l'acquiescement. Elle consisterait par exemple à ne pas s'opposer à des procédures d'« opting » qui lui seraient bénéfiques et s'inscrivent dans le sens de sa prétention. Par exemple, des règlements qui prévoient une application territoriale confirmant une prétention sont adoptés au sein d'une OI ; l'État favorisé ne s'y oppose pas (omission), son comportement contribue à l'acquiescement. Cette inaction se couple *nécessairement* à celle de l'État défavorisé,

---

<sup>4818</sup> Dans l'article 20, § 5 CVDT et dans l'article 252 UNCLOS, l'État peut rester les bras ballants une fois sa prétention émise, et attendre sereinement la fin du délai.

qui ne proteste pas (absence d'une action positive ; violation de la charge de réagir). Nous pouvons donc exclure la possibilité qu'un acquiescement se concrétise par la seule faveur de l'inaction d'un acteur, il faut au moins une inaction « conjointe » suite à la prétention.

En dernier lieu, l'inaction du bénéficiaire peut également faire échec à l'acquiescement ; si la prétention et les comportements se heurtent à une protestation suffisamment importante pour remettre en cause l'empiétement du droit, mais trop faible pour cristalliser le différend et mettre fin à l'acquiescement, le fardeau s'inverse. C'est désormais à l'État bénéficiaire de répéter sa prétention afin de la sauvegarder<sup>4819</sup>. Les documents relatifs à l'affaire *Isla Portillos* illustrent ce cas ; suite au passage d'une tempête, un campement militaire avait été démonté. Avant cette tempête, l'installation de ce campement avait fait l'objet de protestations diplomatiques. L'État qui souhaite s'emparer de la souveraineté grâce au campement devait donc réinstaller sa « garnison » sur la plage pour prolonger sa prétention, faute de quoi celle-ci aurait été abandonnée<sup>4820</sup>.

(iv) *L'inaction et l'obligation de ne pas aggraver un différend*

Une omission doit encore être examinée et bannie des catégories présentées jusqu'ici. Il s'agit de l'omission liée à l'obligation de ne pas aggraver un différend<sup>4821</sup>. Sans se lancer dans une analyse détaillée de cette obligation, de son début et de sa fin<sup>4822</sup>, il apparaît que l'omission pertinente dans l'acquiescement se distingue de

<sup>4819</sup> Voy. par ex. *Territorial and maritime dispute between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, Sentence arbitrale, 29 juin 2017, CPA, cas n° 2012-04, p. 215, § 686. Venturini distingue la renonciation et la « renonciation à la prétention » : « [La renonciation à une prétention] consiste dans le fait pour son auteur d'admettre le mal-fondé de la prétention en question, c'est-à-dire l'inexistence du droit qui en constitue le fondement » (G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 415).

<sup>4820</sup> Librement inspiré de : *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 15, §§ 12-16.

<sup>4821</sup> Voy. *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, pp. 280-282.

<sup>4822</sup> *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, Sentence, 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, pp. 483-486, §§ 81-99 (spéc. p. 484, § 85 : « L'on pourrait être tenté de considérer que, lorsque des Parties entrent en négociation, elles ont pour obligation générale de ne pas aggraver le différend. Ce principe général serait en quelque sorte un effet de la bonne foi »).

l'absence d'action due à la présence d'un différend entre États. Sur le plan temporel, l'obligation de ne pas aggraver un différend prend naissance *si* un différend se cristallise ; comme on l'a constaté ailleurs, la période d'acquiescement cesse dès que cette cristallisation est atteinte. Une « omission » qui surviendrait après cette période serait donc dénuée de valeur. Dans la section relative au début et à la fin de la ligne d'acquiescement, nous renvoyons aux considérations relatives à l'ouverture de négociations et autres tractations entre les parties<sup>4823</sup> ; il s'agit d'un temps suspendu durant lequel les comportements sont dénués de valeur pour l'acquiescement<sup>4824</sup>. Marie se réfère à une opinion dissidente – mais éclairante :

« M. Bedjaoui appréhende le comportement de l'État jusqu'à la cristallisation du différend et écarte les attitudes postérieures. C'est là, selon lui, le terme de la période de pertinence. Cette solution se vérifie dans de nombreuses affaires lorsque la période n'est pas prédéfinie »<sup>4825</sup>.

Ainsi, cela signifie qu'un État peut octroyer des concessions pétrolières dans un espace maritime disputé aussi longtemps que le différend ne s'est pas cristallisé ou que des négociations ne se sont pas engagées<sup>4826</sup>. Suite à cette cristallisation, les États doivent se refrains d'aggraver le différend par le genre d'actes qu'ils accomplissaient pendant la période d'acquiescement<sup>4827</sup>. À l'inverse, un État qui suit spontanément une restriction mentale alors que le différend ne s'est pas encore cristallisé le fait à ses risques et périls<sup>4828</sup>.

<sup>4823</sup> Cf. Ch. 5.II.A, B, et C (Le Temps ; Début, Extension, et Fin de la ligne).

<sup>4824</sup> Sur cette distinction entre les déclarations liées ou non à des négociations, voy. : l'*Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec.* 1953, p. 71.

<sup>4825</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op.cit.*, p. 606, § 393. La citation se réfère à : *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, Opinion dissidente de M. Mohammed Bedjaoui, p. 182, § 71.

<sup>4826</sup> En fonction de la position des États, cet octroi s'analyse comme une prétention (État bénéficiaire de l'acquiescement) ou comme une protestation (État lésé par l'acquiescement).

<sup>4827</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, §§ 131 et s.

<sup>4828</sup> Librement inspiré de l'*Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec.* 1953, pp. 71 et 72 (la France empêche ses citoyens de s'établir sur les îles). La date critique était fixée en 1839 selon la France et en 1950 (date de conclusion du compromis) selon le Royaume-Uni. La Cour adopte une position médiane qui préserve les deux attitudes ; le différend « naît » au plus tard en 1888 mais les faits ultérieurs sont pris en considération jusqu'en 1950 (*ibid.*, pp. 59-60). L'arrêt ne précise pas clairement quand le différend se cristallise. Voy. : L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *L'uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *op. cit.*, pp. 288-290.

*C. Le fil rouge ou noyau dur des comportements :  
la règle de l'univocité*

Accordons à Alain Pellet le privilège d'ouvrir le bal :

« [P]our danser le tango, il faut être deux et les pas des partenaires doivent se refléter et se compléter. Il s'agit de danser ensemble, l'un avec l'autre, et non chacun de son côté. Eh bien, il en va de même lorsque l'on prétend fonder une frontière sur un acquiescement, un accord tacite, un *estoppel* ou des effectivités. Dans tous ces cas, la frontière ne sera établie que si la position univoque de l'un des États en cause correspond à celle, univoque aussi, de l'autre État »<sup>4829</sup>.

Ses plaidoiries dans *Somalie c. Kenya* soulignent que les comportements réciproques (actions et omissions) doivent atteindre un degré d'univocité pour corroborer un acquiescement. En somme, des comportements éparpillés, même sur une longue durée, ne constitueraient pas un acquiescement s'ils n'appartiennent pas à une histoire commune, à une trame narrative unique<sup>4830</sup>. Cette section a pour vocation d'indiquer les conditions auxquelles les actions et omissions précédemment identifiées (Ch. 5.VII.B.1 et 2) sont pertinentes pour un acquiescement, le cadre supérieur dans lequel elles *doivent* s'inscrire et qui leur procure une valeur.

Nous poursuivrons plusieurs directions ; il s'agit tout d'abord de s'intéresser à la notion « d'univocité », qui correspond fondamentalement à discerner un fil rouge ou un noyau dur. La question connexe de la transformation des comportements éparpillés en un faisceau unique doit ensuite être résolue, puis celle du degré d'univocité à satisfaire, et il est finalement loisible de lier la condition de l'univocité avec d'autres éléments de l'acquiescement (principalement la prétention et le droit concerné).

<sup>4829</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Audience publique, 15 mars 2021, CR 2021/2, p. 18, § 2.

<sup>4830</sup> L'art et l'habileté des plaideurs peuvent faire la différence dans cette opération de reconstruction. La réceptivité des juges (et des greffiers) peut aussi jouer un rôle, en fonction de leur positionnement sur l'échiquier du volontarisme (opposé à l'acquiescement) et de l'objectivisme. Si les demandes et les argumentations sont construites avec beaucoup de formalisme, cela joue plutôt en défaveur d'une acceptation de l'acquiescement. Est formaliste un raisonnement en cascade qui prend pour point de départ le Graal d'un accord exprès en forme écrite et qui ensuite descend dans les formes plus indécises des accords tacites, des actes unilatéraux, de l'acquiescement. Voy. par ex. : *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, 2018, CLJ, Rec. 2018, pp. 539-540, § 93.

### 1. *L'univocité : considérations générales*

Univocité, fil rouge, et noyau dur expriment la même idée ; le chaos des comportements doit pouvoir être ordonné en un cosmos qui tend à l'acquiescement. À cette idée s'adjoint la condition que le constat d'acquiescement doit se présenter comme une « conclusion que le tribunal peut raisonnablement atteindre sur la base des faits qui sont présentés ». Ainsi, il doit non seulement être possible de distinguer un ordre dans le tumulte des comportements (univocité) et, additionnellement, cet ordre doit s'imposer de lui-même comme étant évident (conclusion raisonnable). L'argumentation des plaideurs (mais aussi le raisonnement des tribunaux) joue une part importante dans ces constructions, et ce tout d'abord car les faits juridiques ne se trouvent pas déjà formés dans la nature :

« À rigoureusement parler, les faits n'existent pas tout faits dans la nature [...] et le rôle du savant ne se borne pas à les appeler tour à tour suivant les besoins de sa discipline, mais bien plutôt à les créer en quelque sorte en les isolant abstractivement du tout complexe dont ils font partie » <sup>4831</sup>.

Ensuite car un tribunal peut très bien se contenter de faire sienne (ou de rejeter) l'argumentation des parties pour évaluer le degré de certitude de l'acquiescement sans se lancer dans une analyse poussée. La structure de certaines sentences arbitrales témoigne de cette manière de faire <sup>4832</sup>.

La condition de l'univocité comme celle de la conclusion raisonnable sont ambivalentes ; elles sont aisément convertibles en leurs opposés pour les besoins de l'argumentation. L'univocité peut être appréciée sous l'angle de *l'équivocité* des comportements. De la même manière, si plusieurs conclusions sont argumentées et également soutenables, l'acquiescement devrait être rejeté. Ces critères « positifs » se transforment ainsi en critères d'exclusion ; il suffit de souligner une divergence pour éviter l'acquiescement <sup>4833</sup>.

---

<sup>4831</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 286. Citation empruntée à A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1980, p. 339.

<sup>4832</sup> Voy. par ex. : *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 ; *The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China)*, arrêt, 12 juillet 2016, PCA Case n° 2013-19.

<sup>4833</sup> Voy. par ex. les plaidoiries qui choisissent d'insister sur le caractère équivoque des comportements : *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Audience publique, 15 mars 2021, CR 2021/2, p. 20, § 9 ; p. 28, § 31. Voy. aussi : *Sur la question du*

Du reste, les conditions de l'univocité des comportements et de la conclusion raisonnable sont aussi présentes dans d'autres domaines, particulièrement le droit international pénal, et ce sous l'angle de la *mens rea*. Les principes présidant à ce domaine<sup>4834</sup> ainsi que la charge de la preuve sont autrement plus exigeants<sup>4835</sup>, il est néanmoins instructif de faire ce détour avant de revenir, par comparaison, à l'acquiescement du droit international général. Nous utiliserons l'affaire du *Génocide (Croatie c. Serbie, 2015)* comme référence<sup>4836</sup>.

a. *Les enseignements du droit international pénal*

Un élément du crime de génocide consiste en « l'intention spécifique de détruire le groupe en tout ou en partie »<sup>4837</sup>. Cette intention peut s'exprimer de manière claire, dans des déclarations, des politiques de l'État, mais aussi de manière *implicite*, en recourant à des indices, des déductions. Cette déduction doit s'appuyer sur l'identification d'une ligne de conduite (fil rouge, noyau dur) et revêtir un caractère raisonnable :

« Pour 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 »<sup>4838</sup>.

Le critère du droit international pénal, peu importe la dénomination utilisée<sup>4839</sup>, est plus exigeant que celui de l'acquiescement générique puisqu'il doit s'agir de la *seule* déduction raisonnable.

Dans ce cadre, il revient à la Cour d'examiner :

« D'abord la question de savoir si les actes commis par la JNA [l'armée populaire yougoslave] et des forces serbes relèvent d'une ligne de conduite et, dans l'affirmative, elle recherchera ensuite si l'intention de détruire le groupe croate est la seule conclusion raisonnable qu'il est possible de déduire de cette ligne de conduite »<sup>4840</sup>.

---

*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. 235, 258-259 jugée sous l'angle de la pratique subséquente.

<sup>4834</sup> *Nullum crimen sine lege ; nulla poena sine lege* : le formalisme tient une part importante.

<sup>4835</sup> Voy. par ex. : *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, 3 février 2015, CIJ, *Rec. 2015*, p. 67, §§ 177-179.

<sup>4836</sup> Pour d'autres affaires utilisant la déduction : *ibid.*, Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, pp. 358-359, §§ 461-466.

<sup>4837</sup> *Ibid.*, p. 59, § 145.

<sup>4838</sup> *Ibid.*, p. 60, § 148.

<sup>4839</sup> *Ibid.*, p. 60, § 147.

<sup>4840</sup> *Ibid.*, p. 112, § 410.



La ligne de conduite, fil rouge, ou encore l'*univocité* des comportements est établie en premier, suit ensuite la *valorisation* de ce faisceau de comportements, ici sous la forme de l'intention de détruire un groupe ethnique.

La Cour constate qu'une ligne de conduite a bien été adoptée ; et ce notamment car les attaques répondaient en majorité au même mode opératoire (comportements répétés et similaires)<sup>4841</sup>. Parvenue à cette conclusion, elle doit encore déterminer la *valeur* de cette ligne de conduite :

« La Cour rappelle que, pour qu'une ligne de conduite soit admise en tant que preuve de l'intention de détruire le groupe, en tout ou en partie, il faut qu'elle soit "telle qu'elle ne puisse qu'en dénoter l'existence" (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 197, par. 373). Cela signifie, selon la Cour, que l'intention de détruire le groupe, en tout ou en partie, doit être la seule déduction raisonnable que l'on puisse faire de la ligne de conduite »<sup>4842</sup>.

En d'autres termes, la déduction raisonnable revient à s'interroger sur le droit concerné, la motivation juridique qui sous-tend l'adoption de cette ligne. Est-ce que le mode opératoire des attaques visait – et ne pouvait que viser – la destruction d'un groupe ? La Cour conclut négativement<sup>4843</sup> car les actes effectués sont susceptibles d'autres déductions que celle d'un génocide (expulser la population non serbe).

Ce détour par le droit international pénal illustre les deux étapes du raisonnement (identification d'une ligne, puis appréciation de sa valeur). L'exigence d'être en présence de la seule déduction raisonnable implique qu'il appartient au demandeur d'établir le génocide (la Cour se contente d'examiner l'argumentation). Il suffit de la possibilité d'arriver à une conclusion inférieure pour que le génocide ne soit pas retenu. Un point important, et dû au fonctionnement du droit international pénal, est à souligner : la ligne de conduite est établie sur la base des actes *d'un seul* État. Contrairement à la citation d'ouverture de cette section, les actes de l'État adverse ne sont absolument pas pris en compte afin d'établir l'existence de la ligne et l'intention sous-jacente. Cette situation

<sup>4841</sup> *Ibid.*, p. 114, § 415. D'autres critères d'identification de la ligne renforcent le parallèle avec l'acquiescement : il s'agit par ex. de la prise en compte du contexte général, du caractère général et systématique des actes commis, de la répétition des actes, et encore de l'existence d'un discours officiel encadrant ces actes : *ibid.*, Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, p. 359, § 465.

<sup>4842</sup> *Ibid.*, p. 114, § 417.

<sup>4843</sup> *Ibid.*, p. 118, § 430 ; p. 119, § 437.

est principalement due à l'appropriation de l'acquiescement par le droit international pénal<sup>4844</sup>. Cependant, il existe également des situations en droit international général où les actes d'un État – confrontés au silence ou à l'omission de son adversaire – suffisent pour établir l'acquiescement. Il suffit pour s'en rendre compte de se référer aux catégories du silence imperscrutable et de l'inaction au sens strict mises en valeur dans la section précédente relative à l'omission (voy. « a » et « b »).

b. *L'univocité dans l'acquiescement*

L'univocité du droit international pénal pose un premier jalon pour l'acquiescement. Les actes se doivent d'être semblables entre eux, si ce n'est dans leur forme, au moins dans leur fond, c'est-à-dire qu'ils doivent s'inscrire dans une ligne unique. Explicitement et officiellement, ce n'est qu'après le constat de l'existence d'un noyau dur que les actes sont valorisés. Cette manière de faire est critiquable ; comment identifier une ligne de conduite si on ignore la valorisation que l'on souhaite lui conférer ? Le simple fait de vouloir (re)construire une ligne de conduite suppose qu'on en connaisse la direction. En l'absence de ce « préjugé », la liste d'actes à examiner est potentiellement infinie. Ces considérations ne doivent pas nous faire perdre de vue l'aspect dialectique de la justice ; c'est à l'État qui l'invoque de prouver l'existence d'un acquiescement en respectant les étapes. Ce que nous souhaitons souligner, ce que les étapes d'identification d'une ligne et d'appréciation de sa valeur sont séparées pour les besoins de l'analyse judiciaire, mais qu'elles se recoupent pourtant largement : pas de construction de ligne sans but en vue ! Il ne sera dès lors pas surprenant que la jurisprudence internationale ne contienne pas systématiquement la marque de cette analyse en deux phases. Du côté de la Cour et de l'adversaire à l'acquiescement, il *suffit* de contester soit la ligne, soit son appréciation. Dans l'affaire précitée du *Génocide* (2015), nous constatons que le seuil de preuve est élevé. Des faits qui auraient pu correspondre à un génocide ne sont pas valorisés comme tels car une autre conclusion raisonnable est possible<sup>4845</sup>.

<sup>4844</sup> Comme dans les droits humains, le droit international humanitaire, et parfois le droit de la responsabilité, l'acquiescement est ici utilisé pour sa valeur « attributive » d'un comportement. Son emploi sert à constater une violation.

<sup>4845</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, CIJ, *Rec. 2015*, pp. 359-361, §§ 467-§ 471.

(i) *Le degré d'univocité à atteindre : une question de circonstances*

L'acquiescement est-il un dialogue (de sourds) ou une logorhée ? Se construit-il sur la base des actions d'un seul État, ou, comme le suggère Alain Pellet, s'agit-il toujours d'un tango<sup>4846</sup> ? L'acquiescement repose toujours sur une interaction, mais celle-ci peut être réduite à sa plus simple expression. C'est-à-dire que les conditions de l'acquiescement supposent la création d'une charge de réagir et sa violation. Le fait qu'un État reste coi lorsque les circonstances exigeaient une réaction suffit en termes d'interaction. Dans la section 5.VII.B.2, nous avons présenté des catégories où la réaction de l'État lésé est minimale (catégories « a » et « b ») sans que cela ne fasse obstacle à l'acquiescement.

L'univocité à atteindre est donc à géométrie variable. Si les comportements sont le fait quasi exclusif de l'État au bénéfice de l'acquiescement, l'univocité se résume au silence, à l'omission de l'État lésé<sup>4847</sup>. Si au contraire les deux États ont accompli des comportements, l'analogie de la danse s'applique et la ligne de conduite doit être construite sur la base des comportements partagés.

Quant à la valorisation de la ligne de conduite, elle n'est en règle générale pas examinée pour elle-même. L'État qui souhaite profiter d'un acquiescement cherche à le prouver en raison des effets qui en découlent. La valorisation de la ligne de conduite n'apparaît pas comme par magie, les faits ne suggèrent pas d'eux-mêmes une valorisation que les États ou les tribunaux sont tenus de prendre en compte. Le tribunal raisonne *uno actu* sur la cohérence de la ligne (identification) *compte tenu* de l'effet que l'État veut lui donner (valorisation).

L'*Obligation de négocier un accès à la mer* est fortement marquée par ce raisonnement ; la Bolivie cherche à arrimer une obligation d'accorder un accès à la mer par différents moyens énumérés en cascade (accord exprès, actes unilatéraux, acquiescement, *estoppel*)<sup>4848</sup>. Les conclusions des parties servent de référence pour la valorisation de la

<sup>4846</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Audience publique, 15 mars 2021, CR 2021/2, p. 18, § 2.

<sup>4847</sup> Dans *Nicaragua c. Colombie*, les effectivités sont le fait exclusif de cette dernière sans que cela empêche l'acquiescement. *Différend territorial et maritime*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 655 et s.

<sup>4848</sup> *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 539-540, § 93.

ligne de conduite. Le chevauchement de l'identification et de l'analyse de la ligne de conduite devient transparent dans les §§ 172 à 174 où la Bolivie argumente que « [l']accumulation de tous ces éléments [de comportement des parties] peut avoir un “effet décisif” sur l'existence d'une telle obligation [d'accorder un accès à la mer] »<sup>4849</sup>. Les deux phases identifiées dans *Génocide* (2015) disparaissent pour laisser place à un examen d'ensemble orienté par et vers la conclusion juridique recherchée. La « découverte » de la valorisation de la ligne de conduite n'a rien d'accidentel, elle dépend des arguments des parties, de leur conclusion. Cette valorisation est cruciale pour définir les actes qui s'insèrent dans la ligne de conduite et déterminer si une ligne cohérente – et donc *univoque* – a été adoptée. Le point focal du « fil rouge » est bien plus sur l'univocité que sur la valorisation des comportements.

(ii) *La valorisation des comportements distinguée de l'univocité : tentative de gradation*

Toutefois, il est possible que la valorisation des comportements soit explicitement abordée, par exemple car l'acquiescement n'avait pas été clairement perçu par les parties, qu'il ne se manifeste que lors de l'instance, ou qu'il ne concerne qu'un point accessoire de la décision. Ainsi, nous pouvons esquisser une typologie de la valorisation des comportements en fonction de l'importance de l'acquiescement pour la solution juridique de la décision. Sommairement, les affaires qui mentionnent l'acquiescement peuvent être distribuées en trois catégories.

(1) L'affaire se résume à déterminer si l'acquiescement est valide, c'est par exemple une des conclusions demandées ou un point central pour la solution de l'affaire. Tel peut être le cas lorsqu'un différend territorial est réglé de manière prépondérante grâce à l'acquiescement. Toutefois, en raison de sa nature de cause efficiente, les États ne se concentrent pas tant sur l'acquiescement que sur son effet et rédigent leur conclusion en conséquence. Dans *Pedra Branca* les deux États prient la Cour de « dire et juger » que la souveraineté sur les îles lui revient, et non qu'un acquiescement s'est concrétisé<sup>4850</sup>. Les États ont un intérêt à formuler leurs conclusions en termes de *droits* et non en termes de *processus*

<sup>4849</sup> *Ibid.*, p. 562, § 172.

<sup>4850</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 21.

menant au droit. L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* fait légèrement exception, le Cambodge mentionnait les « comportements ultérieurs des Parties » en tant que preuve du caractère conventionnel de la carte de l'Annexe I<sup>4851</sup>. Dans ce genre d'affaires, la recherche d'une ligne d'acquiescement, de comportements cohérents et univoques est ordonnée par les conclusions demandées. La « valorisation » à atteindre s'impose d'elle-même, c'est le stade de l'identification de la ligne et de sa cohérence interne qui retient les efforts des tribunaux<sup>4852</sup>.

(2) L'acquiescement est auxiliaire : il constitue une étape dans le raisonnement judiciaire, sans en être l'objet principal. Les conclusions ne se confondent pas avec l'établissement de l'acquiescement et ne peuvent s'y résumer. L'acquiescement s'y présente comme un moyen (parmi d'autres) en vue d'une fin ; les États sont susceptibles de faire feu de tout bois pour consolider leurs argumentaires. Dans *Golfe du Maine* et *Obligation de négocier un accès à la mer*, l'acquiescement apparaît comme une étape du raisonnement<sup>4853</sup>. Un approfondissement de la valorisation du fil rouge par le tribunal n'est pas exclu, mais reste plutôt rare. L'acquiescement apparaît dans un ensemble qui donne assez rapidement un contexte, une orientation, et le noyau dur des faits pertinents s'impose de lui-même. Dans ces deux premières catégories, c'est parce que l'État invoque l'acquiescement que certains faits sont configurés – avec plus ou moins de réussite – en un fil rouge, en une ligne de conduite univoque. L'acquiescement impose « de l'extérieur » la valorisation qu'il convient de rechercher et de *confirmer* à travers les comportements actifs et omissifs. Certains faits sont détachés du limon informe des circonstances sous-jacentes car ils peuvent s'incorporer dans une trajectoire qui mène potentiellement à l'acquiescement.

(3) L'acquiescement est accessoire dans l'affaire. Il est presque soulevé par le hasard des arguments. L'acquiescement n'est alors plus simplement le fait des arguments des parties, mais peut aussi être pris en charge par le tribunal lui-même. La distinction entre la

<sup>4851</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 11.

<sup>4852</sup> La CIJ prend soin de minimiser les éléments discordants dans l'attitude norvégienne : *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 138.

<sup>4853</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 304, § 128 ; *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec.* 2018, pp. 539-540, § 93.

ligne de conduite et sa valorisation a plus de chances d'apparaître car l'acquiescement est examiné en soi, et que les conclusions des parties ne peuvent être utilisées pour déterminer son orientation. Si la distinction n'apparaît pas en tant que telle, le tribunal prend souvent soin d'explicitier en quoi les comportements sont cohérents. Dans *Saiga* l'acquiescement est examiné au stade des exceptions d'irrecevabilité en lien avec l'immatriculation du navire<sup>4854</sup> (art. 91 UNCLOS). Et ce alors que les conclusions des parties portaient principalement sur la liberté de navigation, l'arraisonnement et la libération d'un navire<sup>4855</sup>. L'acquiescement est examiné car la nationalité du navire est contestée par la Guinée ; pour y répondre, le tribunal et Saint-Vincent-et-les-Grenadines reprennent les comportements et événements de l'affaire. Les comportements sont cohérents (existence d'une ligne) et doivent être interprétés (valorisation de la ligne) comme confirmant la nationalité vincentaise du navire :

« Saint-Vincent-et-les-Grenadines a agi à tous moments du présent différend sur la base du fait que le *Saiga* était un navire ayant sa nationalité. Elle a agi en tant qu'État du pavillon du navire au cours de toutes les phases de l'instance en cours. [...] Pour ce qui est de la Guinée, le Tribunal ne peut qu'observer qu'elle n'a pas contesté ou mis de quelque manière que ce soit en doute l'immatriculation ou la nationalité du navire, à aucun moment avant le dépôt de son contre-mémoire en octobre 1998 [...]. Sur la base des moyens de preuve qui lui ont été soumis, le Tribunal constate que Saint-Vincent-et-les-Grenadines s'est acquittée de la charge initiale qui consistait à établir que le *Saiga* avait la nationalité vincentaise au moment où il a été arraisonné par la Guinée »<sup>4856</sup>.

Les comportements de Saint-Vincent-et-les-Grenadines et de la Guinée sont cohérents entre eux ; une ligne de conduite, un fil rouge les relie. Cette ligne de conduite a pour signification (effet) de confirmer la nationalité du navire. Le raisonnement du tribunal ne distingue pas ces deux phases, mais les amalgame tout en prenant soin de justifier son approche.

Dans *Activités militaires* (1984), la CIJ doit faire face à l'acquiescement au stade des exceptions d'irrecevabilité. L'acquiescement surgit uniquement parce qu'une instance a été introduite. Les conclusions des parties concernent la recevabilité, sans un mot

<sup>4854</sup> *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, §§ 55 et s.

<sup>4855</sup> *Ibid.*, §§ 30 et s.

<sup>4856</sup> *Ibid.*, §§ 68, 69 et 72.

pour l'acquiescement<sup>4857</sup>. De manière assez lâche, l'argumentation de la CIJ se déroule en deux phases ; elle s'intéresse d'abord aux comportements des parties (y compris les publications officielles de l'ONU et de la CIJ), puis elle valorise ces mêmes comportements. Cette ligne de partage des eaux dans les mouvements argumentatifs se dessine aux alentours des §§ 38 et 39 de la décision :

« Compte tenu de la nature publique et constante des affirmations officielles portant sur l'engagement du Nicaragua selon le système de la clause facultative, 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 »<sup>4858</sup>.

Ce passage est révélateur tant pour le stade de la connaissance présumée (*cf. supra*, Ch. 5.IV.D) que pour la valorisation et reconstitution d'une ligne unique de comportements. Les deux mécanismes peuvent se recouper à l'intérieur de l'acquiescement<sup>4859</sup>. La Cour y indique le caractère univoque (« constant ») des comportements du Nicaragua, univocité qui est valorisée comme un acquiescement à la validité de la déclaration de compétence. Le passage indique lapidairement que cette conclusion est la seule raisonnable (« [l]e silence ne peut s'interpréter que [...] »).

Cette brève typologie fait ressortir que la distinction entre l'identification d'un fil rouge, noyau dur, etc, d'une part, et la valorisation de celui-ci est abordée frontalement lorsqu'elle est le plus problématique, c'est-à-dire surtout quand il s'agit d'un point accessoire du raisonnement, que les parties n'avaient peut-être pas anticipé, et au sujet desquelles les conclusions des parties ne fournissent pas forcément d'amples indications. Ainsi, lorsque l'acquiescement est central ou aux avant-postes de la solution juridique, la valorisation de la ligne de conduite va de soi, les faits sont naturellement sélectionnés en fonction du but à atteindre. Tandis que lorsque l'acquiescement est caché, qu'il participe moins au fond de l'affaire,

<sup>4857</sup> *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. 396-397, §§ 8-9.

<sup>4858</sup> *Ibid.*, p. 410, § 39.

<sup>4859</sup> La connaissance présumée a pour objet l'existence de la prétention, sa prise de conscience par l'État lésé par l'acquiescement. Le « fil rouge » est une prolongation de la prétention ; il en constitue une confirmation. Quand l'État reste silencieux face à la prétention, le fil rouge et la connaissance présumée se corroborent mutuellement, comme dans ce passage des *Activités militaires* (1984). Pour être en mesure de réagir valablement à une prétention, il faut savoir sur quoi elle porte, le « fil rouge » contribue à éclaircir la portée d'une prétention.

tant la sélection des faits (ou l'identification de la ligne de conduite) que la valorisation de la ligne de conduite (la signification de cette ligne) suscitent de plus longs développements.

## 2. *La valorisation des comportements*

En quoi consiste ce premier stade du raisonnement, cette univocité tant recherchée ? Comment, et selon quels critères, les comportements sont-ils rassemblés en un faisceau unique, en un fil rouge où il est possible d'identifier un noyau dur commun ? Le deuxième stade, c'est-à-dire la valorisation des comportements, est si souvent entremêlé au premier qu'il est dénué d'indépendance dans la majorité des cas. Notre analyse de ce deuxième stade sera donc discrète et dotée de peu d'autonomie, à l'image du traitement réservé par la jurisprudence.

### a. *Dans les affaires qui admettent l'acquiescement*

Dans *Pêcheries*, la CIJ déclare

« [qu'il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, que le Gouvernement du Royaume-Uni a cru pouvoir relever dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période qui s'est écoulée depuis 1812, et ne sont pas de nature à modifier les conclusions auxquelles la Cour est arrivée » <sup>4860</sup>.

Le passage balaie les prétendues incohérences ; il s'agissait de documents isolés que le Royaume-Uni tentait d'exploiter afin de noter une dissonance dans le comportement norvégien <sup>4861</sup>. Ces documents sont uniquement écrits, par contraste avec la pratique suivie par la Norvège. De plus, la Cour souligne qu'une des incohérences soulevées par le Royaume-Uni découle de sa propre erreur d'interprétation <sup>4862</sup>.

Ces petites turbulences sont incapables de perturber le système norvégien dont la Cour avait déjà constaté l'univocité à travers deux aspects :

« La Cour ayant ainsi établi l'existence et les éléments constitutifs du système de délimitation norvégien constate d'autre part que ce système a été appliqué par les autorités norvégiennes *de façon persistante* [1] et qu'il *ne s'est pas heurté à l'opposition d'autres États* [2] » <sup>4863</sup>.

<sup>4860</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 138.

<sup>4861</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>4862</sup> *Ibid.*

<sup>4863</sup> *Ibid.*, pp. 136-137



La persistance, ou l'application de façon « suivie et constante »<sup>4864</sup> du système est le premier ancrage de l'univocité dans cette affaire. Elle se conjugue ensuite à la réaction du Royaume-Uni et des autres États, qui consiste ici en une abstention<sup>4865</sup>. En somme, il est important pour l'univocité que la réaction de l'État qui acquiesce soit *compatible* avec la prétention. Une réaction mimétique n'est pas nécessaire<sup>4866</sup>.

L'univocité s'est construite et résulte de l'accumulation de prétention et comportements de la Norvège. Les décrets relatifs à la délimitation ainsi que leur application tracent le tant convoité « fil rouge » ou noyau dur<sup>4867</sup>. Les comportements sont assemblés en un faisceau unique, qui correspond au « système » norvégien de délimitation :

« Les exposés des motifs du 1<sup>er</sup> octobre 1869, du 20 décembre 1880, du 24 mai 1889 sont décisifs à cet égard. Ils démontrent également que les délimitations effectuées en 1869 et en 1889 constituaient bien l'application raisonnée d'un système défini, applicable à l'ensemble de la côte norvégienne [...] »<sup>4868</sup>.

Les comportements (décrets, jugements, arraisonnements) peuvent être intégrés dans un faisceau unique qui ne fait que prolonger la prétention initiale (décret de 1812)<sup>4869</sup>. Dans cette affaire, l'univocité rejoint la valorisation des comportements ; chaque nouveau comportement est une « perle » supplémentaire sur le fil rouge de l'univocité. Chaque comportement consiste également en un renouvellement de la prétention juridique à la base de l'acquiescement.

L'univocité s'applique à la fois au comportement de l'État à la recherche de l'acquiescement que du comportement de son adversaire. Cependant, cette recherche de l'univocité dépend aussi des comportements effectivement accomplis par chaque État. Dans *Pêcheries norvégiennes*, l'attitude du Royaume-Uni se résume à un silence assourdissant<sup>4870</sup>. En conséquence, il n'existe pas de

<sup>4864</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>4865</sup> *Ibid.*, pp. 138-139.

<sup>4866</sup> Comparer avec l'image du « tango » utilisée par A. Pellet : *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Audience publique, 15 mars 2021, CR 2021/2, p. 18, § 2.

<sup>4867</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, pp. 134-135.

<sup>4868</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>4869</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>4870</sup> *Ibid.*, p. 138 : « Durant une période de plus de soixante ans le Gouvernement du Royaume-Uni lui-même n'a élevé aucune contestation ».

comportements de cet État à prendre en compte pour la constitution du « fil rouge », qui s'opère uniquement grâce aux activités norvégiennes. Dans ce cas, l'analyse se fait en évaluant la *compatibilité* du silence britannique avec les actes accomplis. Cette compatibilité elle-même repose dans la connaissance présumée de la prétention que le Royaume-Uni devait avoir acquise, ainsi que dans la charge de réagir correspondante : encore une fois les divers éléments de l'acquiescement sont étroitement entrecroisés.

Une tactique pour faire échouer l'acquiescement malgré le constat d'un fil rouge consiste à en contester la valorisation *juridique*. Cette possibilité n'était pas ouverte dans l'affaire des *Pêcheries* car les comportements charrient une prétention éminemment juridique<sup>4871</sup>. Cette stratégie est tentée – sans succès – dans l'affaire des *Droits de navigation et droits connexes*. Un fil rouge est aisément identifiable en raison d'une longue pratique, il consiste en la pratique de la pêche de subsistance par les riverains du fleuve San Juan – pratique à laquelle le Nicaragua n'a nullement objecté<sup>4872</sup>. Quelle serait la « déduction raisonnable » à tirer de cet ensemble de comportements univoques ? La conclusion doit-elle être la constitution d'un droit (coutume bilatérale) ou bien une conclusion inférieure (tolérance, courtoisie) est possible ?

« [L]es Parties conviennent que la pratique de la pêche de subsistance est établie de longue date [existence d'un "fil rouge"]. Elles sont en désaccord, en revanche, quant au point de savoir si cette pratique est devenue contraignante pour le Nicaragua [valorisation du "fil rouge"] et si, dès lors, les riverains peuvent, en vertu d'un droit coutumier, se livrer à la pêche de subsistance depuis la rive du fleuve »<sup>4873</sup>.

La Cour constate simplement que l'absence d'opposition marquée du Nicaragua suffit pour la constitution d'un droit<sup>4874</sup>.

D'ailleurs, les tribunaux ne consacrent pas nécessairement des développements à cet aspect – annexe ou simple corollaire – de l'acquiescement. Dans la sentence *Grisbadarna*, qui est certes ancienne, le tribunal ne recherche ni expressément un fil rouge,

<sup>4871</sup> Il s'agit de décrets, rescrits, jugements, arraisonnements : *ibid.*, p. 134.

<sup>4872</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 265, § 140.

<sup>4873</sup> *Ibid.*, p. 265, § 141. Le Nicaragua arguait qu'il s'agissait d'une simple tolérance : p. 265, § 140.

<sup>4874</sup> *Ibid.*, p. 266, § 141.

ni ne se pose la question de sa valorisation, il considère simplement « [q]u'il n'est pas douteux du tout que l'attribution des bancs de Grisbadarna à la Suède *est en parfaite concordance avec les circonstances les plus importantes de fait* »<sup>4875</sup>.

Ce court extrait ramasse, sans les nommer, les deux problématiques de la valorisation (souveraineté sur les bancs) et le fil rouge (« parfaite concordance avec les circonstances »). Bien qu'ils ne soient pas abordés plus explicitement, le fil rouge et sa valorisation sont disséminés dans toute la sentence. L'affaire résultait d'un compromis dont l'article 3 contenait en germe la valorisation : les parties demandaient au tribunal de fixer « une ligne frontière »<sup>4876</sup>. Les seuls faits pertinents et à rassembler en un fil rouge sont donc ceux qui peuvent participer à la fixation de cette ligne. Comme on l'a souligné plus haut (C.1.b.ii) à travers notre brève typologie (1), (2), et (3), les conclusions demandées orientent naturellement les faits retenus dans le fil rouge. Ici, le « noyau dur » des comportements semblables est établi en additionnant tous les faits qui corroborent les conclusions demandées (qu'il s'agisse d'actes officiels, ou de comportements privés, voire de considérations économiques)<sup>4877</sup>. La *valorisation* à atteindre est première dans le raisonnement (attribuer la souveraineté), à charge pour les États d'énumérer des faits aptes à la soutenir (fil rouge). Ainsi, et ce n'est pas seulement vrai pour *Grisbadarna*, les deux étapes de l'identification puis de la valorisation d'un fil rouge n'ont – loin s'en faut – rien de systématique. Et ce tant au niveau de leur examen (aléatoire et dépendant de l'argumentaire des parties) que de leur ordre d'examen (la fin, la conclusion à atteindre sert de critère pour la sélection des faits ; le fil rouge est *reconstitué* plutôt que *découvert*).

L'univocité du fil rouge est aussi évoquée à travers l'examen de l'attitude de la Norvège ; cette dernière ne s'est pas opposée (omission) et a en plus participé au balisage « en prenant l'initiative » du stationnement d'un bateau-phare par la Suède (action)<sup>4878</sup>.

<sup>4875</sup> *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, p. 162, nos italiques.

<sup>4876</sup> *Ibid.*, pp. 153-154.

<sup>4877</sup> Not. : *ibid.*, p. 161.

<sup>4878</sup> *Ibid.*, le passage n'est pas d'une grande clarté : « Le stationnement d'un bateau-phare, nécessaire à la sécurité de la navigation dans les parages de Grisbadarna, a été effectué par la Suède sans rencontrer de protestation et sur l'initiative même de la Norvège ».

L'attribution des bancs à la Suède est donc *compatible* avec l'attitude norvégienne. Quant aux actes des citoyens norvégiens et suédois, c'est en vertu d'une pesée qu'ils semblent pris en compte : les Suédois étant plus actifs dans la pêche, les bancs reviennent à la Suède <sup>4879</sup>.

Un seul acte de la Norvège est de nature à remettre en cause le fil rouge :

« La Norvège n'a pris de mesures en quelque manière correspondantes qu'en y plaçant à une époque postérieure au balisage et pour un court laps de temps une bouée sonore, dont les frais d'établissement et d'entretien ne pourraient même être comparés à ceux du balisage et du bateau-phare » <sup>4880</sup>.

Comme dans *Pêcheries norvégiennes*, le tribunal balaie cet argument. En comparaison, l'acte norvégien est trop faible pour faire douter de la constitution d'un fil rouge au profit de la Suède. Ce fait isolé est incapable de remettre en cause le caractère constant et suivi de la pratique suédoise.

Dans *Temple de Préah Vihéar*, le fil rouge et sa valorisation sont également disséminés dans d'autres aspects de l'acquiescement, comme le long silence de la Thaïlande, sa connaissance de la prétention, ou encore la charge de réagir et les occasions répétées de s'opposer à la France et au Cambodge <sup>4881</sup>. Quitte à renverser la perspective, l'arrêt pourrait aussi se lire comme un long examen et reconstitution du fil rouge des comportements de la Thaïlande, fil rouge qui se lit en écho aux conclusions recherchées (la souveraineté sur le *Temple*).

Le fil rouge résulte ainsi d'une addition impressionnante de comportements, tous orientés dans la même direction (carte, silence, visite, confection de cartes, conférence diplomatique, absence de réaction). Le fil rouge est constitué grâce au « noyau dur » commun aux comportements ; noyau dur que la Cour exprime comme la manifestation d'une absence de souveraineté sur le Temple et ses alentours. Dans *Roi d'Espagne*, c'est également une accumulation de comportements qui, pris ensemble,

<sup>4879</sup> *Ibid.*, pp. 161-162.

<sup>4880</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>4881</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 24.

témoignent de l'acquiescement à la validité de la sentence<sup>4882</sup>. Ces comportements sont semblables entre eux car ils manifestent tous la « reconnaissance » offerte par le Nicaragua :

« Il ressort des faits rapportés ci-dessus que le Nicaragua a pris connaissance de la sentence et qu'entre le prononcé de la sentence et le 19 mars 1912 il a exprimé à plusieurs reprises au Honduras sa satisfaction de ce que le différend relatif à la délimitation des frontières entre les deux pays eût été définitivement réglé par voie d'arbitrage »<sup>4883</sup>.

Les comportements s'échantillonnaient entre des actes de portée internationale et interne. Les plus hautes autorités du Nicaragua avaient par exemple accusé réception de la sentence et s'étaient félicitées du résultat de l'arbitrage<sup>4884</sup>. Sur le plan interne, la sentence avait fait l'objet d'une communication à la chambre législative et d'une reproduction dans un recueil officiel<sup>4885</sup>. Jusqu'à une date avancée, ces comportements n'ont pas été assortis de réserves ou d'une quelconque sauvegarde des droits du Nicaragua – un facteur que les parties se plaisent quelquefois à souligner afin de favoriser le constat d'acquiescement<sup>4886</sup>.

À côté de cette catégorie de fil rouge résultant d'une base hétéroclite, il est aussi possible de constituer une trame grâce à des comportements semblables et répétés. Dans *Services aériens*, c'est la desserte continue de Téhéran pendant plusieurs années qui aboutit à une perte française du droit de contester cette ligne aérienne. Pendant la période d'acquiescement, la France ne prit pas la peine de réagir à la répétition de la desserte, mais se contenta d'entériner les plans de vol transmis par la compagnie aérienne<sup>4887</sup>. Dans le

<sup>4882</sup> *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 211-214.

<sup>4883</sup> *Ibid.*, pp. 212-213, nos italiques. Plus loin, la CIJ souligne l'accumulation des comportements : « Même s'il n'y avait pas eu de la part du Nicaragua des actes répétés de reconnaissance qui [...] l'empêchent d'invoquer par la suite des griefs de nullité [...] » (*ibid.*, p. 214).

<sup>4884</sup> *Ibid.*, pp. 211-212.

<sup>4885</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>4886</sup> Voy. par ex. : *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. 63, 65-66, 70 ; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 265, § 140 ; *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446.

<sup>4887</sup> *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. 66.

cadre de la modification d'un traité par voie de pratique subséquente, le tribunal est alors en position d'identifier un fil rouge et la valorisation correspondante :

« Neither at the time when it periodically transmitted its timetables, nor when the capacity on the line was increased (three services in 1957, four in 1959), did PAA receive any reminder from the French authorities of the temporary nature of the authorization granted. *Such a series of similar attitudes, reiterated over a period of seven years, throws decisive light on the true scope of the initial consent given by the French authorities when the question of the Tehran service arose for the first time* »<sup>4888</sup>.

Dans un passage ultérieur, le tribunal présente d'ailleurs l'acquiescement comme un processus de cause à effet ; les comportements répétés (fil rouge) indiquent l'adhésion de la France à la nouvelle desserte (valorisation ; droit créé au profit des États-Unis d'Amérique)<sup>4889</sup>.

Dans *Droits de navigation*, une coutume bilatérale est établie via l'acquiescement ; la répétition de la pratique-comportement est valorisée comme la création d'un droit (*opinio iuris*) au profit du Costa Rica<sup>4890</sup>. Le comportement tresse le fil rouge, il consiste en une pêche de subsistance traditionnelle *pratiquée* par les riverains. La valorisation juridique qui encadre ce comportement permet de le hausser au rang juridique, d'un véritable *droit* dont le titulaire est le Costa Rica<sup>4891</sup>. La similarité entre la coutume et l'acquiescement trouve encore une fois un point de repère. La parenté entre la pratique et la constitution d'un fil rouge d'un côté, l'*opinio iuris* et la valorisation juridique des comportements de l'autre, s'exprime dans cette affaire<sup>4892</sup>. Plus largement, la constitution d'une coutume dépend pour une part de l'identification d'un fil rouge de pratiques, d'un noyau de comportements : la pratique coutumière se doit d'être *uniforme*<sup>4893</sup>. Ce noyau dur doit ensuite être susceptible d'une valo-

<sup>4888</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>4889</sup> *Ibid.*

<sup>4890</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec.* 2009, p. 265, § 140.

<sup>4891</sup> *Ibid.*, pp. 265-266, § 141.

<sup>4892</sup> L'*opinio iuris* correspond à la valorisation de la pêche de subsistance en tant que véritable droit plutôt qu'une simple tolérance. *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec.* 2009, pp. 265-266, §§ 140-141.

<sup>4893</sup> *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. 43, § 74. L'uniformité est parfois assimilée à la consistance, à la manière de se comporter face à une situation donnée : H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, pp. 64-66. L'uniformité est appréciée selon plusieurs critères : les comportements

risation juridique, de déboucher sur la création d'un droit objectif (en cas de coutume universelle) ; si au contraire la condition de l'*opinio iuris* n'est pas satisfaite – ou mieux, *franchie* – alors, la pratique n'a que valeur d'usage et aucun respect ne lui est dû.

De ce tour de piste jurisprudentiel, il se dégage que la constitution d'un fil rouge n'est ni calibrée, ni harmonieuse. Les États peuvent danser, seuls, ou à deux, répéter inlassablement le même comportement ou multiplier les attitudes les plus diverses, l'essentiel est de parvenir à dégager un noyau commun, un « but » supérieur aux comportements qui permet de les chapeauter et de les rassembler en un faisceau unique. Le fil rouge se constitue aussi bien grâce à des actes effectués par l'État avantagé que celui lésé par l'acquiescement, voire par une collaboration des deux acteurs. Il n'y a pas de règle en la matière, mais une casuistique que nous n'avons fait qu'effleurer.

b. *Dans les affaires qui refusent l'acquiescement*

*Droit de passage en territoire indien* est particulièrement révélateur, il se situe à la croisée des chemins des affaires qui acceptent ou rejettent le fil rouge. Plus spécifiquement, l'acquiescement a été d'une portée limitée dans cette affaire : un droit de passage est reconnu, *mais seulement dans la mesure où il est « inoffensif »*. Une autre valence de cette affaire est qu'elle est traditionnellement donnée en exemple pour la constitution d'une coutume bilatérale, nous pouvons donc renforcer la comparaison avec l'acquiescement.

Le raisonnement de la CIJ est très suivi ; elle débute par les interactions entre le Portugal et les « Mahrattes » puis établit quels droits se sont constitués au profit du Portugal<sup>4894</sup>. À chaque stade, à chaque droit nouvellement gagné sur les souverains locaux, la CIJ prend garde d'en établir la portée et les limites. Les comportements réciproques des Mahrattes et des Portugais (fil rouge) indiquent l'étendue des droits conférés aux derniers (valorisation juridique)<sup>4895</sup>. Lors de la colonisation britannique,

---

(pratique) doivent se ressembler et ils doivent faire clairement apparaître la règle qui leur est sous-jacente et qu'ils expriment (G. M. DANILENKO, *Law-Making in the International Community*, op. cit., pp. 96-97, § 2).

<sup>4894</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, pp. 37 et s. Sur cette situation d'empiètement progressif sur les chefs locaux, voy. aussi : M. HÉBÉ, *Souveraineté territoriale par traité*, op. cit., p. 584, lit. b ; *The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, Sentence du 6 juin 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 22.

<sup>4895</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, pp. 37-39, spéc. p. 38 : « Il apparaît donc que l'intention des Mahrattes était

puis de l'indépendance de l'Inde, le Portugal acquit la souveraineté sur les villages Mahrattes<sup>4896</sup>. La Cour se focalise donc sur la période britannique pour évaluer l'existence d'un droit de passage (fil rouge), et son étendue (valorisation juridique).

Le point crucial était de déterminer si le droit de passage constitué en faveur du Portugal incluait les forces armées, les munitions, la police<sup>4897</sup>. Sur la base des comportements réciproques (fil rouge), la Cour admet « [q]u'en ce qui est des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général il a existé au cours des périodes britannique et post-britannique une pratique constante et uniforme de libre passage entre Damao et les enclaves »<sup>4898</sup>.

Cette pratique a débouché (valorisation) sur un droit de passage « inoffensif » en faveur du Portugal. Il reste donc à déterminer la partie « offensive » de ce droit.

Le droit « offensif » est encadré par un traité, par une pratique d'autorisation préalable entre fonctionnaires coloniaux<sup>4899</sup>. Le Portugal tenta cependant de souligner des occasions répétées où le passage armé s'était fait sans autorisation<sup>4900</sup> ; un tel comportement aurait pu renverser les termes du traité et accorder un droit offensif. Sous l'angle du « fil rouge », ces traversées armées du territoire britannique étaient parfaitement pertinentes et de nature à participer à un comportement d'acquiescement. Toutefois, c'est sous l'angle de la valorisation que ces traversées sont tenues en échec : le Gouvernement de Bombay objecta à ce passage armé et le Portugal reconnut la nécessité de demander une autorisation préalable, des assurances furent données que des autorisations seraient demandées à l'avenir<sup>4901</sup>. La valorisation juridique des comportements ne peut dès lors pas déboucher sur un droit de passage « offensif » exercé *discrétionnairement* par le Portugal.

---

d'opérer en faveur des Portugais, par le traité de 1779 et les *sanads* de 1783 et 1785, une simple concession de *jagir* ou *saranjam* et non un transfert de souveraineté sur les villages ».

<sup>4896</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>4897</sup> *Ibid.*, pp. 39-40.

<sup>4898</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>4899</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>4900</sup> *Ibid.* : « Le Portugal cite vingt-trois cas remontant aux années 1880-1889 où les forces armées portugaises auraient traversé sans autorisation le territoire britannique entre Damao et les enclaves ».

<sup>4901</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.



La valeur à attacher aux comportements corrobore les termes du traité : le Portugal dispose simplement du droit de *demandeur* un passage pour l'armée<sup>4902</sup>.

Ainsi le fil rouge n'est accepté qu'en partie ; le raisonnement de la Cour s'attache à en dégager le « noyau dur », c'est-à-dire les personnes et biens (civils) pour lesquels le Portugal peut exercer discrétionnairement le droit de passage. Quant à la valorisation juridique, elle permet de distinguer un véritable droit qui serait entièrement à disposition du Portugal d'une permission qui dépend de l'aval du Royaume-Uni :

« La Cour estime qu'en égard aux circonstances spéciales de l'espèce l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit. *La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique* »<sup>4903</sup>.

En soumettant systématiquement le passage offensif à autorisation, le Royaume-Uni a sauvegardé son droit de regard et évite que le fil rouge des traversées armées du Portugal obtienne une valorisation juridique. Émettre régulièrement des réserves sur un comportement, tout en le tolérant, permet de garder sous contrôle la valorisation juridique, la signification que prennent les comportements<sup>4904</sup>.

Nous allons maintenant nous concentrer sur des affaires où le fil rouge – et sa valorisation juridique – ont été rejetés. Dans *Parcelles frontalières*, la souveraineté des Pays-Bas ne s'est pas constituée, et ce malgré le grand nombre de comportements accomplis sur le terrain. Dans une situation d'effectivités adverses, les actes accomplis auraient été suffisants pour tresser un fil rouge convaincant et valorisé en tant qu'acquisition de la souveraineté<sup>4905</sup>. *A priori*,

<sup>4902</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>4903</sup> *Ibid.*, p. 42, nos italiques.

<sup>4904</sup> Voy. les contre-exemples où les tribunaux se servent de l'absence de sauvegarde : *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. 63, 65-66, 70 ; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 265, § 140 ; *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446.

<sup>4905</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec. 1959*, pp. 228-229.

ces actes témoignaient unanimement d'une possession à titre de souverain, le noyau dur partagé est la conviction des Pays-Bas de détenir la souveraineté sur ces parcelles.

Toutefois, la Cour ne l'entend pas de cette oreille ; tant la constitution d'un fil rouge que sa valorisation sont contestées avec succès<sup>4906</sup>. Quant au fil rouge, il est fait état d'une *dissonance* entre les actes accomplis sur le terrain par des fonctionnaires et la position déclarée des plus hautes autorités néerlandaises<sup>4907</sup>. Malgré leur importance, les actes de terrain ne sont pas susceptibles d'être pris en compte pour la résolution du cas :

« Ni en 1892, ni à aucune époque depuis lors, les Pays-Bas n'ont rejeté les assertions belges de souveraineté, jusqu'au jour où le différend s'est élevé entre les deux États en 1922 »<sup>4908</sup>.

Comme vu *supra* (Ch. 5.I.A.5), en cas de dissonance, ce sont les déclarations du « sommet » qui doivent être préférées afin d'établir la position officielle de l'État. Partant, un fil rouge « univoque » ne peut pas être reconstitué, l'État qui a tenté de bénéficier de l'acquiescement n'a pas suivi une ligne de conduite unique, constante, uniforme.

Quant à la valorisation juridique, deux facteurs empêchent les comportements d'indiquer une acquisition de souveraineté. Tout d'abord, la présence d'un traité conférant les parcelles à la Belgique a pour effet de rendre le « renversement » de la souveraineté plus difficile à satisfaire<sup>4909</sup>. Un autre angle d'attaque permet de soustraire les comportements adoptés à une valorisation tendant à l'acquisition de la souveraineté. Ces actes n'ont été accomplis que par des fonctionnaires subalternes et ne portent pas la marque de *l'animus* :

« 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 »<sup>4910</sup>.

La logique de *nemo turpitudinem suam allegans* sous-tend ce passage. Dès le début, ces actes étaient frappés d'une incapacité congénitale à déployer de pleins effets juridiques. Au stade de leur valorisation, ils ne peuvent dès lors pas précipiter la souveraineté dans l'escarcelle des Pays-Bas.

<sup>4906</sup> Voy. le dispositif, qui, par 10 voix contre 4, reconnaît la souveraineté à la Belgique : *ibid.*, p. 230.

<sup>4907</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, pp. 227-229 : les deux États étaient en négociation au sujet de ces parcelles.

<sup>4908</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>4909</sup> *Ibid.*, p. 227.

<sup>4910</sup> *Ibid.*, p. 229.

La trajectoire suivie par la Cour dans *Cameroun c. Nigéria* est comparable. Les deux États s'étaient engagés dans des négociations, une convention préalable demeurerait le point de repère pour les questions territoriales, et les actes accomplis par le Nigéria sur le terrain différaient des prises de positions des plus hautes autorités<sup>4911</sup>. C'est la tentative de constitution d'un « fil rouge » par le Nigéria grâce aux actes de terrain qui nous retiendra. Ce dernier souligne les nombreux comportements dénotant une possession à titre de souverain : assistance des autorités aux villageois, contrôle, actes administratifs, fonctionnement des dispensaires, financement de services publics, perception de redevance, octroi de crédits pour des constructions publiques, jugement entre plaignants résidants dans le territoire contesté<sup>4912</sup>. Les actes de terrain sont légion, en situation d'« effectivités adverses » ils seraient jugés univoques et appartenant à un fil rouge unique, limpide et justifiant l'acquisition de la souveraineté au profit du Nigéria<sup>4913</sup>. Cependant, le seuil probatoire du cas est *rehaussé*, car :

« Puisque le Cameroun détenait un titre préexistant sur cette région du lac, le critère juridique applicable est l'existence ou non d'un *acquiescement manifeste* du Cameroun au transfert de son titre au Nigéria »<sup>4914</sup>.

Ce changement d'angle a pour conséquence d'orienter les recherches de la Cour sur une manifestation claire d'approbation de la souveraineté nigériane par le Cameroun :

« La conduite du Cameroun sur le territoire en cause n'est pertinente que pour déterminer s'il a acquiescé à une modification du titre conventionnel, éventualité qui ne peut être entièrement exclue en droit »<sup>4915</sup>.

Implicitement, cela signifie toutefois que les actes du Nigéria accomplis sur le terrain<sup>4916</sup> sont jugés intrinsèquement aptes à provoquer un basculement de la souveraineté (leur force, leur direction sont suffisamment claires).

<sup>4911</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 349-351, §§ 62-64.

<sup>4912</sup> *Ibid.*, pp. 352-353, §§ 66-67.

<sup>4913</sup> Comparer avec la situation d'effectivités adverses dans *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 655 et s., déjà amplement décrite *supra*.

<sup>4914</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 353, § 67, nos italiques.

<sup>4915</sup> *Ibid.*, p. 353, § 68.

<sup>4916</sup> Par opposition aux déclarations et négociations du sommet de l'État du Nigéria.

La Cour note que les actes camerounais, bien que discrets, sont suffisants. L'émission périodique de protestations, accompagnées de tentatives de regagner le contrôle, sont capitales pour rejeter un acquiescement « manifeste » :

« Les événements susmentionnés, pris conjointement, montrent que le Cameroun n'a pas acquiescé à l'abandon de son titre sur la région en faveur du Nigéria »<sup>4917</sup>.

L'acquiescement aurait été possible si les attitudes du Nigéria n'avaient pas été dissonantes entre son sommet et sa base<sup>4918</sup> ; ou si le Cameroun avait été silencieux sur le terrain ; ou si le Cameroun n'avait pas émis de protestation diplomatique, ou de plus faible ampleur ; et encore si des actes de collaborations ou une reconnaissance expresse avaient été émis. Ces scénarii tracent les contours du fil rouge qui aurait dû et pu se réaliser pour valider l'acquiescement<sup>4919</sup>. À l'image du « tango »<sup>4920</sup>, le Cameroun n'est pas assez entré dans la danse pour perdre sa souveraineté. En l'occurrence, la dose de protestation et d'actes camerounais est suffisante pour faire exploser le fil rouge et interdire un verdict d'acquiescement. Pris *ensemble* (et non tour à tour) comme le souligne la Cour, les actes des deux États ne sont pas univoques, ils ne tracent pas un sens unique, pas plus qu'une valorisation juridique s'impose d'elle-même.

Pour qu'un fil rouge puisse se nouer, les comportements des parties doivent se répondre. En plus de la convergence nécessaire dont les comportements doivent témoigner, un autre étalon pour établir le fil rouge est la sérénité des rapports des parties. Dans l'arbitrage opposant la Guinée à la Guinée-Bissau :

« Le Tribunal observera que le caractère conflictuel des prétentions des Parties et de leurs mesures d'application suffit à exclure toute idée d'accord implicite sur une quelconque délimitation latérale des zones maritimes »<sup>4921</sup>.

<sup>4917</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 354, § 70.

<sup>4918</sup> *Ibid.*, p. 354, § 69 : voy. la référence aux négociations au sein de la CBLT entre les deux États de 1984 à 1994.

<sup>4919</sup> Cette approbation pourrait être aussi bien explicite (déclaration) que tacite (actes, omissions). Inversement, la protestation peut survenir de notes diplomatiques comme d'actes accomplis sur le terrain.

<sup>4920</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Audience publique, 15 mars 2021, CR 2021/2, p. 18, § 2.

<sup>4921</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX, p. 175, § 66.

Certes, c'est un accord tacite qui est visé, mais la naissance d'un tel accord est un processus qui s'appuie en grande partie sur l'acquiescement, voire s'y confond<sup>4922</sup>. L'absence de communauté dans les positions respectives des parties interdit tout début de fil rouge et fait irrémédiablement obstacle à l'univocité. Dans cette hypothèse, les comportements ont beau être foisonnants, ils se neutralisent mutuellement en raison de leur divergence.

La sentence *Pensions de l'UNESCO* jette aussi une lumière sur l'univocité à atteindre pour satisfaire l'acquiescement. Le contexte était particulier, il s'agissant d'un arbitrage entre la France et une OI, l'acquiescement se manifestait dans le cadre de la pratique subséquente à un traité (l'accord de siège de 1954)<sup>4923</sup>. La pratique subséquente était utilisée afin d'évaluer si l'interprétation de l'accord à laquelle le tribunal avait abouti dans une première phase de son raisonnement (*i.e.* : imposition des pensions) avait été modifiée par les parties<sup>4924</sup>. La situation ressemble fort à celle de la recherche d'un acquiescement « manifeste » décrite dans *Cameroun c. Nigéria*<sup>4925</sup> ; l'accord de siège et son interprétation jouent le rôle de titre, les actes accomplis subséquentement sont pareils à des effectivités qui – à moins d'être suffisamment fortes – ne peuvent pas faire dévier le traité.

L'identification d'un fil rouge univoque et constant concentre les efforts du tribunal. *A priori*, ce fil rouge semble facile à reconstituer : les autorités françaises n'ont pas imposé les pensions des fonctionnaires retraités pendant de très nombreuses années, et l'UNESCO a de plus refusé de communiquer les montants versés suite à deux demandes de l'administration française<sup>4926</sup>. Le tribunal ne s'y arrête pas et exige un standard élevé d'univocité ; le fil rouge à reconstituer doit être composé d'actes compatibles entre eux afin de déceler une pratique subséquente. Ainsi, la dissonance

<sup>4922</sup> Cf. *supra*, Ch. III.2.A – « Le consentement ou l'accord tacites ».

<sup>4923</sup> *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. 255, § 61.

<sup>4924</sup> *Ibid.*, pp. 256 et s.

<sup>4925</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 353, § 67.

<sup>4926</sup> Pendant environ 40 ans : *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.

dans l'attitude française est un signe d'équivoque ; tout comme les prises de positions officielles et les demandes réitérées de renseignements <sup>4927</sup>. Selon le tribunal :

« Il existe une discordance très nette, d'ailleurs relevée par l'UNESCO elle-même, entre, d'une part, les déclarations des autorités susceptibles d'exprimer la position de l'État français et, d'autre part, les attitudes des services fiscaux français » <sup>4928</sup>.

Cette manière de faire exige une « triple » univocité : les attitudes de toutes les strates hiérarchiques de la France doivent être compatibles entre elles (1) ; les attitudes de toutes les strates de l'UNESCO doivent être compatibles entre elles (2) ; et pour finir, les attitudes de la France et de l'UNESCO doivent être compatibles (3). Pris à l'envers, ces trois étapes sont autant de manières de faire exploser un fil rouge et d'éviter une pratique subséquente, ou un acquiescement. Pourtant, et contrairement à cette triple univocité, la CIJ semble plutôt pencher pour un examen d'ensemble de l'univocité ou toutes les attitudes seraient mises en commun afin de constituer le fil rouge <sup>4929</sup>.

Aucun fil rouge ne peut résulter de cette situation ; d'un côté l'UNESCO « reconnaît qu'une telle concordance n'a pas existé » <sup>4930</sup>, et de l'autre le tribunal minimise l'importance des actes des fonctionnaires fiscaux (« même s'il y a eu [...] des errements dans l'administration fiscale ») <sup>4931</sup>. Une « position commune et sans équivoque des parties » n'est pas établie <sup>4932</sup>. Les faits, les comportements, les déclarations laissent la place à d'autres interprétations, toutes aussi raisonnables ; un constat d'acquiescement n'est pas *la seule issue possible* dans cette affaire <sup>4933</sup>. Au stade de la valorisation des comportements accomplis par les parties, la France avançait ainsi que la pratique de

<sup>4927</sup> Respectivement : 1) le Secrétaire d'État au budget avait déclaré que les pensions n'étaient pas exonérées, contrairement à l'absence de taxation pratiquée par l'administration fiscale subalterne. 2) Le secrétaire d'État au budget avait formulé cette position en 1956 et en 1991. 3) En 1988 et 1991, les demandes de renseignement – assimilées à des protestations – étaient restées sans réponse. Pour les trois points : *ibid.*

<sup>4928</sup> *Ibid.*, p. 259, § 74.

<sup>4929</sup> Dans la presque contemporaine affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, la CIJ évoque la prise en compte *conjointe* des événements (*Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 354, § 70).

<sup>4930</sup> *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. 260, § 75.

<sup>4931</sup> *Ibid.*, p. 260, § 76.

<sup>4932</sup> *Ibid.*, p. 258, § 70.

<sup>4933</sup> De la même manière, dans *Golfe du Maine*, la Chambre souligne que, bien que l'attitude des États-Unis ne soit pas empreinte de précaution, il ne se justifiait pas de retenir un

son « administration fiscale a été tout au plus une forme de tolérance ou de courtoisie »<sup>4934</sup>. Même si un fil rouge avait été établi (noyau dur de comportements univoques) sa valorisation n'aurait pas pu déboucher sur la constitution d'un droit en faveur de l'UNESCO. Des faits, il ressort que les fonctionnaires français ont fait preuve d'inertie ou ont longtemps été dans l'erreur, le système particulier de taxation joue un rôle<sup>4935</sup>. Une « tolérance » suppose en outre la connaissance des agissements de l'UNESCO et des fonctionnaires retraités, ce qui cadre mal avec le reste de l'argumentation française. Quoi qu'il en soit, l'affaire confirme la tendance des parties à alléguer la tolérance pour éviter toute valorisation juridique du fil rouge<sup>4936</sup>.

### 3. *Fil rouge, univocité, valorisation et comparaisons*

#### a. *La pratique subséquente*

L'assimilation du fil rouge de l'acquiescement à la « communauté » requise pour une pratique subséquente est renforcée et attestée dans d'autres domaines. Un panel de l'OMC déclare que :

« [T]he essence of subsequent practice in interpreting a treaty has been recognized as a "concordant, common and consistent" sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernable pattern implying the agreement of the parties regarding its interpretation. An isolated act is generally not sufficient to establish subsequent practice; it is a sequence of acts establishing the agreement of the parties that is relevant »<sup>4937</sup>.

Les critères de concordance, communauté et de consistance renvoient à la compatibilité des comportements réciproques des États ; la nécessité de pouvoir identifier un « pattern »<sup>4938</sup> renvoie pour sa part au « fil rouge » à constituer sur la base des comportements. Quant à la valorisation juridique des

---

acquiescement : *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 307, § 138.

<sup>4934</sup> *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.

<sup>4935</sup> *Ibid.* : il s'agit d'un système déclaratif, l'autorité peut procéder au redressement en cas de défaut d'annonce du contribuable.

<sup>4936</sup> Par ex. : *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec. 2009*, p. 265.

<sup>4937</sup> *Japan-Alcoholic Beverages II (États-Unis c. Japon)*, OMC, Rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, AB-1996-2, p. 13. Cité dans : I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>4938</sup> Que nous traduirions ici par « schéma », ou « trame », dans le sens de quelque chose qui se dégage, que l'on parvient à percevoir et identifier.



comportements réciproques et du « fil rouge », elle apparaît dans l'accord qui résulte par implication (« implying the agreement » dans l'extrait). Comme pour l'acquiescement, c'est d'ailleurs sur la base d'un examen d'ensemble des circonstances pertinentes qu'une pratique subséquente est validée ou rejetée. Ainsi, plus la pratique est partagée, commune, consistante, d'une longue durée, émaillée de nombreuses occurrences (fréquente), plus elle sera facilement établie (identification d'un « fil rouge ») et l'étape suivante de la valorisation juridique de la pratique en un accord sera peu controversée<sup>4939</sup>, voire quasi automatique. Il est marquant que l'identification d'une « pratique » au sens de l'article 31, § 3, lit. b CVDI n'a pas besoin de s'imposer comme étant la « seule déduction raisonnable » pour pouvoir être retenue. L'article a plutôt été interprété comme devant être satisfait grâce à un faisceau d'indices convergents (caractère commun, consistant, et concordant de la pratique)<sup>4940</sup>.

La CDI a étudié la pratique subséquente aux traités ; examinons si et comment l'uniformité de la pratique a été définie. Le projet de conclusion 10, § 1 énonce :

« 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. [...] »<sup>4941</sup>.

Cette « communauté de vues » suppose la constitution d'un fil rouge, d'un noyau dur de comportements. Les commentaires précisent trois points à ce sujet, aussi applicables à l'acquiescement.

Tout d'abord, ce sont des divergences *partagées* qui empêchent de déceler un accord, mais uniquement dans la mesure où ces divergences perdurent<sup>4942</sup>. Une divergence temporaire, provisoire, ponctuelle, isolée, qu'il est possible de dater dans la ligne de la pratique, n'empêche pas un accord. De la même manière, des comportements

<sup>4939</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 71-75.

<sup>4940</sup> Si la pratique subséquente n'est pas retenue, les comportements peuvent encore être valorisés sous l'angle de l'article 32 CVDI (moyens supplémentaires d'interprétation) : I. BUGA, *The Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 75-77.

<sup>4941</sup> CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 4, nos italiques.

<sup>4942</sup> « Il n'y a cependant absence d'accord que dans la mesure où les positions des parties divergent et tant que cette divergence perdure » : 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<sup>e</sup> partie, 2018, p. 80, § 4. Les positions des parties doivent être antagonistes et empêcher un noyau commun.



qui ne s'intègrent pas dans le fil rouge de l'acquiescement, mais limités dans le temps ou dans leur ampleur, ne font pas échec à l'acquiescement.

Deuxièmement, la CDI précise :

« Si un comportement équivoque de l'une ou plusieurs des parties empêche généralement l'identification d'un accord, tout élément du comportement d'un État qui ne cadre pas totalement avec la position générale n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre ce comportement équivoque »<sup>4943</sup>.

Le même constat s'impose pour l'acquiescement, des petites incartades sur un fil rouge par ailleurs unitaire et bien attesté ne sont pas de nature à empêcher la constitution d'un droit<sup>4944</sup>. Finalement, les parties n'ont pas besoin d'être dans une situation de connaissance réelle des comportements de leur adversaire ; une connaissance présumée<sup>4945</sup> suffit pour constituer une pratique subséquente, et/ou le fil rouge de l'acquiescement et permettre sa valorisation juridique. Tant dans la pratique subséquente que dans l'acquiescement, il n'est pas nécessaire de constater une entente parfaite du début à la fin de la période « critique » afin de constituer un fil rouge et d'y donner une valorisation juridique. Des divergences sont permises, une connaissance réelle des comportements adverses n'est pas nécessaire, c'est de l'examen d'ensemble – souple – que la communauté de vues doit se dégager. C'est grâce à un faisceau d'indices convergents que l'acquiescement ou la pratique sont retenus.

Les commentaires de la CDI contiennent une dernière leçon sur la valorisation juridique à attribuer à la « communauté de vues ». Le projet de conclusion n° 6, § 1 précise que la prise de position commune des parties doit concerner une interprétation du traité, par opposition à un *modus vivendi*<sup>4946</sup>. Dans l'acquiescement, c'est la tolérance et la courtoisie qui jouent le rôle dévolu au *modus vivendi* dans la pratique subséquente. Identifier et constituer un fil rouge n'est pas suffisant, sa valorisation juridique est aussi en cause ; une stratégie pour éviter une pratique subséquente est d'arguer qu'il s'agit d'un arrangement temporaire<sup>4947</sup>.

<sup>4943</sup> *Ibid.*, p. 80, § 5.

<sup>4944</sup> Voy. par ex. : *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 138.

<sup>4945</sup> « Dans certaines circonstances, la connaissance et l'acceptation de la position de l'autre partie ou des autres parties peuvent être supposées, en particulier dans le cas des traités qui sont appliqués au niveau national » : *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<sup>e</sup> partie, 2018, pp. 81-82, § 8.

<sup>4946</sup> CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 3.

<sup>4947</sup> *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<sup>e</sup> partie, 2018, p. 51, § 20.

Cette similitude renforce les liens et la comparaison entre la pratique subséquente et l'acquiescement, elle illustre également que la distinction entre l'étape du « fil rouge » et sa valorisation est répandue en droit international<sup>4948</sup>.

b. *La coutume*

L'instauration et la perpétuation d'une coutume reposent sur l'identification d'un noyau dur de comportements semblables. L'affaire des *Activités militaires* (1986) amène la Cour à s'intéresser au degré de cohérence nécessaire :

« Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les États s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention dans les affaires intérieures d'autres États. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle »<sup>4949</sup>.

La convergence nécessaire (fil rouge) pour établir une coutume n'est pas totale, elle est seulement *majoritaire*. La coutume tolère des incartades, et ce à deux niveaux : tout d'abord les États peuvent violer la coutume sans la mettre en danger (« avec une entière constance »). En second lieu, les actes et comportements n'ont pas besoin d'être toujours en adéquation parfaite avec la règle (« rigoureusement conforme »). Ce qui compte pour l'établissement du fil rouge coutumier, c'est une cohérence d'ensemble, largement partagée, et qui s'oriente dans une direction identifiable (la règle à considérer doit être la même d'une situation d'application à l'autre, sans quoi il s'agit sinon d'une « règle nouvelle »).

Le caractère général de la pratique a fait l'objet d'un projet de conclusion de la CDI en 2018 :

« La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante »<sup>4950</sup>.

<sup>4948</sup> Voy. notre référence au droit international pénal dans la section C.1.a *supra*.

<sup>4949</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, 27 juin 1986, CIJ, *Rec. 1986*, p. 98, § 186, nos italiques.

<sup>4950</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 3, Conclusion n° 8, § 1.

La CDI indique qu'il n'existe pas de critères absolus pour procéder à l'examen de ces trois termes ; il s'agit d'un examen d'ensemble qui doit tenir compte des circonstances pertinentes<sup>4951</sup>. À titre préliminaire, c'est uniquement une limite inférieure qui est fixée, et ce de la manière suivante :

« Dans chaque cas, cependant, la pratique devrait être de nature à permettre de dégager un usage *pratiquement uniforme*. Il convient de tenir compte du caractère *contradictoire ou inconstant* d'une pratique pour déterminer s'il est possible de tirer une telle conclusion »<sup>4952</sup>.

La première phrase peut être lue comme l'exigence de l'identification d'un fil rouge. La seconde indique les déviations du fil rouge qui ne le mettent pas à mal ; des contradictions sporadiques n'affectent pas une pratique par ailleurs constante.

La condition de la constance et de la cohérence est présentée en détail dans le commentaire ; la constance insiste sur le caractère convergent des comportements<sup>4953</sup>. La cohérence est liée au type de comportement opposé face à la même situation (similarité dans la *réaction*)<sup>4954</sup>. Dans l'acquiescement, la cohérence prend une autre forme et est directement liée au droit qui fait l'objet de la prétention. Des comportements très divers entre eux n'empêchent pas la cohérence ; dans le domaine territorial par exemple, une multitude d'actes différents peuvent manifester la possession à titre de souverain. Ces comportements sont dissimilaires, mais néanmoins tous orientés dans la même direction, accomplis dans le même but. Pour terminer, la CDI propose une reformulation du passage précité des *Activités armées* (1986) :

« La pratique pertinente doit être pratiquement ou sensiblement uniforme, ce qui signifie que certaines incohérences ou contradictions n'invalideront pas nécessairement la constatation de l'existence d'une "pratique générale" »<sup>4955</sup>.

Les incohérences peuvent être – mais ne seront pas automatiquement – source d'échec de la pratique ou du fil rouge de l'acquiescement. Ce passage souligne encore une fois l'importance des circonstances<sup>4956</sup> (ce qui dans l'acquiescement renvoie aux autres

<sup>4951</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 144, § 2.

<sup>4952</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>4953</sup> *Ibid.*, p. 145, § 5.

<sup>4954</sup> *Ibid.*, p. 145, § 6.

<sup>4955</sup> *Ibid.*, p. 145, § 7.

<sup>4956</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 2.

critères opératoires et à son contexte général). La CDI n'exige pas que l'établissement d'une pratique à partir des comportements soit la seule déduction raisonnablement exigible <sup>4957</sup>.

L'analogie avec la pratique subséquente s'étend à la valorisation juridique du fil rouge : pour qu'une coutume soit identifiée, il faut être en présence d'une obligation juridique, par opposition à une simple pratique dictée par la courtoisie ou motivée par la tolérance <sup>4958</sup>.

Les analogies entre la constance de la coutume et le fil rouge de l'acquiescement doivent toutefois être nuancées. La coutume universelle étant un processus largement partagé, la manière d'établir un fil rouge et de déduire une valorisation est beaucoup plus diffuse que dans l'acquiescement, car elle repose sur un plus grand nombre d'occurrences et d'acteurs, susceptibles de se compléter et de pallier mutuellement leur manque. Une analogie plus exacte s'établirait entre la coutume bilatérale ou régionale et l'acquiescement ; un nombre limité d'États y participent. Ce type de coutume est parfois assimilé à un accord tacite, qui confine donc à l'acquiescement ; à travers les affaires du *Droit d'asile*, des *Pêcheries*, et du *Droit de passage*, nous constatons que l'activité de chaque État à ce type de coutume est scrupuleusement passée à la loupe <sup>4959</sup>, l'opération d'établissement d'un fil rouge et de déduction de sa valeur y sont plus exigeantes que dans la coutume générale. Sans s'y attarder, la CDI fait discrètement référence à cette exigence supérieure dans sa Conclusion n° 16 <sup>4960</sup>.

<sup>4957</sup> Ni pour la pratique, ni pour l'acceptation comme étant le droit (*opinio iuris*), la CDI hausse le seuil à une déduction qui soit la seule possible. Au sujet de l'acceptation, la CDI énonce simplement qu'il doit s'agir d'une déduction (CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 149, § 1, Conclusion n° 10, § 1). La priorité de la pratique dans l'établissement d'une coutume est soulignée (*ibid.*, p. 137, Conclusion n° 4, § 1). L'étape supplémentaire de l'*opinio iuris* permet notamment de vérifier que la déduction à opérer concerne bien une coutume, et non un droit de nature conventionnelle, ou une simple tolérance (*ibid.*, Conclusion n° 9, pp. 146-148, §§ 1-6).

<sup>4958</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 148, 6.

<sup>4959</sup> *Droit d'asile (Pérou c. Colombie)*, arrêt, 20 novembre 1950, CIJ, *Rec. 1950*, pp. 276-277.

<sup>4960</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, pp. 164-166, §§ 1-7. La CDI rappelle que les mêmes règles s'appliquent aux coutumes générales et « particulières » et ajoute lapidairement que « l'application de l'approche des deux éléments est plus stricte dans le cas des règles de droit international coutumier particulier » (*ibid.*, p. 166, § 7).

c. *La perte du droit d'invoquer une cause de nullité, d'extinction (article 45 CVDT)*

Dans l'article 45 CVDT, la condition de la cohérence des comportements indiquant la perte du droit d'invoquer la cause de nullité n'apparaît pas explicitement. La référence à la « conduite » de l'État joue ce rôle. Kohen renvoie à la jurisprudence et aux notions de clarté, d'absence d'équivoque, d'attitude « uniforme et constante », de comportement « absolument net et constant »<sup>4961</sup>. Ce fil rouge constitué, l'État sera considéré, en fonction de l'article de la CVDT auquel l'article 45 CVDT fait écho, comme « ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application ».

Les autres codifications connues de l'acquiescement ne font pas référence au fil rouge ou à la valorisation juridique de celui-ci. Au contraire, elles fonctionnent de manière monolithique et binaire. Principalement, les articles 20, § 5 CVDT et 252 UNCLOS prévoient un délai durant lequel l'opposition est prise en compte. La « constance du comportement » dans ces articles consiste en une attitude où aucune objection n'est formulée durant le délai. L'envers de ces codifications est qu'une seule inconstance ou opposition suffit à faire échouer l'acquiescement<sup>4962</sup>. La périlleuse identification d'un fil rouge n'est donc pas de mise, ce qui n'a rien de surprenant : les codifications ne servent pas seulement à offrir une représentation de l'acquiescement, elles permettent d'en exclure les éléments d'incertitudes.

#### 4. *Synthèse*

Quel est finalement le seuil d'exigence d'un fil rouge et de la déduction de sa valorisation juridique dans l'acquiescement ? Est-ce le même qu'en droit international pénal où il est nécessaire de prouver qu'il s'agit de « la seule déduction possible » ? Tant la revue de la jurisprudence que les comparaisons avec la coutume et la pratique subséquente infirment cette hypothèse. La déduction nécessaire pour l'acquiescement est moins exigeante ; elle est empreinte de souplesse. La constitution du fil rouge et la déduction de sa valeur s'articulent autour de plusieurs pôles d'attraction. La cohérence du fil rouge doit être générale, majoritaire, converger dans une

---

<sup>4961</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, p. 1692, § 55.

<sup>4962</sup> L'objection peut cependant être retirée, soit avant le délai final de l'article 20, § 5 CVDT, soit après.

direction. Cependant, la déduction obtenue n'a pas besoin d'être la seule raisonnablement possible, c'est bien plutôt une déduction qui doit s'imposer comme préférable, comme prioritaire, mais qui est capable de coexister avec d'autres hypothèses. Dans certains cas extrêmes, la déduction retenue peut même être contraire à l'intention des parties. Cette position se justifie car l'acquiescement repose souvent sur la connaissance présumée, il en découle que des échafaudages successifs de présomption peuvent aboutir à des quasi-fictions dans la solution juridique définitive. Dans *Activités militaires* (1984), la CIJ déclare ainsi :

« Sans doute le Nicaragua n'a-t-il à aucun moment, d'après les informations soumises à la Cour, reconnu lui-même expressément qu'il était lié par son acceptation de la compétence obligatoire de la Cour, *mais il n'a pas nié non plus l'existence de cet engagement* » <sup>4963</sup>.

Une déduction est privilégiée au vu des circonstances d'ensemble.

Plutôt qu'une parfaite harmonie entre le fil rouge et la déduction, c'est la compatibilité générale qui est mise en avant. Le raisonnement s'apparente à une pesée, ou parfois encore à l'évaluation des effectivités adverses : l'acquiescement est validé si les comportements s'orientent de manière univoque dans sa direction. L'équivoque qui fait échouer le fil rouge consiste en des comportements contraires au résultat plaidé ou de trop faible ampleur. Dans *Golfe du Maine* la Chambre refusa ainsi d'accorder trop de poids aux comportements et silence des États-Unis car ceux-ci n'étaient pas suffisamment unanimes <sup>4964</sup>. Des « errements » ponctuels au sein de la conduite des relations extérieures ne sont pas suffisants pour qu'un État soit considéré comme ayant acquiescé. En ce sens, l'univocité du fil rouge et de sa déduction plaide pour que les réactions d'un État (même silencieuses) soient configurables en *réponses* à une action de son adversaire.

La constitution du fil rouge et la valorisation juridique possèdent une dimension positive (tresser une histoire, identifier un noyau dur), mais également une dimension négative d'exclusion. La déduction est seulement validée si un droit est bien en jeu, par opposition à une forme juridique inférieure. Si le fil rouge vise une tolérance, courtoisie, *modus*

<sup>4963</sup> *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, nos italiques.

<sup>4964</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 308, §§ 140-141.

*vivendi*, alors l'acquiescement est absent, ou plutôt il ne porte pas sur un droit <sup>4965</sup>. Dans *Droit de passage*, cette différence est bien visible : la Cour ne valide qu'une partie de l'acquiescement – le transit d'armes et de militaires demeure soumis à l'autorisation de l'Inde <sup>4966</sup>. En comparant la situation dans la coutume et la pratique subséquente, il appert que cette dimension d'exclusion y est aussi présente <sup>4967</sup>. Elle sert de vérification supplémentaire pour valider la déduction d'un droit. La jurisprudence démontre que les tribunaux se servent parfois de ce critère afin de démontrer que les États avaient la possibilité de prolonger une situation dont la légalité était précaire (*modus vivendi*, tolérance) mais qu'ils s'en sont abstenus, pavant la voie à l'acquiescement <sup>4968</sup>.

Finalement, le fil rouge et la déduction de sa valeur juridique ne s'opèrent pas dans un déracinement complet, coupé des autres éléments de l'acquiescement. Bien au contraire, ces deux étapes sont rarement analysées de manière autonome et isolée. Au premier plan, c'est la connaissance présumée qui affirme son influence sur la déduction. Une marque de l'acquiescement est de se reposer sur des présomptions, et la déduction du fil rouge et de sa valorisation n'y échappe pas. Il n'est pas nécessaire qu'un État soit réellement au courant des comportements de son adversaire pour qu'un noyau dur de comportements communs apparaisse. Ainsi, tant dans *Pêcheries* que dans *Temple de Préah Vihear*, la Cour s'est largement appuyée sur les faits que les parties ne pouvaient pas ignorer afin de constituer le fil rouge de comportements et en déduire une valorisation juridique <sup>4969</sup>. Les tribunaux prennent en compte le fait que les États ont une connaissance présumée des risques qu'un acquiescement prenne naissance en cas de silence ou d'opposition trop

<sup>4965</sup> Voy. les différentes phases de l'avis consultatif *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Brăila*, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 5. Sur la création tacite d'un *modus vivendi*, voy. : *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 août 1952, CIJ, *Rec.* 1952, pp. 200-201.

<sup>4966</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec.* 1960, p. 42. Il ne s'agit donc pas d'un droit du Portugal, mais d'une faculté réservée à l'Inde.

<sup>4967</sup> La pratique doit relever d'une obligation juridique pour la coutume (par opposition à des considérations politiques). Pour la pratique subséquente, on souhaite éviter qu'une pratique relève d'un *modus vivendi* plutôt que d'un accord sur l'interprétation.

<sup>4968</sup> *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. 63, 65-66, 70 ; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec.* 2009, p. 265, § 140 ; *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446.

<sup>4969</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.IV.D – « La connaissance présumée ».



faible<sup>4970</sup>. La charge de réagir et la faculté de répondre sont également pertinentes : quand une occasion de protester est apparue mais n'a pas été saisie, l'État est considéré comme ayant exprimé une omission (qui s'ajoute au fil rouge) dont pourra être déduite (valorisation juridique) la création, modification, ou perte d'un droit. La prétention initiale<sup>4971</sup> est évidemment d'une grande importance pour apprécier la direction prise par le fil rouge ; ce dernier doit y trouver sa racine et la prolonger.

La validation du fil rouge et de sa valorisation juridique procède d'un examen d'ensemble, lié aux autres éléments de l'acquiescement. Dans la coutume et la pratique subséquente, ainsi que les travaux de la CDI le soulignent, un examen d'ensemble des circonstances est aussi de mise<sup>4972</sup>.

La valorisation juridique du fil rouge ne pose que peu de problèmes en pratique car elle s'impose d'elle-même. L'acquiescement recherché correspond à la valorisation juridique argumentée par une partie. Si une partie clame sa souveraineté sur un territoire, la valorisation juridique correspond à cette acquisition (et correspond aussi à *l'effet* de l'acquiescement). Les faits et comportements (fil rouge) doivent être tressés, présentés de manière à soutenir cette valorisation juridique. C'est-à-dire que l'ordre d'examen du fil rouge, puis de la valorisation, est très souvent factice. L'argumentation des parties compte beaucoup dans cette constellation. L'acquiescement n'est pas examiné spontanément par les cours, il s'agit plus d'un outil à disposition des plaideurs<sup>4973</sup>. Les difficultés soulevées en théorie pour la valorisation juridique sont bien souvent absentes des décisions ; les débats se concentrent sur le fil rouge, et en particulier sur la *densité* qu'il doit atteindre au vu du droit objet de l'acquiescement.

Le fil rouge est ainsi reconstitué en fonction du but que les parties se proposent de lui faire atteindre (effet de l'acquiescement ; valorisation juridique). Les comportements qui émaillent le fil rouge seront d'autant plus convaincants qu'ils peuvent être directement

<sup>4970</sup> Les tribunaux adoptent ce point de vue pour jauger de la constitution d'une coutume : K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, op. cit., pp. 54 et 130-131.

<sup>4971</sup> Cf. Ch. 5.III.A et B.

<sup>4972</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 2 ; CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 144, § 2. Voy. aussi : I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 71-72.

<sup>4973</sup> L'acquiescement lui-même opère rarement seul, il fait souvent partie d'un faisceau de considérations qui conduisent les tribunaux à attribuer un droit à une partie.



liés à l'acceptation de la prétention par la partie adverse. Dans l'article 45 CVDT, les comportements pertinents (la « conduite ») seront univoques quand ils indiquent sans doute possible l'effet recherché, *i.e.* un maintien en vigueur ou en application du traité.

Dans la forêt des comportements des parties, il en est un qui se distingue par sa capacité à faire échec à l'acquiescement : la protestation. Acte juridique unilatéral, elle a pour effet, quand elle est suffisamment forte, de faire obstacle à la constitution d'un fil rouge, voire de précipiter la fin de la ligne d'acquiescement. L'existence, la force et la possibilité d'émettre une protestation sont des critères importants pour jauger de la validation d'un acquiescement. La présence d'une protestation au sein du complexe d'action et de réaction des parties est un indice crucial pour évaluer l'acquiescement. À la différence des comportements énumérés jusqu'à présent, la protestation ne peut être émise que par l'État potentiellement lésé par l'acquiescement<sup>4974</sup>. Elle sera traitée dans la prochaine section.

*D. La protestation  
comme anti- ou contre-comportement*

« L'action est toujours égale à la réaction ;  
c'est-à-dire que les actions de deux corps  
l'un sur l'autre sont toujours égales et de  
sens contraires ».

Isaac NEWTON,  
*Troisième loi de la dynamique*

1. *Considérations générales*

La protestation a été largement abordée, elle est omniprésente dans l'acquiescement : les tribunaux ne manquent pas l'occasion de rappeler qu'un État a protesté ou, qu'au contraire il en avait l'occasion mais s'en est abstenu. Nous aborderons ici la protestation de manière autonome, comme élément par excellence qui fait obstacle à l'acquiescement. La protestation constitue l'empreinte en creux de l'acquiescement. Dans la chronologie de l'acquiescement, elle survient au stade des comportements, postérieurement

---

<sup>4974</sup> Plus précisément : une protestation émise par l'État bénéficiaire de l'acquiescement n'est pas comptabilisée comme un comportement ; elle ne peut pas faire échec à la constitution d'un fil rouge.

à l'émission de la prétention initiale. Dans cette partie, nous nous focaliserons successivement sur sa nature juridique (D.2), ainsi que sur ses différentes typologies et effets (D.3).

a. *Comparaison avec la coutume : la règle de l'objecteur persistant*

La protestation est à l'acquiescement ce que l'objection persistante est à la coutume : une manière d'y faire échec et d'y échapper. La protestation, contrairement à l'acquiescement, est un acte volontaire (lorsqu'elle est explicite, *cf. infra*, D.2). Une place est réservée par l'acquiescement à la volonté de l'État potentiellement lésé afin de faire obstacle à la perte d'un droit. En ménageant cette possibilité, les tribunaux disposent d'une assise « volontariste » pour justifier et cimenter un acquiescement<sup>4975</sup>.

Dans sa conclusion n° 15, la CDI formule la règle de l'objecteur persistant :

- « 1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.
- 2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante. [...] »<sup>4976</sup>.

Cet extrait attire immédiatement l'attention sur les caractéristiques de l'objection (sa forme, sa nature, son effet), caractéristiques éminemment utiles pour modeler la protestation dans l'acquiescement.

(i) *Période d'objection*

Un certain esprit de finesse est toutefois nécessaire afin d'exporter l'objection sur la protestation. La période propice de l'objection correspond à la période de formation de la coutume :

- « L'État doit exprimer son opposition avant qu'une pratique donnée se soit cristallisée en règle du droit international coutumier et sa position sera d'autant plus ferme qu'il aura fait connaître son opposition tôt »<sup>4977</sup>.

La protestation obéit au même schéma (elle doit être formulée après le début de ligne de l'acquiescement). Cependant, l'objection persistante vise l'inopposabilité d'une règle coutumière,

<sup>4975</sup> *Cf. not. Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », op. cit., p. 265.*

<sup>4976</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 4.

<sup>4977</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 163, § 5.

et ce également après sa naissance ; l'objection est efficace si et seulement si elle se poursuit après la création de la règle <sup>4978</sup>. La protestation diffère sur ce point : elle ne doit et ne peut exister que pendant la période de formation de l'acquiescement <sup>4979</sup>.

Temporellement, la conclusion n° 15 indique aussi que l'objection doit être maintenue. Cela signifie qu'une protestation doit être renouvelée autant de fois que nécessaire pour éviter de perdre un droit <sup>4980</sup>. Un État dont l'objection est trop faible ou trop espacée ne satisfait pas à ces critères. Une protestation de faible envergure ou trop peu fréquente ne peut faire obstacle à l'acquiescement. Le critère plus spécifique qui semble se dégager est celui de la persistance de l'objection/protestation :

« L'objection devrait être réaffirmée lorsque les circonstances sont telles que cette réaffirmation s'impose (c'est-à-dire, lorsque le silence ou l'inaction pourraient raisonnablement amener à conclure que l'État a abandonné son objection). Il est clair, toutefois, qu'on ne peut pas attendre des États qu'ils manifestent leur objection en toute occasion, en particulier lorsque leur position est déjà bien connue. Deuxièmement, les réaffirmations successives de l'objection doivent être globalement cohérentes, c'est-à-dire ne pas présenter de contradictions notables » <sup>4981</sup>.

La persistance doit remplir deux conditions. Tout d'abord par rapport à la coutume à éviter (a), et ensuite quant à sa cohérence interne (b).

#### (ii) *Persistance de l'objection*

(a) L'objection peut, mais n'a pas besoin d'être réitérée à tout bout de champ. D'autres facteurs sont à prendre en compte dont, notamment, la publicité dont jouissent l'objection et le type de droit en cause. Si une objection a été largement notifiée par écrit et concerne un droit dont la formation dépend de manière prépondérante de l'*opinio iuris*, il est fort à parier que des objections

<sup>4978</sup> *Ibid.*, p. 163, § 6.

<sup>4979</sup> Entre le *dies a quo* et le *dies ad quem* de l'acquiescement, au-delà de cette limite, la protestation est tardive et inefficace. Cf. *supra*, Ch. 5.II.A et C. Voy. aussi : *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 83, § 234 (protestation tardive, après l'introduction de la requête). Même cas de figure dans *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 679, § 128.

<sup>4980</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 163, § 9.

<sup>4981</sup> *Ibid.*

renouvelées périodiquement au sein de forums internationaux seront suffisantes<sup>4982</sup>. Pour la protestation, cela signifie qu'un acquiescement peut être évité moyennant une opposition ciblée, et non une opposition acharnée. Le droit, la prétention objet de l'acquiescement déterminera aussi le type de protestation nécessaire. Notons que le statut d'objecteur persistant est exceptionnel<sup>4983</sup>, alors que l'échec d'un acquiescement grâce à la protestation n'est pas une rareté. Une protestation moins vigoureuse, qui ne répondrait pas aux critères de l'objection, devrait donc suffire à faire obstacle à l'acquiescement (par ex. une protestation renouvelée seulement lors des comportements dénotant clairement une prétention, une protestation espacée dans le temps, ou encore émise quelques années après la prétention initiale).

(b) Les objections doivent être cohérentes entre elles pour être prises en compte et faire échec à l'opposabilité de la coutume<sup>4984</sup>. *Mutatis mutandis*, cette condition renvoie à l'identification d'un « fil rouge » de l'objection. Ce « fil rouge » n'a pas besoin de présenter une cohérence extrêmement élevée selon la CDI, l'absence de « contradictions notables » est suffisante<sup>4985</sup>. Rapportée à la protestation, cette exigence souligne la nécessité de s'opposer de manière cohérente<sup>4986</sup>, afin que chaque protestation puisse être perçue comme telle. Une protestation « contradictoire » aurait tôt fait d'être perçue comme un comportement conforme à l'acquiescement recherché.

<sup>4982</sup> Par ex. des droits humains, comme le droit à la nourriture et le droit à l'eau : J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, op. cit., pp. 102-103, 180-181, 218-219.

<sup>4983</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 163, § 6.

<sup>4984</sup> *Ibid.*, p. 163, § 9.

<sup>4985</sup> J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, op. cit., pp. 116-122, pp. 130-134.

<sup>4986</sup> La protestation est cohérente lorsqu'une réaction semblable fait suite à la même situation : le renouvellement de la prétention (dans un comportement, une déclaration) doit déclencher une réaction d'opposition qui vise à empêcher le droit de prendre naissance. La similarité s'exprime au niveau de ce que l'État cherche à éviter (naissance d'une coutume ; validation d'un acquiescement portant sur tel droit).

(iii) *Contenu et forme de l'objection*

Certaines coutumes naissent de manière purement scripturale, grâce à des déclarations et des échanges diplomatiques ; d'autres sont pratiquées sur le terrain avant d'être portées à l'écrit. Ces différences influencent les formes pertinentes de l'objection et l'examen de sa persistance. La CDI indique que la forme de l'objection est libre :

« L'objection n'a toutefois pas à être exprimée sous une forme particulière. Il n'est pas nécessaire qu'elle se traduise par une action concrète ; une objection verbale claire, formulée par écrit ou oralement, suffit pour que l'État concerné conserve son statut juridique d'objecteur » <sup>4987</sup>.

Elle fait écho au caractère non formaliste du droit international <sup>4988</sup>. Une objection peut se cantonner à la forme écrite, orale (explicite), découler d'actes (tacite, implicite), et bien sûr jouer sur les deux plans <sup>4989</sup>. La protestation obéit au même schéma. Signalons seulement que les objections et protestations tacites présentent des risques probatoires. Effectivement, le contenu de l'objection ne doit pas prêter à confusion :

« L'objection doit être exprimée clairement, à savoir que la non-acceptation de la règle en voie de formation ou le refus d'être lié par elle doit être sans ambiguïté » <sup>4990</sup>.

Les déclarations orales ou écrites éliminent une bonne part d'incertitude ; elles sont bien sûr soumises à interprétation, mais leur existence est hors de doute. Au contraire, les objections par comportements peuvent être contestées à deux niveaux, quant à leur accomplissement tout d'abord (contenu exact, fréquence, période d'expression, communication à l'État adverse), puis quant à leur valeur d'objection (configurer l'acte comme une opposition à la coutume). Les mêmes considérations imprègnent la protestation dans l'acquiescement : sa forme est libre, mais l'État qui choisit de manifester son opposition par des actes court un plus grand risque de voir l'acquiescement validé.

<sup>4987</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 163, § 7.

<sup>4988</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Nouvelle édition [en ligne], *op. cit.*, p. 141.

<sup>4989</sup> Par ex. l'opposition à la constitution d'une baie historique au moyen d'une note diplomatique, de déclarations au sein de forums internationaux et du passage de navires dans l'espace maritime litigieux.

<sup>4990</sup> CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 163, § 7.

(iv) *Communication et publicité de l'objection*

La condition de la communication de l'objection persistante permet en partie de pallier les défauts d'une opposition manifestée uniquement par des actes :

« L'objection doit être communiquée à l'échelle internationale ; elle ne peut pas simplement être exprimée au niveau national. C'est à l'État objecteur qu'il incombe de veiller à ce que l'objection soit effectivement communiquée aux autres États » <sup>4991</sup>.

Malgré la liberté de forme, cette exigence dresse une image de l'objection victorieuse comme étant en priorité celle d'une déclaration verbale ou écrite communiquée par les canaux diplomatiques. Si l'État proteste par des actes, il est difficile d'imaginer comment il doit veiller à « communiquer » cette objection aux autres États ; soit les actes sont d'une grande notoriété et déclenchent indubitablement une connaissance réelle de leur accomplissement dans la communauté internationale, soit les actes doivent être accompagnés d'une publicité adéquate, par exemple via une déclaration qui s'en fait l'écho.

Pour la protestation, les conditions sont plus souples, il n'existe pas d'obligation de communication. L'acquiescement procède d'un examen d'ensemble, les tribunaux tiennent compte des protestations pour autant qu'elles soient suffisamment claires et manifestées, mais sans aller jusqu'à exiger des communications effectives de celles-ci. Parce que l'acquiescement se concrétise entre deux États, ils doivent être mutuellement attentifs aux attitudes de leur adversaire, et ce dès que la prétention initiale a été émise. Des protestations dont la publicité ou la notoriété sont inégales peuvent être prises en compte car elles empêchent la constitution d'un « fil rouge » univoque. De plus, les protestations doivent être émises sur le plan international, ce qui permet déjà d'en assurer la publicité. Par mesure de prudence, il est évidemment recommandé de notifier ses protestations ; un État qui y renonce pour des raisons politiques (tout en protestant par des actes) ne devrait pas être pénalisé <sup>4992</sup>.

<sup>4991</sup> *Ibid.*, p. 163, § 8.

<sup>4992</sup> Nous ne faisons pas ici référence aux États qui sont dans l'incapacité de réagir (*loqui potiusset*), mais aux États qui souhaitent éviter une opposition frontale afin de ne pas envenimer une situation.

b. *Synthèse*

Les nombreux points communs constituent autant de directions de recherche pour la protestation dans le cadre de l'acquiescement. La protestation se présente comme une version allégée de l'objection ; sa période temporelle est plus restreinte, son établissement est plus souple. Son effet est par contre de plus vaste ampleur ; la protestation annihile l'acquiescement, alors que l'objection ménage un régime d'opposabilité. Dans la section suivante, nous nous attarderons sur la nature juridique de la protestation et sur la différence entre sa manifestation explicite et tacite.

2. *Nature juridique et caractéristiques de la protestation*a. *Considérations générales et distinctions*

La protestation fait partie des cinq actes juridiques unilatéraux traditionnels (promesse ; reconnaissance ; renonciation ; notification). Il s'agit d'un *acte*, elle est donc liée à la volonté de l'État :

« La *protestation* est la déclaration de la volonté de ne pas reconnaître comme légitime une prétention déterminée ou de toute façon de contester la valeur d'une situation donnée »<sup>4993</sup>.

La protestation est abordée dans le 7<sup>e</sup> rapport spécial des principes directeurs de la CDI de 2006<sup>4994</sup>, rapport qui fait notamment écho à McGibbon et à Degan<sup>4995</sup>. Ce rapport énumère plusieurs catégories de protestations : a) celles émises contre des agissements contraires au droit international<sup>4996</sup> ; b) celles visant à empêcher la consolidation d'une situation de fait<sup>4997</sup> ; et finalement c) celles visant à empêcher la consolidation d'une situation juridique concernant un territoire donné<sup>4998</sup>.

<sup>4993</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 433.

<sup>4994</sup> La position de la CDI est prudente. CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 262, § 169 : « Si l'on souhaite qualifier la protestation d'acte unilatéral autonome, au sens qui a été retenu depuis le commencement de la présente étude, et comme si l'on procédait à partir d'un moule, on se heurte à certains obstacles. C'est la raison pour laquelle plusieurs auteurs tendent à placer la protestation sur un autre plan que, par exemple, la promesse ou la reconnaissance, dont on perçoit plus aisément le caractère d'actes unilatéraux [...] ». La protestation n'apparaît pas dans le corps du texte des principes directeurs de 2006, qui se focalisent principalement sur la « promesse ».

<sup>4995</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 252, § 89. Degan : la protestation « vise à éviter qu'une situation soit opposable à l'État qui la formule, ce qui la prive [cette situation] donc de tout effet juridique » (*ibid.*, p. 252, § 90, citation originale dans V.-D. DEGAN, *Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 346).

<sup>4996</sup> *Ibid.*, pp. 253-257, §§ 95-121.

<sup>4997</sup> *Ibid.*, pp. 257-258, §§ 122-133.

<sup>4998</sup> *Ibid.*, pp. 258-262, §§ 134-169.

Les exemples donnés pour ces trois catégories révèlent que cette partition repose sur le contenu de la protestation, c'est-à-dire la mention qu'elles font (ou non) du droit prétendument violé<sup>4999</sup>. Il est difficile de délinéer si une de ces catégories de protestation est plus pertinente pour l'acquiescement. Rappelons que le rapport aborde la protestation du point de vue très particulier de la *création* d'une obligation juridique à charge de l'émissaire :

« Comme on l'a vu dans quelques-uns des exemples mentionnés [...] dans bon nombre de cas la protestation ne crée pas d'obligation pour l'État qui la formule. Ce qu'elle exprime très fréquemment, c'est plutôt la non-acceptation de quelque chose ou la simple condamnation du comportement d'un tiers »<sup>5000</sup>.

Partant, les trois catégories recensées sont d'une valeur limitée pour notre propos. Par contraste, cet extrait permet de préciser que la protestation pertinente pour l'acquiescement est émise dans un cadre *bilatéral*, et que l'effet recherché est la non-acceptation d'une situation (factuelle ou juridique).

La protestation s'oppose à un acte juridique unilatéral : la reconnaissance<sup>5001</sup>. La reconnaissance s'articule notamment autour de la notion d'opposabilité<sup>5002</sup>. La reconnaissance suppose une prise de position vis-à-vis d'une situation juridique ou factuelle<sup>5003</sup>. En plus du jugement qu'elle suppose, elle a pour effet prospectif d'empêcher son auteur de contester la situation reconnue<sup>5004</sup>. La reconnaissance s'impose comme la meilleure antagoniste à la protestation – et donc comme un synonyme de l'acquiescement, spécialement quand elle s'effectue par

<sup>4999</sup> *Ibid.*, p. 253, § 95. Des exemples de protestations relatives à des situations « territoriales » sont mentionnés dans les trois catégories : *ibid.*, p. 255, § 108 ; p. 257, §§ 123 et 128 ; p. 259, § 136, etc.

<sup>5000</sup> *Ibid.*, p. 262, § 169.

<sup>5001</sup> *Ibid.*, p. 252, § 90 ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 433 et 434 : « [La protestation] s'oppose par conséquent à la reconnaissance [...] », « L'effet de la contestation ou protestation est communément indiqué dans le fait d'éviter une présomption de reconnaissance, d'acquiescement, ou de renonciation ». L'équation proposée par Venturini est simple, dans certaines situations : « absence de protestation = reconnaissance *tacite*, ou acquiescement, ou renonciation *tacite* ».

<sup>5002</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 238, § 40.

<sup>5003</sup> *Ibid.*, p. 238, § 40.

<sup>5004</sup> CDI, 6<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/534, pp. 68-69, §§ 95 et 100.



voie tacite<sup>5005</sup>. Cette opposition ne doit toutefois pas être sacralisée, les limites de la reconnaissance ne sont pas dénuées d'ambiguïté. La CDI note :

« Elle peut aussi viser une prétention juridique et prendre dans la pratique la forme d'actes exprès ou de comportements impliquant reconnaissance, ce qui, du point de vue des effets, la fait ressembler à la renonciation [...] »<sup>5006</sup>.

L'acquiescement pour une part ressemble aussi à une renonciation<sup>5007</sup>, son effet culmine dans l'abandon ou la perte d'un droit, l'État lésé laisse un empiètement se réaliser. La classification traditionnelle des actes unilatéraux n'est pas exempte de doutes et d'approximations<sup>5008</sup>, un même ensemble de faits peut être catégorisé différemment selon la perspective adoptée : sous certains aspects, une promesse *de ne pas faire* ressemble à s'y méprendre à une renonciation<sup>5009</sup>.

Nous nous focaliserons maintenant sur les caractéristiques de la protestation. Nous procédons ici par approximations successives : la section précédente dressait brièvement le cadre de la protestation dans l'acquiescement par analogie à l'objection persistante dans la coutume. La présente section s'intéresse aux traits saillants de la protestation. La prochaine (D.3) aura pour but de prolonger ces deux premiers canevas, de se référer à la doctrine qui traite spécifiquement de la protestation dans l'acquiescement, et de s'appuyer sur une moisson d'affaires.

b. *Caractéristiques de la protestation : le 7<sup>e</sup> rapport de la CDI*

Le 7<sup>e</sup> rapport de la CDI servira de point de départ à notre relevé des caractéristiques de la protestation. Son contenu doit être clair ; l'opposition doit être manifeste, au risque de ne pas produire

<sup>5005</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 418, 433 et 434. Les affaires du *Roi d'Espagne* et du *Temple de Préah Vihear* peuvent être lues comme des reconnaissances : CDI, 6<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/534, p. 69, § 100.

<sup>5006</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 250, § 77. Voy. aussi : G. Venturini (« La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 415) qui distingue renonciation à un droit et renonciation à une prétention.

<sup>5007</sup> Cf. *supra*, Ch. 3.II.D.2.

<sup>5008</sup> Voy. les classifications alternatives proposées par J. COMBAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 94-99 ; 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.

<sup>5009</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 231, § 15 ; p. 235, § 26.

d'effets<sup>5010</sup>. Les tiers doivent pouvoir objectivement déterminer qu'une protestation a été émise et son objet<sup>5011</sup>. La protestation archétypale est une déclaration explicite *notifiée*. La publicité de la protestation va de pair avec la garantie de son efficacité. Des exemples énumérés dans le rapport, il ressort que la protestation-type mentionne l'acte auquel elle s'oppose, qu'elle possède généralement un destinataire précis (l'État auteur de l'acte), les raisons juridiques de la protestation sont parfois mentionnées<sup>5012</sup>. Les termes utilisés vont de l'expression de regret à l'indignation en passant par l'opposition, le terme « protestation » n'est pas une condition<sup>5013</sup>.

Le rapport de la CDI indique une large gamme de comportements aptes à manifester la protestation. Au-delà de la communication écrite (ou verbale) directement notifiée à son adversaire, l'État peut, par exemple protester par des actes concluants, rompre les relations diplomatiques, refuser les membres d'une mission, prendre des mesures de rétorsion, des représailles, faire usage de son droit de légitime défense, recourir devant une OI, et saisir une juridiction internationale<sup>5014</sup>. Le rapport note qu'il est recommandé de doubler une protestation « verbale » par des actes, si tant est que cela soit possible<sup>5015</sup>. Fondamentalement, la liberté de la forme s'étend au moyen choisi pour exprimer la protestation. Les circonstances permettent de déterminer si la protestation est suffisamment ciblée pour être identifiée en tant que telle et produire des effets. L'État qui opte pour des actes concluants plutôt que pour une notification en bonne et due forme supporte le risque que sa protestation soit jugée insuffisante.

#### (i) *Les suites possibles d'une protestation*

Quant aux conditions intrinsèques à réunir, la protestation doit être réitérée (*si* nécessaire), explicite, exprimée de manière effective, et ce peu après l'acte auquel elle souhaite s'opposer : « ses

<sup>5010</sup> *Ibid.*, p. 231, § 15 ; p. 252, § 91.

<sup>5011</sup> *Ibid.*, p. 231, § 15 ; p. 253, § 94.

<sup>5012</sup> *Ibid.*, p. 231, § 15 ; pp. 253-258.

<sup>5013</sup> *Ibid.*, p. 231, § 15 ; pp. 253-258.

<sup>5014</sup> *Ibid.*, p. 252, § 91 ; p. 253, § 93. Nous livrons cette énumération telle quelle, bien que nous ayons certaines réserves sur les termes employés et les circonstances de ces différents types de protestations, et ce en particulier au sujet des représailles et de la légitime défense. Cette dernière suppose une violation du *ius cogens* et on voit mal la nécessité (mais on comprend l'opportunité) de protester.

<sup>5015</sup> *Ibid.* En principe, la protestation ne doit pas se faire par les armes. Voy. par ex. la « renonciation » judicieuse du Cambodge de déloger *manu militari* les policiers thaïlandais placés aux abords du Temple (*Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 32).

effets dépendant de la fermeté et de la vigueur avec laquelle elle a été élevée »<sup>5016</sup>. Nous pouvons esquisser une tripartition de suites données à une protestation<sup>5017</sup> : (1) la première protestation est suivie d'un changement d'attitude de l'État destinataire, elle est donc couronnée de succès<sup>5018</sup>. (2) La protestation initiale n'est pas suivie d'effets, pour triompher, elle doit donc être répétée, et éventuellement accompagnée d'actes concluants<sup>5019</sup>. (3) La protestation initiale n'est pas suivie d'effets, éventuellement d'autres comportements suivent, mais l'État ne réitère plus sa protestation<sup>5020</sup>, malgré la perpétuation de la situation contre laquelle il s'était élevé.

Le cas (1) correspond aux acquiescements « interrompus » en cours de route : à de rares exceptions, les États ne tentent en général pas de présenter ces situations comme des acquiescements auprès des tribunaux, tant il est évident que les chances de succès sont faibles<sup>5021</sup>. Le cas (2) correspond aux situations qui sont parfois soumises et tranchées par les tribunaux, l'acquiescement a l'opportunité de mûrir, mais est coupé dans son élan grâce aux protestations répétées<sup>5022</sup>. Le cas (3) est ambivalent ; l'abandon de la protestation est un indice important en faveur de l'acquiescement, sans pour autant systématiquement déboucher sur sa validation<sup>5023</sup>.

<sup>5016</sup> *Ibid.*, p. 252, § 91 pour l'extrait ; p. 253, § 94.

<sup>5017</sup> Nous considérons uniquement des protestations qui sont par hypothèse valables et suffisamment claires, dont la vigueur et la fermeté ne font pas obstacle à la production d'effets juridiques.

<sup>5018</sup> Pour des exemples : CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 257, § 128 (protestation américaine suivie d'une modification de la loi interne russe). Dans *Droit de passage*, les Britanniques protestèrent contre le passage sans autorisation de forces armées portugaises ; cette protestation déclencha une correspondance diplomatique qui aboutit à la confirmation des dispositions du traité antérieur et l'assurance qu'une autorisation serait demandée à l'avenir (*Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, exceptions préliminaires, 26 novembre 1957, CIJ, *Rec.* 1957, pp. 41 et s.).

<sup>5019</sup> *Ibid.*, p. 257, § 125 et en général la chronologie de l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec.* 1974, pp. 461-472.

<sup>5020</sup> *Ibid.*, pp. 260-261, §§ 154 et 155 pour des exemples potentiels dont l'issue nous est inconnue.

<sup>5021</sup> Une de ces exceptions : *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, exceptions préliminaires, 26 novembre 1957, CIJ, *Rec.* 1957, pp. 41 et s.

<sup>5022</sup> Voy. les protestations répétées contre l'installation du campement militaire dans *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec.* 2017, p. 15, §§ 12-16.

<sup>5023</sup> L'acquiescement peut être rejeté sans qu'il n'y ait eu *aucune* protestation, par ex. dans les cas d'effectivités opposées au titre. Par ailleurs, la protestation n'est qu'un parmi les critères qui permettent de déterminer un acquiescement ; le comportement doit être suffisamment suivi pour que l'acquiescement soit validé.

(ii) *Le double paradoxe de la volonté de protester et de l'absence d'autonomie de la protestation*

Deux éléments surprennent dans la définition esquissée par la CDI, et ils vont nous amener à ouvrir une parenthèse : tout d'abord la protestation ne semble que temporaire, et ce malgré le fait qu'il s'agisse d'un acte volontaire de l'État. Au contraire de la promesse, de la renonciation ou encore de la reconnaissance, l'effet d'une protestation dépend de la réaction qui y fait suite. La protestation est remise à zéro par la perpétuation ou le renouvellement de la situation contre laquelle elle s'élève. La volonté au cœur de la protestation serait-elle assortie d'une date de péremption ? Ensuite, ses effets ne sont pas autonomes (comme les autres actes unilatéraux classiques)<sup>5024</sup>, mais dépendent de la fermeté et de la vigueur de la protestation. Ces deux « problèmes » découlent de la nature particulière des protestations lorsqu'elles sont rapportées à la théorie et aux principes généraux qui gouvernent la plupart des actes unilatéraux.

Les actes unilatéraux ne peuvent influencer sur les droits des tiers, ils se limitent à affecter la situation de leur émissaire :

« En formulant un acte unilatéral, l'État peut soit contracter des obligations, *soit confirmer ses droits*. [...] L'État peut agir unilatéralement dans l'exercice de ses droits souverains, *mais seulement pour réaffirmer ses droits* et non pour en acquérir de nouveaux en imposant des obligations à un tiers sans le consentement de ce dernier »<sup>5025</sup>.

La protestation sert à *réaffirmer* des droits afin d'éviter la pérennisation d'une situation : contrairement à la renonciation ou la promesse, elle ne crée pas de droit à charge de son émissaire. Dans un système imaginaire où les droits seraient clairs et parfaitement délimités, la protestation ne ferait que répéter le contenu d'une obligation juridique préexistante. Toutefois, les relations internationales sont remplies de zones grises factuelles et juridiques<sup>5026</sup>, la protestation joue le rôle d'une mesure d'interprétation des obligations internationales et d'auto-interprétation des droits dont chaque État pense jouir<sup>5027</sup>.

<sup>5024</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 231, § 17 ; 238, § 40 ; p. 250, § 80 ; voy. aussi CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505, pp. 273-274 (Question de l'« autonomie » de l'acte unilatéral).

<sup>5025</sup> CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505, p. 272, §§ 49 et 52, nos italiques.

<sup>5026</sup> Sur les « zones grises », cf. *supra*, Ch. 5.III.

<sup>5027</sup> G. ABI-SAAB, « "Interprétation" et "Auto-Interprétation" : quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *op. cit.*, p. 219.

Quant à son « autonomie »<sup>5028</sup>, la protestation est donc incapable de créer, dès son émission<sup>5029</sup>, une obligation juridique chez son destinataire. Elle ne peut qu'avoir des conséquences juridiques sur la position de son émissaire. Sur le plan temporel et comme les autres actes juridiques, une protestation ne dispose que pour l'avenir<sup>5030</sup>. Ce point n'est pas non plus dénué d'ambiguïté, la protestation s'adressant en général à des faits antérieurs<sup>5031</sup> à son émission (elle permet d'éviter que ces faits *perdurent*). Nous constatons que la protestation cadre mal avec la grille d'analyse classique des actes unilatéraux.

Notre solution s'articule autour de plusieurs points : la protestation vise – en plus de la réaffirmation des droits – à obtenir une modification du comportement de l'État destinataire. L'État destinataire peut ainsi reconnaître qu'il était dans l'illégalité, promettre de ne pas réitérer (ou renoncer) à sa prétention. Par contre, si l'État poursuit son comportement, la protestation est à nouveau nécessaire car elle évite l'émergence d'une présomption de légalité. La volonté au cœur de la protestation est limitée en raison de l'*instrumentum* qui la porte, le champ d'action d'un acte unilatéral ne dépasse pas son émissaire. L'effet de la protestation est par exemple d'interrompre la prescription acquisitive ou extinctive, elle interrompt le délai pour transformer une possession en titre<sup>5032</sup>, en somme elle opère une « remise à zéro » au profit de son émissaire. Partant, elle doit être renouvelée en tenant compte des circonstances, chaque fois qu'un droit de l'État est remis en péril (parce que la situation perdure malgré la protestation ; parce que l'acte contesté est renouvelé). Quant à la « fermeté et vigueur », ainsi que la clarté ou univocité dont la protestation doit faire preuve afin d'être pleinement efficace, ils découlent du contexte d'expression de la protestation. Cette dernière s'inscrit dans un dialogue, contrairement aux autres actes unilatéraux tels que la promesse, elle suppose nécessairement une situation

<sup>5028</sup> CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505, pp. 273-274.

<sup>5029</sup> CDI, 5<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/525, pp. 111-112 (à propos de l'application de l'acte unilatéral dans le temps et de son entrée en vigueur).

<sup>5030</sup> *Ibid.*, p. 111, § 163.

<sup>5031</sup> Pour la protestation par anticipation (« anticipatory protest » : voy. *infra*, D.3.a ; G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 428 et 434 ; Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, pp. 157-159).

<sup>5032</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 253, § 92.

à contester qui a déjà pris forme. La protestation doit donc identifier cette situation ou la partie de cette situation qu'elle entend contester ; un État ne peut pas se contenter d'envoyer une notification périodique annonçant qu'il sauvegarde l'ensemble de ses droits. La protestation doit être reconnaissable comme une opposition claire à la poursuite d'une situation (fermeté). Elle doit indiquer à l'autre État quelle partie juridique de son comportement est rejetée (vigueur) <sup>5033</sup>.

(iii) *Les auteurs de la protestation*

Nous pouvons maintenant clore cette parenthèse et achopper sur une nouvelle difficulté. La protestation doit être exprimée par les « organes compétents » <sup>5034</sup>, c'est-à-dire ceux aptes à engager l'État sur le plan international. Les actes unilatéraux sont assimilés à des « moitiés » de traités, la CDI a parfois procédé à une projection des conditions de validité des traités afin d'encadrer les actes unilatéraux <sup>5035</sup>. Ainsi, l'article 7 CVDT trouve un écho dans le Principe n° 4 <sup>5036</sup>. Bien entendu, le texte de la CDI ne s'applique que de manière précaire aux protestations, les rapports ont cependant énoncé cette condition en lien avec la protestation <sup>5037</sup> et de manière générale <sup>5038</sup>. La condition se comprend bien pour les actes qui créent des engagements à charge de l'État (promesse), et à la rigueur pour les protestations expresses (verbales ou écrites). Pour la protestation tacite ou « par actes concluants », le rapport indique qu'elle « [est exprimée par les organes compétents, encore qu'elle] puisse s'induire de certains actes implicites, comme le fait de soumettre une controverse au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale, d'engager une procédure arbitrale [...] » <sup>5039</sup>.

<sup>5033</sup> *Ibid.*, p. 253, § 94.

<sup>5034</sup> *Ibid.*, p. 253, § 93.

<sup>5035</sup> Pour s'en convaincre, nous pouvons notamment nous reporter à certaines directions qui sont finalement absentes du texte final, par ex. l'article concernant la confirmation d'un acte accompli sans autorisation, pendant de l'article 8 CVDT (CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505, p. 278, §§ 116-121).

<sup>5036</sup> « Une déclaration unilatérale n'engage unilatéralement l'État que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin. En vertu de leurs fonctions, les chefs d'États, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont habilités à formuler de telles déclarations [...] ».

<sup>5037</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 253, § 93.

<sup>5038</sup> CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505, pp. 276-278.

<sup>5039</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 253, § 93.

Les actions énumérées supposent toutes un niveau de décision très élevé au sein de l'État. Mais qu'en est-il d'actes accomplis sur le terrain ? On se heurte à un écueil, également identifié précédemment dans l'acquiescement, celui du niveau hiérarchique dont émanent les comportements<sup>5040</sup>. Pour l'instant, nous nous contenterons de faire écho à la CDI et d'établir la position du problème, la solution sera formulée *infra*, grâce à la jurisprudence (D.3.h).

L'analogie avec le droit des traités domine les débats : l'article 7 CVDT est le point de départ de la réflexion<sup>5041</sup>. Pour rappel, cet article est construit autour de trois noyaux : le § 1<sup>er</sup> énonce la règle des « pleins pouvoirs » (un représentant muni des pleins pouvoirs peut engager son État). Ce même paragraphe se réfère également à la pratique habituelle en la matière (toute personne qui représente habituellement son État peut signer et ratifier des traités). Le dernier noyau découle du § 2, qui énumère la « troïka » et une liste d'autres représentants qui peuvent signer ou ratifier un traité sans avoir à présenter les pleins pouvoirs. La reprise de la « troïka » pour les actes unilatéraux n'est pas controversée<sup>5042</sup>.

Les débats se concentrent sur un autre cercle de personnes, analogues à celles définies dans l'article 7, § 1<sup>er</sup> CVDT, c'est-à-dire celles « considérées comme habilitées à agir au nom de l'État du fait de la pratique établie ou en fonction d'autres circonstances »<sup>5043</sup>. La référence aux « pleins pouvoirs » dans le cadre des actes unilatéraux n'a pas été jugée utile<sup>5044</sup>. La CDI observe que la liste des personnes qui formule des actes unilatéraux au nom de l'État est plus souple que celle de l'article 7 CVDT, il convient donc de définir le ou les critères permettant de les identifier<sup>5045</sup>. À partir de ce point, la CDI louvoie entre deux approches, l'une restrictive et l'autre plus englobante. L'approche restrictive considère que :

« Même au plus niveau, [un fonctionnaire ne peut] pas créer, par un acte unilatéral, d'obligations internationales pour l'État qu'il représente. *Quel que soit l'élément que l'on souhaite ajouter à cette règle de droit coutumier bien établie, il devra nécessairement être restrictif* »<sup>5046</sup>.

<sup>5040</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.I.

<sup>5041</sup> CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505, p. 276, § 94.

<sup>5042</sup> *Ibid.*, p. 276, §§ 93-96 ; p. 277, §§ 106-107.

<sup>5043</sup> *Ibid.*, p. 276, § 95.

<sup>5044</sup> *Ibid.*, p. 278, §§ 112 et s.

<sup>5045</sup> *Ibid.*, p. 276, § 97.

<sup>5046</sup> *Ibid.*, p. 277, § 106, nos italiques.

Notons en passant que l'extrait fait référence à la création d'obligations, et non à la confirmation de droit.

Quant à l'approche englobante, elle tient compte des différences entre les traités et les actes unilatéraux<sup>5047</sup>. Elle favorise une interprétation large, permettant « [à] d'autres personnes que celles mentionnées au premier paragraphe [c'est-à-dire la "troïka"] d'agir au nom de l'État et de l'engager sur le plan international, s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'elles sont habilitées à cette fin »<sup>5048</sup>.

La pratique et les cas examinés par la CDI indiquent que l'approche englobante est préférée. Dans la « longue liste »<sup>5049</sup> des personnes qui formulent des actes unilatéraux au nom de l'État, des fonctionnaires titulaires de portefeuilles techniques créent fréquemment des actes unilatéraux<sup>5050</sup>. Ce n'est pas leur portefeuille technique qui leur permet de formuler ces actes, mais le fait que ces personnes exercent des pouvoirs relevant des relations extérieures<sup>5051</sup>. La *pratique* indique que ces personnes « [a]gissent au nom de l'État au plan international et elles formulent assez fréquemment des déclarations dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues en matière de relations avec d'autres États »<sup>5052</sup>.

L'approche englobante de la CDI est nuancée<sup>5053</sup>. Il n'est pas nécessaire de ménager une place à la pratique dans la formulation du principe, car la pratique elle-même renvoie à un critère objectif, facilement compréhensible : le fait que la personne dispose de prérogatives – certes spécialisées – mais qui l'autorisent à représenter son État dans les relations extérieures.

Le Principe n° 4 énonce :

« Une déclaration unilatérale n'engage unilatéralement l'État que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin. En vertu de leurs fonctions, les chefs d'États, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont habilités à formuler de telles déclarations.

<sup>5047</sup> *Ibid.*, p. 276, § 97 ; p. 278, § 111.

<sup>5048</sup> *Ibid.*, p. 277, § 110.

<sup>5049</sup> *Ibid.*, p. 278, § 111.

<sup>5050</sup> *Ibid.*, p. 277, § 105.

<sup>5051</sup> *Ibid.*

<sup>5052</sup> *Ibid.*, p. 277, § 107.

<sup>5053</sup> Le commentaire des principes n'apporte aucun éclairage supplémentaire sur ces questions : voy. *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, pp. 391-392.



*D'autres personnes représentant l'État dans des domaines déterminés peuvent être autorisées à engager celui-ci, par des déclarations, dans les matières relevant de leur compétence ».*

En ancrant la capacité à formuler des actes dans le champ de compétences du fonctionnaire, le principe mitige les risques. Il délimite un « pré carré » qui présente l'avantage de ne pas lier l'État lorsque le fonctionnaire outrepassa ses compétences, mais qui exige en contrepartie de l'État d'exercer une vigilance sur les actes du fonctionnaire relevant de son domaine. La lettre « Hoffman » permet de percevoir les enjeux d'une telle approche<sup>5054</sup>. Le critère de la « pratique » (art. 7, § 1, lit. b CVDT) et son incertitude latente peut ainsi être évité.

Rapportés à la protestation, ces développements constituent un seuil minimum. L'argument principal à opposer au cercle déterminé par le Principe n° 4 est l'objet de la protestation, c'est-à-dire la confirmation d'un droit plutôt que la création d'une obligation à charge de l'État. De manière purement opportuniste, les États auraient parfois un intérêt à admettre que des protestations émises par n'importe quels fonctionnaires puissent être considérées comme valables. La signification du Principe n° 4 serait une limitation des protestations dont le juge tiendrait compte dans le cadre de l'acquiescement. Seules les protestations émanant de fonctionnaires actifs dans les relations extérieures *et* qui réaffirment des droits relatifs à leur domaine de compétences seraient à prendre en considération.

Il ne s'agit là que d'un point de départ pour nos réflexions de la prochaine partie (D.3). Appliqué strictement, cela signifierait qu'une protestation ne pourrait prendre racine dans les actes effectués par les services publics (collecte d'impôts, actes de police). De tels actes feraient obstacle à la constitution du « fil rouge » sans pour autant se hausser au niveau de la protestation. Ces actes de terrains seraient donc incapables de précipiter le différend – cet effet serait réservé aux protestations en bonne et due forme émanant des échelons supérieurs de l'État. Un problème pourrait survenir pour déterminer l'auteur d'une protestation implicite : si des navires de guerre de l'État X naviguent dans un espace maritime revendiqué par l'État Y, s'agit-il d'une protestation ? Selon le Principe n° 4, c'est le cas seulement si cette navigation a été décidée par la « troïka » ou par un fonctionnaire compétent pour les espaces maritimes. Si cette navigation est décidée par le commandant du navire,

---

<sup>5054</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 132.

elle ne ferait qu'obstacle à la constitution du « fil rouge ». Quid si le Président de l'État X a élevé une protestation expresse à ce sujet et que la navigation survient ultérieurement ? Est-il nécessaire de s'interroger sur l'auteur de la décision de naviguer dans l'espace maritime pour considérer que ce comportement constitue une *seconde* protestation valable ?

(iv) *Protestation explicite ou implicite, tacite*

Ces questionnements nous amènent au dernier point soulevé par les travaux de la CDI : le caractère explicite ou implicite de la protestation. Le préambule du texte final de la CDI prend la peine de distinguer les déclarations « formelles » et « informelles », ces dernières étant rejetées hors des Principes :

« Les principes directeurs suivants [...] ne portent que sur les actes unilatéraux *stricto sensu*, revêtant la forme de déclarations formelles formulées par un État dans l'intention de produire des obligations en vertu du droit international [...] »<sup>5055</sup>.

La protestation tacite tombe donc doublement hors des Principes, à cause de l'absence de création d'obligations et de sa forme. Les rapports de la CDI ont toutefois abordé à de multiples reprises la question des déclarations informelles (y compris sous l'angle de l'acquiescement et du silence)<sup>5056</sup>.

Pour la protestation, le 7<sup>e</sup> rapport évoque la possibilité de la formuler par des « actes concluants »<sup>5057</sup> (saisine d'un organe d'une OI ou d'un tribunal international, rupture des relations diplomatiques). Il est indiqué que :

« Les déclarations ou actes de protestation sont généralement formulés par les gouvernements sous la forme de notes expresses [...]. On observe également quelques cas de protestations exprimées par des États sous la forme de comportements qui ne constituent pas des actes juridiques mais

<sup>5055</sup> *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, ACIDI, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 388, italiques dans l'original. Le § 2 du préambule définit les déclarations informelles comme « une conduite », « y compris le silence qu'ils peuvent garder dans certaines situations, sur lesquelles les autres États peuvent tabler » (*ibid.*). Le préambule est le fruit d'un consensus établi en 2006 au sein du groupe de travail. Voy. : CDI, *Actes unilatéraux des États. Rapport du groupe de travail*, Doc. A/CN.4/L.703, 20 juillet 2006, p. 2, § 3 ; CDI, *Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-huitième session*, 2906<sup>e</sup> séance, 4 août 2006, Doc. A/CN.4/SR.2906, pp. 284-286, §§ 42-56.

<sup>5056</sup> CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505, p. 279 ; CDI, 8<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/557, p. 142-145.

<sup>5057</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 253, § 93.

qui ont ou peuvent avoir des effets juridiques importants. Ces comportements s'observent plus particulièrement dans le cadre des différends territoriaux, de la reconnaissance d'État ou de gouvernement et de la non-reconnaissance, entre autres »<sup>5058</sup>.

La question des auteurs des protestations tacites est laissée dans les limbes. Il ressort du travail de la CDI et du but poursuivi par les Principes que les actes unilatéraux tacites et les comportements présentent trop de difficultés pour une systématisation ; par choix délibéré, et sans pour autant renier l'existence d'autres actes et de comportements, les Principes se concentrent sur la forme la plus pure et immédiate d'actes unilatéraux.

Le travail de la CDI et l'extrait précédent ont cependant le mérite d'esquisser trois catégories de protestations : 1) celles formulées de manière expresse (forme écrite ou orale, verbale), qui constituent des actes juridiques unilatéraux<sup>5059</sup>. 2) Celles formulées sous formes « d'actes concluants » dont la solennité est élevée et qui sont généralement le résultat de décisions prises au sommet de l'État<sup>5060</sup>. Elles constituent également des actes unilatéraux. 3) Celles qui sont exprimées par des comportements et peuvent avoir des effets juridiques, sans toutefois constituer des actes juridiques<sup>5061</sup>. Pour l'acquiescement, ce sont les deux dernières catégories qui posent problème : quel est leur contenu (types d'actes pertinents) ? Est-ce que leur existence dépend de la compétence de l'auteur de ces protestations (une protestation peut-elle résulter du comportement d'un fonctionnaire subalterne) ?

(v) *La non-reconnaissance comme synonyme de la protestation*

Nous avons souligné plus haut la porosité entre les différentes catégories d'actes unilatéraux (D.2.a), la protestation s'oppose à la reconnaissance, qui elle-même peut ressembler à la renonciation<sup>5062</sup>. Le pas suivant consiste à assimiler la protestation à la « non-reconnaissance ». Ainsi, même si la position officielle de la CDI milite pour une application marginale des Principes à la protestation, cette dernière peut prendre des

<sup>5058</sup> *Ibid.*, p. 271, §§ 223 et 224.

<sup>5059</sup> *Ibid.*, p. 253, § 93 et p. 271, § 223.

<sup>5060</sup> *Ibid.*, p. 253, § 93 *in fine*.

<sup>5061</sup> *Ibid.*, p. 271, § 224.

<sup>5062</sup> *Ibid.*, p. 250, § 77 : « La reconnaissance [...] peut aussi viser une prétention juridique et prendre dans la pratique la forme d'actes exprès ou de comportements impliquant reconnaissance, ce qui, du point de vue des effets, la fait ressembler à la renonciation lorsque les conditions requises sont réunies ». Voy. aussi : G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 415.

formes insoupçonnées, formes qui ont pour conséquence de renouveler l'intérêt des travaux de la CDI relativement à d'autres actes unilatéraux et d'apporter un nouvel éclairage sur la protestation. Le 6<sup>e</sup> rapport indique :

« L'examen de l'acte de reconnaissance nous amène à considérer également la non-reconnaissance. Celle-ci peut intervenir par le moyen de la formulation d'un acte explicite, ce qui l'apparente dans une certaine mesure à la reconnaissance, ou par le moyen d'actes ou de comportements concluants. Un État peut [...] ne pas reconnaître une situation, et ce, explicitement ou implicitement, cette non-reconnaissance pouvant elle aussi produire des effets juridiques »<sup>5063</sup>.

La non-reconnaissance tacite est assimilable à une protestation tacite<sup>5064</sup>. Les travaux sont muets sur les auteurs et les caractéristiques de la non-reconnaissance tacite.

Pourquoi la CDI se lance-t-elle dans l'examen d'une forme aussi floue que la non-reconnaissance ? Cet examen a une portée d'exclusion et de délimitation : la non-reconnaissance explicite est englobée dans les travaux de la CDI, les Principes de 2006 y seraient applicables<sup>5065</sup>. À l'inverse, la non-reconnaissance implicite est expulsée du raisonnement. Comme pour la protestation tacite, la CDI indique que la non-reconnaissance tacite « ne peut être assimilée à un acte juridique au sens strict du mot, [elle] doit être exclue de notre étude au même titre que la reconnaissance implicite ou tacite [...] »<sup>5066</sup>. Ce type de non-reconnaissance est pareil à la protestation tacite qui s'accomplit par un comportement.

Nous pouvons clore les références à la CDI et nous tourner vers la doctrine afin de compléter les caractéristiques de la protestation avec une attention particulière pour sa si évasive forme tacite, son auteur, et le « type » de protestation pertinent dans l'acquiescement.

### c. *La protestation dans la doctrine : un survol*

À la suite des travaux de la CDI, les actes unilatéraux ont connu un regain d'intérêt dans la doctrine. Les ouvrages de Kassoti et de Saganek se distinguent par leur volonté de réforme pour la première et pour le caractère systématique chez le second ; ils prennent en compte une large palette doctrinale et jurisprudentielle<sup>5067</sup>.

<sup>5063</sup> CDI, 6<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/534, p. 65, § 63.

<sup>5064</sup> *Ibid.*, p. 65, § 64 : « La non-reconnaissance peut intervenir par le moyen de la formulation d'un acte explicite, acte qui peut être assimilé jusqu'à un certain point à la protestation pour ce qui est de ses effets juridiques » (nos italiques).

<sup>5065</sup> *Ibid.*, p. 65, § 66.

<sup>5066</sup> *Ibid.*

<sup>5067</sup> E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leyde, Brill, 2015, 240 p. ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2016, 662 p.

(i) *Kassoti – The Juridical Nature of Unilateral Acts of States (2015)*

La question principale chez Kassoti est celle de la *nature juridique* (ou non) des actes unilatéraux, le débat s'axe autour de la théorie des sources du droit, de l'article 38 SCIJ et du caractère volontaire de certains actes unilatéraux<sup>5068</sup>. Plusieurs constats sont dressés : les actes unilatéraux sont extrêmement hétérogènes et leur analyse dépend intimement de leur contexte, Kassoti propose alors de définir les actes en recourant à deux « plus petits multiples communs »<sup>5069</sup>. À savoir : l'intention de se lier (to be bound) et l'unilatéralisme de l'acte<sup>5070</sup>. La perspective dominante semble être celle d'un volontarisme modelé sur le droit des traités, la volonté de se lier étant une question d'interprétation dont le point de départ réside dans une déclaration écrite ou claire d'intention<sup>5071</sup>. Cette perspective est prolongée quant aux effets des actes unilatéraux considérés : il s'agit de créer des obligations à charge de l'État, et non de seulement confirmer un droit comme dans la protestation<sup>5072</sup>. Dans ce cadre, la protestation – et plus généralement les actes sous formes tacites ou implicites – échappe aux raisonnements<sup>5073</sup>.

Néanmoins, l'ouvrage s'intéresse à l'auteur des actes unilatéraux et s'inscrit dans la même perspective que les Principes de 2006 de la CDI<sup>5074</sup>. Les chefs d'État, placés au sommet de la hiérarchie, sont les plus à même d'exprimer la position officielle, mais ils ne sont pas les seuls à pouvoir le faire :

« The fact that statements made by Heads of States constitute an indicator of the manifest intention to become bound does not mean that declarations or acts stemming from other authorities are not valid unilateral acts. At this juncture, it is important to differentiate between the validity of a unilateral act and the question of proving a manifest intent to be bound. As far as validity is concerned, the Court made it clear in the *Armed Activities Case* that not only Heads of States, but

<sup>5068</sup> E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, op. cit., p. 29.

<sup>5069</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>5070</sup> *Ibid.*

<sup>5071</sup> *Ibid.*, pp. 136-141.

<sup>5072</sup> *Ibid.*, pp. 175-178.

<sup>5073</sup> Les termes « tacit » et « implicit » sont rares dans l'ouvrage (une dizaine d'occurrences à eux deux), par contre le terme « estoppel » apparaît à plus de cent reprises.

<sup>5074</sup> E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, op. cit., pp. 162-164.

also Heads of Government, Ministers for Foreign Affairs and other representatives of a State in specific fields may formulate binding unilateral acts in areas falling within their competences. [...] the fact that a number of State officials may legally bind the State through their unilateral declarations as a matter of law, does not negate the claim made here, namely that international courts and tribunals – in determining whether a unilateral act evidences a manifest intention to be bound – will attach more evidentiary value to statements made by the upper echelons of a State » <sup>5075</sup>.

L'extrait renouvelle les considérations de la double hiérarchie et des compétences extérieures des détenteurs d'un portefeuille technique et y ajoute la distinction intention/validité. Les fonctionnaires techniques peuvent *valablement* accomplir des actes unilatéraux, mais au niveau de la détermination d'une intention de se lier, les actes des échelons supérieurs auront la priorité. *Ex abundante cautela* <sup>5076</sup>, nous tirons de cet extrait qu'une protestation tacite découlant d'un comportement d'un fonctionnaire peut en quelque sorte être « ratifiée » par l'attitude de sa hiérarchie, y compris éventuellement l'attitude passive face à un comportement jouissant d'une grande notoriété.

Kassoti énonce trois types de protestations :

« Through a protest, a State may wish to indicate that it reserves its rights with respect to the action against which the protest is lodged, and more particularly, in the case of unlawful action, its right to demand compensation [1]. Protest may also indicate the unwillingness of the protesting State to recognize or accept the conduct in question, or any ensuing consequences, as legitimate [2]. Finally, protest in the context of applicability of customary rules of international law is of special significance. If a State proves that it has manifestly and consistently objected to a customary norm at the stage of formation, it may later successfully claim that it is not bound thereby [3] » <sup>5077</sup>.

La comparaison entre protestation et objection (3) a déjà été évoquée (D.1.a). La protestation (1), très générale, correspond à la *réaffirmation* des droits ou à leur sauvegarde, y compris le droit de demander réparation (art. 42 TCDI). La protestation (2) constitue une sous-catégorie plus spécifique qui vise une *sauvegarde* des droits de l'État : elle s'inscrit plutôt dans un cadre bilatéral. Dans cette seconde acception, la protestation signale l'absence

<sup>5075</sup> *Ibid.*, pp. 163-164.

<sup>5076</sup> Kassoti ne s'intéresse ni à la protestation, ni aux actes tacites.

<sup>5077</sup> E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, op. cit., p. 37.

de reconnaissance, le refus de l'État vis-à-vis d'une situation et de ses conséquences juridiques. Cette seconde protestation serait la plus pertinente pour l'acquiescement.

(ii) *Saganek – Unilateral acts of states in public international law (2016)*

Saganek adopte une approche plus conservatrice. Il indique deux effets possibles des actes : acquérir (créer) une obligation ou confirmer un droit – cette position relève aussi de l'approche choisie par la CDI<sup>5078</sup>. Au sujet de la protestation, l'interrogation principale de Saganek est de déterminer si elle est bien un acte unilatéral<sup>5079</sup>. Sa position finale est nuancée :

« Listing protest among unilateral legal acts of states in public international law was a mistake, while at the same time it is impossible to eliminate all protests from this list. Only those protests having legal effects could be so treated. In consequence protest turns out to be the “weakest link in the chain” of the traditional presentation of the topic of unilateral acts of states »<sup>5080</sup>.

La définition de la protestation est déjà un obstacle en soi :

« Clearly protest is connected with opposition, lack of consent, or lack of approval of, or acquiescence to a given situation or action. [...] What is visible in all the definitions is their interrelationship with the views on the essence of recognition »<sup>5081</sup>.

Un intérêt de la définition est de déterminer si des droits doivent être en péril ou si la protection de simples intérêts<sup>5082</sup> (donc juridiques) est suffisante pour être en présence d'une protestation. Un autre enjeu est d'évaluer si la protestation porte sur des situations factuelles ou juridiques. L'auteur prend les options les plus larges et favorise le point de vue de l'État émissaire : il y a protestation chaque fois que l'État *exprime* sa volonté de s'opposer<sup>5083</sup>.

Cette définition nous amène directement à la *forme* de la protestation. La forme expresse est bien attestée, certains auteurs exigent même une notification<sup>5084</sup>. La forme tacite est mentionnée, parfois acceptée, mais plutôt avec réserve, car elle pose des

<sup>5078</sup> P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 77-78.

<sup>5079</sup> *Ibid.*, p. 602.

<sup>5080</sup> *Ibid.*, p. 631.

<sup>5081</sup> *Ibid.*, p. 603.

<sup>5082</sup> *Ibid.*, pp. 614 et s.

<sup>5083</sup> *Ibid.*, p. 606.

<sup>5084</sup> *Ibid.*

difficultés pratiques<sup>5085</sup>. Même pour la forme expresse, l'identification d'une protestation n'est pas chose aisée (quid de déclarations émises lors d'une conférence de presse ?) : Saganek propose de répondre à cette question en s'appuyant sur les auteurs des déclarations expresses<sup>5086</sup>. Il identifie les plus hautes autorités comme compétentes pour émettre les protestations ainsi que les hauts fonctionnaires disposant de prérogatives dans les relations extérieures<sup>5087</sup>.

Au sujet d'éventuelles protestations des autorités « inférieures » ou subalternes, par exemple émanant de fonctionnaires locaux, son apport est double et correspond à des directions que nous avons précédemment soulignées. Sur le plan logique et vu son effet de réaffirmation des droits, la protestation devrait être aisément émise par tout organe de l'État<sup>5088</sup>. En second lieu, et dans un long passage qui mérite une reproduction *in extenso*, il indique l'importance des circonstances :

« There is no doubt that when a local organ makes a protest and the central government repeats it within a reasonable time, the situation should be treated as an immediate protest – i.e. at the moment of the protest of the local organ. However one can imagine a situation in which local authorities make protests and the central authorities do not dare even to mention them. Such a situation gives rise to important questions, especially in the context of the above-mentioned principle of estoppel, good faith and logic. However, it is not possible to suggest any rigid formula. In my opinion, if a protest of a local authority happens to be effective, there is no necessity for the central authorities to repeat it. If the local protest in an isolated situation is not effective and was not repeated by the central authorities, the addressee of the protest could not claim that its behaviour was accepted by the other state. In this respect the principle of *minimis* could be invoked. If however the breaches are continued, the local authorities make protests but the central authorities or a diplomatic representative do not support them, it would be difficult to claim that the state validly protested such a given situation »<sup>5089</sup>.

De telles protestations peuvent être émises par des commandants de navires, des policiers, des officiers des douanes, des chefs militaires. Il s'agit par excellence du type de protestations dont la prise en compte et la valorisation sont cruciales dans un

<sup>5085</sup> *Ibid.*

<sup>5086</sup> *Ibid.*, pp. 607-608.

<sup>5087</sup> *Ibid.*, p. 609.

<sup>5088</sup> *Ibid.* : « Logic would suggest that it should be easier to perform an act protecting (preserving) the interests of the author-state than an act creating new obligations for it ».

<sup>5089</sup> *Ibid.*, pp. 609-610.



acquiescement : s'agit-il d'une protestation de pleine valeur, ou simplement d'un comportement faisant obstacle à la constitution d'un « fil rouge » ?

Sur cette lancée, une section est consacrée à l'« implied protest ». La protestation ne peut pas s'inférer du silence, c'est là une exigence *a minima* de l'implicite<sup>5090</sup>. La protestation implicite ou par implication est inférée d'un acte qui poursuit un but différent<sup>5091</sup>.

Est-ce qu'une protestation porte nécessairement sur un droit, ou un intérêt de l'État suffit-il ? Un « intérêt » protège la politique de l'État, son influence sur la scène internationale, alors qu'un droit peut faire l'objet d'une exécution, être à la racine de la responsabilité internationale. Une stricte partition entre intérêts et droits est toutefois contre-productive car bien souvent il n'est pas clair, lorsqu'elle survient, si une situation met en jeu des droits ou non :

« It would be a great mistake to argue that a state must be sure of its rights and the norms regulating them to make a protest. In fact the opposite is true – the greater the degree of confusion as regards certain actions, the more useful a protest may turn out to be »<sup>5092</sup>.

Dans le doute, il est donc judicieux de protester – nous pouvons évoquer le cas d'une coutume en formation. Cela rejoint la problématique de la « zone grise », terrain de jeu préféré de l'acquiescement<sup>5093</sup>. Une double voie pour échapper à cette interrogation consiste à vérifier si l'État a voulu *protester* (recours à l'intention, qui peut être ardu en cas d'acte tacite), et de définir le cercle des *objets* de la protestation<sup>5094</sup>. En général, les États protestent contre des violations de leurs droits propres, mais également contre des violations d'obligations *erga omnes* ou du *ius cogens*<sup>5095</sup>. Dans l'acquiescement, la bilatéralité de la relation restreint l'objet de la protestation ; un droit ou un intérêt subjectif de l'État doit être en

<sup>5090</sup> *Ibid.*, p. 611. La situation des procédures « d'opting » est différente car l'effet du silence (perçu comme une protestation) y est réglé à l'avance.

<sup>5091</sup> De l'acte X qui a pour but Y, j'infère A qui a pour but B. X est par ex. la rupture de relations diplomatiques, qui vise à couper toute communication avec un État. De cette rupture on peut inférer une protestation (A) qui a pour but de s'opposer (B) à une action accomplie par un État.

<sup>5092</sup> P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., p. 616.

<sup>5093</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A – « L'existence d'une prétention ».

<sup>5094</sup> P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, op. cit., pp. 617-618.

<sup>5095</sup> *Ibid.*, pp. 618-620.

jeu. Une règle sommaire est que la protestation doit porter sur un droit (ou un intérêt) susceptible d'être créé, transféré, modifié, ou éteint par traité <sup>5096</sup>.

Une fois ce droit ou cet intérêt identifié, quel est l'effet de la protestation ? Les extraits doctrinaux de Saganek pointent dans une direction ; la protestation permet d'éviter un acquiescement, de manifester son opposition à un acquiescement qui émergerait en raison du silence <sup>5097</sup>. La protestation tisse donc un lien intime avec l'acquiescement. Cependant, la protestation n'est pas la seule raison d'échec d'un acquiescement. Schématiquement, la position du problème des liens entre protestation et acquiescement dépend de la valeur à attribuer au silence qui fait suite à une prétention. Trois valorisations du silence s'opposent : soit le silence signifie acquiescement (*qui tacet consentire videtur...*), soit le silence est neutre, dénué de refus et d'expression (*qui tacet neque negat neque utique fatetur*), soit il vaut refus (*qui tacet negat*) <sup>5098</sup>. Par conséquent, la protestation est plus ou moins utile selon l'approche retenue. Aucune de ces trois maximes n'est de portée générale ; la nécessité de la protestation dépend des circonstances. Parfois, une seule protestation est satisfaisante, alors que dans d'autres cas dix ne seront pas suffisantes <sup>5099</sup>.

Lorsqu'elle est nécessaire, comment, *concrètement*, la protestation tient-elle l'acquiescement en échec ? Elle agit comme une notification <sup>5100</sup> sur la connaissance de l'État adverse :

« La protestation et la notification [...] ne se répercutent pas sur des droits de tiers et ne sont pas dotées d'effets qui ne soient pas la conséquence logique et naturelle de leur accomplissement, comme par exemple la connaissance, de la part des destinataires de ces actes, du point de vue exprimé dans la protestation ou de l'objet de la notification » <sup>5101</sup>.

<sup>5096</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A et B.

<sup>5097</sup> P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, pp. 620-621.

<sup>5098</sup> *Ibid.*, p. 622, qui se fait l'écho de E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 61.

<sup>5099</sup> P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, pp. 628 et 622-623.

<sup>5100</sup> Pour une étude de la notification : cf. G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1943, 307 p.

<sup>5101</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 392 ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, p. 624.

Force est de constater que la protestation tacite comporte une belle part de risque à cet égard ; en ne notifiant pas sa protestation ou en ne l'exprimant ni par écrit ni par oral, l'État ne provoquera peut-être pas la connaissance réelle chez son adversaire, et sa protestation ne sera peut-être pas intrinsèquement notoire<sup>5102</sup>. Si la protestation est satisfaisante, elle provoque la connaissance de l'opposition<sup>5103</sup>, ce qui peut par exemple culminer dans la cristallisation d'un différend ou provoquer la fin de la ligne de l'acquiescement.

Cet effet de connaissance du point de vue de l'État protestataire dans l'acquiescement provoque d'autres conséquences ; si la situation perdure malgré la protestation, cette dernière est « rejetée », elle doit alors être renouvelée pour que l'État conserve sa position<sup>5104</sup>. Face à une protestation, l'État peut être tenté d'affirmer sa prétention avec encore plus de force, ce qui en retour peut provoquer une escalade de la dynamique protestation-prétention. Le sort de l'État qui cesse de protester, dont la protestation est isolée, non renouvelée ou faible est de subir un acquiescement<sup>5105</sup>. Toute la question est de déterminer si la protestation est suivie d'effets, au sens d'un changement de la part de l'État adverse (et ce bien que la protestation ne puisse pas lier les tiers). La première protestation est cruciale (elle définit le champ d'opposition, l'étendue du droit réaffirmé), celles qui suivent permettent de la préserver et de confirmer la position d'opposition de l'État<sup>5106</sup>.

Bien que les ouvrages de Kassoti et Saganek ont pu apporter d'utiles précisions, la forme tacite de la protestation et son ou ses auteurs restent encore en partie dans l'ombre, les prochains auteurs examinés permettront peut-être de combler nos dernières interrogations.

---

<sup>5102</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.D (la notoriété de la prétention) et 5.IV.B (la connaissance réelle).

<sup>5103</sup> P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law, op. cit.*, p. 625.

<sup>5104</sup> *Ibid.*, pp. 626-627.

<sup>5105</sup> *Ibid.*, pp. 626-627.

<sup>5106</sup> *Ibid.*, p. 627.

(iii) *Skubiszewski – Unilateral Acts of States (1991)*

Il met en évidence qu'une des catégories d'actes unilatéraux consiste à annoncer « the manner in which the State will interpret and exercise its existing rights and duties »<sup>5107</sup>. La protestation appartient à cet ensemble : il s'agit d'une mesure d'interprétation ou d'auto-interprétation<sup>5108</sup>. La forme des actes unilatéraux est libre, ils peuvent s'exprimer par des attitudes, des réactions, ou être déduits d'autres comportements<sup>5109</sup>. La protestation est définie de manière générale comme l'opposition à une situation, une prétention, un état de choses : « As a result, what is protested against is now brought in question in the relations between the States concerned »<sup>5110</sup>. La protestation possède un effet de publicité, de *crystallisation* d'une question sur la scène internationale. La limite des actes unilatéraux est toutefois que leurs effets ne s'étendent pas aux tiers<sup>5111</sup>. Dans le cadre de la protestation, une solution dérivée de Skubiszewski est de considérer que la protestation, sans imposer des droits, « activate certain duties these States have under general international law »<sup>5112</sup>. Ainsi, la protestation, pour autant qu'elle soit suffisamment notoire, provoque un devoir de connaissance, voire une connaissance réelle de l'État auquel elle parvient<sup>5113</sup>. Pour l'acquiescement, cela signifie que la protestation déclenche une connaissance de la part de l'État qui souhaite bénéficier de la prétention que le processus est contesté. La protestation permet « d'inverser » – du moins temporairement jusqu'au renouvellement de la prétention – la dynamique de la charge de réagir et de la connaissance.

À ce sujet, l'auteur donne pour critères de la protestation et de son renouvellement des conditions équivalentes à celles de l'objection persistante : la protestation doit être maintenue, et manifestée à chaque fois qu'il est possible<sup>5114</sup>. Toutefois, l'existence d'une

<sup>5107</sup> K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », in M. BEDJAOUÏ (éd.), *International Law: Achievements or Prospects*, Unesco, Martinus Nijhoff, 1991, p. 222, § 5.

<sup>5108</sup> G. ABI-SAAB, « "Interprétation" et "Auto-Interprétation" : quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *op. cit.*, p. 219.

<sup>5109</sup> K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 223, §§ 10-11.

<sup>5110</sup> *Ibid.*, p. 227, § 32.

<sup>5111</sup> *Ibid.*, p. 233, § 56.

<sup>5112</sup> *Ibid.*

<sup>5113</sup> *Ibid.* En cas de notification de la protestation, celle-ci est connue réellement.

<sup>5114</sup> *Ibid.*, p. 227, § 33.

protestation, son renouvellement ou son absence ne sont que des indices dans le cadre de l'acquiescement, et non un critère en soi : il n'y a pas d'automaticité entre l'absence de protestation et la validation d'un acquiescement<sup>5115</sup>.

Quant aux auteurs des actes unilatéraux, Skubiszewski se fait largement l'écho de la tendance dominante et de l'analogie avec l'article 7 CVDT. Son apport est d'appliquer un critère d'examen de la bonne foi dans la relation entre l'auteur et le destinataire de l'acte :

« Many organs of the State are involved in the conduct of foreign relations, and this situation finds its reflection in the making of unilateral acts. 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 »<sup>5116</sup>.

Ce point de vue autoriserait un tribunal à déplacer le questionnement des auteurs sur celle de la bonne foi des organes qui ont protesté et qui ont connu la protestation. Dans les litiges territoriaux, les agents de terrains (policiers, officiers publics, collecteur d'impôt) peuvent donc protester et leurs collègues de même niveau sont aptes à recevoir cette protestation. Le tribunal examinerait objectivement la capacité à reconnaître une protestation pour ce qu'elle est (examen des circonstances), et non sa validité (sur le modèle d'une chaîne d'étapes à satisfaire).

(iv) *Goodman – Acta sunt Servanda ? (2006)*

En 2006, année de parution des Principes de la CDI, Goodman se met à la recherche d'un régime général des actes unilatéraux<sup>5117</sup>. Un point d'entrée de sa réflexion consiste à appliquer la distinction *negotium* contre *instrumentum* aux actes unilatéraux<sup>5118</sup>. La détermination de l'*instrumentum* est le point de départ de sa classification, les effets sont ensuite fonction de la catégorie retenue<sup>5119</sup>. Cette application est difficile pour des actes tacites, car, comme dans la pratique subséquente, le comportement dénote à la fois une forme et une substance. Il y a conflagration, confusion entre la forme et la détermination du fond pour les actes tacites, ce qui peut conduire à configurer une renonciation

<sup>5115</sup> *Ibid.*, p. 228, §§ 34-36.

<sup>5116</sup> *Ibid.*, p. 230, § 47.

<sup>5117</sup> C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law* », *Austr. YBIL*, vol. 25, 2006, pp. 43-73.

<sup>5118</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>5119</sup> *Ibid.*, p. 52.

tacite en reconnaissance tacite. L'article adopte une approche classique et ne se concentre pas sur les questions des actes par voie tacite, sauf pour confirmer qu'ils peuvent exister<sup>5120</sup>. Dans cette hypothèse, une intention claire et la communication à l'audience concernée sont nécessaires ; des protestations tacites effectuées sur le terrain seraient donc exceptionnelles<sup>5121</sup>.

La détermination de l'intention et le partage des tâches avec la bonne foi apportent des enseignements supplémentaires :

« Intention is but a condition of validity, whilst good faith is, for the Court, the fundamental norm regulating the legal effect of the act. Logically, then, the condition of intention is subordinate to the fundamental norm of good faith, and thus when good faith demands it, an effective intention can be inferred such that legitimate expectation carries over intention. If the action of a state, having regard to all the factors already discussed, objectively gives rise to the impression that it intends to be bound, then if necessary a legal fiction can be introduced to create the necessary intent and produce a binding legal obligation in accordance with the intention expressed »<sup>5122</sup>.

En plaçant la catégorisation de l'*instrumentum* en première place, Goodman construit un schéma d'analyse où la perception de bonne foi d'un acte unilatéral « rétroagit » sur l'intention qui est censée le guider. L'acte est perçu par ses effets, la compréhension de l'acte par les tiers *dicte* et *discipline* l'intention que l'émissaire est censé y avoir déposé. L'objectivité est ainsi favorisée<sup>5123</sup>. Rapporté à la protestation, cela signifierait que ce qui est perceptible comme telle par l'État adverse devrait être traité comme telle. Une protestation tacite, émanant de comportements, serait donc examinée par les tribunaux en fonction de l'objectivité avec laquelle l'État adverse peut la percevoir comme telle. La charge de réagir serait ainsi satisfaite dès qu'un comportement correspond à une protestation explicite ou tacite.

Ces considérations sont à mettre en relation avec les différents effets des actes unilatéraux ; la protestation est une réaffirmation de droit, lorsqu'elle parvient à la connaissance de l'adversaire, elle établit un nouveau cadre de référence pour les interactions entre les parties :

« Every act produces some consideration or reliance, as no state can act without having an effect upon other states »<sup>5124</sup>.

<sup>5120</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>5121</sup> *Ibid.*, pp. 58-59.

<sup>5122</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>5123</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>5124</sup> *Ibid.*, p. 63.

Les termes de « consideration » et de « reliance » sont connotés, l'*estoppel* n'est pas très loin<sup>5125</sup>. La protestation est un acte de « self-interest » qui préserve un droit et évite qu'un autre État s'en empare<sup>5126</sup>, elle définit ou redéfinit le cadre de référence dans lequel les déclarations et comportements des parties doivent être considérés, mais elle ne peut pas créer des droits à charge de son destinataire. En fonction des circonstances, son absence confine à la renonciation tacite à un droit (*Temple de Préah Vihéar*) ou à la reconnaissance tacite (*Roi d'Espagne*)<sup>5127</sup>.

d. *La protestation et les espaces*

Ce panorama doctrinal sera complété par un bref détour par les protestations propres aux litiges territoriaux et maritimes avant de terminer par un maître des actes unilatéraux, Gian Carlo Venturini (2.e). C'est avant tout dans les situations de « possessions contestées », d'effectivités adverses, ou encore de création d'un titre par occupation que l'importance de la protestation se fait sentir.

(i) *Le territoire terrestre*

Chez Jennings, la protestation est évoquée comme une manière de maintenir active la souveraineté d'un État sur son territoire (*adverse possession*) ; elle permet d'éviter que la revendication adverse soit reconnue tacitement<sup>5128</sup>. Le lien entre acquiescement et protestation est souligné :

« Whereas recognition, even though it be tacit, is the adoption of a positive acknowledgment on the part of a State, acquiescence may arise from a mere omission to protest against a situation where a right to protest existed and its exercise was called for »<sup>5129</sup>.

En somme, la protestation n'a de pertinence que lorsqu'un acquiescement se profile. Jennings va plus loin : il existerait un *droit* de protester, ce qui sous-entend que la protestation, contrairement à ce qui ressort des travaux de la CDI de 2006, ne serait pas un acte totalement discrétionnaire ou dont l'émission serait possible en tout temps et à tout propos. Dans cette optique, la création d'une charge de réagir constituerait le point de départ de ce droit de protester.

<sup>5125</sup> *Ibid.*, pp. 62-63

<sup>5126</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>5127</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>5128</sup> R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, p. 23.

<sup>5129</sup> *Ibid.*, p. 36.

Selon Distefano, la protestation apte à faire obstacle à un titre en formation doit dépasser la simple protestation diplomatique (« paper protest »)<sup>5130</sup>. L'État qui veut réellement faire obstacle à l'acquiescement devrait, à terme, épuiser les moyens énoncés à l'article 33 CNU, y compris saisir une instance et tenter un *forum prorogatum*<sup>5131</sup>. La question de la valeur des protestations diplomatiques est cruciale pour l'acquiescement, car si elles ne suffisent pas, l'État doit les accompagner d'actes sur le terrain. Plus précisément, des « paper protest » initiales sont suffisantes, elles peuvent même être réitérées pour suffire à empêcher l'acquiescement, par contre si la situation perdure et que les effectivités adverses s'amoncellent, les protestations diplomatiques perdent leur efficacité à moins d'être accompagnées d'actes et de tentatives plus sérieuses d'opposition<sup>5132</sup>. Pour ce qui est des moyens de l'article 33 CNU (médiation, négociation), nous sommes plutôt d'avis que leurs emplois vont au-delà de la simple protestation ou qu'ils en marquent le point terminal ; ils ont pour effet de cristalliser le différend<sup>5133</sup>.

Lorsque les protestations sont suffisantes, elles ont pour effet de porter

« [a]tteinte à la validité du titre juridique de l'État possesseur dont l'opposabilité n'est point *erga omnes*, puisqu'à la perfection de ce titre l'attitude concluante et décisive de l'État "propriétaire" fait défaut. La situation n'est donc pas effective et il n'y a pas de transfert de souveraineté territoriale, faute de l'émergence d'un "fait juridique complexe" la justifiant »<sup>5134</sup>.

Dans cette situation de possession contestée, le titre préexistant est renversé si la situation du possesseur (l'État au bénéfice de l'acquiescement) est plus effective que celle du propriétaire<sup>5135</sup>. L'acquiescement et la protestation ne sont que des éléments parmi d'autres participant à ce fait « juridique complexe ». Pour l'État qui détient le titre, la protestation est une manière simple de réaffirmer son droit. Ces considérations nous permettent de revenir sur l'effet de la protestation, en tant qu'acte unilatéral. Jusqu'à maintenant, la position majoritaire décrit les actes unilatéraux comme incapables de créer des obligations à la charge des tiers. Dans le domaine

<sup>5130</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, 2001 [version online], pp. 180-181.

<sup>5131</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>5132</sup> *Ibid.*, p. 254, note n° 476.

<sup>5133</sup> *Ibid.*, p. 180, note n° 81.

<sup>5134</sup> *Ibid.*, p. 253, italiques dans l'original.

<sup>5135</sup> *Ibid.*, p. 252.



territorial, la protestation a pour effet de réaffirmer et de consolider un droit face à une prétention adverse, elle n'affecte pas les droits des tiers, car ceux-ci *n'existent pas encore*. Elle se contente de s'immiscer dans un processus, d'en influencer le résultat final.

(ii) *Espaces maritimes : l'exemple des titres historiques*

L'ouvrage de Blum et la constitution d'un titre historique nous retiendront. L'émergence d'un tel titre repose essentiellement sur l'acquiescement, l'absence de protestation y possède deux valeurs : 1) les États acceptent la situation car elle est conforme au droit international, 2) grâce à sa conjonction avec l'*estoppel* ou la prescription (ou l'acquiescement), cette absence devient une source de droit<sup>5136</sup>. L'absence de protestation serait utilisée comme preuve de l'acquiescement<sup>5137</sup>.

La protestation, très classiquement, doit émaner d'un organe haut placé dans la hiérarchie de l'État, ou au minimum accrédité à engager l'État sur la scène internationale dans son domaine de compétence<sup>5138</sup>. La protestation devrait être écrite et notifiée, bien que la forme orale soit évoquée (la forme tacite n'apparaît pas)<sup>5139</sup>. Pour posséder et conserver un effet, la protestation doit être répétée :

« A single and simple protest – which is not followed up by further action – cannot be regarded now as an adequate remedy for preventing indefinitely an historic title from maturing. Protest, according to the prevailing trend, will be sufficient only in those cases where the circumstances were such that it constituted the only feasible method for the assertion by a State of its rights.

Protests alone will, however, not suffice in those cases – to which their overwhelming majority nowadays belongs – where the protesting State could reasonably be expected to take further steps in order to prove its seriousness, its good faith and its sincere intention to oppose the alleged encroachments upon its rights »<sup>5140</sup>.

L'effet et la nécessité de la protestation sont fonction des circonstances ; la protestation diplomatique est perçue comme une forme minimale et presque inévitable, mais généralement insuffisante sur la durée. Des actes complémentaires, qu'il s'agisse de

<sup>5136</sup> Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1965, pp. 152-153.

<sup>5137</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>5138</sup> *Ibid.*, p. 155 : un cas intéressant de lettre qui notifiât la protestation est évoqué. Cette protestation n'est pas retenue car elle émanait d'un fonctionnaire subalterne (voy. la « Dawson letter » de 1888 dans l'affaire de l'*Alaskan boundary Tribunal*).

<sup>5139</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>5140</sup> *Ibid.*, p. 160.

protestations « dans les actes » ou de plus officielles saisines des tribunaux sont présentés comme indispensables. Sinon, la protestation « diplomatique » n'a qu'un effet temporaire<sup>5141</sup>. La nécessité de réitérer la protestation et de l'accompagner de « positive initiative » est une obligation de moyens, qui dépend amplement des circonstances<sup>5142</sup>. Blum s'appuie sur l'arbitrage *El Chamizal*, dans lequel les protestations uniquement diplomatiques mais répétées du Mexique avaient été considérées suffisantes et conforme à ce qui pouvait raisonnablement être exigé au vu des relations entre les deux États<sup>5143</sup>.

La première protestation diplomatique est présentée comme nécessaire pour faire obstacle à la formation d'un droit historique, mais pas forcément suffisante pour l'empêcher<sup>5144</sup>. Les actes qui doivent l'accompagner ou lui succéder sont plutôt formels et de nature à cristalliser le différend<sup>5145</sup>. Blum précise toutefois que l'absence de protestation ne signifie pas indubitablement<sup>5146</sup> acquiescement. Comme tout est affaire de circonstances, des négociations parallèles ou l'institution d'un *modus vivendi* permettent exceptionnellement d'échapper à l'acquiescement sans devoir émettre ou répéter des protestations<sup>5147</sup>.

#### e. *L'approche de Venturini*

Le *Cours* de Venturini dispensé à La Haye en 1964 clôturera les débats. Le type de protestation évoquée prend le contrepoint de l'acquiescement et lui est intimement lié. L'acquiescement est défini comme se *traduisant* « en des actes unilatéraux ou en éléments constitutifs de situations plus complexes, productives comme telles d'effets juridiques »<sup>5148</sup>. La solution de la protestation est contenue en germe, dans ce passage, qu'il

<sup>5141</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>5142</sup> *Ibid.*

<sup>5143</sup> *Ibid.*, p. 161 ; *The Chamizal Case (Mexique, États-Unis)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 329.

<sup>5144</sup> Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>5145</sup> *Ibid.*, pp. 160-163 : par ex. la rupture des relations diplomatiques, des contre-mesures, la saisine d'un tribunal, d'un organe d'une OI.

<sup>5146</sup> *Ibid.*, p. 172 : « Apart from such exceptional circumstances, however, it will be proper and permissible to draw an inference of acquiescence from a State's silence, when faced with a situation that imperatively calls for reaction on the part of any State wishing to signify its objection to a new practice or situation ».

<sup>5147</sup> *Ibid.*, pp. 170-172.

<sup>5148</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 369.

s'agira de démêler. L'archétype<sup>5149</sup> de l'acquiescement chez Venturini est celui présent dans les litiges territoriaux. Pour que la création d'un titre soit satisfaite, deux « éléments » doivent être réunis : 1) le caractère effectif (ou paisible, ininterrompu, etc.) de la possession, et 2) une absence de protestation qui ferait obstacle à cette possession<sup>5150</sup>. Ces deux éléments sont pris en compte pour apprécier l'acquiescement, ils peuvent émerger de manière séparée, indépendante, mais ils sont réunis lors de l'appréciation globale de la situation. Acquiescement (sous la forme d'actes de souveraineté par ex.) et protestation participent au « fait juridique complexe ».

Quels sont le rôle et la nature de la protestation dans cette constellation ? De manière générale, Venturini met en garde contre la difficulté de délimitation des actes unilatéraux<sup>5151</sup>. La protestation et la notification appartiennent à la même catégorie, qui ne manifeste pas une volonté<sup>5152</sup>. La protestation peut être assimilée à la notification<sup>5153</sup>, les deux « actes » – faute d'un meilleur terme – partagent des points communs :

« [Elles] semblent rentrer dans la liberté d'action des États, parce qu'elles ne se répercutent pas sur des droits de tiers et ne sont pas dotées d'effet qui ne soient pas la conséquence logique et naturelle de leur accomplissement, comme par exemple la connaissance, de la part des destinataires de ces actes, du point de vue exprimé dans la protestation ou de l'objet de la notification »<sup>5154</sup>.

Quels seront la valeur et l'effet de cette connaissance provoqué chez le destinataire ? Ici, Venturini se distancie d'autres courants car la protestation n'a pas pour conséquence « d'empêcher une présomption de reconnaissance, d'acquiescement ou de renonciation »<sup>5155</sup>. Ce point de vue est motivé par l'archétype de l'acquiescement et des « situations complexes » dans lesquelles lui et la protestation s'insèrent. Comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, c'est le comportement *dans son ensemble*, la réunion du caractère effectif et de l'absence de protestation qui permettent de conclure qu'une situation nouvelle a pris racine<sup>5156</sup>.

<sup>5149</sup> En p. 441, l'exemple de la limite des espaces aériens suit le même schéma d'examen que celui présenté dans les pp. 381-383 (*ibid.*).

<sup>5150</sup> *Ibid.*, pp. 381-383.

<sup>5151</sup> *Ibid.*, p. 369, p. 392.

<sup>5152</sup> *Ibid.*, p. 428.

<sup>5153</sup> *Ibid.*, p. 375.

<sup>5154</sup> *Ibid.*, p. 392.

<sup>5155</sup> *Ibid.*, p. 393.

<sup>5156</sup> *Ibid.*

La particularité de la protestation n'est donc pas de faire obstacle frontalement à l'acquiescement. Plus subtilement, elle permet d'apprécier le caractère effectif, continu, paisible d'une situation. La protestation ou son absence contribue à la qualification de la situation dans son ensemble :

« Il est évident que la protestation a précisément pour but d'éviter qu'une situation nouvelle acquière des caractères tels qu'ils en détermineraient la légitimation. Il ne s'agit pas, par conséquent, d'un effet de la protestation comme acte, *mais de l'importance de la protestation comme élément d'une situation de fait qui sans cela pourrait prendre une valeur juridique* »<sup>5157</sup>.

S'agit-il d'un habile tour de magie juridique qui ne porte pas à conséquence quant aux effets de la protestation ou d'une option plus fondamentale ? Les autres choix retenus par Venturini pour qualifier la protestation permettront de mieux discerner l'impact de ce point de vue.

Les autres caractéristiques de la protestation sont de viser un droit ou un intérêt (elle est alors de valeur exclusivement politique)<sup>5158</sup>, d'être exprimée de manière expresse ou par « actes concluants ». Cependant, pour des raisons pragmatiques, la voie expresse assortie d'une notification est recommandée<sup>5159</sup>. Le but de la protestation est

« d'éviter qu'une nouvelle situation juridique devienne stable et pacifique, ces deux caractères comportant sa légitimation. La protestation n'a donc pas ainsi un effet juridique à proprement parler : il est donc exclu qu'elle ait la nature d'un acte juridique mais uniquement une certaine importance juridique, qui devra s'apprécier dans chaque cas d'espèce en fonction des circonstances »<sup>5160</sup>.

Le Rubicon est franchi, la protestation n'est pas un acte juridique, elle n'a pas d'effet autonome, présent dès sa formulation. Cette position présente l'indéniable avantage de pouvoir formuler facilement des protestations « tacites » vu que la présence d'une volonté ne serait plus une condition d'existence de la protestation. L'option choisie par Venturini est donc lourde de conséquences, et ce également pour l'acquiescement : ni lui, ni la protestation ne sont des actes unilatéraux. La voie proposée consiste à additionner,

<sup>5157</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>5158</sup> *Ibid.*, p. 433.

<sup>5159</sup> *Ibid.*, pp. 433-434.

<sup>5160</sup> *Ibid.*, p. 434.

articuler, et comparer l'ensemble des faits et éléments qu'un État *allègue* pour prouver qu'une nouvelle situation a pris racine : c'est l'attitude d'ensemble qui sera déterminante <sup>5161</sup>.

Dans cette optique l'acquiescement n'est pas non plus synonyme exact d'absence de protestation :

« En réalité, ce n'est pas tant l'absence de protestation que [...] l'attitude d'ensemble du sujet, qui peut constituer l'acceptation d'une nouvelle situation juridique » <sup>5162</sup>.

Un « fait juridique complexe », comme l'acquiescement, la renonciation, ou la reconnaissance peut ne pas être satisfait malgré une attitude active de l'État et une absence totale de protestation de son adversaire. Les circonstances sont déterminantes : cette importance nuancée de la protestation cadre parfaitement avec les auteurs précédents. L'extrait pave la voie à une interprétation conciliante : l'absence de protestation peut ne pas déboucher sur l'acquiescement, de simple « paper protests » peuvent suffire, ou, au contraire, des protestations répétées peuvent être incapable de faire basculer le verdict.

La valeur d'une protestation, qui n'est pas un acte unilatéral, découlerait alors de son contenu ou objet (la situation contre laquelle elle est élevée) et de son rapport au cadre général (sa force relative face à la situation contestée, sa vigueur, sa pertinence). La protestation pourrait alors être manifestée par des fonctionnaires de terrain : leurs comportements participent de plain-pied à cette « situation d'ensemble », qui est consacrée en droit pour autant qu'elle soit stable et paisible. L'ouvrage de Venturini ne permet toutefois pas de corroborer ces hypothèses, sa réflexion s'arrête en amont.

#### f. *Synthèse*

Plusieurs lignes directrices s'imposent. Tout d'abord, la protestation est traditionnellement colloquée parmi les actes unilatéraux ; ce jugement n'est pas dénué d'écueils, relevés notamment par la CDI, Saganek et Venturini. À titre principal, c'est son effet qui cadre mal avec ces actes volontaires et autonomes. En filigrane de la doctrine, un certain malaise à admettre que la protestation ne puisse

---

<sup>5161</sup> *Ibid.*

<sup>5162</sup> *Ibid.*

pas avoir d'effets sur son destinataire se fait jour. La protestation qui nous intéresse est celle émise dans le cadre de l'acquiescement, dont il est immédiatement perceptible qu'elle possède une influence sur son constat ou non.

Deux chemins permettent d'expliquer le rôle de la protestation dans l'acquiescement ; tout d'abord la notion de « faits complexes » avancée par Venturini, qui plaide pour un examen d'ensemble d'une situation. Actes d'acquiescements et protestations sont réunis dans un « pool » et examiné globalement. Une autre voie consiste à construire les comportements d'acquiescement et les protestations comme un échange, une partie de tennis dont chaque maillon est susceptible d'une analyse indépendante. L'avantage de cette deuxième voie est de pouvoir isoler et identifier le (dernier) maillon qui cristallisera le différend, la protestation dont la vigueur n'auto-risera plus la poursuite de la ligne d'acquiescement. La pratique et la jurisprudence semblent abreuvées par ces deux courants : l'acquiescement est perçu comme un ensemble, mais sa fin est identifiée – en général – par une protestation plus forte que les autres.

Les caractéristiques classiques pour qu'une protestation soit prise en compte avec certitude ne font pas débat ; il faut qu'elle soit ferme, vigoureuse, répétée si nécessaire, notifiée, et émaner d'organes compétents (*a minima* : la troïka ou des agents actifs dans les relations extérieures). L'étalon de cette protestation couronnée de succès est une protestation écrite, du sommet de l'État, et notifiée par canaux diplomatiques. Notre interrogation concerne les zones d'ombre de la protestation : *quid* d'une « opposition » d'un fonctionnaire subalterne émise par comportement ? S'agit-il encore (ou déjà) d'une protestation ? La protestation doit être objectivement identifiable comme telle ; en fonction des circonstances une opposition subalterne pourrait suffire. La protestation par le silence n'est toutefois pas envisageable, les actes doivent dénoter une opposition. Par contraste, le degré ultime de la protestation par actes concluants consiste à saisir un tribunal : le différend sera alors cristallisé <sup>5163</sup>.

---

<sup>5163</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 845, § 23 ; *ibid.*, Déclaration de M. le juge Gaja, 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 1038.

Dans cette veine et en favorisant l'objectivité d'une situation et sa perception de bonne foi par un État raisonnable, une protestation subalterne qui est ratifiée par les autorités (même de manière silencieuse) devrait pleinement être prise en compte, comme si elle émanait d'organes disposant de prérogatives dans les relations extérieures<sup>5164</sup>. La notion de « fait juridique complexe » est d'une grande utilité pour englober toutes ces arguties : le tribunal examine en une fois *tout* ce qui a été fait, de la protestation formelle du Président aux « oppositions » pratiquées sur le terrain par les agents publics. Quant aux actes susceptibles de porter la protestation, la gradation suivante se dessine : les protestations formelles, écrites et notifiées sont aux places d'honneur. Suivent les protestations expresses, mais dénuées de notifications. Dans les actes concluants, tacites ou implicites, ceux empreints de solennité, comme la rupture des relations diplomatiques, le recours à une OI ou un tribunal sont prioritaires. Les protestations par comportement ferment la marche.

Un autre biais pour aborder la protestation tacite et la protestation des organes subalternes est de se référer au « fil rouge ». Si une opposition n'a pas valeur de protestation *stricto sensu*, elle peut être valorisée comme un comportement faisant échec au fil rouge, car contraire à la direction de l'acquiescement.

La protestation est souvent présentée comme le contraire de la reconnaissance, de la renonciation, ou de l'acquiescement. Elle est parfois assimilée à la notification, car elle provoque une connaissance chez son destinataire. *Cette connaissance a pour effet que la protestation ne peut plus être ignorée, le cadre de référence des actes des parties est modifié.* Pour que la protestation possède cet effet de manière certaine, il faut toutefois qu'elle soit notifiée. La protestation type est à nouveau modelée dans une forme expresse et écrite, émanant du sommet de l'État. Cet effet de connaissance, qui ne crée pas de droit ou d'obligation chez le destinataire, explique l'exigence de renouveler la protestation autant que nécessaire, et de l'accompagner si possible d'actes d'opposition sur le terrain. Une mise en garde s'impose : l'absence de protestation ne se traduit pas automatiquement par un acquiescement. Suivant les cas, des actes inférieurs à la protestation suffisent, ou des actes différents,

---

<sup>5164</sup> La protestation défectueuse serait validée par le silence ou par un comportement : voy. l'article 8 CVDT par analogie.

comme des négociations ou l'application d'un *modus vivendi*. À l'inverse, des protestations réitérées ne sont pas un gage absolu d'absence d'acquiescement.

Notre vision est syncrétique pour l'instant : les protestations en tant qu'acte unilatéral *et* les protestations comme élément d'un « fait juridique complexe » sont pertinentes pour l'acquiescement. Il faut rappeler que l'acquiescement est omniprésent en droit international, que ce soit en nom propre, caché dans d'autres institutions, ou en tant que partie d'un processus. Or, la doctrine considère avant tout l'acquiescement territorial et prolonge les conclusions à l'ensemble du droit international. Une particularité de l'acquiescement, c'est sa plasticité : l'acquiescement territorial ne ressemble pas à celui de la pratique subséquente. Ainsi, et bien que la notion de « fait juridique complexe » soit séduisante, elle ne peut pas être généralisée à l'excès. Chaque type d'acquiescement fait un usage spécifique des conditions générales de fonctionnement, y compris du type de protestation pertinent. D'autre part, la protestation est un moyen volontaire de faire échec à l'acquiescement, elle doit pouvoir être pleinement utilisée par l'État lésé<sup>5165</sup>, ce dont peine à rendre compte l'approche du « fait juridique complexe ».

L'acquiescement s'apparente à un « dialogue codifié », dans lequel la part de la protestation, son auteur et sa forme peuvent différer. La valeur et les caractéristiques de la protestation dans le cadre de l'acquiescement sont le résultat d'une conjonction entre la protestation en tant qu'institution du droit international général et la fonction qu'elle sert dans l'acquiescement spécifique à un domaine.

### 3. *Typologie, effet, et rapport à l'acquiescement*

Cette troisième section tire les conclusions de deux sections précédentes (D.1 ; D.2) et s'intéresse aux concrétisations jurisprudentielles des possibilités théoriques annoncées jusqu'à présent. Comment la protestation se manifeste-t-elle dans l'acquiescement, quelles sont ses effets, sa force ? Une protestation peut-elle émaner d'un fonctionnaire subalterne ou être accomplie grâce à un comportement<sup>5166</sup> ? Est-il possible d'établir des critères pour déter-

---

<sup>5165</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 105.

<sup>5166</sup> Les termes « protestation tacite », « protestation implicite » et leurs équivalents anglais ne possèdent aucune occurrence dans les Recueils de cours dispensés à La Haye jusqu'en



miner quand une protestation doit être renouvelée ? Comment les tribunaux se servent-ils de la protestation ; son absence est-elle systématiquement synonyme d'acquiescement ?

La protestation tend un miroir à l'acquiescement, elle reflète son opération globale et mobilise la plupart de ses conditions et éléments. Les étapes d'analyses de l'acquiescement peuvent être reprises pour encadrer la protestation. Des chevauchements et recoupements sont malheureusement inévitables. La nature de la protestation est profondément enchevêtrée : le contenu de la protestation influe la nécessité de la renouveler, le moment de son émission influence sa force... Nous commencerons par une esquisse des moments où la protestation peut être émise.

a. *La protestation dans la chronologie de l'acquiescement*

La protestation est étroitement liée à la temporalité de l'acquiescement ; comme nous l'avons remarqué plus haut, l'acquiescement s'initie par une prétention et se termine lorsque les positions des parties se figent<sup>5167</sup>. La protestation ne pourra donc être émise qu'entre les bornes du *dies a quo* et du *dies ad quem*.

(i) *La protestation anticipée*

La notion de protestation anticipée (« anticipatory protest ») est parfois évoquée dans la doctrine. Il s'agit d'un « avertissement » : l'État signale « [q]u'il ne considérera pas comme légitime une prétention donnée qui pourrait être soutenue ou une situation déterminée qui pourrait être créée, à l'avenir »<sup>5168</sup>. *A priori*, une telle protestation est absurde, car elle prendrait racine avant le début de la ligne d'acquiescement. Partant, aucune « protestation » pertinente ne peut être émise. Une première hypothèse pour sauvegarder la possibilité d'émettre cette protestation anticipée est de la configurer comme une prétention ; un renversement est alors opéré, nous intervertissons protestation anticipée et prétention initiale<sup>5169</sup>. En fonction des circonstances, l'absence

2008. *A priori*, ce type de protestation est une chimère et se cantonne à la réaffirmation sporadique de la liberté de forme des actes unilatéraux.

<sup>5167</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.II – « Le temps ».

<sup>5168</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 434 (et p. 428). Voy. aussi : Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, pp. 157-159.

<sup>5169</sup> Extrapolé de : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 571, § 372 ; p. 574, § 374.

de réaction face à cette protestation-prétention vaudrait acceptation de son objet et de ses effets (acquiescement). Cette hypothèse confine également à l'absurde car la protestation anticipée est alors simplement mal nommée ; il s'agirait d'une prétention<sup>5170</sup>.

La seconde hypothèse pour sauvegarder les « anticipatory protest » consiste à s'intéresser de plus près à la prétention, son existence<sup>5171</sup>, sa ou ses premières matérialisations. Blum opère une double dissociation qui fait apparaître d'un côté l'apparition d'un devoir de protester (charge de réagir) et la simple possibilité de protester (l'existence d'un comportement contre lequel s'élever), et, de l'autre, l'existence d'une norme et sa mise en œuvre :

« It is generally agreed that States should not, as a rule, protest prior to the actual occurrence of the wrong alleged to have been done to them, i.e. before the objectionable measure has been enforced against them or their nationals. However, there seems to be no express obligation to refrain from such a course of action at an earlier stage. Thus, States are known to have protested on the conclusion of treaties which they considered as likely to infringe their rights, or even earlier, i.e. at the time when they acquired knowledge that the conclusion of such treaties was being contemplated »<sup>5172</sup>.

Le moment traditionnel où la protestation est examinée est normalement postérieur à l'apparition de la charge de réagir<sup>5173</sup> (c'est-à-dire après l'accomplissement d'un empiétement). Les hypothèses de l'extrait sont toutes antérieures à cette charge (« earlier stage »). Les exemples donnés sont ceux de la conclusion d'un traité (sans qu'il n'ait été encore mis en vigueur), ou de la simple éventualité de conclusion d'un traité dont le contenu ou l'exécution *serait* dommageable.

Un traité<sup>5174</sup>, et plus généralement une norme juridique, peut contenir une prétention (une délimitation maritime contient une prétention sur l'espace maritime correspondant). Pour qu'une prétention se fasse jour dans l'acquiescement, il faut encore qu'elle soit suffisamment notoire et qu'elle parvienne à la connaissance de

<sup>5170</sup> Dans les faits, seuls les réactions des destinataires et le contenu de « l'acte », c'est-à-dire la suite du dialogue, permettent de déterminer s'il s'agit d'une protestation anticipée ou d'une prétention.

<sup>5171</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A – « L'existence d'une prétention ».

<sup>5172</sup> Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>5173</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.V.

<sup>5174</sup> Dans le cadre de l'acquiescement, la protestation anticipée à un traité est un mauvais exemple car les traités sont des *res inter alios acta*, ils ne peuvent pas créer d'acquiescement pour un tiers : cf. art. 34 et s. CVDI.

l'État (réelle ou présumée). La distinction entre l'« objectionable mesure » et son « enforce[ment] » correspond à la différence entre l'édition d'une loi et sa mise en œuvre. Dans l'acquiescement, c'est particulièrement au sujet des lois internes que cette différence est importante<sup>5175</sup>. De manière générale, l'édition seule d'une loi interne (nationale) ne suffit pas à déclencher une prétention ou une charge de réagir, faute de notoriété. C'est par sa mise en œuvre que la loi interne va acquérir une notoriété et parvenir à la connaissance – réelle ou présumée – des États. L'« anticipatory protest » porte par excellence sur ce type de mesures : elle prend à la racine les lois internes, avant même qu'elles n'aient été exécutées<sup>5176</sup>. Les lois internes sont censées être « de simples faits »<sup>5177</sup>, elles ne déploient d'effets envers les États que si le droit international les prend en compte, leur ménage une place. Dans l'acquiescement, les lois internes ne sont généralement pertinentes que quand elles sont doublées d'une mise en œuvre.

Dans *Pêcheries*, le Royaume-Uni aurait pu objecter en 1812 déjà, avant toute mesure d'exécution<sup>5178</sup>, mais la nécessité d'une protestation, corrélative à la charge de réagir n'apparaît que bien plus tard, dans les décennies 1870-1880. À cette époque le système norvégien ne peut plus être ignoré et jouit d'une notoriété intrinsèque qui permet d'exiger une protestation.

L'effet maximal d'une protestation anticipée est de couper l'acquiescement à la racine (si l'État adverse renonce à exécuter la loi porteuse d'une prétention) ou de contribuer à une cristallisation rapide du différend (si l'État adverse exécute la loi, que d'autres protestations sont émises et que la position respective des parties se fige). Un désavantage notable de la protestation anticipée est qu'elle prouve aussitôt la connaissance réelle de l'auteur de

<sup>5175</sup> Cf. *supra*, nos développements : Ch. 5.IV.D.3 – « Une connaissance présumée des lois internes ? »

<sup>5176</sup> Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, pp. 157-158 (« states have also protested against legislative measures of other States – whatever their names may be – which, if enforced, would, in the protesting State's opinion, prejudice its rights ») et 159.

<sup>5177</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJI, *Série A*, n° 7, p. 19 ; voy. de manière générale la théorie de Santi Romano relative aux différents ordres juridiques et les rapports de système qui en découlent (S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, pp. 39-51 et 83-84).

<sup>5178</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 134-135.

la protestation<sup>5179</sup>. Si la première protestation n'est pas répétée malgré la mise en œuvre par l'État adverse, l'État à l'origine de la protestation risque d'acquiescer.

L'affaire de la *mer Égée* offre un exemple de protestation anticipée et couronnée de succès ; l'acquiescement n'est même pas mentionné<sup>5180</sup>. La Turquie accorde des permis de recherches pétrolières dans des zones de la mer Égée, ce qui déclenche quasi immédiatement une protestation de la Grèce (en février 1974, soit environ trois mois plus tard), bien que ces permis n'aient pas encore été mis en œuvre<sup>5181</sup>. D'autres échanges diplomatiques suivent et concrétisent l'opposition, jusqu'à ce que les permis soient effectivement mis en œuvre fin mai 1974, mise en œuvre suivie d'une nouvelle protestation à la mi-juin 1974<sup>5182</sup>. Dès 1975 et parallèlement à la saisine de la Cour, les deux États ont ensuite négocié, la Grèce a réitéré ses protestations à chaque fois qu'une campagne de prospection était effectuée<sup>5183</sup>. La première protestation grecque n'était pas nécessaire du point de vue de l'acquiescement : elle portait sur une loi nationale qui n'avait pas encore été mise en œuvre. Seule l'exploration effective de mai 1974 était de nature à déclencher une charge de réagir. En raison de sa protestation anticipée il était légitime de s'attendre à ce que la Grèce surveille étroitement les activités de la Turquie et qu'elle proteste à chaque reprise, charge dont elle s'est parfaitement acquittée en l'espèce.

D'autres affaires et requêtes introductives d'instance mentionnent des protestations anticipées, qui interviennent très tôt dans la ligne de l'acquiescement, après qu'une prétention ait été émise, mais avant qu'une charge de réagir ne soit identifiable. Dans *Isla Portillos*, le Nicaragua avait installé un petit campement militaire (deux soldats) sur une lagune proche de la frontière, ce

<sup>5179</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 605, § 393 : « L'État qui a émis une première protestation, mais qui ne l'a jamais ou rarement renouvelée par la suite démontre qu'il a connaissance et conscience d'un empiétement sur ses droits. Il ne pourra invoquer ni son ignorance ni son erreur, ce qui n'empêche néanmoins pas d'évaluer si les quelques protestations ultérieures suffiront à considérer qu'il a pu continuer à rejeter la prétention en cause ».

<sup>5180</sup> *Affaire du plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, Rec. 1978, p. 3.

<sup>5181</sup> *Ibid.*, p. 8, § 16.

<sup>5182</sup> *Ibid.*, p. 8, §§ 15-16.

<sup>5183</sup> *Ibid.*, pp. 9-11, §§ 18-26 ; p. 10, § 22 pour la protestation grecque.

qui déclencha presque immédiatement une série de protestations de la part du Costa Rica<sup>5184</sup>. Suite à la première protestation, le Nicaragua déclara expressément revendiquer la souveraineté sur cette lagune : à ce stade la charge de réagir ne fait plus aucun doute et le Costa Rica continua de protester<sup>5185</sup>.

La protestation peut être considérée comme « anticipée » aussi longtemps que la charge de réagir ne s'est pas matérialisée. Il existe ainsi une période intermédiaire entre l'émission de la prétention et l'apparition de la charge de réagir. Dès que la prétention existe, les États peuvent choisir de protester en saisissant immédiatement une cour<sup>5186</sup>.

(ii) *Les protestations émises en temps opportun*

Passons aux protestations émises en « temps opportun », après l'apparition d'une charge de réagir. Leur succès est plus aléatoire<sup>5187</sup>. Dans *Droit de passage*, des armes et des militaires rejoignent à plusieurs reprises les enclaves du Portugal sans avoir obtenu d'autorisation préalable du Royaume-Uni, ce comportement pouvait être configuré comme une prétention à un véritable, total et inconditionnel droit de passage :

« Le Portugal cite vingt-trois cas remontant aux années 1880-1889 où les forces armées portugaises auraient traversé sans autorisation le territoire britannique entre Damao et les enclaves. Il convient d'observer à cet égard que, le 8 décembre 1890, le Gouvernement de Bombay [s'en] plaignit auprès du Gouvernement de l'Inde portugaise [...] »<sup>5188</sup>.

Cette protestation fit débiter une correspondance diplomatique entre les deux gouverneurs locaux, correspondance qui se solda par la confirmation de l'absence de droit inconditionné et de l'assurance que le Portugal s'y conformerait à l'avenir<sup>5189</sup>. Dans ce cas, la

<sup>5184</sup> *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 15, §§ 12 et 16.

<sup>5185</sup> *Ibid.*, p. 15, § 12.

<sup>5186</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, p. 108. Comme ce fut le cas dans *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, 16 décembre 2015, CIJ, *Rec. 2015*, §§ 1, 54-55, 63-64.

<sup>5187</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 108-109.

<sup>5188</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, p. 41.

<sup>5189</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.

protestation fut suffisante en soi pour empêcher l'acquiescement, car il ne semble pas que le Portugal renouvela les passages armés sans autorisation.

Pour être couronnée de succès, la protestation ne doit pas seulement être opportune (moment de son émission), elle doit aussi être réitérée. À cet égard, la jurisprudence<sup>5190</sup> indique que les protestations épisodiques ne sont pas suffisantes (ce thème sera abordé plus amplement *infra*, 3.d). La détermination du temps opportun d'une protestation est analysée par comparaison, l'étalon de mesure *subjectif* consiste à examiner les actes d'autres États placés dans la même situation (s'ils existent), l'étalon *objectif* prend comme référence ce qui pouvait raisonnablement être exigé d'un État diligent<sup>5191</sup>.

En fonction du support de la prétention, la protestation doit parvenir plus ou moins rapidement ; une prétention formulée par déclaration écrite et notifiée à l'État appelle une réaction prompte, à l'inverse une prétention tacite, dont l'État doit inférer le droit objet de l'acquiescement, déclenche plus lentement la charge de réagir. L'attitude de la France dans l'affaire des *Immunités procédurales et pénales* est un parfait exemple de réaction prompte faisant suite à une notification. À une première note verbale de la Guinée équatoriale du 4 octobre 2011, la France proteste le 11 octobre ; une nouvelle note du 17 octobre est répudiée le 31 octobre : la France n'a jamais laissé s'écouler plus d'un mois avant de protester contre le renouvellement de la prétention<sup>5192</sup>. La Cour qualifie la première objection de « sans délai »<sup>5193</sup>, ce qui laisse entendre qu'une protestation plus tardive aurait aussi été valable.

L'identification du « temps opportun » durant lequel une protestation doit être élevée pour la première fois afin de faire obstacle à l'acquiescement est intimement liée aux étapes de l'acquiescement<sup>5194</sup>. La chronologie suivante peut servir de cadre théorique

<sup>5190</sup> Par ex. : *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 62 : « La nature de ces actes du Danemark n'est pas modifiée par les protestations ou réserves que, de temps à autre, formula le Gouvernement norvégien ».

<sup>5191</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 135-136 (comparaison subjective avec la France) ; p. 139 (situation objective).

<sup>5192</sup> *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec. 2020*, pp. 324-329, §§ 76-92.

<sup>5193</sup> *Ibid.*, p. 328, § 90.

<sup>5194</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 577 et 598.

pour l'identification de ce « temps opportun » : la prétention doit exister (expresse ou tacite), elle doit être notoire, et parvenir à la connaissance, réelle ou présumée, du destinataire. Suite à cette connaissance, l'État n'a pas encore de charge de réagir. La connaissance ouvre une période de latence – plus ou moins grande en fonction des circonstances – pendant laquelle l'État doit avoir l'occasion de se déterminer (comprendre la prétention, ses implications, les droits qu'elle met en danger et pouvoir choisir la réaction à y opposer). Peu importe que l'État se soit réellement déterminé : cette période doit *exister*, et non pas être *utilisée*. Ce n'est qu'après cette période que la charge de réagir se fait jour<sup>5195</sup>. Dès ce moment, une protestation devient opportune. À notre connaissance, la jurisprudence ne se réfère pas à cette « période de latence » car l'examen se fait en une fois, sans découpage des étapes de l'acquiescement.

La fin du « temps opportun » pour formuler une protestation est difficile à identifier ; si une protestation forte est émise, elle a pour effet de cristalliser le différend<sup>5196</sup> et de marquer la fin du temps total d'acquiescement. Dans *Golfe du Maine*, la protestation américaine semble avoir eu cet effet. La Chambre remarque :

« D'autre part, et sans vouloir nier qu'il y ait eu quelque imprudence de la part des États-Unis à garder le silence après que le Canada eut accordé les premiers permis d'exploration sur le banc de Georges, il paraît tout au moins disproportionné de vouloir attribuer à ce silence, *de courte durée au surplus*, des conséquences juridiques pouvant se concrétiser par un *estoppel* »<sup>5197</sup>.

Toutefois, la protestation forte qui a pour effet de cristalliser le différend n'a pas forcément pour effet d'empêcher l'acquiescement. Dans *Temple de Préah Vihéar*, la Thaïlande ne proteste qu'une seule fois, en 1958 et la Cour n'accorde pas de valeur à cette objection isolée<sup>5198</sup>. D'un autre côté, et même si un acquiescement peut sem-

<sup>5195</sup> *Contra*, P. Martin-Bidou : c'est la connaissance qui donne le départ de la protestation opportune (*L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 89-91).

<sup>5196</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 566-567, § 369.

<sup>5197</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 308, § 140, nos italiques. La période d'acquiescement s'étend de 1964 à 1969, date de la protestation américaine.

<sup>5198</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 32. L'instance est introduite en 1959, peu après cette protestation. Voy. aussi : *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec.* 1992, p. 577, § 364 où la Cour relève que la protestation est « formulée trop tard pour dissiper la présomption d'acquiescement ».

bler bien formé, la protestation peut amener l'État qui en bénéficie à se renier et ne pas en bénéficier. Dans *Droit de passage*, c'est suite à une protestation que le Portugal abandonne la pratique d'absence d'autorisation qu'il avait commencé à établir<sup>5199</sup>. La période de protestation se termine avec la fin de la ligne d'acquiescement, car l'État bénéficiaire peut, par son comportement, détruire tout le processus : les déclarations expresses (actes unilatéraux) sont prioritaires quand il s'agit d'établir la position d'un État.

(iii) *La protestation tardive*

La fin de la période de pertinence de la protestation correspond à la fin de la ligne d'acquiescement. Bien souvent, cette ultime borne se confond avec la date critique territoriale, qui peut elle-même se confondre avec la date de cristallisation du différend, voire avec la saisine d'un tribunal<sup>5200</sup>.

Dans *Pulau Litigan et Pulau Sipadan*, l'Indonésie émet une série de protestations après la date critique<sup>5201</sup>, protestations qui sont réfutées par la Cour :

« La Cour ne saurait en outre ignorer le fait que, à l'époque où ces activités ont été menées, ni l'Indonésie ni son prédécesseur, les Pays-Bas, n'ont jamais exprimé de désaccord ni élevé de protestation »<sup>5202</sup>.

L'inefficacité et l'absence de pertinence de la protestation « tardive » sont aussi sous-entendues dans *Pedra Branca* :

« La Cour conclut en conséquence que ce comportement [l'ouverture d'enquêtes sur les naufrages survenus à proximité de l'île] vient étayer de manière appréciable la thèse de Singapour [acquisition de la souveraineté]. Elle rappelle également que ce n'est qu'en juin 2003, après que les Parties eurent soumis le différend à la Cour par voie de compromis, que la Malaisie a protesté contre cette expression du comportement de Singapour »<sup>5203</sup>.

La date critique était fixée en 1980<sup>5204</sup>. Une protestation tardive est dénuée de valeur<sup>5205</sup>.

<sup>5199</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, pp. 41-42.

<sup>5200</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.II.C – « Fin de la ligne ou *dies ad quem* ».

<sup>5201</sup> *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, Rec. 2002, p. 679, § 128.

<sup>5202</sup> *Ibid.*, p. 685, § 148.

<sup>5203</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, Rec. 2008, p. 83, § 234.

<sup>5204</sup> *Ibid.*, p. 28, § 34.

<sup>5205</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 611, § 398.



b. *Le contenu de la protestation*

Quel doit être le contenu de la protestation, comment doit-elle être formulée pour être dépourvue d'ambiguïté ? Ces questions sont en partie dépendantes de la forme de la protestation, abordée dans la section ultérieure 3.c. Pour le moment, nous dessinerons les contours théoriques et évoquerons quelques affaires. La protestation « parfaite » est celle qui tend un miroir fidèle à la prétention, qui s'élève contre l'ensemble des droits qu'elle tente d'acquérir. En deçà, il est possible que l'État ne conteste qu'une *partie* de la prétention ; c'est là la condition minimum de pertinence d'une protestation. En ne protestant que partiellement, le « reliquat » de la prétention est généralement considéré comme accepté <sup>5206</sup>.

(i) *Protestation englobante, partielle, inefficace*

L'affaire *Norstar* illustre la protestation parfaite, renouvelée en temps utile et qui a pour effet d'empêcher l'acquiescement <sup>5207</sup>. Suite à l'immobilisation par l'Italie d'un navire battant son pavillon, le Panama a protesté contre les décisions de justice italiennes <sup>5208</sup>. La prétention de l'Italie est celle d'un acquiescement, d'une prescription extinctive du droit d'action du Panama auprès du Tribunal du droit de la mer. Or, les protestations élevées par ce dernier ont précisément pour contenu de réserver ses droits et, en particulier, de persévérer dans la demande de réparations à fournir par l'Italie <sup>5209</sup>. Dans cette constellation particulière, la prétention (perte du droit de demander réparation) et la protestation (compétence du tribunal ; refus de renoncer à sa demande en justice) se font parfaitement face. Par hypothèse, une protestation *partielle* aurait consisté à admettre qu'une partie de la décision italienne interne ne serait pas contestée devant le TIDM. La protestation partielle s'apparente donc à une renonciation.

<sup>5206</sup> Si un État élève une protestation contre une partie seulement de la prétention, cela démontre qu'il disposait d'une connaissance suffisante pour protester, et qu'il a « renoncé » à le faire alors que l'occasion se présentait. L'État acquiescerait ainsi à une partie de la prétention – bien entendu, la protestation partielle n'est pas automatiquement synonyme d'acquiescement à la prétention qui ne fait pas l'objet de la protestation. Les circonstances du cas et les droits en jeu sont cruciaux pour le déterminer.

<sup>5207</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, pp. 66-74.

<sup>5208</sup> *Ibid.*, pp. 12-14.

<sup>5209</sup> *Ibid.*, pp. 66-67.

L'affaire des *Minquiers et Ecréhous* s'inscrit dans la tendance inverse. Dans les différends territoriaux, les comportements pertinents doivent manifester une intention d'administrer le territoire à titre de souverain. Par conséquent, la protestation doit effiloche l'effet de ces comportements, elle doit s'attaquer à la racine des comportements, et non à supprimer le comportement en tant que tel ou pour un autre motif que la prétention à la souveraineté qu'il porte en germe :

« Une ordonnance du Trésor britannique de 1875, faisant de Jersey un port des Îles de la Manche, a compris les "Ecrehou Rocks" dans les limites de ce port. Cette mesure législative était une manifestation évidente de la souveraineté britannique sur les Ecréhous à une époque où un différend sur cette souveraineté n'avait pas encore surgi. Le Gouvernement français protesta en 1876, motif pris de ce que cette loi dérogeait à la convention sur la pêche de 1839. Mais cette protestation ne pouvait enlever à l'acte son caractère de manifestation de souveraineté »<sup>5210</sup>.

Nous constatons qu'élever une protestation peut s'avérer délicat ; elle prouve la connaissance de l'État sur certains faits, et, par contraste, délimite le champ des prétentions qui sont acceptées ou tout au moins pas explicitement remises en cause. La Cour précise encore, au sujet de la protestation française :

« Lorsqu'en 1876 le Gouvernement français a protesté contre l'ordonnance du Trésor britannique de 1875 et a contesté la souveraineté britannique sur les Ecréhous, il n'a pas lui-même revendiqué la souveraineté, mais a continué à traiter les Ecréhous comme *res nullius* »<sup>5211</sup>.

Non seulement la France doit protester contre l'ordonnance de 1875, mais en plus elle doit protester d'une manière pertinente et qui dénote sa propre prétention.

La détermination de la portée de la protestation est aussi présente dans le domaine de la pratique subséquente interprétative. L'« accord » ne peut se former qu'autour d'un noyau commun, partagé par les États parties au traité. Par contraste, un État qui conteste une partie de l'interprétation peut faire obstacle à une modification, la pratique n'émerge que sur le « reliquat » commun aux parties et non contesté<sup>5212</sup>. Cette

<sup>5210</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, p. 66. Repris depuis : P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 103.

<sup>5211</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, p. 67.

<sup>5212</sup> Inspiré par : *Différend Società Mineraria et Metallurgica di Pertusola – Décisions nos 47, 95 et 121*, Sentences du 11 mai 1950, 8 mars 1951, et 3 mars 1952, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIII, pp. 194-195.

remarque est aussi valable pour l'émergence d'une coutume ; si des protestations nombreuses sont émises, seule la partie incontestée de la norme en formation pourra accéder au rang coutumier<sup>5213</sup>.

La maximisation des chances de succès d'une protestation passe par sa forme et la clarté de son contenu, Martin-Bidou trace les lignes générales :

« La protestation doit être non équivoque, c'est-à-dire, entre autres, être explicite sur son objet et contenir la contestation du protestataire, sous peine d'être inefficace »<sup>5214</sup>.

La CDI prend le même chemin, une protestation en général « doit être formulée clairement, ses effets dépendant souvent de la fermeté et de la vigueur avec laquelle elle a été élevée »<sup>5215</sup>. La question du contenu de la prétention est riche en points de fuite ; en couches successives qui la complètent et dont elle dépend. Ainsi, la protestation est directement fonction de la prétention, qui la conditionne. La prétention donne le ton de la palette des protestations possibles et de leur contenu minimum (rejet d'un élément de la prétention) ou maximum (rejet de *l'ensemble* de la prétention). Rappelons au passage que la prétention peut autant s'affirmer sous forme expresse ou tacite, ce qui ajoute une difficulté à la détermination du contenu *utile* d'une protestation<sup>5216</sup>. La forme de la protestation est libre en théorie, mais pour des raisons pragmatiques (s'assurer de sa connaissance et de son effet), une protestation explicite, notifiée, est recommandée. Du point de vue de l'établissement de son contenu également, la protestation explicite est moins problématique. Pour terminer, la fermeté et vigueur de la protestation contribuent à l'établissement de son contenu : une protestation forte, exprimée en termes ou en actes clairs est aisément lisible par la partie adverse. Le renouvellement de la protestation s'apparente à la création d'un fil rouge, qui permet de faire émerger le contenu de protestation qu'elle porte.

---

<sup>5213</sup> Nous visons ici l'opposition victorieuse à la coutume, et non la règle de l'objection persistante.

<sup>5214</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public, op. cit.*, p. 103.

<sup>5215</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 252, § 91.

<sup>5216</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A et B. Si la prétention est tacite (elle découle d'actes, de comportements, plutôt que d'une déclaration), alors la protestation permet également – en plus de sa fonction de négation – de déterminer *comment* l'État adverse comprend la prétention tacite.

(ii) *L'identification du contenu via la forme*

Nous nous contenterons ici de mentionner deux éléments qui permettent de cerner le contenu : la forme (1) et la gradation de la protestation (2). Ces éléments seront repris dans des sections ultérieures (3.c ; 3.d).

(1) La forme préférable de la protestation est expresse, écrite ou verbale, et sa communication est, si possible, assurée par une notification. Le but intrinsèque de la protestation est de s'assurer que l'État destinataire connaisse l'opposition de vues. Il est judicieux qu'un État qui souhaite s'opposer le fasse de la manière la plus tonitruante possible, sous réserve d'aggravation du différend. Quoi qu'il en soit, exiger d'une protestation qu'elle soit toujours explicite est contraire au non-formalisme du droit international public<sup>5217</sup>. Nous distinguerons l'identification du contenu en cas de forme expresse (1)(a) et tacite (1)(b).

(1)(a) La forme écrite ou verbale a le mérite de mettre l'interprète face à un texte, ou à une parole. En général, une protestation expresse émane de fonctionnaires élevés dans la hiérarchie étatique, sa validité n'est donc pas mise en doute (question de l'auteur, examinée *infra*, 3.h). Sur le plan terminologique, il n'est pas nécessaire que la protestation soit intitulée comme telle ; les expressions sont interchangeables, peu importe que l'État fasse part de ses « regrets », d'une « réserve », « objection » ou autre « sauvegarde de droit »<sup>5218</sup>. La protestation, la situation contre laquelle elle s'élève, doit pouvoir être identifiée par le destinataire. Il n'est pas nécessaire qu'une réclamation soit incluse dans la protestation, il suffit que le destinataire soit en mesure d'identifier une opposition à une situation factuelle ou juridique dont il est à l'origine<sup>5219</sup>.

La jurisprudence de la CIJ relative à l'existence d'un différend peut apporter quelques lumières. Dans *Désarmement nucléaire*, une interrogation portait sur la valeur – en tant que protestation – de

<sup>5217</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.VII.D.2.b – « Nature juridique et caractéristiques de la protestation ».

<sup>5218</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 562, § 364 : une « réserve de droit » constitue une protestation. Voy. les exemples cités dans CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, pp. 253-262.

<sup>5219</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 564, § 366. Peu importe que la situation dure encore ou qu'elle se soit déjà évanouie.

déclarations émises par les Îles Marshall dans des forums internationaux. Par une déclaration de 2013 devant l'AG, les Îles Marshall appelaient.

« Instantment tous les États dotés d'armes nucléaires à intensifier leurs efforts pour assumer leurs responsabilités en vue d'un désarmement effectif réalisé en toute sécurité » <sup>5220</sup>.

En 2014, lors de la conférence de Nayarit à laquelle le Royaume-Uni était absent, elles ont déclaré être convaincues que :

« Des négociations multilatérales visant à créer et à maintenir un monde dépourvu d'armes nucléaires auraient dû être engagées depuis longtemps. Nous estimons en effet que les États possédant un arsenal nucléaire ne respectent pas leurs obligations à cet égard. [...] » <sup>5221</sup>.

La question à trancher est celle de la présence d'une opposition de vue objectivement reconnaissable entre les parties : le contenu des déclarations est donc crucial et mobilise l'attention de la Cour.

Au sujet de la première déclaration, la Cour considère qu'elle revêt un caractère d'exhortation, qui, tout en plaidant pour une meilleure lutte contre les armes nucléaires, ne faisait pas mention de l'obligation de négocier, pas plus qu'elle ne laissait penser que le Royaume-Uni manquait à ses obligations <sup>5222</sup>. La seconde déclaration est plus précise et provoque un examen suivi de la CIJ :

« [Si la déclaration] dénonce, d'une manière générale, le comportement de l'ensemble des États possédant un arsenal nucléaire, *cette déclaration ne précise pas le comportement du Royaume-Uni qui serait à l'origine du manquement allégué.* [...] Ladite déclaration, *étant donné son contenu très général* et le contexte dans lequel elle a été faite, *n'appelaient pas de réaction particulière de la part du Royaume-Uni.* [...] Aucune des autres déclarations plus générales sur lesquelles se fondent les Îles Marshall en la présente espèce n'étaye la thèse de l'existence d'un différend, *puisque aucune ne fait état d'un prétendu manquement du Royaume-Uni à l'obligation consacrée par l'article VI du TNP ou à l'obligation correspondante de droit international coutumier invoquée par le demandeur* » <sup>5223</sup>.

Le contenu minimal d'une protestation se dessine : il doit permettre d'identifier quels « manquement » ou « situation » suscitent une opposition. Une dénonciation générale est insuffisante. L'État

<sup>5220</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec.* 2016, p. 846, § 28.

<sup>5221</sup> *Ibid.*, pp. 846-847, § 28.

<sup>5222</sup> *Ibid.*, p. 853, § 49.

<sup>5223</sup> *Ibid.*, pp. 853-854, §§ 50-51.

qui s'oppose doit préciser un aspect juridique ou factuel de la situation. Une simple incitation à « intensifier » des efforts en vue d'un but n'est pas une protestation, l'opposition doit être frontale et si possible préciser quel résultat devrait être atteint ou tout au moins permettre objectivement à l'État destinataire de déterminer le résultat qui devrait l'être. Les critères sont l'objectivité et le caractère reconnaissable de la protestation<sup>5224</sup>.

L'ordonnance rendue par la Cour en 2020 apporte d'autres précisions ; la condition du différend y est *a priori* remplie car la Gambie a protesté de manière reconnaissable contre les agissements du Myanmar :

« Elle a, dans des enceintes multilatérales, fait plusieurs déclarations dans lesquelles elle évoquait clairement la situation des Rohingya dans l'État rakhine, y compris des allégations de violations par le Myanmar de la convention sur le génocide, et s'est dite prête à porter cette question devant la Cour »<sup>5225</sup>.

Ces déclarations furent suivies d'une note verbale directement communiquée au Myanmar, dans laquelle la Gambie

« estim[ait] que le Myanmar persist[ait] à manquer à [ses] obligations au regard de la convention [sur le génocide] et du droit international coutumier » et qu'elle lui « demand[ait] instamment [...] de prendre toutes les mesures nécessaires pour se conformer à ces obligations [...] »<sup>5226</sup>.

L'existence d'une protestation est objectivement reconnaissable car la Gambie mentionne et délimite une situation conflictuelle, tant au niveau factuel (le traitement des Rohingya) que juridique (la violation de la Convention), le comportement demandé au Myanmar (cessation des violations) et la mesure envisagée (saisine de la Cour) sont annoncés. Autre point de contraste avec *Désarmement nucléaire* : la note verbale est communiquée à la Gambie.

(1)(b) L'identification du contenu en cas de forme tacite est plus précaire ; il n'y a pas de texte à interpréter, mais seulement un comportement. Ce comportement peut par exemple consister en une rupture des relations diplomatiques, le rappel de diplomates au pays ou l'expulsion des diplomates étrangers hors du pays<sup>5227</sup>.

<sup>5224</sup> *Ibid.*, p. 850, §§ 40-41.

<sup>5225</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, Ordonnance, 23 janvier 2020, CIJ, *Rec. 2020*, § 22.

<sup>5226</sup> *Ibid.*, § 28.

<sup>5227</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 253, § 93.

La protestation tacite peut faire face à une prétention expresse ou tacite. Dans le premier cas, l'État protestataire prend un risque car l'interprétation objective de son comportement de protestation n'est pas certaine ; un tribunal peut considérer que la réaction est trop ambiguë. Si au contraire prétention et protestation sont tacites, le risque assumé par l'État protestataire est moindre car les tribunaux devront uniquement se placer sur le terrain des faits. En matière de souveraineté, l'opposition des effectivités donne un exemple de prétentions et protestation tacites ; les comportements dénotant une acquisition de souveraineté peuvent être habilement contrecarrés par des protestations qui prennent la forme de comportements sur le terrain <sup>5228</sup>.

La protestation implicite correspond à l'accomplissement d'un acte qui dénote, qui *implique* une opposition : l'acte vise le but B (rupture des relations diplomatiques), et A (la protestation) est impliqué dans B. Une protestation tacite peut découler d'actes empreints d'une grande solennité, comme la saisine d'une cour. L'identification du contenu de la protestation tacite est étroitement liée à la catégorisation et typologie propre à cette forme de protestation, traitée *infra* (3.c). Dans les grandes lignes, le contenu d'une protestation tacite suit les mêmes réflexions que la protestation expresse mise en évidence dans *Désarmement nucléaire*. Pour autant que son acte dénote objectivement une protestation, l'État est libre de protester par la forme qu'il souhaite : un observateur de bonne foi doit pouvoir déterminer l'existence et le contenu de la protestation sur la base de l'acte accompli. Comme exemples respectifs de protestations tacites et implicites, on peut évoquer le Mexique qui fit hisser son drapeau sur l'atoll de *Clipperton* <sup>5229</sup> ou encore l'opposition de la Thaïlande à la carte accompagnant la demande d'inscription du Temple de Préah Vihéar au patrimoine mondial de l'UNESCO <sup>5230</sup>.

<sup>5228</sup> Cf. les comportements évoqués et comparés dans *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 160-166.

<sup>5229</sup> *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1108-1109.

<sup>5230</sup> *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*, pp. 293-294, §§ 25-27.

(iii) *L'identification du contenu via la gradation de la protestation*

(2) La gradation de la protestation est le second élément qui nous permet d'appréhender le contenu. La gradation est liée à la force, à la vigueur et à la fermeté de la protestation (*cf.* section 3.d). Nous proposons la tétralogie suivante :

- (2)(a) : les tentatives de protestations, ou protestations « imparfaites » ;
- (2)(b) : les protestations minimales ;
- (2)(c) : les protestations médianes ;
- (2)(d) : les protestations maximales.

Seules les catégories (b) à (d) constituent de véritables protestations dont le contenu remplit les conditions d'univocité et de clarté. Cette tétralogie se lit conjointement avec la capacité d'une protestation à provoquer la fin de l'acquiescement, ou la cristallisation du différend.

(2)(a) L'État émissaire présente des actes comme étant des protestations, mais – objectivement – l'État destinataire ne pouvait pas les comprendre ainsi. Ces actes souffrent d'une déficience intrinsèque ; ils ne parviennent pas à faire connaître l'opposition de vues, à manifester un désaccord relatif à une situation juridique ou factuelle. L'arrêt du *Désarmement nucléaire* évoqué *supra* est l'exemple type de ces protestations « imparfaites » : les comportements des Îles Marshall sont insuffisants pour concrétiser une opposition<sup>5231</sup>. Le contenu de la déclaration de 2014 n'est pas seul en cause ; le Royaume-Uni n'assistait pas à la conférence (communication et notoriété de la protestation) et la conférence portait sur l'impact humanitaire des armes nucléaires (contexte de la protestation)<sup>5232</sup>. La Cour ne remet pas en cause que les Îles Marshall avaient une véritable *intention* ou *volonté* de protester contre les agissements du Royaume-Uni (ainsi que contre tous les autres États saisis simultanément). La saisine de la Cour prouve d'ailleurs à suffisance que les Îles Marshall avaient bien l'intention de protester<sup>5233</sup> ; mais cette protestation et les actes

<sup>5231</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec.* 2016, pp. 853-854, §§ 49-51.

<sup>5232</sup> *Ibid.*, pp. 853-854, § 50.

<sup>5233</sup> *Ibid.*, pp. 854-855, §§ 53-54.



et déclarations qui la manifestaient n'étaient pas objectivement reconnaissables. L'intention de protester doit pouvoir être établie univoquement grâce au contenu de la protestation ; un contenu trop faible empêche la protestation de concrétiser l'opposition de vues <sup>5234</sup>. Ces protestations trop timides sont incapables d'empêcher la formation d'un acquiescement.

(2)(b) Les protestations minimales franchissent le seuil du contenu qui permet de déterminer le désaccord relatif à une situation factuelle ou juridique. Ces protestations existent en tant que telles, mais elles sont peu vigoureuses ; un État y « réserve » simplement ses droits en rapport avec une situation, il affirme son désaccord et sa position, mais ne provoque pas de confrontation brutale avec son adversaire. Le modèle de cette protestation serait la protestation diplomatique rédigée en termes prudents (« paper protest »), réitérée, mais non assortie d'actes sur le terrain. Ces protestations sont *minimales* car elles ne proposent pas de solution, elles n'affirment pas forcément le droit du protestataire sur la situation, ni ne demandent l'ouverture de conciliation, pour-parlers. Ces protestations se contentent de réagir à la prétention et de la neutraliser <sup>5235</sup>. Si la prétention est renouvelée et que les protestations sont seulement minimales, les tribunaux peuvent conclure à un acquiescement <sup>5236</sup> (cette protestation ne permet que de temporiser). Dans le meilleur des cas, l'État destinataire change spontanément son comportement en raison de la protestation. Ces protestations minimales sont incapables de provoquer la fin de la ligne d'acquiescement, ni de cristalliser le différend.

(2)(c) Les protestations médianes consistent par exemple en des « paper protest », mais généralement accompagnées d'actes d'opposition sur le terrain <sup>5237</sup> : la protestation s'affermirait. La situation factuelle

---

<sup>5234</sup> Sur la différence entre *instrumentum* et *negotium* dans les actes unilatéraux, cf. : C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda?* », *op. cit.*, p. 57. Cette auteure donne la priorité à l'*instrumentum* : la perception de bonne foi et la catégorisation d'une protestation comme telle rétroagissent sur l'établissement et l'interprétation de son contenu (cf. nos développements *supra*, section D.2.c.v).

<sup>5235</sup> Pour des exemples : CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, pp. 253-262.

<sup>5236</sup> Tout dépend bien sûr des circonstances et du domaine touché, ainsi que du temps écoulé. Dans *El Chamizal*, les protestations diplomatiques du Mexique furent considérées comme suffisantes : *The Chamizal Case (Mexique, États-Unis)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 329.

<sup>5237</sup> Dans *Immunités et procédures pénales*, la France a non seulement protesté contre le statut d'immeuble de la mission (prétention de la Guinée équatoriale), mais elle a en plus

ou juridique objet de l'opposition est décrite, l'État réserve ses droits et déclare parfois ceux qu'il revendique sur la situation<sup>5238</sup>. Ces protestations sont aptes à empêcher la formation de l'acquiescement ; elles interdisent la constitution d'un fil rouge. Les États peuvent déjà déclarer dans ces protestations les mesures qu'ils entendent prendre ou proposer si la situation perdure (si, malgré la protestation, la prétention est réactivée par l'adversaire). Au sujet d'une prétention du Turkménistan, la Russie s'est par exemple opposée en envoyant une note de protestation qui avait notamment « [p]our objectif de poser les jalons en vue d'une éventuelle riposte diplomatique ou juridique »<sup>5239</sup>. Ces protestations médianes sont déjà aptes à provoquer un gel dans la position des parties, non en raison d'un effet intrinsèque, mais en fonction de la réaction de l'État adverse<sup>5240</sup>.

(2)(d) Les protestations maximales sont dénuées d'ambiguïté, elles marquent au moins le début de la période de gel de la situation entre les parties (fin de la ligne d'acquiescement), et au plus la cristallisation du différend<sup>5241</sup>. Elles consistent en une prise de position précise, qui par exemple mentionne les droits touchés et déclare que l'opposition de l'État est ferme, irrévocable, ou encore que la saisine d'une cour est envisagée. Ces protestations maximales ne sont bien souvent pas émises en premier ; la protestation est pareille à une riposte graduée. L'État peut débiter par des protestations minimales ou médianes, les répéter quelquefois avant d'établir une ligne rouge grâce à la protestation maximale. L'affaire de la *mer Égée* illustre cette gradation : la Grèce débute par des protestations médianes, mais, au vu de la répétition de prétentions de la Turquie, elle passe à l'échelon supérieur et déclare vouloir négocier un compromis afin de saisir la Cour<sup>5242</sup>. La requête introductive

---

procédé à des perquisitions (qui constituent une protestation en acte). *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec. 2020*, pp. 324-329, §§ 76-92.

<sup>5238</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 563, § 366 : il n'est pas nécessaire que la protestation comporte une réclamation, il suffit que le destinataire arrive à se déterminer.

<sup>5239</sup> CDI, 8<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/557, p. 135, § 95.

<sup>5240</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 308, § 142 et pp. 280-281, § 64.

<sup>5241</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 566, § 368.

<sup>5242</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec. 1978*, pp. 8-9, §§ 16-20.

d'instance dans *Isla Portillos* illustre également la gradation et l'affermissement d'une protestation, qui culmine dans la saisine de la Cour<sup>5243</sup>.

Un mérite des protestations graduées est de cerner la prétention : le Nicaragua a certes établi un campement, mais il précise encore dans sa lettre du 17 novembre 2016 qu'il considère que la lagune est sous sa souveraineté<sup>5244</sup>. Un autre mérite de cette gradation est d'éviter une escalade des protestations et un face-à-face brutal entre les adversaires. Toutefois, si les États d'Amérique du Sud sont prompts à saisir une cour, d'autres continents éprouvent plus de réticences. Une protestation de plus faible envergure permet de vider l'acquiescement de sa substance sans provoquer de remous internationaux. Ni une protestation maximale (ni même médiane suivant les circonstances) n'est donc exigée pour faire obstacle à l'acquiescement. La gradation permet à l'État d'abandonner sa prétention ou de cesser ses actes illicites<sup>5245</sup>.

Au terme de cette section, nous constatons que le contenu est au carrefour d'autres problématiques de la protestation et de l'acquiescement. Nous ne pouvons qu'énumérer des indices : le contenu minimal d'une protestation s'évalue de manière objective, il doit pouvoir permettre à son destinataire d'identifier une opposition. Les circonstances et l'histoire commune des parties sont évidemment d'une grande importance. La gradation des protestations souligne les impacts sur l'acquiescement provoqués par des contenus différents.

### c. *La forme de la protestation*

La forme est un écueil que nous nous sommes contentés d'évoquer jusqu'à présent. La section précédente D.2 nous indiquait que la protestation tacite est presque un animal mythologique, dont l'existence est religieusement réaffirmée, mais peu démontrée. Nous proposerons ici des solutions pour traquer ce type de protestation. Nous débiterons en établissant une catégorisation des protestations (expresses, par actes concluants, tacites). Puis nous

<sup>5243</sup> *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 5 ; p. 15, §§ 12-19 ; p. 27, Annexe 1 ; p. 37, Annexe 4.

<sup>5244</sup> *Ibid.*, p. 33, Annexe 2.

<sup>5245</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, Ordonnance, 23 janvier 2020, CIJ, *Rec. 2020*, pp. 11-12, §§ 22-24.

nous pencherons sur les interactions de ces catégories, clef de voûte pour la compréhension de la dynamique de protestation dans l'acquiescement.

La protestation est libre dans sa forme (expresse ou tacite). Néanmoins, la doctrine évoque la protestation « par actes concluants » ou celle qui « s'induit de certains actes implicites »<sup>5246</sup>. Cette forme de protestation s'intercale entre la forme expresse et la forme tacite.

(i) *La protestation expresse*

C'est l'archétype de la protestation : fidèle au moule des actes juridiques, elle consiste en une déclaration de la volonté de s'opposer communiquée à l'État destinataire. Elle est souvent incorporée dans une notification diplomatique<sup>5247</sup>. Même si son contenu peut être insuffisant<sup>5248</sup>, elle a le mérite d'être manifestée par des paroles ou des mots. Une protestation écrite inclut également la retranscription textuelle d'une déclaration. La protestation est verbale lorsqu'elle est uniquement exprimée lors d'un discours, d'une allocution.

Cette forme de protestation est privilégiée et préférable : elle échappe à la plupart des critiques, son auteur est aisément identifiable, de même que sa communication (ou son absence)<sup>5249</sup> au destinataire. Le but même de la protestation suppose sa publicité, l'émissaire doit prendre les mesures aptes à en assurer la notoriété. La forme expresse de la protestation s'impose comme une évidence. La protestation expresse n'est cependant pas la panacée ; bien au contraire si les protestations se contentent de rester sur le plan purement scriptural et manquent de vigueur, l'État pourra être considéré comme ayant acquiescé<sup>5250</sup>.

<sup>5246</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 253, § 93.

<sup>5247</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec.* 1978, pp. 8-9, §§ 16-20.

<sup>5248</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec.* 2016, pp. 846-847, § 28.

<sup>5249</sup> *Ibid.* : les Îles Marshall avaient protesté lors d'une conférence à laquelle le Royaume-Uni n'assistait pas et n'avaient pas directement communiqué cette protestation, mais s'étaient contentées d'indiquer que les documents de la conférence étaient publics.

<sup>5250</sup> Cf. *supra*, section D.2 – « Nature et caractéristiques de la protestation ».

(ii) *La protestation par actes concluants*

La protestation peut s'exprimer dans une forme que nous qualifierons d'« actes concluants » : la CDI énumère la rupture des relations diplomatiques, soumettre une controverse au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale, engager une procédure arbitrale, ne pas accepter les membres d'une mission, prendre des contre-mesures, et encore annuler une visite officielle<sup>5251</sup>. Ces protestations sont intermédiaires de par leur forme ; ni complètement expresses, ni complètement tacites. Elles ont pour particularité d'être empreintes de solennité, d'être décidées par des fonctionnaires de rang élevé, ou par le sommet de l'État. Elles ne sont pas formulées par des notifications dont le seul but est de protester. Dans leur forme, elles peuvent être soit écrites (saisine d'un organe d'une OI), soit résulter d'actes (annulation d'une visite officielle). Il ne s'agit pas simplement d'actes accomplis sur le terrain, qui accompagnent une protestation diplomatique, mais d'actes dont la notoriété est assurée, et qui *impliquent* une protestation contre une situation. Dans le cadre de l'acquiescement, c'est principalement la saisine d'un organe ou d'un tribunal qui serait pertinent : dès ce moment la protestation serait maximale, la ligne d'acquiescement prendrait fin et le différend serait cristallisé.

À notre connaissance, ce type de protestations par actes concluants – et à l'exception de la saisine d'une cour – reste discret dans la jurisprudence relative à l'acquiescement. Cette situation est aussi due aux objets de l'acquiescement : la prise de mesures aussi spectaculaires que politiques comme la rupture de relations diplomatiques ou le renvoi des membres d'une mission pour une problématique d'acquiescement apparaît démesurée.

(iii) *La protestation tacite*

La protestation tacite s'exprimerait par des actes<sup>5252</sup>. L'opposition prend place sur le terrain, dans les faits, grâce à des comportements, des décisions, des saisies de navires, l'exercice de la souveraineté sur le territoire litigieux, l'administration publique, ou encore la navigation et la pêche dans des espaces maritimes contestés. Nous

<sup>5251</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 253, § 93 ; p. 259, § 137.

<sup>5252</sup> 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 ».

préférons d'ailleurs utiliser dès à présent le terme de « protestation en actes » afin de désigner cette forme qui est étroitement dépendante de la prétention à laquelle elle s'oppose. Parfois, une protestation en acte n'est pas possible au vu des droits revendiqués. Comment protester contre une campagne d'essais nucléaires autrement que par une protestation expresse ou des actes concluants (saisine d'un organe) ? Parfois, l'opposition en actes n'est pas souhaitable pour des raisons pragmatiques :

« It is quite clear from the circumstances related in this affidavit that however much the Mexicans may have desired to take physical possession of the district, the result of any attempt to do so would have provoked scenes of violence and *the Republic of Mexico cannot be blamed for resorting to the milder forms of protest contained in its diplomatic correspondence* » <sup>5253</sup>.

L'État est libre de choisir la forme de protestation la plus efficace afin de sauvegarder ses droits.

Toutefois, le cas inverse existe également et l'État peut être restreint dans sa protestation. Dans *Saiga*, et une fois l'instance introduite, il aurait été aussi ridicule qu'inefficace de protester contre la nationalité du navire au moyen d'une protestation diplomatique. À ce stade de formation de l'acquiescement entre les deux États et en raison de la litispendance, la protestation contre la nationalité aurait dû être exprimée dans les échanges d'écritures ou durant les plaidoiries :

« [L]e Tribunal ne peut qu'observer [que la Guinée] n'a pas contesté ou mis de quelque manière que ce soit en doute l'immatriculation ou la nationalité du navire, à aucun moment avant le dépôt de son contre-mémoire en octobre 1998. Auparavant, la Guinée avait eu la latitude de mener des investigations à propos de l'immatriculation du *Saiga* ou des documents y relatifs. Par exemple, la Guinée aurait pu inspecter le registre maritime de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Des occasions de mettre en doute l'immatriculation ou la nationalité du navire se sont présentées au cours des procédures devant le Tribunal concernant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire en novembre 1997 et concernant la demande en prescription de mesures conservatoires en février 1998 » <sup>5254</sup>.

Les règles procédurales offrent le cadre adéquat et suffisant pour protester.

<sup>5253</sup> *The Chamizal Case* (Mexique, États-Unis), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI, p. 329, nos italiques.

<sup>5254</sup> *Affaire du navire « Saiga »* (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, § 69 (voy. aussi § 73).

Les problèmes qui accompagnent la protestation en actes sont nombreux : doit-elle être notoire ? Communiquée au destinataire ? Comment déterminer qu'un acte constitue une protestation ? La question des auteurs sera examinée *infra* (3.h). La plupart de ces interrogations découlent de l'application sans médiation du moule des actes unilatéraux à la protestation en actes. Quant à la notoriété, la communication et l'identification d'une protestation en actes, nous pouvons pour l'instant renvoyer aux remarques précédentes sur le contenu de la protestation : pour exister, cette dernière doit être reconnaissable objectivement en tant que telle.

Plus fondamentalement, un obstacle pragmatique et théorique empêche une étude approfondie des protestations en actes : tant dans la doctrine que dans la jurisprudence et les RCADI, une recherche des termes « protestation tacite », « protestation implicite », et leurs équivalents anglais renvoient peu de résultats. De deux choses l'une : soit la protestation en actes est illusoire, soit il y a là un problème théorique ; ce type de protestation est absorbé dans d'autres catégories. Nous explorerons la seconde hypothèse.

La jurisprudence offre de rares exemples de protestations en actes, juste suffisants pour en esquisser les contours. Dans *Clipperton*, le Mexique s'oppose à toute souveraineté étrangère en visitant l'atoll et en hissant son drapeau<sup>5255</sup> :

« [L]e Mexique [...] considérait que Clipperton était un territoire lui appartenant depuis longtemps, envoya sur les lieux une canonnière, le *Democrata*, poussé à cela par la nouvelle, reconnue ensuite inexacte, que l'Angleterre avait des visées sur l'île. Le détachement d'officiers et de marins, débarqué dudit navire le 13 déc. 1897, retrouva les trois personnes qui résidaient dans l'île lors de la précédente arrivée du navire français ; il leur fit amener le drapeau américain et hissa à la place le drapeau mexicain »<sup>5256</sup>.

Les ingrédients d'une protestation en actes sont présents : la visite est motivée par la prétention de l'Angleterre, elle est décidée par les échelons supérieurs de l'État et accomplie sur le terrain afin de réaffirmer un droit de manière univoque. Cette protestation était manifestement suffisamment notoire (communication) car ce n'est qu'à sa suite que la France rappela sa prétention sur l'atoll<sup>5257</sup>.

<sup>5255</sup> Cette protestation est finalement inefficace, mais là n'est pas le sujet : *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 1108.

<sup>5256</sup> *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1108-1109.

<sup>5257</sup> *Ibid.*, p. 1109.

Dans *Minquiers et Ecréhous*, certains comportements de la France pourraient être configurés comme des protestations en actes contre la souveraineté britannique (visites officielles, balisage des îlots, éclairage et aide à la navigation, projets hydro-électriques, construction d'une maison par un citoyen français)<sup>5258</sup>. Toutefois, la Cour valorise ces actes sous l'angle exclusif d'actes de souveraineté, et non comme des protestations en actes<sup>5259</sup>. Les termes du problème se précisent : les protestations en actes correspondent ici aux effectivités adverses (les îlots étaient considérés comme des *res nullius*)<sup>5260</sup>. Dans la prochaine affaire, l'existence préalable d'un titre donne une autre coloration aux protestations en actes.

Dans *Cameroun c. Nigéria*, c'est en vertu d'un titre préexistant que le Cameroun possède le territoire litigieux<sup>5261</sup>. Dès lors, la situation est celle d'une opposition ou dissociation entre le titulaire du titre (Cameroun) et l'administrateur effectif (Nigéria)<sup>5262</sup>. Le critère à vérifier est l'éventuel « acquiescement manifeste » du Cameroun à la perte de souveraineté<sup>5263</sup>. Sur le terrain, les actes du Nigéria sont bien plus nombreux et d'une force plus grande. La Cour relève que le Cameroun a néanmoins exercé – de manière fragmentaire et ponctuelle – son autorité sur le terrain :

« Il est cependant établi que le Cameroun a toujours tenté, de temps à autre, d'exercer un certain contrôle administratif sur les zones en question, avec un succès limité durant les dernières années »<sup>5264</sup>.

Ces activités ne sont pas traitées comme de véritables protestations ; ce terme est réservé aux protestations diplomatiques émises dans le cadre d'une commission de délimitation et à une note du ministère des Affaires étrangères datant de 1994<sup>5265</sup>.

Nous proposons la lecture suivante de l'affaire : les actes souverains accomplis par le Cameroun sur le territoire litigieux ont la valeur de protestations en actes. Aux prétentions par comportements

<sup>5258</sup> *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, Rec. 1953, pp. 70-71.

<sup>5259</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>5260</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>5261</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, 10 octobre 2002, CIJ, Rec. 2002, p. 353, § 68.

<sup>5262</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, Rec. 1986, p. 587, § 63.

<sup>5263</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, 10 octobre 2002, CIJ, Rec. 2002, p. 353, § 67.

<sup>5264</sup> *Ibid.*, p. 354, § 69.

<sup>5265</sup> *Ibid.*, p. 351, § 63 ; p. 354, § 69.



du Nigéria, le Cameroun répondait sporadiquement par des protestations sur le terrain. En raison de son titre préexistant, une faible protestation en actes suffisait à ne pas perdre la souveraineté<sup>5266</sup>. Cette valeur des actes accomplis sur le terrain par le titulaire du titre peut aussi se lire en filigrane d'une autre partie de cette affaire. Au sujet de la péninsule de Bakassi, les effectivités penchent largement du côté nigérian. Toutefois, le Cameroun dispose d'un titre et la Cour indique qu'

« [u]n certain nombre d'éléments prouvent que le Cameroun a notamment tenté de percevoir un impôt auprès de résidents nigériens en 1981-1982 dans les localités [...]. Il n'a toutefois procédé qu'occasionnellement à des actes d'administration directs sur Bakassi, en raison des ressources matérielles limitées qu'il pouvait consacrer à cette région éloignée »<sup>5267</sup>.

La dernière phrase est révélatrice pour la protestation en actes ; nous avons souligné plus haut que le type de protestation est fonction des circonstances. Dans une région éloignée et en raison de ses ressources limitées, une protestation faible du Cameroun ne met pas ses droits en péril. Un peu plus loin, un passage souligne que « dès son indépendance le Cameroun déploya des activités qui démontraient qu'il n'entendait nullement abandonner son titre sur Bakassi »<sup>5268</sup>. Ces activités correspondent à des protestations en actes. Pour autant, la terminologie est inchangée dans l'arrêt : le terme de « protestation » est réservé aux actes et déclarations expresses<sup>5269</sup>. Dans cette optique particulière de priorité au titre contre les effectivités, les actes accomplis par le titulaire revêtent deux valeurs simultanées : ils sont à la fois des actes de souveraineté effectifs qui corroborent le titre *et* témoignent d'une protestation en actes contre la tentative d'acquiescement. Cette double valeur se comprend mieux si la protestation diplomatique est première, et que la protestation en actes la suit : les actes du titulaire sont alors considérés comme *une mise en œuvre* de sa protestation<sup>5270</sup>.

Une voie alternative existe : nous pouvons aussi considérer que, sans se hausser à la valeur de véritables protestations, les comportements soulignés dans *Clipperton, Minquiers et Ecréhous, Cameroun c. Nigéria*

<sup>5266</sup> *Ibid.*, p. 354, § 70. Les négociations au sein de la CBLT et les protestations expresses y ont amplement contribué.

<sup>5267</sup> *Ibid.*, p. 415, § 223.

<sup>5268</sup> *Ibid.*, p. 416, § 223.

<sup>5269</sup> *Ibid.*, pp. 415-416, § 223.

<sup>5270</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 96-97.

font obstacle à la constitution d'un fil rouge univoque qui se dirigerait vers l'acquiescement. La protestation en actes et les problèmes qu'elle charrie (auteur, communication, notoriété) sont ainsi esquivés. Cette voie alternative est compatible avec la conceptualisation de l'acquiescement comme un « fait juridique complexe » dont l'ensemble des ingrédients sont réunis et examinés en une fois.

Maintenant que les trois catégories des protestations (expresses, par actes concluants, tacites ou « en actes ») sont énumérées, concentrons-nous sur leurs interactions temporelles. Sur le plan théorique, la doctrine souligne que la protestation diplomatique est première, elle est (et doit) – si tant est que cela soit possible – être *ensuite* mise en œuvre par des actes<sup>5271</sup>. Une protestation diplomatique est émise au moment T, suivent des protestations par actes concluants ou en actes aux moments T+1, T+2, T+N. Ces protestations ultérieures peuvent ou non être accompagnées de nouvelles protestations diplomatiques.

Illustrons cette chronologie par un exemple : soit un espace maritime contesté, revendiqué à titre d'eaux intérieures par l'État A. L'État B souhaite s'opposer à cette prétention. Dès lors, deux interactions chronologiques nous intéressent :

1. L'État B débute par une protestation diplomatique, puis ordonne à sa flotte militaire de naviguer dans les eaux contestées.
2. L'État B fait naviguer sa flotte dans les eaux litigieuses, puis formule une protestation diplomatique.

La volonté de protester, de s'opposer à la qualification d'eaux intérieures est identique, la mise en œuvre diffère. Ces situations sont simplifiées à l'extrême : l'État A protestera contre le passage des navires ou les capturera dans la situation 2). Quoi qu'il en soit ces deux exemples permettent de souligner que des actes identiques sont valorisés différemment en fonction de l'existence d'une protestation préalable. Dans 1), un tribunal entérinera la protestation diplomatique de B et sa mise en œuvre grâce à la navigation, l'acquiescement sera très certainement évité. Le tribunal ne soulèvera probablement pas la question de l'autorité qui a décidé de faire procéder à la navigation mais se contentera de souligner

---

<sup>5271</sup> Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 251.

que la protestation a été répétée. Dans 2) au contraire, un tribunal pourra soulever la question de la capacité d'un commandant de navire à protester : la décision de naviguer dans les eaux litigieuses était-elle indépendante (voire *ultra vires*) ou exécutait-il un ordre supérieur ? Est-ce que le fait de naviguer dans les eaux contestées est suffisamment notoire pour constituer une protestation ? Les deux navigations sont pourtant factuellement identiques. Dans 2), la possibilité de l'État B de prouver que la flotte a entrepris la navigation en raison d'ordres supérieurs peut s'avérer cruciale. Des actes effectués par de simples fonctionnaires subalternes peuvent ne pas être considérés comme des protestations en actes car ils n'ont pas de pouvoir officiel dans les relations extérieures.

Les termes du problème sont posés : est-ce qu'une protestation en actes ne peut survenir que grâce au patronage préalable d'une protestation diplomatique ? La protestation en actes n'est alors qu'un complément – nullement nécessaire suivant les circonstances. Est-ce qu'une protestation en actes qui survient avant ou en l'absence totale de protestation diplomatique sera prise en compte ?

La solution que nous proposons est syncrétique, elle prend appui dans le cadre théorique des actes unilatéraux et de l'acquiescement. La forme des actes unilatéraux est libre, actes exprès comme tacites peuvent coexister. En tant qu'acte unilatéral, la protestation ne provoque que des effets limités : réaffirmation d'un droit, connaissance de la situation contestée par le destinataire. Pour que ces effets surviennent, il faut encore que la protestation soit suffisamment claire : la situation contestée, le droit réaffirmé doivent être objectivement compréhensibles sur la seule base du contenu de la protestation. C'est ici que la bonne foi<sup>5272</sup> intervient : il suffit d'être en présence d'un acte ou comportement qui doit être perçu comme une protestation pour que l'État destinataire soit dans l'obligation de le traiter comme tel. L'effet de la protestation est de provoquer une connaissance de la situation contestée ; l'acquiescement est affaibli par chaque protestation. Partant, une protestation peut aussi bien être formulée par des déclarations que par des comportements, l'essentiel est la capacité objective de la protestation à être reconnue en tant que telle.

Du côté de l'acquiescement, sa conceptualisation en tant que « fait juridique complexe » pave la voie à admettre de multiples catégories de protestations pour le tenir en échec. La protestation

---

<sup>5272</sup> C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda ?* », *op. cit.*, p. 57.

n'est qu'une *parmi* d'autres éléments de ce fait juridique complexe qu'est l'acquiescement<sup>5273</sup>. Elle est le motif le plus évident d'obstacle à l'acquiescement lorsqu'elle est expresse et répétée. Toutefois, une protestation manifestée seulement en actes peut aussi faire obstacle à l'acquiescement *car elle empêche la constitution d'un fil rouge de comportements, d'actions et de réactions univoques, orientés dans une direction unique*<sup>5274</sup>. En accomplissant des actes qui se placent en contrepoint de la prétention, un État peut empêcher l'acquiescement tout en s'économisant une protestation diplomatique.

En conjuguant théorie de la protestation et de l'acquiescement, l'image suivante affleure : différents types de protestations peuvent coexister au sein de l'acquiescement et contribuer à le tenir en échec. La protestation diplomatique ou par actes concluants s'analyse comme un véritable acte juridique unilatéral, porteuse de volonté. En deçà, la « protestation en acte » s'affirme comme un obstacle au « fil rouge », un des éléments qui constitue le fait juridique complexe qu'est l'acquiescement. Dans la jurisprudence, seules les protestations diplomatiques ou par actes concluants sont tenues pour de véritables protestations et présentées comme telles (nominalisme). Les « protestations en actes » apparaissent en filigrane, car elles sont déjà englobées dans d'autres éléments (essentialisme). En dégradant la « protestation en actes » au rang de simple obstacle au fil rouge, les questions de sa notoriété, communication et auteur passent également au second plan.

d. *La force de la protestation (répétition, constance, vigueur et fermeté)*

Gage de son efficacité, la force de la protestation dépend de la clarté de son contenu, de sa constance (chaque nouvelle protestation ressemble à la précédente), de sa vigueur (les termes employés, les actes accomplis pour protester), et de sa fermeté (l'État réaffirme ses droits, annonce qu'il n'hésitera pas à utiliser des moyens judiciaires). En plus de sa force intrinsèque, la protestation doit être renouvelée en temps utile, c'est-à-dire chaque fois que l'État adverse réaffirme sa prétention par une déclaration ou par

<sup>5273</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 393 et p. 434.

<sup>5274</sup> Sur le « fil rouge » ou « noyau dur » des comportements : *cf. supra*, Ch. 5.VII.C.

un comportement. La protestation s'insère dans le dialogue entre États ; la densité de leurs rapports se répercute sur la pertinence et la nécessité de renouveler une protestation <sup>5275</sup> :

« Pour que sa protestation soit efficace sa répétition est nécessaire, soit que l'État la renouvelle de temps en temps, soit qu'il le fasse chaque fois que l'État destinataire accomplit un acte allant contre ses droits » <sup>5276</sup>.

Nous retrouvons les mêmes considérations que celles qui président au succès d'un acquiescement. Cette ressemblance gemellaire n'est pas due au hasard, acquiescement et protestation sont intimement liés, mutuellement inséparables et imbriqués :

« Quand la balance penche en faveur de l'une des deux notions, la conséquence en est l'absence totale d'effet de l'autre. En réalité, il ressort d'une étude approfondie que l'acquiescement et protestation, ont un lien encore plus intime. En effet, l'existence même de chacune des notions est liée à celle de l'autre ou tout au moins à sa potentialité. Elles sont inséparables. [...] On ne peut concevoir l'acquiescement sans l'existence d'une protestation potentielle. Face à une prétention ou une situation, l'État doit avoir le choix. Il doit pouvoir l'accepter – quelle que soit la forme de cette acceptation, par conséquent, même par acquiescement – ou la rejeter » <sup>5277</sup>.

Bien entendu, un acquiescement peut aussi échouer pour d'autres raisons que l'absence de protestation. Acquiescement et protestation obéissent à la règle du « winner takes all » : un seul des deux peut sortir vainqueur <sup>5278</sup>. Une logique de vases communicants préside à leurs rapports, il importe donc de déterminer la force nécessaire à une protestation pour que l'acquiescement puisse être évité.

Cette force s'enracine et se coordonne avec d'autres aspects de la protestation : plus tôt elle intervient, plus explicite est sa forme, plus proche du sommet de l'État sont ses auteurs, plus limpide est son contenu, plus élevées sont ses chances de succès. Nous avons réparti les protestations dans trois catégories, dans un *crescendo* de leur force : (i) les protestations qui ne franchissent pas le seuil d'existence ou qui sont trop faibles ; (ii) les protestations existantes, mais insuffisantes pour faire obstacle à l'acquiescement ; (iii) les protestations assez fortes et répétées.

<sup>5275</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 615, § 401.

<sup>5276</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 91.

<sup>5277</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>5278</sup> Le droit est cédé ou conservé, il n'y a pas de demi-mesure possible. Encore que... parfois, plutôt qu'un acquiescement, c'est un *modus vivendi* qui est créé.

(i) *Les protestations inexistantes ou faibles*

Dans *Désarmement nucléaire* les déclarations des Îles Marshall ne parviennent pas à franchir le seuil suffisant d'opposition. Les déclarations sont inaptes à provoquer une connaissance de l'opposition chez le Royaume-Uni. La seconde déclaration n'est pas assez limpide, elle n'indique pas le comportement contre lequel elle s'oppose, est formulée de manière trop générale, ne mentionne pas qu'une saisine de la Cour est envisagée, et n'identifie pas quelle obligation juridique serait violée<sup>5279</sup>.

Une protestation qui reste à l'état de projet n'est pas pertinente. Dans *Pedra Branca*, Singapour refusa l'accès au phare à des cartographes malaisiens<sup>5280</sup>. Cette mesure ne fit pas l'objet d'une protestation, mais Singapour apprit par des « bruits de couloirs » que ce refus était mal accueilli chez son adversaire<sup>5281</sup> et qu'une protestation était *projetée* :

« [En 1978] Le représentant malaisien informa son homologue que son gouvernement formulerait une revendication officielle de souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh »<sup>5282</sup>.

Cette protestation annoncée ne fut jamais émise. La protestation annoncée aurait été diplomatique, il n'est pas possible, sur la seule base d'une annonce préalable, d'en déterminer le contenu (et donc la prétention contre laquelle elle se serait élevée).

(ii) *Les protestations existantes mais insuffisantes*

Si une protestation existe et est d'une force suffisante, elle doit encore être suffisamment renouvelée tout au long de l'acquiescement. Dans *Services aériens*, le tribunal relève qu'une protestation ou objection a été initialement formulée, qu'elle était de nature à empêcher l'acquiescement, mais qu'elle n'a pas été renouvelée<sup>5283</sup>. Par conséquent :

« All possible doubt as to what was in fact the permanent nature of the consent given, disappears, moreover, when we consider the attitude adopted by the French authorities in the years that

<sup>5279</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, pp. 853-854, §§ 50-51.

<sup>5280</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 84, § 238.

<sup>5281</sup> *Ibid.*, pp. 84-85, § 238.

<sup>5282</sup> *Ibid.*, p. 85, § 238.

<sup>5283</sup> *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. 65 (« clear and unequivocal reaffirmation of the refusal, in principle, to admit that Tehran was situated on the path of route 1 »).

followed. Neither at the time when it periodically transmitted its timetables, nor when the capacity on the line was increased (three services in 1957, four in 1959), did PAA receive any reminder from the French authorities of the temporary nature of the authorization granted » <sup>5284</sup>.

La France acquiesce car elle n'a pas pris la peine de renouveler sa protestation. Pour éviter l'acquiescement, chaque nouvelle autorisation (la communication des « timetables ») aurait dû provoquer une répétition de la réserve française. Cette nécessité de protester systématiquement est soulignée dans *Droit de passage* <sup>5285</sup>. En soumettant le passage à une autorisation préalable, le Royaume-Uni évite d'acquiescer, et ce *même* si l'autorisation est toujours obtenue <sup>5286</sup>. La protestation systématique évite qu'une situation ne se transforme en courtoisie, tolérance, *modus vivendi*, puis finalement en un acquiescement <sup>5287</sup>. Grâce à sa protestation, l'État s'assure que le comportement reste placé sous son contrôle et *dépend* de son autorisation. Ce rappel périodique permet de s'assurer que les agissements du Portugal sont précaires, que l'autorisation peut être retirée à tout moment.

Les tribunaux ne procèdent pas nécessairement à un examen circonstancié de l'efficacité des protestations ; une approche globale, familière du « fait juridique complexe » s'impose, notamment dans les litiges territoriaux qui opposent les effectivités aux effectivités. Dans *Groënland oriental*, la CPJI se contente ainsi d'une formule lapidaire, qui fait certes suite à un examen minutieux des faits et comportements, mais qui n'investigue pas l'effet des protestations en tant que telles :

« Dans tous ces cas, le Gouvernement danois exerça des attributions gouvernementales à l'égard du territoire actuellement en litige. La nature de ces actes du Danemark n'est pas modifiée par les protestations ou réserves que, de temps à autre, formula le Gouvernement norvégien » <sup>5288</sup>.

<sup>5284</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>5285</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, p. 41.

<sup>5286</sup> *Ibid.*, pp. 42-43, nos italiques.

<sup>5287</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, Rec. 2009, pp. 263-266 ; *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, Série B, n° 14, p. 12. Sur la distinction entre courtoisie, tolérance et *modus vivendi*, cf. la note de bas de page n° 4754 *supra*, Ch.5.VII.B.2.a.vi.

<sup>5288</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, Série A/B, n° 53, p. 62, nos italiques.

La comparaison des protestations norvégiennes<sup>5289</sup> et effectivités danoises est faite à large échelle : les protestations *existent*, elles sont *renouvelées*, mais trop *faibles* face aux actes et comportements qui portent l'acquiescement.

Parfois des protestations existent, sont d'une force suffisante, mais elles sont dénuées de pertinence en raison des circonstances. Il ne suffit pas de s'opposer à une prétention, l'opposition doit encore être ciblée et s'insérer dans un cadre juridique pertinent. L'arbitrage *Pacific Mail Steamship Company* s'articulait autour de la question de la validité d'une loi nationale colombienne vis-à-vis d'une Convention internationale passée avec les États-Unis. Le lésé est donc l'entreprise américaine sise en Colombie qui subit un dommage en raison de la loi interne. Dans cette constellation, un recours interne doit d'abord être déposé (EVRI) avant que l'affaire n'oppose deux États. Une protestation peut s'avérer judicieuse pour faire connaître la position du gouvernement américain, mais elle ne remplace pas l'EVRI :

« A protest, whether made by the parties themselves or by a consul, can not be held to supply the place of an appeal to a legal tribunal competent to deal with the subject-matter, nor does it render the right to intervention perfect and complete »<sup>5290</sup>.

Le tribunal note encore que l'effet de la protestation n'est que temporaire, destiné à sauvegarder les droits et la position des parties :

« 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 »<sup>5291</sup>.

La protestation pertinente ne peut provenir que de certains acteurs dans le cadre de la protection diplomatique<sup>5292</sup> ; le tribunal ne constata cependant pas l'acquiescement car la question juridique (validité d'une loi interne) sortait de son champ de compétence<sup>5293</sup>.

<sup>5289</sup> L'opposition était diplomatique et timide : *ibid.*, pp. 34-40.

<sup>5290</sup> *Affaire concernant Pacific Mail Steamship Company c. Colombia*, décision du surarbitre, 8 août 1865, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXIX, p. 118.

<sup>5291</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>5292</sup> Dans le même registre, voy. la protestation réitérée de la Compagnie d'électricité de Varsovie, qui semble couronnée de succès : *Compagnie d'électricité de Varsovie (fond) (quantum) (France contre Pologne)*, Sentence, 23 mars 1936, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1696.

<sup>5293</sup> *Affaire concernant Pacific Mail Steamship Company c. Colombia*, décision du surarbitre, 8 août 1865, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXIX, p. 120.



Les affaires *Services aériens*, *Droit de passage*, et *Pacific Mail Steamship Company* illustrent la problématique de l'abandon et du maintien d'une protestation. Par analogie, l'abandon d'une protestation en raison de son non-renouvellement ressemble à la renonciation à une prétention, telle que la met en lumière Venturini :

« [La renonciation à une prétention] consiste dans le fait pour son auteur d'admettre le mal-fondé de la prétention en question, c'est-à-dire l'inexistence du droit qui en constitue le fondement. [...] le seul effet [de cette renonciation] est une forclusion à contester la situation ainsi constatée ("estoppel") » <sup>5294</sup>.

L'État qui cesse de protester « reconnaîtrait » la légalité de la situation contre laquelle il s'élevait initialement – en somme l'acquiescement serait d'autant plus justifié que la protestation n'est pas poursuivie <sup>5295</sup>. Ces pistes sont données à titre d'illustration, elles permettent d'entrevoir la complexité de l'échafaudage juridique et théorique inhérent aux actes unilatéraux et à la place de la protestation au sein de l'acquiescement.

Mettre l'accent sur *l'abandon* d'une protestation, c'est implicitement la concevoir comme un acte unilatéral dans lequel la volonté tient une place importante. Partant, cet abandon pourrait soit être exprès, soit tacite. Dans la première hypothèse, l'État retirerait sa protestation grâce à un acte dont l'effet serait contraire (une notification au minimum, une promesse ou une reconnaissance au maximum, voire un traité) <sup>5296</sup>. L'abandon tacite de la protestation

<sup>5294</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 415. Voy. aussi : P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law, op. cit.*, pp. 630-631 : « A state withdrawing its protest must take into account the possibility of its action being treated as recognition or even waiver ».

<sup>5295</sup> En ne protestant qu'avec une force médiane, les États peuvent conserver éternellement un acquiescement, sans jamais le cristalliser en un différend. Certaines périodes du litige territorial entre le Canada et le Danemark au sujet de l'Île Hans illustrent cette symétrie et équivalence de force. Les deux États se rendaient régulièrement sur l'île pour y faire flotter leur drapeau. Malgré le règlement d'autres questions territoriales, le statut de l'île est volontairement écarté des traités des frontières liant les deux États. C. STEVENSON, « Hans Off! The Struggle for Hans Island and the Potential Ramifications for International Border Dispute Resolution », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30 (1), 2007, pp. 265-267. Cette situation a été soldée par un traité en juin 2022.

<sup>5296</sup> Voy. : P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law, op. cit.*, pp. 630-631. La conclusion d'un traité peut avoier pour effet de supprimer un *modus vivendi* (Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, pp. 47-48), ou de faire renoncer l'État à ses prétentions. Ainsi, le Royaume-Uni cherchait l'adhésion de la Norvège à une Convention afin de la faire renoncer à son système de délimitation : *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 139.

découlerait de son non-renouvellement face aux circonstances qui appellent une réaction. Les affaires précitées des *Services aériens* et *Pacific Mail Steamship Company* s'inscrivent dans cette veine : les États laissent passer des occasions de réagir, qui ont pour effet de gommer, puis d'anéantir la protestation initiale.

(iii) *Les protestations victorieuses*

La dernière catégorie regroupe les protestations victorieuses, suffisamment fortes et répétées pour faire échouer l'acquiescement. Généralement, ce n'est pas seulement la répétition des protestations qui garantissent leur succès ; le moment, le contenu et la forme se conjuguent. L'archétype de la suite de protestations victorieuses répond au schéma suivant : elle intervient tôt, parfois même avant l'apparition d'une charge de réagir, elle est écrite et notifiée, son contenu est clair<sup>5297</sup>. De surcroît, chaque nouvelle protestation formule une contradiction de plus en plus ferme et est – quand les circonstances le permettent – accompagnée de protestations par actes concluants ou de protestations en actes. En conséquence, la période d'acquiescement est drastiquement réduite, les positions respectives des parties n'évoluent plus grâce aux protestations, le différend est cristallisé et parfois rapidement porté devant une instance internationale. Les affaires de la *mer Égée* et d'*Isla Portillos* sont représentatives de cette tendance (*minus* l'accomplissement de protestations en acte)<sup>5298</sup>. L'ordonnance entre la Gambie et le Myanmar indique aussi que la promptitude à réagir, le caractère direct de la communication à l'adversaire (en l'occurrence une note verbale) et l'annonce préalable de la saisine d'une cour contribuent à la force – et donc au succès – de la protestation<sup>5299</sup>.

Une caractéristique évidente de la protestation victorieuse, c'est sa répétition. Renouvelée et légèrement modulée, une protestation suffit parfois à faire échouer l'acquiescement. Dans *Baie de Delagoa*, le tribunal note le caractère ininterrompu de la protestation et des prétentions

<sup>5297</sup> La situation contre laquelle elle s'élève est identifiée, le comportement attendu de la part du destinataire est décrit, les démarches qui seront entreprises si elle n'est pas suivie d'effets sont annoncées.

<sup>5298</sup> *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec.* 1978, pp. 8-9, §§ 16-20 ; *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec.* 2017, pp. 27 et 37, Annexes 1 et 4.

<sup>5299</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, Ordonnance, 23 janvier 2020, CIJ, *Rec.* 2020, §§ 22-28.

portugaises, qui ne laissent aucun doute sur le souverain légitime<sup>5300</sup>. L'affaire des *Immunités et procédures pénales* dresse un tableau de protestations et de prétentions qui se font systématiquement face<sup>5301</sup>. La protestation constante de la France évite de reconnaître l'immeuble de l'avenue Foch comme appartenant aux locaux de la mission<sup>5302</sup>.

La force d'une protestation, sa capacité à faire obstacle à l'acquiescement se détermine aussi en fonction de son contenu, de la partie de la prétention à laquelle elle s'oppose. Ainsi, une protestation n'est que *partielle* quand elle concerne certains points et droits avancés par la prétention, mais non son ensemble.

La force et le succès des protestations s'apprécient en fonction du domaine juridique concerné : une protestation propre à un litige territorial est différente de celle qui fait échouer une pratique subséquente. L'acquiescement ne peut pas concerner des droits et obligations qui appartiennent au *ius cogens*<sup>5303</sup>. Toutefois, la nature et solennité des droits touchés par l'acquiescement semblent se réfléchir sur la force et la pertinence de la protestation. Lorsque l'acquiescement porte sur une situation de décolonisation et des réparations qui y sont liées, la CIJ semble – *ex abundante cautela* – tenir compte de la finalité protectrice du régime. Dans la deuxième exception préliminaire des *Phosphates à Nauru*, l'Australie allègue que Nauru avait renoncé à demander réparation avant son indépendance. Malgré des déclarations ambivalentes, la Cour ne retient pas cette renonciation car le traité de 1967, année de l'indépendance, n'en fait pas expressément mention<sup>5304</sup>. Postérieurement à l'indépendance, Nauru ne fait pas preuve d'une diligence exemplaire ; sa revendication n'est que très périodiquement réactivée, la question

<sup>5300</sup> *Sentence arbitrale relative aux requêtes de la Grande-Bretagne et du Portugal sur certains territoires de la côte Est de l'Afrique appartenant autrefois aux Rois de Tembe et Mapoota, incluant les îles de Inyack et Éléphant (Baie de Delagoa ou Lorenzo Marques)*, Sentence du 24 juillet 1875, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, pp. 160-161 ; CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 258, § 134.

<sup>5301</sup> *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec. 2020*, pp. 324-329, §§ 76-92.

<sup>5302</sup> *Ibid.*, p. 35, § 117 ; p. 36, § 126 (premier point du dispositif). La décision est prise à neuf voix contre sept, mais ce n'est pas dû à un doute sur la présence ou l'absence d'acquiescement. La controverse porte sur l'interprétation à donner à l'article 22 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*. À une courte majorité, la CIJ décide que l'État accréditaire peut refuser d'admettre qu'un immeuble obtienne le statut de local de la mission : *ibid.*, pp. 19-23, §§ 61-75.

<sup>5303</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A et B – « Existence et contenu d'une prétention ».

<sup>5304</sup> *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 246, § 10 ; p. 247 ; p. 248, § 16 ; p. 250, § 21.

du retard à présenter une demande et à saisir la Cour se pose avec acuité dans la quatrième exception préliminaire<sup>5305</sup>. Ainsi, Nauru est informé du refus (prétention) de l'Australie en 1969, et ce n'est qu'en 1983 qu'elle réagit par écrit (entretemps, la question avait seulement été *soulevée* à deux reprises en 1974 lors de visites officielles)<sup>5306</sup>.

Dans son examen d'ensemble des relations des parties, la Cour semble sensible à la position particulière de Nauru et à la nature des droits touchés, la protestation périodique est jugée suffisante :

« La Cour estime que, eu égard tant à la nature de relations existant entre l'Australie et Nauru qu'aux démarches ainsi accomplies, 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 en ce qui concerne tant l'établissement des faits que la détermination du contenu du droit applicable »<sup>5307</sup>.

L'extrait est en demi-teinte ; la protestation est *tout juste* suffisante ; le contexte joue un rôle dans cette admission. La remarque relative au « préjudice » potentiel de l'Australie démontre que la réaction nauruane se place à la limite temporelle de l'acceptable. Cette remarque fait à la fois écho à la *ratio legis* de la prescription (la destruction des preuves ne doit pas porter préjudice au défendeur) et à l'article 39 TCDI<sup>5308</sup>. La Cour était proche d'admettre une application de l'article 45 TCDI (abandon de la demande)<sup>5309</sup>.

Cette limite inférieure de la protestation efficace, digne d'empêcher un acquiescement, est présente dans l'affaire *Norstar* avec les questions de l'accès à la justice et d'une potentielle application de l'article 45 TCDI<sup>5310</sup>.

Dans *Norstar*, l'acquiescement potentiel concernait la recevabilité d'une demande auprès du TIDM<sup>5311</sup>. L'Italie soutenait que les protestations du Panama entrecoupées de longs silences valaient renonciation à agir (prescription de l'action)<sup>5312</sup>. L'Italie avance un argument frappant et potentiellement destructeur de toute velléité

<sup>5305</sup> *Ibid.*, p. 253, § 31.

<sup>5306</sup> *Ibid.*, p. 254, §§ 33-36.

<sup>5307</sup> *Ibid.*, pp. 254-255, § 36.

<sup>5308</sup> Intitulé : « Contribution au préjudice ».

<sup>5309</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, pp. 73-74, §§ 311-312.

<sup>5310</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, pp. 73-74, §§ 310-314.

<sup>5311</sup> *Ibid.*, p. 71, § 301.

<sup>5312</sup> *Ibid.*, pp. 66-67, §§ 274-281.

d'accorder de la valeur aux protestations du Panama : certaines d'entre elles sont assorties d'une annonce du délai dans lequel le tribunal serait saisi<sup>5313</sup>, délai qui n'a pas été respecté :

« [D]ans la lettre du 17 avril 2010 adressée au Ministère italien des affaires étrangères [...] M. Carreyó déclare que le Panama introduirait un recours devant le Tribunal dans un délai raisonnable si l'Italie ne versait pas les réparations demandées. [...] dans la communication du 7 janvier 2002, M. Carreyó a prié l'Italie de répondre à sa communication du 15 août 2001, sans quoi il introduirait une instance dans un délai de 21 jours, et que ceci ne s'est jamais produit »<sup>5314</sup>.

En raison de cette absence de perpétuation de la protestation et d'effet d'annonce non suivi d'une mise en œuvre, le Panama serait forclos. L'Italie aurait pu, dans ces circonstances, légitimement s'attendre à ce que le Panama ne dépose jamais de requête auprès du TIDM. Cependant, les attermolements du Panama ne sont pas de nature à dévaluer ses protestations car l'Italie n'a pas réagi à ses requêtes, elle a promis des réponses qui ne sont jamais venues<sup>5315</sup>. L'argument du Panama suit les contours du principe *nullus commodum capere de sua injuria propria*<sup>5316</sup>. Sur un autre plan, les protestations répétées du Panama et la connaissance qui en résulte dans le chef de l'Italie renverse quelque peu la hiérarchie entre lésé et bénéficiaire de l'acquiescement<sup>5317</sup>.

Tout en admettant la possibilité d'un acquiescement à la perte du droit d'action, le tribunal rejette l'acquiescement car les protestations – compte tenu de l'attitude de l'Italie – ont été suffisamment entretenues<sup>5318</sup>, et ce malgré de longues périodes d'inactions<sup>5319</sup>.

Il n'existe pas de formule magique pour apprécier la force d'une protestation et sa propension à empêcher un acquiescement. L'issue d'une protestation n'est pas non plus un jeu de hasard ; il est possible d'observer de grandes tendances dans les protestations victorieuses, telles que leur répétition, leur

<sup>5313</sup> *Ibid.*, pp. 67-68, §§ 281 et 283.

<sup>5314</sup> *Ibid.*, pp. 67-68, §§ 281 et 283.

<sup>5315</sup> *Ibid.*, p. 69, § 291.

<sup>5316</sup> B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, op. cit., pp. 150-151. À propos de l'affaire *Irene Roberts*, 1903-1905, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 207.

<sup>5317</sup> Voy. : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 571-572, § 372 ; p. 574, § 374 : « La protestation place ses destinataires dans la position de réagir : ces derniers peuvent maintenir leur prétention d'égale valeur (ne serait-ce qu'en ne retirant pas l'acte contesté) ou ne pas réagir ». *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, p. 70, §§ 296-297.

<sup>5318</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, p. 72, § 304.

<sup>5319</sup> *Ibid.*, p. 4, § 1 ; p. 66, § 276 ; p. 70, § 297. L'instance est introduite en novembre 2015, la dernière protestation date d'avril 2010.

promptitude et leur fermeté. Un autre facteur qui contribue au succès de la protestation est le domaine dans lequel elle s'insère. Dans *Phosphates à Nauru* et *Norstar*, les protestations sont destinées à éviter une prescription du droit d'action devant un tribunal. Ce type de droit est réglementé dans une convention, il présente un degré de formalisme plutôt élevé, et c'est aussi la raison pour laquelle, à moins d'être en présence d'une renonciation assourdissante, l'acquiescement ne sera pas facilement validé malgré une protestation en dents de scie.

e. *La protestation et le « fil rouge » de l'acquiescement*

Nous distinguons ici deux <sup>5320</sup> types d'effets d'une protestation efficace en fonction du stade de formation de l'acquiescement auquel ils interviennent. Le premier type est celui de la protestation prompte, ou anticipée, qui est répétée et affirmée : elle donne lieu à un gel rapide dans la position des parties, tant et si bien que l'acquiescement n'a pas le temps de prendre forme <sup>5321</sup>. Ce type de protestation n'atteint pas le fil rouge, car celui-ci n'a même pas le temps de débiter. Le second type de protestation correspond à une opposition manifestée après la création d'une charge de réagir et réaffirmée jusqu'au gel définitif de la position des parties <sup>5322</sup>. Ce type de protestation atteint le « fil rouge » et empêche le mûrissement de l'acquiescement, il est l'objet de cette section.

Le « fil rouge » de l'acquiescement, ou « noyau dur » des comportements, a été amplement discuté *supra* (Ch. 5. VII.C) : il consiste à rassembler les comportements des parties en un faisceau univoque, convergent, dont la valorisation juridique consiste en un acquiescement. Les comportements des parties doivent pointer

<sup>5320</sup> Le « troisième » effet de la protestation est celui de contribuer à mettre fin à l'acquiescement (gel dans la position réciproque des parties). Cependant, une telle protestation n'est pas nécessairement efficace pour faire obstacle à l'acquiescement, car trop tardive. Voy. *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 138 ; *Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec.* 1953, p. 66.

<sup>5321</sup> Pour des affaires : *Affaire du plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec.* 1978, pp. 8-9, §§ 16-20 ; *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec.* 2020, pp. 324-329, §§ 76-92.

<sup>5322</sup> Pour des affaires : *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, pp. 65 et s. ; *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec.* 1955, p. 19.

quasi unanimement dans la direction d'un acquiescement pour que ce dernier soit validé. Dans *Pedra Branca*, la Cour annonce la recherche et la méthode d'identification de ce « fil rouge » :

« [T]out changement du titulaire de la souveraineté territoriale fondé sur le comportement des Parties [...] doit se manifester clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté au travers de ce comportement et des faits pertinents »<sup>5323</sup>.

Elle conclut en soulignant la convergence, le renforcement mutuel ou ce que nous appelons le « faisceau univoque » dans lequel les comportements des parties sont réunis :

« La Cour est d'avis que les faits pertinents, dont le comportement des Parties [...] témoignent d'une évolution convergente des positions de celles-ci concernant le titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh »<sup>5324</sup>.

À l'inverse, la protestation efficace a pour conséquence de casser et/ou d'empêcher la concrétisation d'un « fil rouge ». Un élément dissonant est introduit par la protestation, qui est prise en compte selon une optique de comparaison. Une protestation objectivement forte peut s'avérer subjectivement trop faible en comparaison des actes accomplis par la partie adverse. Le seuil de protestation à satisfaire pour empêcher l'acquiescement est fonction des comportements accomplis par le bénéficiaire.

La protestation empêche de l'intérieur le « fil rouge » de se matérialiser et de se hausser à un degré de cohérence suffisant et intrinsèque :

« Le Tribunal observera que le caractère conflictuel des prétentions des Parties et de leurs mesures d'application suffit à exclure toute idée d'accord implicite sur une quelconque délimitation latérale des zones maritimes »<sup>5325</sup>.

Dans *Droit de passage*, le « fil rouge » est schématiquement tressé autour de quatre éléments prépondérants : l'existence d'un cadre conventionnel relatif à la traversée (1) ; la traversée sans autorisation, pratiquée durant 10 ans (2) ; la protestation diplomatique des

<sup>5323</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 51, § 122.

<sup>5324</sup> *Ibid.*, p. 96, § 276.

<sup>5325</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX p. 175, § 66.



Britanniques (3) ; le reniement portugais (4)<sup>5326</sup>. L'acquiescement recherché consistait à obtenir, au profit du Portugal, un droit de passage non soumis à autorisation pour les armes et militaires. Chronologiquement, la traversée sans autorisation (2) remet en cause le cadre conventionnel (1). La protestation reassemble le cadre conventionnel (3). À ce stade, le Portugal dispose encore de la capacité à sauvegarder le « fil rouge » malgré la protestation. Il pourrait rejeter la protestation, affirmer que les Britanniques n'ont jamais mis en œuvre leur droit, ou tout simplement continuer à traverser sans autorisation. Mais ils choisissent de confirmer le cadre conventionnel et de promettre de le respecter à l'avenir<sup>5327</sup>. La prétention qui fait débiter l'acquiescement est l'élément (2), le fil rouge débute simultanément. La protestation (3) n'est pas forcément victorieuse, mais le reniement (4) fait irrémédiablement pencher la balance dans ce sens. Les éléments (2) et (3) remettent les compteurs à zéro, la réaction suivante était déterminante pour la suite (ou la fin) de l'acquiescement.

Ces considérations chronologiques ont le mérite d'illustrer le fonctionnement grossier du fil rouge et l'irruption d'une protestation ; elles doivent se doubler de considérations qualitatives (types et force des protestations). Dans cette pondération globale, la protestation doit faire tache dans le fil rouge pour pouvoir être prise en compte.

Les ouvrages de Marie, de Martin-Bidou et un examen de la jurisprudence suggèrent deux prises en compte possibles de la protestation. Une protestation peut soit avoir un effet ponctuel, mais caractérisé, qui met un terme à tout espoir d'acquiescement et qui brise définitivement le « fil rouge » (sur l'exemple de *Droit de Passage*). Ou alors, l'effet d'une protestation ne peut s'apprécier que de manière globale, une fois que le juge se retourne sur les faits et les prend en compte dans une perspective d'ensemble (sur l'exemple de *Pedra Branca*). Ces deux « effets » de la protestation sont à mettre en relation avec le cadre théorique propre au silence<sup>5328</sup> et à l'opposabilité. Fondamentalement, la protestation

<sup>5326</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, pp. 38-41.

<sup>5327</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.

<sup>5328</sup> Chez A. Marie, c'est avant tout le silence qui est étudié, et non l'acquiescement. Son option de recherche est plus radicale. Il prend comme « unité de construction » le comportement silencieux d'un État face à une situation.



est l'instrument qui permet à l'État d'échapper à une valorisation juridique de son silence ; la protestation empêche la concrétisation du *silence* et maintient l'*inopposabilité* d'une situation<sup>5329</sup>. La situation de prédilection où l'acquiescement s'enracine consiste en une « zone grise » dans laquelle la limite des droits et obligations réciproques est souvent brouillée :

« La protestation brise le silence, [elle] met fin à l'incertitude de la situation »<sup>5330</sup>.

Par conséquent, l'État qui proteste sauvegarde ses droits ; la situation, tout ambiguë qu'elle soit, ne peut lui être défavorable. Une protestation marquée, suffisamment forte pourra avoir comme effet d'éclaircir la situation juridique et factuelle : c'est l'effet ponctuel d'une protestation, qui brise le « fil rouge » et transforme l'*inopposabilité* d'une situation en certitude juridique. Sur un autre versant, la protestation n'a d'effet que sur le plan factuel : elle empêche le *silence* de s'affermir<sup>5331</sup>. Dans ce second versant, l'effet de la protestation est pensé sur le modèle du « fait juridique complexe » et apprécié sur l'ensemble de l'acquiescement<sup>5332</sup>. L'acquiescement est nié, et à sa suite il n'y a pas d'opposabilité de la situation si la protestation – tout éparpillée qu'elle soit – est considérée globalement suffisante.

À première vue, le trio silence-opposabilité-protestation est plutôt ambivalent. Nous en proposons la lecture suivante : (1) une protestation forte, claire, répétée transforme une situation incertaine soit en situation conflictuelle, dans laquelle les droits revendiqués par chacun apparaissent clairement (*Golfe du Maine*), soit en situation juridique claire, dans laquelle les droits de chaque partie sont réaffirmés ou éclaircis (*Droit de passage*). Cette protestation forte est principalement liée à la question de l'*opposabilité* d'une situation juridique : elle maintient l'inopposabilité ou renverse les rapports de force entre les parties. (2) Une protestation de moindre ampleur, plus ambiguë ou incertaine sera principalement liée à la question du silence de l'État. Son effet sera d'éviter le silence, sans pour autant prendre clairement position sur les droits revendiqués de part et d'autre. C'est aussi pour cela qu'elle est appréciée de

<sup>5329</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 559, § 361 ; p. 566, § 368.

<sup>5330</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 107.

<sup>5331</sup> A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 566-571.

<sup>5332</sup> *Ibid.*, pp. 577 et 593-594.

manière globale, et non ponctuelle, son effet est aussi d'empêcher l'opposabilité d'une situation. Il nous reste à établir si l'absence de protestation est nécessairement synonyme d'acquiescement.

f. *L'absence de protestation, un synonyme d'acquiescement ?*

La protestation est tellement proéminente que son absence est parfois présentée comme une preuve ou présomption d'acquiescement<sup>5333</sup>. La doctrine souligne le lien entre absence de protestation et acquiescement<sup>5334</sup> :

« [Acquiescence] takes the form of silence or absence of protest in circumstances which, according to the practice of States and the weight of authority, demand a positive reaction in order to preserve a right »<sup>5335</sup>.

Plus nuancés, Cahier et Kopela indiquent que l'absence de protestation n'est *pas* un passage obligé pour valider un acquiescement<sup>5336</sup>.

(i) *L'acquiescement validé malgré la protestation*

L'absence de protestation peut-elle véritablement être assimilée à la présence d'un acquiescement ? Dans le cas où un acquiescement peut être validé *malgré* une protestation ou au contraire rejeté *en dépit* d'une absence totale de protestation, il s'agira de définir la place de la protestation, son utilité vis-à-vis de l'acquiescement. En abordant le problème selon une perspective de preuve mathématique, il nous suffit de dénicher au moins une décision dans chacune des deux catégories mises en évidence. *Groënland oriental* s'inscrit dans la première catégorie, l'acquiescement est validé *malgré* des oppositions de la Norvège :

« Dans tous ces cas, le Gouvernement danois exerça des attributions gouvernementales à l'égard du territoire actuellement en litige. *La nature de ces actes du Danemark n'est pas modifiée par les protestations ou réserves que, de temps à autre, formula le Gouvernement norvégien* »<sup>5337</sup>.

<sup>5333</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 109-110.

<sup>5334</sup> H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », op. cit., pp. 619 et 622 ; N. S. MARQUES ANTUNES, « Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement », *Boundary & Territory Briefing*, vol. 2 (8), op. cit., p. 32.

<sup>5335</sup> I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », op. cit., p. 182.

<sup>5336</sup> Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », op. cit., pp. 253-254 ; S. KOPELA, « The Legal Value of Silence as State Conduct in the Jurisprudence of International Tribunals », *Austr. YBIL*, vol. 29, 2010, pp. 112, 132-134.

<sup>5337</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 62, nos italiques.

Toute une série d'affaires confirment qu'un acquiescement peut être finalement validé malgré la protestation<sup>5338</sup> (cette première catégorie est déjà partiellement abordée dans les sections précédentes relatives à la protestation – elle nous renvoie aussi à la force de la protestation, et à la nécessité de son renouvellement).

(ii) *Le rejet de l'acquiescement en l'absence de toute protestation*

La seconde catégorie nous retiendra plus longtemps ; l'acquiescement n'est pas atteint, et ce *malgré* l'absence de protestation. Dans *Libye/Malte*, la CIJ ne constate pas d'acquiescement, et ce bien qu'aucune protestation ne semble avoir été formulée et que le silence se soit longtemps prolongé<sup>5339</sup>. L'argument principal réside dans la faiblesse intrinsèque du comportement des parties<sup>5340</sup>. L'arbitrage entre la Barbade et Trinité-et-Tobago offre une situation semblable : de 1978 à 1992, aucune protestation n'est émise contre la pratique d'une partie, sans pour autant que l'acquiescement soit validé<sup>5341</sup>. Le tribunal tient compte du domaine concerné, qui exige un seuil d'acquiescement élevé<sup>5342</sup>. Même son de cloche dans *Kasikili/Sedudu* : bien que le silence ait été gardé pendant plus de vingt ans et qu'aucune protestation n'ait été élevée, l'acquiescement n'est pas consacré<sup>5343</sup>. L'absence de protestation n'est pas pertinente car les conditions intrinsèques de l'acquiescement ne sont pas réalisées (la possession et les actes accomplis n'étaient pas effectués à titre de souverain)<sup>5344</sup>.

<sup>5338</sup> Voy. not. : *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. 65 ; *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braila*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, pp. 47 et s.

<sup>5339</sup> Au minimum de 1965 à 1973 : *Affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte)*, arrêt, 3 juin 1985, CIJ, *Rec.* 1985, pp. 28-29, §§ 24-25.

<sup>5340</sup> *Affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte)*, arrêt, 3 juin 1985, CIJ, *Rec.* 1985, p. 29, § 25 : « [La Cour] n'a cependant pas pu déceler d'un côté ou de l'autre un type de comportement suffisamment net pour constituer soit un acquiescement [...] ».

<sup>5341</sup> *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, pp. 241-242, §§ 361-366. Pour les arguments des parties : *ibid.*, pp. 178-180, §§ 103-108.

<sup>5342</sup> *Ibid.*, pp. 241-242, §§ 364-366 : dans le cadre de la pratique pétrolière, il n'y a à notre connaissance pas de décisions qui reconnaissent ouvertement que l'acquiescement est déterminant pour fixer la ligne ou la méthode de délimitation.

<sup>5343</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, pp. 1103-1106.

<sup>5344</sup> *Ibid.*, p. 1105, § 98.

Dans *Hoshinmaru*, le TIDM examine la méthode de calcul du montant d'une caution. Le Japon n'avait pas expressément donné son accord à la méthode proposée dans deux procès-verbaux<sup>5345</sup>. Bien que le Japon n'ait non plus objecté à cette méthode, la Russie ne bénéficie pas d'un acquiescement<sup>5346</sup>. Une indépendance est conservée entre *l'absence de protestation* et *l'acquiescement*. C'est dans une décision interne relative aux critères d'élargissement de la largeur de la mer territoriale que l'on trouve une expression de cette dissociation :

« In reality, the permissibility of an extension of the territorial waters is founded not so much upon the independent regulation by the single state, as upon the supposition of a tacit acknowledgment of such an extension by the other states. A mere failure to object, however, is not identical with a positive concurrence of the nations »<sup>5347</sup>.

L'absence de protestation (*failure to object*) diffère d'un comportement convergent à l'acquiescement recherché (*positive concurrence*). Or, à travers l'absence de protestation, les tribunaux recherchent précisément un raccourci vers cette « positive concurrence », raccourci qui ne se vérifie pas systématiquement. Une absence de protestation n'est pas une panacée pour valider et constater un acquiescement.

(iii) *La protestation comme critère d'examen de l'acquiescement*

Dès lors, et en tenant compte de cette indépendance entre (absence/présence de) la protestation et (validation/négation de) l'acquiescement, quel rôle assigner à la protestation dans l'acquiescement ? L'absence de protestation est un *critère* pour estimer si l'acquiescement est satisfait. Il s'agit d'un raccourci qui confine parfois à la présomption, mais dont les tribunaux devraient se garder de faire une utilisation trop hâtive. Un panorama de la jurisprudence permettra de vérifier la place correcte de l'absence de protestations. Les décisions qui mentionnent l'absence de protestations et qui valident l'acquiescement sont nombreuses, nous n'en mentionnerons qu'un petit échantillon.

<sup>5345</sup> *Affaire du « Hoshinmaru » (Japon c. Fédération de Russie)*, TIDM, arrêt, 6 août 2007, p. 45, § 83 ; p. 47, § 87.

<sup>5346</sup> *Ibid.*, p. 46, § 85.

<sup>5347</sup> *The Elida*, Imperial Supreme Prize Court, Berlin, 18 mai 1915, *AJIL*, vol. 10 (4), 1916, p. 918, nos italiques. La citation se termine en précisant que la tolérance à l'égard d'activités pratiquées hors de la largeur habituelle de la mer territoriale n'est pas automatiquement convertible en une reconnaissance de la souveraineté sur ces espaces.

L'*île de Palmas* évoque le rôle d'une protestation dans les litiges territoriaux<sup>5348</sup>. La situation est celle d'une confrontation entre effectivités, l'île étant considérée comme susceptible d'occupation effective<sup>5349</sup>. L'arbitre unique trancha en faveur des Pays-Bas, car les actes effectués étaient meilleurs, plus nombreux, et s'échelonnaient sur une plus grande période que les maigres effectivités des États-Unis et de l'Espagne<sup>5350</sup>. L'absence de protestation est également considérée :

« Depuis le moment où les Espagnols, en se retirant des Moluques en 1666, firent d'expresses réserves quant au maintien de leurs droits souverains, jusqu'à la contestation faite par les États-Unis en 1906, *aucune contestation ou aucune action quelconque ou aucune protestation contre l'exercice de droits territoriaux par les Pays-Bas sur les îles Talautse (Sangi) et leurs dépendances (y compris Miangas) n'a été enregistrée*. On doit admettre le caractère pacifique de l'exercice de la souveraineté des Pays-Bas pendant toute la période à laquelle se rapportent les preuves relatives aux actes d'exercice (1700–1906) »<sup>5351</sup>.

L'absence de protestation est pleinement prise en compte dans le cadre des conditions de l'occupation effective (un exercice continu et *pacifique* de la souveraineté)<sup>5352</sup>. L'absence de protestation participe au « fait juridique complexe » qu'est l'établissement de la souveraineté. Les États-Unis (et l'Espagne) sont considérés comme ayant acquiescé à cette souveraineté, comme n'étant plus en mesure de valablement la contester.

L'énonciation de l'absence de protestation n'a rien de nouveau, des sentences arbitrales s'appuient sur cette considération depuis longtemps. En 1870 et 1874, des arbitres uniques soulignent que « [le gouvernement a] administré les affaires de ces contrées sans qu'il y ait eu opposition ou protestation [...] »<sup>5353</sup>, ou encore que des limites de juridictions « [w]ere accepted as such by both governments for nearly a century without protest [...] »<sup>5354</sup>. En 1904, une sentence relative à des réparations de guerre se fait largement l'écho de

<sup>5348</sup> *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, pp. 38, 13, et 39.

<sup>5349</sup> *Ibid.*, pp. 17 et 40.

<sup>5350</sup> *Ibid.*, pp. 38–39.

<sup>5351</sup> *Ibid.*, p. 38, nos italiques.

<sup>5352</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>5353</sup> *Délimitation de la frontière entre la République Sud-Africaine (Transvaal) et l'État libre d'Orange*, Sentence du 19 février 1870, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXVIII, p. 130.

<sup>5354</sup> *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, p. 153.

l'absence de protestation du Venezuela pour conclure au bien-fondé des prétentions de ses adversaires<sup>5355</sup>. L'utilisation de l'absence de protestation déborde le cadre restreint des litiges territoriaux ; tout acquiescement peut y faire référence. Dans *Activités militaires* (1984), la Cour se fait très largement l'écho de l'absence de toutes protestations des États-Unis pour conclure à sa compétence<sup>5356</sup>.

Le domaine de prédilection de l'absence de protestation demeure pourtant les espaces, territoriaux ou maritimes. Dans les deux sentences arbitrales impliquant la Guinée-Bissau, le tribunal en tient aussi compte et mentionne les différentes occasions d'*élever* une protestation ainsi que les protestations *effectives*<sup>5357</sup>. Dans *Yémen c. Érythrée* (1998), l'utilisation de l'absence de protestation est omniprésente<sup>5358</sup>. Les occurrences sont très nombreuses et variées, l'absence de protestation est utilisée à tout propos, que ce soit pour la pratique pétrolière, les vols de reconnaissance, ou encore les patrouilles navales<sup>5359</sup>. Cette affaire marque un palier dans le lien entre l'acquiescement et l'absence de protestation : cette dernière est largement utilisée, comme s'il s'agissait d'un raccourci ou d'un critère de l'acquiescement, d'une condition à examiner en tant que telle, dont la satisfaction était cruciale.

La mise en exergue de l'absence de protestation lorsque l'acquiescement est mentionné se vérifie également dans la jurisprudence de la CIJ. Dans *Pêcheries* et *El Salvador/Honduras* (1992) son absence est soulignée, la Cour conclut à l'acquiescement et prend la peine de souligner les occasions de réagir, l'inertie de l'État lésé<sup>5360</sup>.

<sup>5355</sup> *The Venezuelan Preferential Case (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al.)*, Sentence, 22 février 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 109.

<sup>5356</sup> *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. 408-414.

<sup>5357</sup> *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX (occurrences en p. 160, § 25 ; 162, § 30 ; 163, § 33 ; p. 174, § 63) ; *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, pp. 119-213 (occurrences en p. 131, §§ 24-25. Opinion de M. Julio A. Barberis : p. 171, § 44 ; p. 183, § 73).

<sup>5358</sup> *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 220-332.

<sup>5359</sup> *Ibid.*, p. 220, § 21 ; p. 228, §§ 57 et 60 ; p. 230, § 70 ; p. 252, § 159 ; p. 260, § 196 ; p. 267, § 231 ; p. 281, § 301 ; p. 282, §§ 306, 307, 309 ; p. 284, § 316 ; p. 294, § 378 ; p. 299, § 400 ; p. 301, § 406 ; p. 303, § 412.

<sup>5360</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec.* 1951, p. 138 ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ;*

Ces affaires n'instaurent pas une absence *totale* de protestation, mais une absence de protestation face à la charge de réagir, une violation de l'obligation de répondre afin d'éviter l'acquiescement. La protestation est présente dans ces affaires, mais trop tardive pour influencer l'issue, elle survient après une masse importante de comportements de l'État au bénéfice de l'acquiescement, lorsque le fil rouge est déjà constitué <sup>5361</sup>.

Dans *Pulau Litigan et Pedra Branca*, l'absence de protestation fait partie du faisceau de comportements et de l'appréciation globale de la CIJ, qui ne tient pas compte des protestations « superflues », émises après la cristallisation du différend ou l'introduction de l'instance <sup>5362</sup>. Dans *Nicaragua c. Colombie*, l'absence de protestation est examinée en fin de raisonnement, après avoir passé en revue les effectivités accomplies de part et d'autre :

« La Colombie affirme en outre que le Nicaragua n'a émis aucune protestation ni prétendu détenir de droits sur Roncador, Quitasueño et Serrana, qui faisaient l'objet d'un différend entre la Colombie et les États-Unis. Ce n'est qu'en 1972 qu'il a, pour la première fois, revendiqué certaines des formations relevant de l'archipel. [...] Le Nicaragua n'a pas élevé la moindre protestation au sujet des formations maritimes mentionnées dans cette sentence qui font aujourd'hui l'objet de la présente instance, ce qui semble indiquer que, à l'époque, il ne revendiquait pas la souveraineté sur ces formations maritimes » <sup>5363</sup>.

Depuis *Palmas* jusqu'à *Nicaragua c. Colombie*, nous constatons que le traitement de la protestation dans le cadre territorial est inégal, elle tire son origine des conditions de l'occupation effective pour finir par s'imposer comme critère d'appui de l'acquiescement. Le traitement de la protestation dans le cadre général du droit international public suit un cheminement semblable. Les décisions se concentrent sur l'absence de protestation en tant que telle, sans forcément la lier au cadre juridique pertinent.

*Nicaragua intervenant*), arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 564, § 343 ; p. 569 ; § 354 ; p. 571, § 358 ; p. 572, § 359 ; p. 574, § 361 ; p. 577, § 364 (à propos de l'île d'*El Tigre*).

<sup>5361</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 138 (en 1933) ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 577, § 364.

<sup>5362</sup> *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 678, § 127 ; p. 685, § 148 ; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 96, § 276.

<sup>5363</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 658, § 86 ; p. 659, § 88.



(iv) *La prise en compte de l'absence de protestation : théorisation*

L'évolution de l'importance de « l'absence de la protestation » est foisonnante, elle peut se concevoir sous trois angles : 1) soit elle participe au « fait juridique complexe » de l'acquiescement (conception unitaire)<sup>5364</sup>, 2) soit elle survient après la vérification des conditions de l'acquiescement, dans un deuxième temps, comme lors d'un examen en cascade (conception binaire)<sup>5365</sup>, 3) soit elle sert de critère d'évaluation de l'acquiescement (approche de l'équivalence)<sup>5366</sup>. Dans la conception binaire, la validation de l'acquiescement ressemble à un processus par étapes, un tribunal évalue si la connaissance est suffisamment notoire, etc., puis, dans un deuxième temps, rapporte les conditions de l'acquiescement à l'absence de protestation. Cette absence sert de renfort et d'appui à l'acquiescement. L'approche de l'équivalence est spécialement illustrée dans la jurisprudence arbitrale ; l'absence de protestation est utilisée comme synonyme d'acquiescement, comme raccourci vers sa validation. C'est cette dernière direction que la doctrine semble favoriser quand elle assimile l'acquiescement au silence ; le glissement ultérieur consiste à utiliser l'absence de protestation comme équivalent de l'acquiescement. La jurisprudence louvoie et les trois tendances sont en perpétuelle tension ; les circonstances, tout autant que les plaidoiries, orientent l'approche retenue.

L'absence de protestation ne doit pas prendre une importance démesurée dans le raisonnement de validation d'un acquiescement car la nécessité d'une protestation est directement fonction de la charge de réagir, des droits en jeu, des occasions d'agir. Transformer l'absence de protestation en critère objectif, c'est méconnaître le fonctionnement de l'acquiescement. Se focaliser sur la protestation, c'est aussi méconnaître l'éventail des formes de protestations possibles : généralement, seules les protestations diplomatiques sont mentionnées. L'absence de protestation n'est qu'un critère, semblable à l'écoulement du temps, mais ne peut servir que de

<sup>5364</sup> Comme dans *Palmas* (extrait cité dans le corps du texte *supra*).

<sup>5365</sup> Comme dans *Nicaragua c. Colombie* (extrait cité dans le corps du texte *supra*).

<sup>5366</sup> Cet usage est très fréquent dans *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, *Première étape*, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 220, § 21 ; p. 228, §§ 57 et 60 ; p. 230, § 70 ; p. 252, § 159 ; p. 260, § 196 ; p. 267, § 231 ; p. 281, § 301 ; p. 282, §§ 306, 307, 309 ; p. 284, § 316 ; p. 294, § 378 ; p. 299, § 400 ; p. 301, § 406 ; p. 303, § 412 ; etc.



*complément*, de *renfort*, aux conditions déjà vérifiées de l'acquiescement. L'absence de protestation consiste en une appréciation probabiliste de la validation d'un acquiescement, c'est une porte d'entrée pratique, mais incomplète, pour considérer qu'un acquiescement s'est réalisé.

Pourquoi ne pas accorder plus de crédit à la protestation ou son absence ? Car même si elle est réalisée, elle ne suffit pas toujours à éviter l'acquiescement<sup>5367</sup>. Un grand mérite de la protestation, c'est qu'elle consiste (dans sa forme diplomatique) en un acte volontaire des États ; leur « souveraineté » et « volonté » sont ainsi sauvegardées<sup>5368</sup>. L'absence de protestation est configurable comme une reconnaissance tacite. À l'inverse, un facteur qui milite et explique l'importance accrue de la protestation et de son absence, c'est qu'elle permet une comparaison avec le comportement idéalement attendu et raisonnablement exigible d'un État. L'absence de protestation ne constate pas seulement un « vide », elle met en évidence l'acte positif qui aurait pu être accompli pour éviter l'acquiescement. En conclusion, l'absence de protestation est une première indication importante, mais non irréversible, quant à la présence d'un acquiescement. Les deux notions ne sont cependant pas interchangeables.

g. *La protestation en dehors du domaine territorial et maritime*

Cette section présente les autres domaines dans lesquels l'influence de la protestation se fait sentir. Ce tour d'horizon nous indiquera les différentes formes possibles de la protestation (et *comment* la protestation est conceptualisée dans ces domaines).

(i) *La pratique subséquente*

Le processus au cœur de la pratique subséquente de l'article 31, § 3, lit. b CVDT est fondé sur l'acquiescement : en cas d'attitude convergente des parties (« fil rouge »), l'accord se manifeste. Dans ce cadre, la protestation est prise en compte intégralement au stade

<sup>5367</sup> Et, en général, seule la protestation de la partie en position de force est prise en compte : *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 250, § 152 (la protestation de l'État qui ne dispose pas d'un titre n'a pas d'effets).

<sup>5368</sup> Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, pp. 264-265.

de la détermination de l'établissement de l'accord. Des attitudes divergentes, contradictoires, empêchent l'émergence de cet accord, sans pour autant que le tribunal ne considère systématiquement ces comportements comme des « protestations »<sup>5369</sup>. L'importance et la possibilité d'émettre une protestation apparaissent plus clairement lorsque la pratique subséquente *est* réalisée. Dans *Pablo Nájera*, le tribunal doit déterminer l'interprétation des termes « protégés français » dans une Convention<sup>5370</sup>. Comme le Mexique était présent lors de la rédaction du texte, le tribunal tient compte de la possibilité d'objecter, qui ne fut pas employée, et ce à plusieurs reprises :

« Le gouvernement mexicain a de nouveau laissé sans aucune contradiction la même qualification des Syriens et des Libanais [...] Le gouvernement mexicain n'y a opposé aucune déclaration contraire [...] »<sup>5371</sup>.

Dans un avis consultatif, la CPJI a elle aussi valorisé l'absence de protestation comme un acquiescement :

« La Cour n'a pu trouver aucune ambiguïté dans la Partie XIII considérée dans son ensemble, en ce qui concerne son applicabilité à l'agriculture. La Cour ne doute pas que le travail agricole y soit inclus. *Si une équivoque avait existé, la Cour, en vue d'arriver à établir le sens véritable du texte, aurait pu examiner la manière dont le Traité a été appliqué. Il fut signé en juin 1919, et jusqu'au mois d'octobre 1921, aucune des Parties contractantes ne mit en question que l'agriculture rentrât dans la compétence de l'organisation internationale du Travail. Pendant la période intermédiaire, l'agriculture avait fait l'objet de maintes discussions et, par ailleurs, diverses mesures la concernant avaient été prises. À lui seul, cet ensemble de faits pourrait suffire pour faire pencher la balance en faveur de la compétence en matière agricole, s'il y avait quelque ambiguïté* »<sup>5372</sup>.

La protestation expresse aurait été la manière adéquate de faire obstacle à l'émergence d'une pratique subséquente d'interprétation. La Cour raisonne par comparaison, elle propose l'attitude idéale à adopter pour empêcher l'acquiescement et c'est une protestation

<sup>5369</sup> 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. 257-260. Les attitudes et réactions sont simplement insuffisantes pour établir un accord grâce à la pratique. Les demandes de renseignements de l'autorité française et les prises de position des secrétaires au budget ne sont pas traitées comme des protestations.

<sup>5370</sup> *Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, Sentence du 19 octobre 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 479.

<sup>5371</sup> *Ibid.*, pp. 477 et 479.

<sup>5372</sup> *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, Avis consultatif, 12 août 1922, CPJI, *Série B*, n° 2, pp. 39-40, nos italiques.

expresse, émise dans le cadre des discussions entre parties qui est présentée comme la candidate idéale. L'absence de protestation n'est pas un critère autonome dans la pratique subséquente, il est au contraire incorporé dans la recherche globale de l'accord.

(ii) *L'accord tacite*

La conclusion d'un « accord tacite » partage de nombreux traits avec la pratique subséquente, et, plus largement, avec l'acquiescement<sup>5373</sup>. La création d'un « accord tacite » est examinée du point de vue de l'univocité, de l'attitude convergente et unanime des parties<sup>5374</sup>. Une simple convergence n'est d'ailleurs pas suffisante, il faut établir avec certitude l'existence d'un « accord » (par contraste avec un *modus vivendi*) et son contenu<sup>5375</sup>. Une faible protestation, réserve, ou objection – quel que soit le terme employé – suffit pour empêcher la validation d'un accord tacite. Dans *Ghana c. Côte d'Ivoire*, le tribunal prend soin de souligner que les parties avaient « conscience » d'une différence entre la pratique pétrolière et la délimitation maritime<sup>5376</sup>. Des déclarations et comportements en deçà d'une protestation diplomatique en bonne et due forme sont suffisants pour empêcher la convergence, une simple abstention peut être transformée en obstacle insurmontable dans la formation d'un accord tacite :

« En ce qui concerne les éléments de preuve relatifs aux concessions pétrolières invoqués par le Honduras, la Cour considère que le Nicaragua, en laissant ouverte la limite septentrionale de ses concessions ou en s'abstenant de mentionner la frontière avec le Honduras à cet égard, a réservé sa position concernant sa frontière maritime avec le Honduras »<sup>5377</sup>.

Cette exigence accrue d'univocité semble logique, ou tout au moins est justifiable. Si le produit final recherché est solide (un *accord tacite*), la moindre divergence est capable de le faire éclater (protestation en actes). Plus globalement, nous retrouvons à travers cet exemple un phénomène inhérent à l'acquiescement, en

<sup>5373</sup> À propos de l'assimilation accord tacite-acquiescement : cf. *supra*, Ch. 3.II.A et Ch. 4.I.A.

<sup>5374</sup> *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*, p. 735, § 253.

<sup>5375</sup> *Ibid.*, pp. 735-737, §§ 253-258.

<sup>5376</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, pp. 67-71, §§ 215-228.

<sup>5377</sup> *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. 735-736, § 254.

tant que principe général du droit : chaque domaine se l'approprie et en fait une utilisation orientée. Dans le domaine de la formation d'un accord tacite, l'acquiescement est fortement assimilé à un consentement exprès, volontaire. Par conséquent, la présence d'une protestation en actes peut suffire à empêcher sa concrétisation.

(iii) *La notion « d'objection » dans le droit des traités*

La protestation est aussi présente dans l'application des traités. La CVDT précise la nécessité d'une objection aux articles 20, § 5 et 65, § 3 CVDT. La protestation est alors « codifiée », moulée dans une forme prévue par avance ; son effet et le délai dans lequel elle doit être émise sont prédéterminés. La protestation doit être écrite, adressée à *tel* destinataire, présenter *tel* contenu. Mais il existe aussi des cas où la protestation influence l'application d'un traité sans qu'elle ne soit pour autant codifiée<sup>5378</sup>. Dans *Immunités et procédures pénales*, la CIJ admet à une courte majorité que l'État accréditaire « peut objecter au choix des locaux de l'État accréditant »<sup>5379</sup>. La forme de cette objection est libre<sup>5380</sup>. Certains États instaurent un système d'accord préalable, d'autres légifèrent à ce sujet : l'État accréditaire dispose d'un pouvoir d'objection<sup>5381</sup>. La France a choisi une troisième voie, elle proteste de manière rapide et par écrit dans le cadre d'échanges diplomatiques<sup>5382</sup>. Des perquisitions sont menées à plusieurs reprises, ce qui confirme, par une protestation en actes, la protestation diplomatique. Dans cet arrêt, la Cour insiste sur le caractère reconnaissable, répété, constant, et immédiat de la protestation française<sup>5383</sup>. Dans cette situation de « vide juridique » et d'absence de codification préalable de la protestation, la Cour se réfère aux critères usuels pour faire obstacle à l'acquiescement<sup>5384</sup>. À travers cette affaire, l'omniprésence des situations d'acquiescement se dessine.

<sup>5378</sup> Voy. aussi : *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. 65.

<sup>5379</sup> *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec. 2020*, p. 323, § 72.

<sup>5380</sup> *Ibid.* : « [L'État accréditaire] peut choisir les modalités d'une telle objection ».

<sup>5381</sup> *Ibid.*, p. 322, § 69.

<sup>5382</sup> *Ibid.*, pp. 324 et s., §§ 76 et s.

<sup>5383</sup> *Ibid.*, pp. 328-329, §§ 90-92.

<sup>5384</sup> Dans le contexte arbitral : *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. 64-67.

(iv) *Dans la cristallisation d'un différend  
auprès de la Cour internationale de Justice*

Évoquer la protestation dans le cadre de la compétence de la CIJ (art. 36, § 2 SCIJ) peut paraître erroné : elle devrait *nécessairement* provoquer la cristallisation du différend. C'est exact, mais ce que nous proposons ici est de nous attarder sur le moment à partir duquel la protestation est possible et pertinente pour l'État adverse, ainsi que d'en établir les formes adéquates, et son lien avec l'acquiescement. D'autres précisions sont nécessaires : l'acquiescement se manifeste sous un jour particulier lors de la cristallisation d'un différend. Dans ce domaine, l'acquiescement subit une transformation substantielle, il est utilisé pour déterminer si un différend est *suffisamment* concrétisé entre les parties.

Faisons une lecture chronologique de la situation : un différend s'enracine dans la prétention d'une partie (1). Cette prétention peut être répétée, corroborée, communiquée à l'adversaire directement ou indirectement, grâce à sa notoriété (2). En réaction, l'État adverse peut soit réagir (3), soit rester coi face à cette prétention (4). En réagissant, et particulièrement en *protestant* contre la prétention (3), le différend pourra se cristalliser, l'opposition de vue sera évidente. Alternativement, l'État pourra aussi faire droit à la prétention (5), ce qui aura pour effet de supprimer le différend en cours de formation. En restant coi (4), l'État augmente ses chances d'échapper à la concrétisation d'un différend. La construction de l'acquiescement est très particulière : il y a acquiescement à l'existence d'un différend lorsque l'opposition de vues s'est suffisamment manifestée. L'absence de protestation est plutôt un facteur *d'absence* d'acquiescement. En cas d'absence de protestation de l'État adverse, le point capital est que la prétention doit avoir été clairement exprimée et communiquée. Du point de vue de l'acquiescement, cela signifie que l'État qui souhaite cristalliser un différend avec un autre État ne peut s'appuyer que sur son propre comportement pour provoquer cette cristallisation : il doit agir de manière constante, répétée, et s'assurer de la notoriété de ses actes. L'État adverse qui souhaite *éviter* que le différend ne survienne doit être extrêmement précautionneux dans sa protestation : ce n'est qu'en faisant droit à la prétention qu'il « proteste » contre l'existence d'un différend ! Il y a ici un basculement dans la dynamique habituelle de l'acquiescement. Toute « protestation » autre qu'une admission de la prétention, par exemple affirmer qu'il

n'y a pas de différend, ou que l'interprétation juridique proposée n'est pas correcte, ne pourra que confirmer l'opposition de vues entre les deux États, et aboutir à un acquiescement à *l'existence d'un différend*.

À travers ces développements, nous souhaitons souligner que la cristallisation d'un différend au sens de l'article 36, § 2 SCIJ *utilise* l'acquiescement. La « protestation » est présente dans un sens inhabituel. L'acquiescement à l'existence d'un différend peut être le seul fait de l'État qui émet la prétention ; ce qui confirme que la protestation (ou son absence) n'est pas un élément ou une condition de l'acquiescement. L'acquiescement se concrétise lorsque l'État qui en bénéficie a suffisamment multiplié les comportements et déclarations. Les affaires *Désarmement Nucléaire*<sup>5385</sup> et *Gambie c. Myanmar*<sup>5386</sup> offrent des exemples.

#### h. *Quels auteurs pour la protestation ?*

Nous avons retardé cette question afin de bénéficier d'un panorama jurisprudentiel substantiel. Comme relevé dans la section D.2 consacrée à la nature juridique de la protestation, l'auteur des protestations, et particulièrement des protestations « tacites » ou « en actes » est un casse-tête. La présente section offre une conclusion à la protestation.

Deux types de protestations servent de points de repère : les protestations diplomatiques (h.i) et les protestations en actes (h.ii). Aux protestations diplomatiques est appliquée la théorie des actes unilatéraux : elles expriment la volonté de l'État et doivent émaner d'organes compétents pour engager l'État. La question centrale est celle du cercle des auteurs pouvant émettre ces déclarations. Quant aux protestations en actes qui nous intéressent<sup>5387</sup>, elles s'apparentent à des comportements qui entrent dans l'examen d'ensemble de l'acquiescement conçu en tant que « fait juridique complexe ».

<sup>5385</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 850, § 40 ; p. 854, § 52.

<sup>5386</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, Ordonnance, 23 janvier 2020, CIJ, *Rec. 2020*, p. 11, § 22 ; p. 12, § 23 ; p. 13, § 28.

<sup>5387</sup> Elles peuvent aussi servir à mettre en œuvre une protestation diplomatique, mais ce dernier cas ne nous retient pas ici. Nous nous focalisons dans cette section sur l'auteur d'une première protestation qui est soit diplomatique, soit en actes.

(i) *Les protestations diplomatiques*

En partant du sommet de l'État, la situation est analogue à celle des traités et de l'article 7 CVDT : chaque membre de la « troïka » peut valablement émettre une protestation. Dans les échelons hiérarchiques inférieurs, les diplomates et consuls peuvent, dans la limite de leurs attributions, protester contre les actes émis par l'État d'accueil. De même, les fonctionnaires titulaires d'un portefeuille technique et représentant l'État sur la scène internationale peuvent valablement protester dans leur domaine de compétence<sup>5388</sup>.

En s'enfonçant plus avant dans les strates étatiques, les problèmes commencent à apparaître. L'affaire du *Golfe du Maine* et sa fameuse « lettre Hoffman »<sup>5389</sup> concernent l'auteur de l'acquiescement (et non de la protestation), mais l'analogie est valable : est-ce qu'un fonctionnaire subalterne pourrait valablement protester ? Dans une partie précédente, nous avons analysé cette question sous l'angle de l'auteur de l'acquiescement, nous y renvoyons pour une grande part<sup>5390</sup>. Dans une jurisprudence<sup>5391</sup> citée par Blum, la question de la validité d'une protestation émise par un fonctionnaire apparaît dans les écritures des parties ; la problématique est parfaitement cernée :

« A protest, which has not emanated from official and duly authorized sources and which has not been given at least subsequent ratification, may turn out to have been lodged in vain. This principle was emphatically relied upon by the United States in the course of the *Alaskan Boundary Dispute*. During the proceedings in that case Great Britain referred to the so-called "Dawson letter" of 1888, which, she alleged, gave notice to the United States of the Canadian claims. The United States, however, declined to attach any significance to this letter on the ground that it would have been "a most remarkable procedure [...] for a Government to waive the usual channels of diplomatic communication on matters of great import, and to entrust the advancement of a contention [...] to be made by an unaccredited person" »<sup>5392</sup>.

<sup>5388</sup> Voy. nos développements *supra* au sujet des principes de 2006 de la CDI, Ch. 5. VII.D.2 ; *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. 65.

<sup>5389</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 305, § 132.

<sup>5390</sup> Voy. *supra*, Ch. 5.IA.3 – « Les fonctionnaires subalternes – Responsables techniques, commissions et agents de terrain ».

<sup>5391</sup> *The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States)*, Sentence du 20 octobre 1903, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XV, pp. 481-540.

<sup>5392</sup> Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, p. 155, § 45 ; cf. « *Proceedings of the Alaskan Boundary Tribunal, United States Senate Documents*, No. 162, 58th Congress, 2nd session (1904), vol. V, p. 183 ».



Dans le texte de la sentence elle-même, il apparaît qu'il n'est effectivement tenu compte d'aucune protestation de la part du Royaume-Uni<sup>5393</sup>. La citation présente un double intérêt ; elle souligne l'importance de la protestation diplomatique, des canaux officiels, des personnes disposant de pouvoir de représentation *et*, entre les lignes, indique la condition pour qu'une protestation émise par un simple fonctionnaire produise des effets. Dans les deux premières lignes, la protestation des fonctionnaires non autorisés n'est valable que si elle est assainie grâce à une « at least – subsequent ratification ».

La protestation non autorisée s'apparente à un acte *ultra vires*, les critères de la bonne foi et de l'objectivité dans l'interprétation d'une situation permettent de déterminer son sort. Le passage précité de la sentence *Alaska Boundary Case* penche aussi du côté de l'article 8 CVDT et de la ratification d'un acte accompli sans autorisation :

« Un acte relatif à la conclusion d'un traité accompli par une personne qui ne peut, en vertu de l'article 7 [CVDT], 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 ».

Cette confirmation ultérieure aurait pu survenir sous différentes formes : protestation diplomatique de même contenu émise par les canaux officiels, ou encore protestation en actes (navigation dans les eaux litigieuses). Quoi qu'il en soit, aucune confirmation de la « Dawson letter » ne fut émise<sup>5394</sup>.

Une protestation diplomatique, formelle, émise par un fonctionnaire subalterne non autorisé n'est donc pas systématiquement vouée à l'échec. Si l'État décide de « l'endosser » ou de l'assainir, cette protestation imparfaite peut être validée *a posteriori*. Ce sont parfois les circonstances qui permettent de prendre en compte une protestation émise par un auteur non autorisé (si la protestation est claire, ferme, voire répétée, l'État adverse ne peut pas prétendre ignorer l'opposition qui est ainsi manifestée, il prend de *bonne foi* conscience d'un courant contestataire).

L'affaire *Norstar* illustre le rôle étendu de la bonne foi dans la protestation. L'Italie contestait l'existence d'un différend avec le Panama au motif que les protestations avaient été émises par un représentant non autorisé :

« S'agissant des communications reçues par l'Italie de M. Carreyó, l'Italie affirme que celles-ci “ne pouvaient être présumées provenir d'un représentant étatique autorisé à mettre en cause la responsabilité de l'Italie”

<sup>5393</sup> *The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States)*, Sentence du 20 octobre 1903, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XV, p. 525, § 5.

<sup>5394</sup> *Ibid.*



et “n’étaient pas juridiquement de nature à causer un différend interétatique avec l’Italie.” Selon l’Italie, “ce n’est pas aux communications diplomatiques du Panama que l’Italie n’a pas répondu, c’est tout simplement à M. Carreyó puisque ce dernier n’était pas investi du pouvoir de négocier avec l’Italie au sujet des faits de l’espèce” »<sup>5395</sup>.

Par conséquent, le Panama n’aurait *jamaïs* protesté et aurait renoncé à sa demande de réparation.

Dans une première période (2001-2004), l’Italie n’a reçu de communications que de M. Carreyó, et ce dernier n’aurait pas attesté de sa qualité de représentant officiel du Panama<sup>5396</sup>. Ce serait en 2004 que M. Carreyó aurait fait connaître à l’Italie son autorisation officielle<sup>5397</sup>. Entretemps, M. Carreyó n’avait présenté qu’une signature certifiée par un notaire du Panama, ce qui laissait penser à l’Italie qu’il agissait à titre privé comme simple avocat, plutôt que comme représentant d’un État<sup>5398</sup>. Cette période est la plus problématique, le *contenu* et la *clarté* des communications sont aussi sujets à caution<sup>5399</sup>.

L’Italie argumente par exemple que l’avocat ne disposait que du pouvoir d’agir dans le cadre d’une prompte mainlevée, et non sur le plan diplomatique général ; par conséquent, les communications n’auraient pas pu cristalliser un différend<sup>5400</sup>. Certaines communications du Panama de 2004 et de 2005 ne faisaient que répéter les pouvoirs de M. Carreyó<sup>5401</sup>. Dans ces circonstances, l’Italie n’était pas en mesure de prendre connaissance de l’*existence* d’un différend : l’avocat apparaissait comme un représentant non autorisé et ses demandes ne mentionnaient pas les droits violés par l’Italie<sup>5402</sup>.

De son côté, le Panama affirme que l’existence d’un différend était suffisamment enracinée dans les communications, l’attitude de l’Italie, et le fait que cette dernière n’ait pas daigné répondre<sup>5403</sup>. Comme une simple divergence d’attitude suffit pour prouver l’existence d’un différend, les éléments du cas démontrent cette opposition, une réaction de

<sup>5395</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, p. 19, § 66.

<sup>5396</sup> *Ibid.*, p. 19, § 67.

<sup>5397</sup> *Ibid.*, p. 20, § 69.

<sup>5398</sup> *Ibid.*, pp. 19-20, § 68.

<sup>5399</sup> *Ibid.*, pp. 20-21, §§ 70-73.

<sup>5400</sup> *Ibid.*, p. 20, §§ 70-71.

<sup>5401</sup> *Ibid.*, pp. 20-21, § 72.

<sup>5402</sup> *Ibid.*, p. 21, § 73.

<sup>5403</sup> *Ibid.*, pp. 21-22, §§ 74-76.

l'Italie s'imposait, mais elle est restée coite<sup>5404</sup>. Au sujet des pouvoirs de représentations de M. Carreyó, le Panama allègue qu'il a fait parvenir une lettre en 2000 au greffier du TIDM qui autorisait le susnommé à agir pour toutes les étapes de la procédure relative au *Norstar*<sup>5405</sup>. Ensuite, en 2004 et 2005, le Panama a expressément communiqué à l'Italie – qui en a accusé réception – la nomination de M. Carreyó en tant que représentant<sup>5406</sup>. L'Italie n'aurait donc aucune raison de rejeter les communications postérieures aux années 2004-2005 ; depuis cette époque, elle était aussi en mesure de prendre conscience que les communications précédentes (2001-2004) portaient connaissance d'un différend<sup>5407</sup>.

La solution et les considérations du TIDM suivent. Tout d'abord, une lettre de 2001 est mentionnée : M. Carreyó s'adresse au ministre des Affaires étrangères et annonce lui-même représenter officiellement le Panama<sup>5408</sup>. Par la suite, et dès 2004, tant le Panama que M. Carreyó ont multiplié les lettres confirmant l'autorisation d'agir à titre officiel comme représentant du Panama<sup>5409</sup>. Le TIDM admet qu'une personne privée puisse officiellement représenter l'État<sup>5410</sup>, mais cette autorisation doit émaner de l'État lui-même :

« Le Tribunal est toutefois d'avis que pour que les communications adressées à un État au nom d'un État par un avocat exerçant dans un cabinet privé soient opposables au premier État, il faut que celui-ci soit dûment informé du pouvoir de représentation de l'État conféré audit avocat. En conséquence, la simple référence faite dans une lettre par une personne privée au pouvoir à elle conféré par l'État peut ne pas suffire. [...] Le Tribunal conclut que c'est au Panama qu'il revenait de décider d'autoriser M. Carreyó à communiquer en son nom avec l'Italie concernant les questions découlant de l'immobilisation du navire »<sup>5411</sup>.

Les notes verbales de 2004 et 2005, qui émanaient directement du Panama et qui confirmaient à l'Italie la qualité « officielle » de M. Carreyó, étaient aptes à ratifier les protestations précédemment émises et à faire connaître à l'Italie une opposition de vue<sup>5412</sup>. Dans ces circonstances, l'absence de réaction de l'Italie suffit à concrétiser le différend<sup>5413</sup>.

<sup>5404</sup> *Ibid.*, p. 22, § 77 (en référence à la jurisprudence de la CIJ).

<sup>5405</sup> *Ibid.*, p. 22, § 78.

<sup>5406</sup> *Ibid.*, pp. 22-23, §§ 79-80.

<sup>5407</sup> *Ibid.*, p. 23, § 82.

<sup>5408</sup> *Ibid.*, p. 24, § 87.

<sup>5409</sup> *Ibid.*, p. 25, §§ 89-92.

<sup>5410</sup> *Ibid.*, p. 26, § 93.

<sup>5411</sup> *Ibid.*, p. 26, §§ 94-95.

<sup>5412</sup> *Ibid.*, pp. 26-27, §§ 96-97.

<sup>5413</sup> *Ibid.*, p. 27, § 98 : l'Italie a simplement accusé réception de la note de 2005, les communications ultérieures sont restées sans réponse.

Le raisonnement s'inscrit dans la droite ligne de la « Dawson letter » évoquée *supra* : une protestation émise par un représentant non autorisé ou par un fonctionnaire officiel qui ne dispose pas du pouvoir d'engager l'État sur la scène internationale n'est pas valide, elle est *incapable* de faire valablement connaître à l'État adverse l'opposition de vue. Elle ne peut pas – initialement du moins – modifier la connaissance de l'État adverse qu'une de ses prétentions est contestée. Les notes verbales du Panama jouent le rôle de « ratification subséquente » d'un acte accompli sans autorisation ; ces protestations ultérieures de 2004 et 2005 confirment que le Panama est solidaire des tentatives de protestations de M. Carreyó. Par conséquent l'Italie est immédiatement au courant de l'opposition de vue, dès cette confirmation.

La bonne foi est un critère d'appréciation des actes de M. Carreyó entre 2001 et 2004 : comment l'Italie pouvait et devait comprendre ces « protestations » ? Dans ces circonstances, M. Carreyó apparaissait comme un avocat *privé* qui s'autoproclamait représentant du Panama. L'Italie était donc fondée à ne pas donner suite à une protestation qui s'inscrivait hors du cadre diplomatique habituel. Cependant, cette incertitude de 2001 à 2004 ne déploie que des effets relatifs, temporaires : le contenu lui-même des protestations de M. Carreyó est avalisé dès 2004 et il n'est pas nécessaire que le Panama réitère tout ce que l'avocat avait entrepris. Ainsi, l'assainissement de 2004 *retroagit* sur le contenu des protestations<sup>5414</sup> : une seule communication de M. Carreyó se référait à l'article 283 UNCLOS<sup>5415</sup>, le Panama n'avait pas mentionné à nouveau cet article dans sa correspondance ultérieure à 2004. Le TIDM considère que la référence à l'article 283 contenue dans la correspondance de l'avocat suffit<sup>5416</sup>. Les lettres de l'avocat pendant la période d'incertitude participent à la protestation de l'État, elles sont intégrées dans l'examen d'ensemble des positions respectives des parties.

En conclusion, le cercle des auteurs d'une protestation diplomatique ne se limite pas qu'à la troïka et aux fonctionnaires disposant des compétences pour engager l'État sur la scène internationale. Ce cercle s'étend exceptionnellement aux fonctionnaires subalternes qui ne disposent pas de compétence sur la scène internationale et aux personnes

<sup>5414</sup> *Ibid.*, pp. 47-53.

<sup>5415</sup> *Ibid.*, p. 47, § 182 : « L'Italie précise que la seule communication qui fasse référence à l'article 283 de la Convention est la lettre du 3 août 2004, envoyée par M. Carreyó sur son papier à en-tête personnel, avant même que l'Italie soit avisée qu'il était investi d'un quelconque mandat de représentation du Gouvernement ».

<sup>5416</sup> *Ibid.*, p. 52, §§ 209-210.

privées, mais officiellement mandatées par l'État. Exceptionnellement, car l'État doit « ratifier » la protestation émise hors du cadre habituel, par exemple en reprenant la protestation à son compte ou en ratifiant le pouvoir de représentation incertain du fonctionnaire. L'avantage d'une telle « ratification » est que l'État bénéficie du contenu des protestations précédemment émises. Du côté de l'État qui reçoit une protestation « imparfaite », ce n'est que si de bonne foi le « défaut » n'apparaît pas objectivement que cette protestation pourra produire des effets. La conjonction avec des protestations en actes de l'État peut également contribuer à assainir les protestations « défectueuses ». En fonction des domaines touchés, une protestation en actes peut être exercée sur le terrain, par exemple en procédant à la navigation de bâtiments militaires dans des eaux contestées.

(ii) *Les protestations en actes*

Les protestations « en actes » – parfois appelées protestations tacites – consistent à réagir sur le terrain. Celle que l'on considère ici est une protestation en actes dénuée et déconnectée d'une protestation diplomatique antérieure (auquel cas la protestation en actes est considérée comme la mise en œuvre de la protestation diplomatique). Ce type de protestation en actes n'est pas toujours possible ; si un État veut éviter de perdre le droit d'invoquer une erreur (art. 45, lit. b en conjonction avec l'article 48 CVDT), il ne peut pas simplement cesser l'exécution du traité, car cela consisterait en une violation de ses dispositions (art. 65 CVDT)<sup>5417</sup>.

*Clipperton* illustre une protestation « en actes » (inefficace en raison du moment de son accomplissement, et non de sa forme)<sup>5418</sup> :

« [L]e Mexique [...] considérait que Clipperton était un territoire lui appartenant depuis longtemps, envoya sur les lieux une canonnière, le *Democrata*, poussé à cela par la nouvelle, reconnue ensuite inexacte, que l'Angleterre avait

<sup>5417</sup> H. KRIEGER, « Article 65 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., pp. 1147-1148. Toutefois, l'article 65, § 5 CVDT prévoit que : « Sans préjudice de l'article 45, le fait qu'un État n'ait pas adressé la notification prescrite au paragraphe 1 ne l'empêche pas de faire cette notification en réponse à une autre partie qui demande l'exécution du traité ou qui allègue sa violation ». La signification de ce paragraphe est que l'État qui cesse d'exécuter le traité peut *tout de même* invoquer la cause de nullité lorsque son adversaire en exige l'exécution. Ce n'est que la notification au sens de l'article 65, § 1 CVDT qui vaut véritablement comme protestation. Voy. : H. KRIEGER, *ibid.*, pp. 1149-1150, § 50.

<sup>5418</sup> *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1108-1109 : la France avait déjà communiqué et revendiqué sa prise de possession.

des visées sur l'île. Le détachement d'officiers et de marins, débarqué dudit navire le 13 déc. 1897, retrouva les trois personnes qui résidaient dans l'île lors de la précédente arrivée du navire français ; il leur fit amener le drapeau américain et hissa à la place le drapeau mexicain » <sup>5419</sup>.

Le Mexique exprime clairement sa souveraineté et élève une protestation contre n'importe quelle prétention adverse. Qui est l'auteur de la protestation ? La sentence n'aborde pas cet aspect, le Mexique ordonne la visite, probablement sur décision d'un ministre ou d'un représentant faisant partie du sommet de l'État. Il ne fait pas de doute que la protestation est valablement décidée. La question de l'efficacité d'une protestation en actes glisse sur sa communication. La protestation en actes n'est apte à remplir son but que si elle est suffisamment notoire.

Fondamentalement, la question de l'auteur d'une protestation en actes s'articule autour de trois considérations interdépendantes : bonne foi, preuve, et communication. Bonne foi tout d'abord car l'État qui tente de bénéficier d'un acquiescement et qui se heurte à une opposition de terrain sera placé dans des conditions optimales pour savoir que son adversaire proteste. Preuve ensuite : ce n'est que la forme externe d'une protestation en acte qui est immédiatement connue. Communication finalement car une protestation en actes, pour être efficace et parvenir à la connaissance de l'adversaire, doit être notoire <sup>5420</sup>.

La question de la preuve de l'auteur de la protestation en actes nous amène à une bipartition : 1) l'État peut démontrer que ce comportement a été décidé par un membre de la « troïka » ou par un fonctionnaire habilité à engager l'État sur la scène internationale dans son domaine de compétence. 2) L'État est incapable d'apporter cette preuve *ou* la protestation est accomplie par un fonctionnaire subalterne qui ne dispose pas de pouvoirs de représentation sur la scène internationale. Dans le premier cas, nous sommes face à une véritable protestation à laquelle on devrait accorder autant de poids qu'à une protestation diplomatique en bonne et due forme. Dans le second cas, il est plus périlleux d'y voir une véritable contestation. Par analogie aux différends territoriaux, les tribunaux considèrent souvent que des actes effectués sur le terrain par des fonctionnaires subalternes ne sont pas accomplis à titre de souverain <sup>5421</sup>.

<sup>5419</sup> *Ibid.*

<sup>5420</sup> Voy. par analogie *supra*, Ch. 5.III.D.

<sup>5421</sup> *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec. 1959*, p. 229.

Deux solutions sont envisageables afin d'octroyer un effet aux protestations en actes accomplies par des fonctionnaires subalternes : a) On pourrait y appliquer un régime d'« assainissement » ou de « ratification subséquente ». Une protestation en acte serait reconnue de manière rétroactive comme une véritable protestation si l'État l'endosse, la notifie ou la répète. b) Une autre option est, plus modestement, de moduler l'effet de ces « protestations ». Plutôt que de tenter de les hausser à tout prix au rang des protestations diplomatiques et expresses, nous pouvons considérer que leur effet minimum est de faire obstacle à la constitution d'un « fil rouge ». Cette dernière option semble la plus en phase avec la jurisprudence consultée dans la présente partie <sup>5422</sup>.

Les dynamiques qui président à une protestation et à une prétention partagent de nombreux points communs, comme un exemple en partie hypothétique permettra de s'en convaincre. En mai 2021, trois géographes amateurs constatent qu'une borne matérialisant la frontière franco-belge a été déplacée de quelques mètres au détriment de la France. Il s'avère que le propriétaire du terrain sis en Belgique est à l'origine de ce déplacement. Les mairies respectives des deux communes sont au courant de ce déplacement et en pourparlers pour trouver une solution. L'« affaire » est amplement relayée dans les médias des deux États <sup>5423</sup>. Le Maire de la commune belge a sommé le propriétaire de remettre la borne en place, au risque de voir « le ministère [belge] des affaires étrangères [...] s'en mêler » <sup>5424</sup>.

Est-on en présence d'une prétention de la Belgique ? La France doit-elle protester contre le déplacement de la borne ? Quelle est la valeur *internationale* de l'acte du propriétaire belge <sup>5425</sup> ? En l'état actuel, il semblerait qu'il n'y ait pas de prétention de la

<sup>5422</sup> Les protestations en actes ne sont pas évoquées dans la jurisprudence. Par contre, tous les comportements des États parties à l'acquiescement peuvent contribuer à l'établissement ou à l'anéantissement du « fil rouge ».

<sup>5423</sup> Articles du *Figaro* du 5 mai 2021 (<https://www.lefigaro.fr/international/en-belgique-un-propretaire-repousse-la-frontiere-avec-la-france-20210505>) ; de BFMTV du 6 mai 2021 ([https://www.bfmtv.com/grand-lille/la-frontiere-entre-la-belgique-et-la-france-deplacee-accidentellement-de-quelques-metres\\_AD-202105060281.html](https://www.bfmtv.com/grand-lille/la-frontiere-entre-la-belgique-et-la-france-deplacee-accidentellement-de-quelques-metres_AD-202105060281.html)) ; du *Soir* du 5 mai 2021 (<https://soirmag.lesoir.be/370249/article/2021-05-05/un-belge-agrandit-son-terrain-et-repousse-la-frontiere-avec-la-france-video>) ; et de *L'Avenir* du 4 mai 2021 ([https://www.lavenir.net/cnt/dmf20210504\\_01577715/comment-la-belgique-s-est-agrandie-a-cause-d-un-agriculteur](https://www.lavenir.net/cnt/dmf20210504_01577715/comment-la-belgique-s-est-agrandie-a-cause-d-un-agriculteur)). Ces articles ont été consultés le 7 mai 2021.

<sup>5424</sup> Article de *L'Avenir* du 4 mai 2021.

<sup>5425</sup> Le déplacement de borne est généralement punissable en droit interne (cf. art. 268 CP).

Belgique, cette dernière demandant la remise en état de la borne. En contrepartie, il n'est pas nécessaire que la France proteste. De plus, « l'auteur » est un particulier, il ne peut pas formuler de prétention au nom de l'État. De bonne foi, les deux États peuvent considérer que leurs droits respectifs et leur souveraineté demeurent inchangés. Mais quid si la situation perdure, si la borne n'est pas remise en place, si la Belgique ne condamne pas l'acte du propriétaire, si la France proteste en remettant la borne en place ?

Une « prétention en acte » défectueuse car l'auteur est une personne privée, ressemble fortement à sa consœur la protestation en acte, défectueuse elle aussi si l'auteur n'est pas un représentant officiel de l'État. Ce déplacement de borne d'apparence anodine pourrait constituer le point de départ d'un acquiescement (prétention). Une reprise à son compte de la prétention par la Belgique n'est pas exclue. Du côté de la France, une protestation deviendrait nécessaire si la situation perdure, si les contacts entre autorités locales (mairies respectives) n'aboutissent pas à une solution.

#### 4. *Synthèse*

La protestation est partagée entre considérations générales et particulières. La protestation est une institution du droit international *général*, elle est traditionnellement présentée comme un des cinq actes juridiques unilatéraux. Parfois, elle est assimilée à d'autres actes, comme la reconnaissance ou la renonciation, voire la notification. Ce cadre est pertinent pour comprendre la place de la protestation dans l'acquiescement. Leur relation est généralement présentée comme une opposition frontale ; l'absence de protestation serait un synonyme d'acquiescement. Si acquiescements et protestations sont antagonistes, ils ne sont pas pour autant *dépendants* l'un de l'autre. Au contraire : un acquiescement peut se matérialiser malgré la protestation, ou échouer malgré l'absence de protestation. Deux « hauts faits » sont à mettre au crédit de la protestation dans le cadre de sa relation à l'acquiescement : elle permet de sauvegarder la volonté étatique et elle établit une vérification par comparaison de ce qui est raisonnablement exigible en termes de réaction. Pour les tribunaux et le raisonnement juridique, l'intérêt de la protestation, et plus particulièrement de son absence, est de mettre en exergue que la capacité de l'État à réagir

n'a pas été exercée (une protestation était *possible*, mais n'a pas été exprimée). Dans cette optique, l'absence de protestation joue le rôle de critère supplémentaire afin de corroborer un acquiescement.

Comment fonctionne l'institution générale de la protestation dans le cadre *particulier* de l'acquiescement ? Différents types de protestations sont possibles (diplomatiques, par actes concluants, en actes). La protestation s'affirme comme l'inverse de la prétention, qu'elle cherche à nier. La protestation provoque la connaissance de l'opposition à la prétention dans le chef de l'État : *elle change le cadre de référence des relations des parties*. La chronologie, tout autant que la force et la répétition de la protestation, sont des facteurs de succès importants. Plus la protestation intervient tôt après l'émission de la prétention, plus elle est réitérée et claire, meilleures sont les chances d'empêcher l'acquiescement. Globalement, nous distinguons trois moments de la protestation : prompte, elle empêche l'acquiescement de se développer ; opportune, elle peut empêcher son affermissement définitif ; tardive, elle ne peut que mettre fin à la période d'acquiescement et cristalliser le différend. L'efficacité de la protestation est fonction des comportements d'acquiescements auxquels elle s'oppose ; si de nombreux actes sont effectués et répétés, la protestation devra adapter sa force pour conserver une chance d'interrompre l'acquiescement. La protestation idéale consiste à émettre une protestation diplomatique (notifiée), à la répéter et à l'assortir d'actes qui mettent en œuvre l'opposition (si cela est possible et licite). En deçà de cette forme idéale une protestation plus discrète, « en actes » accomplis sur le terrain est envisageable. Son effet n'est pas de geler définitivement les positions des parties comme sa consœur la protestation diplomatique, mais, plus modestement, de faire obstacle à la constitution du « fil rouge »<sup>5426</sup>.

Finalement chaque domaine d'application de l'acquiescement oriente encore la protestation. L'acquiescement est parfois codifié, et la protestation avec elle : ainsi de « l'objection » de l'article 20, § 5 CVDT. L'objection persistante dans la coutume est elle aussi un usage particulier de la protestation. L'influence du domaine sur l'acquiescement et la protestation a pour conséquence que, parfois, la protestation doit être exprimée par des canaux particuliers, ou par des actes. Une protestation diplomatique est ainsi sans pertinence

---

<sup>5426</sup> Chaque nouveau comportement dénotant l'acquiescement doit rencontrer une opposition manifestée sur le terrain. Dans le cadre de différends territoriaux, l'administration « adverse » du territoire litigieux constituerait une protestation « en actes ».



quand le but est de s'élever contre la décision d'un tribunal étranger<sup>5427</sup>. Au travers de l'examen de la protestation, c'est un miroir à l'ensemble des conditions de fonctionnement de l'acquiescement qui est tendu.

### VIII. *Synthèse : les éléments de l'acquiescement et leur articulation*

Ce chapitre est divisé en 7 parties : les auteurs (I), le temps (II), la prétention (III), la connaissance (IV), la charge de réagir (V), la faculté de répondre (VI) et le comportement (VII). Certains éléments participent à l'acquiescement sans avoir la dignité d'une condition : ils sont simplement *présents*. Il en va ainsi des auteurs et du temps. À l'inverse, il existe une articulation, une chronologie processuelle qui débute dans l'émission d'une prétention, se poursuit dans sa connaissance, et donne finalement naissance à une charge de réagir. La faculté de répondre est *parfois* examinée, elle sert de « soupape de sûreté »<sup>5428</sup>. Le comportement est partie prenante de, et s'intègre à, l'ensemble du processus. L'acquiescement n'est validé que si un « fil rouge » univoque peut être identifié. Nous ne donnerons ici que les caractéristiques essentielles de chacun des éléments et conditions de l'acquiescement.

Les auteurs : en tant que principe général, l'acquiescement traverse l'ensemble de l'ordre juridique international. Toutes les combinaisons sont donc possibles : acquiescement interétatique, interorganisations, entre un État et une organisation, interne à l'organisation (entre membres, organes, fonctionnaires). Les entreprises et les privés sont parfois parties à l'acquiescement. L'identification des auteurs est importante dans une perspective de « *res inter alios* » : il s'agit de définir exhaustivement les acteurs qui participent à l'acquiescement et qui seront concernés par ses effets. En dehors de cette hypothèse, l'identification s'opère assez naturellement, c'est aussi pour cette raison que les auteurs ne sont pas une véritable « condition », mais plutôt un prérequis de l'acquiescement. En cas d'acquiescement interétatique ou émanant d'un

---

<sup>5427</sup> EVRI, *Affaire concernant Pacific Mail Steamship Company c. Colombia*, décision du surarbitre, 8 août 1865, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXIX, pp. 118-119.

<sup>5428</sup> Voy. not. *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, § 79.

État, la question cruciale est celle d'identifier les organes qui ont accompli des comportements. Trois strates apparaissent : le sommet (la « troïka »), l'échelon intermédiaire (ministres, diplomates, hauts fonctionnaires), l'échelon subalterne (employés, fonctionnaires « de terrain »). Une double hiérarchie « déclarations > comportements » ; « sommet de l'État > base de l'État » se dessine. Les actes exprès des plus hautes autorités sont préférés aux comportements des fonctionnaires subalternes pour évaluer la présence ou l'absence d'acquiescement. Cette double hiérarchie présente un autre mérite : en cas de discrédit au sein d'un État (comportements contradictoires entre les diverses strates du pouvoir), la priorité est généralement accordée aux activités des plus hautes autorités. La question de la valeur à accorder à un comportement accompli par un organe en dehors de ses prérogatives (actes « *ultra vires* ») se pose également. Un tel comportement peut-il prendre part à l'acquiescement ? La réponse est positive dans les limites de la bonne foi : si l'écart était aisément reconnaissable, il ne peut donner lieu à l'acquiescement.

Le temps : il s'agit d'un prérequis, d'un élément indispensable à l'acquiescement, mais qui n'en constitue pas une condition. Il est comparable à une scène de théâtre sur laquelle l'acquiescement prend nécessairement place. Le temps se lie aux autres conditions, il permet de déduire une connaissance présumée, de délimiter une absence de réaction<sup>5429</sup>, mais il n'a pas de légalité propre : il n'existe pas un seuil temporel au-delà duquel l'acquiescement est automatiquement et systématiquement validé. Un temps long offre de multiples occasions de réagir, que ce soit pour affirmer une prétention ou, au contraire, protester et éviter l'acquiescement. Le temps présente un intérêt crucial pour l'acquiescement car il délimite le début, la durée et la fin de ce que nous avons nommé la ligne (ou période) d'acquiescement. C'est uniquement pendant cette durée que les diverses interactions (comportements) des parties seront pertinentes afin d'évaluer la réalisation de l'acquiescement. Le point initial (*dies a quo*) résulte de la première interaction significative des parties (émission de la prétention, réception et/ou réaction à celle-ci). Le point final résulte de la dernière interaction (*dies ad quem*) à partir

<sup>5429</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, § 51 et les références citées : « Dans l'appréciation de l'absence de réaction, le temps peut être un facteur important [...] ».

de laquelle les positions des parties n'évoluent plus. Les notions de dates critiques et de cristallisation de la présence d'un différend contribuent à identifier le terme de la période d'acquiescement. En dehors des deux bornes temporelles du *dies a quo* et *dies ad quem*, les comportements n'ont pas d'influence directe sur la réalisation de l'acquiescement. Trop tôt, ils ne contribuent pas à l'élucidation de la position commune des parties ; trop tard, ils ne peuvent pas empêcher l'acquiescement ou, alternativement, ils ne font que confirmer la position pertinente pendant la durée de réalisation (à l'exemple des effectivités postérieures à la date critique).

La prétention : première véritable condition à l'acquiescement, son identification marque le début de la période d'acquiescement. Elle doit *exister*, posséder un *contenu* identifiable et éligible à l'acquiescement, être notoire et publique. Une prétention peut être manifestée par des déclarations et des comportements voire, dans des circonstances très particulières, par des omissions<sup>5430</sup>. La prétention doit être susceptible d'être traduite sur le plan juridique : par opposition aux simples intérêts – et bien que la différence puisse être délicate – l'acquiescement ne concerne que des droits. L'empire de l'acquiescement n'est pas sans bornes : dans sa limite supérieure, les normes de *ius cogens* sont en principe immunisées contre l'acquiescement. Dans sa limite inférieure, l'acquiescement est inutile ou redondant lorsque la prétention concerne des droits liés à la personnalité de l'État, des droits dont l'exercice est discrétionnaire, ou tout simplement des prétentions qui sont en adéquation avec l'ordre juridique international. Le terrain de jeu privilégié de l'acquiescement s'enracine dans une « zone grise » juridique et/ou factuelle, une situation où les droits et obligations ont été mis en péril, sont incertains, font l'objet de contestations. Pour emprunter les termes de A. Marie, il existe « une incertitude sur le rapport de droit ». Une prétention peut parfaitement être illicite au sens de la responsabilité internationale. Une prétention doit être suffisamment communiquée pour s'élever sur la scène internationale. Cette condition évite que des actes qui ne présentent pas une notoriété suffisante puissent participer à l'acquiescement.

<sup>5430</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, p. 222, § 37. Le Kenya soutient que le premier élément de l'acquiescement consiste en « un comportement ou une omission de la part de l'État qui soit indicatif de ses vues quant au contenu de la règle de droit applicable ». Une prétention est formulée par omission quand et si un État s'abstient d'agir *lorsque son action est normalement attendue*.

La connaissance : cette condition occupe une place centrale dans la structure ternaire de l'acquiescement (prétention-connaissance-charge de réagir). En amont, elle s'enracine dans la prétention, qui est son objet. En aval, elle donne naissance à la charge de réagir, c'est-à-dire au repère qui permet de valoriser les comportements et omissions. La connaissance rejoint par certains aspects la notoriété de la prétention ; seule une prétention notoire est susceptible d'être connue. Comme les conditions de l'acquiescement ne s'analysent que rarement de manière séparée, ce chevauchement n'a rien d'anormal. La préférence des tribunaux va généralement à l'analyse de la connaissance. La connaissance peut soit être réelle (ou « effective »)<sup>5431</sup> soit présumée (ou construite, déduite, *constructive*). La connaissance est réelle lorsque la prétention est notifiée ou que l'État réagit (par une protestation). Dans ces hypothèses, la condition de la connaissance ne présente pas de difficultés particulières. À l'inverse, si l'État adverse ne réagit pas ou que la prétention n'est pas notifiée, comment procéder afin d'estimer si la connaissance présumée est satisfaite ? Les tribunaux font assaut d'ingéniosité, les circonstances du cas donnent le cadre de référence. Il n'existe pas une manière unique de procéder mais des indices, qui, s'ils s'additionnent, entraînent une présomption de connaissance : la comparaison avec un État raisonnable placé dans les mêmes circonstances, les informations effectivement disponibles, les informations accessibles en faisant preuve de diligence, le passage du temps, la répétition de la prétention, le caractère notoire de la prétention, les occasions de protester.

La charge de réagir : cette condition est généralement perçue comme peu autonome de la connaissance. Nous avons pris le parti d'analyser la charge de réagir car c'est son existence, et non celle de la connaissance, qui permet de valoriser les comportements et omissions ultérieures des États parties à l'acquiescement. Un État viole sa charge de réagir quand il ne fait pas percevoir son opposition à la prétention : le détail dépend de la force avec laquelle la prétention est assénée, de son domaine juridique, des comportements qui l'entourent. La charge de réagir sera satisfaite si l'État se distancie suffisamment de la prétention, si son comportement ou ses déclarations (et dans l'idéal ses protestations) empêchent de construire un « fil rouge », une

---

<sup>5431</sup> *Ibid.*

attitude convergente. La charge de réagir existe aussi longtemps que dure la période d'acquiescement. La charge de réagir ménage une échappatoire à la volonté étatique : en protestant clairement et expressément (par des écrits, des déclarations), l'État peut faire échouer l'acquiescement.

La faculté de répondre : elle correspond au « loqui *potuisset* » de la maxime. Malgré l'existence d'une prétention, sa connaissance, et la charge de réagir, l'État peut échapper à l'acquiescement s'il est dans une situation de gêne ou de contrainte. L'État qui craint que sa réaction défensive attire des conséquences néfastes peut légitimement rester silencieux de manière passagère : il doit néanmoins tout mettre en œuvre pour faire connaître son désaccord. De la même manière, un État qui traverse une période de gêne ne pourra s'en prévaloir que pendant la durée de ces troubles (guerres civiles, succession d'États, CANI)<sup>5432</sup>.

Le comportement : il s'agit des omissions et actions des États. Le comportement n'est pas une « condition » au même rang que le trio prétention-connaissance-charge de réagir, mais il est inévitable pour qu'un acquiescement existe. Les comportements peuvent être pauvres et espacés, la prétention initiale constitue simultanément un comportement, mais elle est principalement approchée sous l'angle d'une interaction initiale de l'acquiescement, d'une revendication. Inversement, chaque comportement de l'État qui souhaite bénéficier de l'acquiescement constitue une répétition de la prétention initiale, mais est analysé sous l'angle du comportement. Le comportement est donc inévitable, il est omniprésent dans l'acquiescement. Le comportement doit manifester un « fil rouge » univoque qui doit pouvoir être interprété et perçu comme une solidarisation avec la prétention. Les États peuvent par exemple accomplir des comportements « convergents et parallèles » (chaque État effectue des actes indépendants qui s'orientent dans la même direction) ou établir un dialogue (les réactions de A s'entrelacent aux actions de B). Prétention, connaissance et charge de réagir sont réactivées par chaque comportement. Le comportement comprend toutes les activités étatiques au sens large : il peut s'agir de l'édiction de lois internes, de leur mise en œuvre, d'actes discrétionnaires accomplis sur la scène internationale, d'actes illicites, de notes diplomatiques, voire, dans certaines circonstances, de l'activité de particuliers.

---

<sup>5432</sup> *Ibid.*, p. 30, § 79.

Le comportement peut aussi consister en une omission : n'étant pas une action positive, il faut faire appel à d'autres critères pour la mettre en lumière. C'est en se référant aux circonstances, à la charge de réagir, aux occasions de réagir, au domaine juridique en cause, au passage du temps, qu'une omission peut être identifiée et construite.

Le comportement comprend également la *protestation* de l'État potentiellement lésé. Il s'agit de l'anti- ou contre-comportement par excellence. La protestation n'est *pas* une condition à l'absence d'acquiescement. C'est un raccourci facile et abusif de considérer que son absence débouche nécessairement sur le constat d'acquiescement. L'importance de la protestation dans l'acquiescement ne saurait cependant être négligée : en tant que barrière volontariste au processus d'acquiescement, les États se font fort de protester à tout propos ou, au contraire, de souligner l'absence de protestation de leur adversaire. La protestation consiste en un acquiescement en creux ou à contre-jour, son propre déroulement fait largement écho aux éléments de l'acquiescement. La protestation est soit exprès, soit tacite ou implicite. Dans le premier cas elle se formule par des déclarations, des écrits, des discours. Dans le second, l'existence d'une protestation découle de l'accomplissement d'un autre acte. L'envoi de soldats sur un territoire en réponse à un empiétement indique une protestation tacite ; la saisine de la Cour indique la présence d'un différend et une opposition de principe. La jurisprudence analyse en priorité les protestations explicites. Les protestations tacites et implicites se distinguent peu des protestations « en actes » accomplies par des fonctionnaires de terrain. Les actes de ces derniers ne sont pas directement perçus comme des protestations mais sont de nature à faire échouer l'acquiescement en raison d'une absence de « fil rouge » des comportements.

L'articulation générale esquissée est susceptible de modifications, d'appropriations par chaque domaine juridique qui utilise l'acquiescement. Cette appropriation, qui résulte en un infléchissement de l'archétype de l'acquiescement est particulièrement sensible dans les concrétisations conventionnelles. Ainsi, les formes d'acquiescements-attributifs de l'article 28 CPI et de l'article 2 de la Convention contre les disparitions forcées ne laissent pas transparaître la condition de la prétention, ils se préoccupent principalement de la connaissance. Une condition du processus

peut s'hypertrophier et phagocyter ou plonger dans l'ombre les autres éléments de l'acquiescement. À l'inverse, un élément qui n'est normalement pas une condition – comme le temps – peut acquérir une importance prépondérante (art. 20, § 5 CVDT).





## CHAPITRE VI LES EFFETS DE L'ACQUIESCEMENT

### I. *Introduction*

Une fois les conditions d'existence de l'acquiescement réunies, quelles modifications entraîne-t-il dans la situation juridique des parties ? Nous avons jusqu'à présent mentionné trois effets possibles : la création, la modification, et la suppression (ou extinction) de droits ou d'obligations. Il s'agira de moduler cette classification en suivant deux voies complémentaires<sup>5433</sup> qui auront pour but de dessiner l'image la plus fidèle des effets de l'acquiescement. La première voie consiste à s'intéresser aux effets, à donner une catégorisation générique des résultats de l'acquiescement (*infra*, III.B – « Les effets classifiés »). La seconde consiste à adopter une approche « nominaliste » ou « individualiste » : l'effet de chaque acquiescement est unique (*infra*, III.C – « Les effets par domaine »).

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il conviendra de recadrer la question des effets de l'acquiescement par rapport à sa nature juridique et ses concrétisations (II. – « Considérations générales et cadre théorique »). Nous concevons l'acquiescement comme un principe général, et en même temps comme un fait juridique : il suffit de remplir ces conditions pour que l'effet survienne. L'acquiescement est pourtant largement comparé à un consentement – cette assimilation est intéressante afin d'obtenir une première approximation de ses effets.

Pour terminer, nous présenterons la nouvelle situation juridique qui découle de l'acquiescement (IV.). Cette dernière section clarifiera certaines assimilations de l'acquiescement à l'*estoppel*, à la renonciation, et à la reconnaissance.

---

<sup>5433</sup> Nous préciserons *infra* les interactions entre ces deux catégories : III.A – « Comment aborder les effets de l'acquiescement ? ».

## II. Considérations générales et cadre théorique

### A. L'acquiescement comme principe général du/de droit

Sa nature juridique est celle d'un principe général du ou de droit<sup>5434</sup>. Les PGD sont des sources de droits objectifs et subjectifs (ou « droits et obligations » dans notre nomenclature)<sup>5435</sup>. Les PGD sont plus généralement des sources de droit subjectifs dans l'acquiescement<sup>5436</sup>. Ce point de départ est toutefois à nuancer car la formation d'une coutume peut reposer sur l'acquiescement<sup>5437</sup>. Si en fin de compte c'est la *coutume* que l'on applique, l'acquiescement présidant à sa formation permet son opposabilité universelle et la conversion de la pratique en *opinio iuris*<sup>5438</sup>.

#### 1. La diversité des principes généraux

Est-il possible de dessiner les contours des effets des PGD ? *A priori* cette tâche est oiseuse pour notre propos en raison de deux limitations : (1) les PGD sont extrêmement variés, il n'existe pas de véritable unité entre eux autre que les valeurs qu'ils servent à protéger au sein de l'ordre juridique. Des ouvrages comme ceux de Cheng, Lauterpacht, et Dordeska donnent un aperçu des nombreux domaines et effets des principes<sup>5439</sup>. Ces principes peuvent aussi bien concerner la transposition d'institutions internes<sup>5440</sup>, la création d'un régime de responsabilité pour dommage à l'environnement<sup>5441</sup>, les principes de compétences et de fonctionnement des tribunaux internationaux<sup>5442</sup>, l'articulation entre normes juridiques (*lex posterior derogat generali*), ou encore l'interdiction d'un comportement (abus de droit). Ces exemples, qui concernent aussi

<sup>5434</sup> Cf. *supra*, Ch. 4.I.C et 4.II.D.

<sup>5435</sup> R. KOLB, « Principles as sources of international law », *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>5436</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>5437</sup> *Ibid.*, pp. 11-12.

<sup>5438</sup> K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>5439</sup> B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, CUP, 2006, 490 p. ; H. LAUTERPACHT, *Private Law Analogies in International Law*, Londres, Longman Green, 1927, 326 p. ; M. DORDESKA, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)*, Leyde, Brill/Nijhoff, 2018, 684 p.

<sup>5440</sup> CDI, *Deuxième rapport sur les principes généraux du droit*, Rapporteur spécial M. Vázquez-Bermúdez, Doc. A.CN.4/741, ACDI, 2020, p. 10, § 30 ; p. 25, § 78.

<sup>5441</sup> *Ibid.*, p. 45, § 135.

<sup>5442</sup> *Ibid.*, pp. 48-49, § 147.

bien les principes transposés depuis le droit interne que ceux qui appartiennent en propre à l'ordre juridique international, prouvent le peu d'unité qui règne dans les effets des PGD :

« Certains auteurs avancent également que les principes généraux du droit peuvent être non seulement une source directe de droits et d'obligations mais également un moyen d'interpréter d'autres règles du droit international ou d'étayer le raisonnement juridique. On leur attribue parfois un rôle plus abstrait, par exemple celui d'un soubassement ou d'un fondement du système juridique international ou encore d'un moyen d'en renforcer le caractère systématique »<sup>5443</sup>.

Parfois les PGD ont un domaine d'application bien délimité (droit judiciaire, droit de l'environnement), d'autres fois leur champ d'action est potentiellement illimité (*ex iniuria ius non oritur*)<sup>5444</sup>. Plutôt que de catégoriser ces différents effets, il semble plus simple d'affirmer que leur utilité est essentiellement judiciaire : ils contribuent à orienter la solution d'un cas spécifique<sup>5445</sup>.

S'accrocher à la théorisation des effets des PGD pour les appliquer à l'acquiescement s'avère donc peu fructueux. Tout au plus, cela souligne que les effets de l'acquiescement sont très amples, indéterminés<sup>5446</sup>. La jurisprudence *Golfe du Maine* se contente d'ailleurs d'indiquer :

« L'acquiescement [équivalait] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement »<sup>5447</sup>.

## 2. La concrétisation finale des principes généraux

S'intéresser aux PGD et à leur cadre théorique se heurte à une seconde limitation en raison de leur concrétisation ou « actualisation ». Bien souvent la formulation des PGD est fragmentaire, lapidaire, peu précise, voire obscure. Le principe est une force vive au sein de l'ordre juridique, il se réalise véritablement lorsqu'il est

<sup>5443</sup> *Ibid.*, pp. 7-8, § 27.

<sup>5444</sup> CDI, *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, Rapporteur spécial M. Vázquez-Bermúdez, Doc. A.CN.4/732, ACDI, 2019, p. 16, § 64 ; A. LAGERWALL, *Le principe « ex iniuria ius non oritur » en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 608 p.

<sup>5445</sup> Leur utilité dépasse de loin ce seul cadre, mais c'est le seul (ou le principal) qui nous intéresse par rapport à l'acquiescement. Pour d'autres valences, et en particulier sur le rôle de développement de l'ordre juridique, voy. : R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 799.

<sup>5446</sup> Cf. *infra*, III.C – « Les effets par domaine ».

<sup>5447</sup> *Golfe du Maine*, 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130.

concrétisé dans des règles spécifiques, dans des traités, ou à travers des coutumes<sup>5448</sup>. Les effets de l'acquiescement dépendent donc de son « dernier kilomètre ». En tant que principe général, l'acquiescement est unitaire, mais presque totalement dénué d'application : ses effets, au niveau du principe, ne peuvent donc être déterminés. Il est nécessaire de s'intéresser à ses concrétisations pour entrevoir ses effets, et éventuellement, les catégoriser.

L'acquiescement, en tant que principe général du droit, est lui-même l'émanation du principe supérieur de la bonne foi<sup>5449</sup>. L'acquiescement « normatif » se *concrétise* ensuite en une série de règles, conventionnelles ou coutumières ; il peut alternativement *participer* au fonctionnement de règles (comme la pratique sub-séquentielle ou la reconnaissance tacite).

Les travaux engagés par la CDI au sujet des principes généraux du droit s'orientent aussi dans cette direction : un *principe* transposé depuis les ordres internes est souvent l'objet de concrétisations particulières, concrétisations dont le fonctionnement est, lui, délimité. Le second rapport de la CDI de 2020 contient un projet de conclusion qui prévoit :

« DÉTERMINATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT FORMÉS DANS LE CADRE DU SYSTÈME JURIDIQUE INTERNATIONAL

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général de droit formé dans le cadre du système juridique international, il est nécessaire d'établir :

- a) que le principe est largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux ;
- b) *que le principe est au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ;* ou
- c) que le principe est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international »<sup>5450</sup>.

Le 2<sup>e</sup> rapport donne des précisions sur la lit. b, l'enjeu de ce projet de conclusion est de prouver de manière commode la transposition d'un principe interne au niveau international<sup>5451</sup>. Si un principe se retrouve dans des traités ou des coutumes, c'est bien la preuve que la transposition a eu lieu<sup>5452</sup>.

<sup>5448</sup> R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 799, § 417.

<sup>5449</sup> *Ibid.*, p. 234, § 92.

<sup>5450</sup> CDI, *Deuxième rapport sur les principes généraux du droit*, Rapporteur spécial M. Vázquez-Bermúdez, Doc. A.CN.4/741, ACDI, 2020, p. 62, nos italiques.

<sup>5451</sup> *Ibid.*, p. 35, § 106.

<sup>5452</sup> *Ibid.*, p. 33, § 97.

Ce projet de conclusion va néanmoins au-delà de l'aspect de preuve et donne un exemple de principe général de droit qui *s'affirme* à travers des concrétisations particulières :

« Dans l'affaire *Certains biens*, après avoir établi que l'enrichissement sans cause était un principe commun à des systèmes juridiques nationaux qui n'était pas incompatible avec le droit international, le Liechtenstein a ajouté que ce principe avait été incorporé en droit international en ce qu'il inspirait divers régimes juridiques en droit international public, comme les règles du droit international en matière de succession d'États, d'indemnisation en cas d'expropriation et d'évaluation de l'indemnisation »<sup>5453</sup>.

Sur ce modèle, l'acquiescement – simple structure au niveau des principes – se voit concrétisé tantôt dans l'article 45 CVDI, tantôt dans la coutume relative à la responsabilité internationale (art. 45 TCDI), ou encore dans les conditions de l'occupation effective d'un territoire (création d'un titre).

Cette seconde limitation nous ouvre une voie de recherche. Puisque l'acquiescement ne peut être que concrétisé, qu'il ne peut qu'appartenir à un domaine juridique précis et suivre un but, il nous appartiendra, pour en déterminer les effets, de le traquer dans l'ensemble de l'ordre juridique international. La nécessité pour l'acquiescement de se concrétiser pour être « efficace » indique qu'il y a – potentiellement – autant d'effets que de concrétisations. Cette traque sera l'objet de la section III.C (« Les effets par domaines »).

### B. *L'acquiescement en tant que fait juridique*

L'acquiescement est à la fois un PGD et, dans chacune de ses concrétisations, un *fait* juridique<sup>5454</sup>. L'expression d'une volonté n'est donc pas une condition à sa réalisation ; plus précisément, l'acquiescement peut parfaitement être conscient, volontaire, mais cela n'est pas pris en compte *pour* sa validation. Dans *Golfe du Maine*, l'acquiescement est présenté comme l'équivalent « [d']une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement »<sup>5455</sup>.

Ce verdict est compatible avec l'approche du fait juridique ; le passage énonce des équivalences, et non des identités. L'acquiescement peut s'assimiler aux effets d'une reconnaissance tacite (pour l'État lésé) et

<sup>5453</sup> *Ibid.*, p. 33, § 100 ; *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, CIJ, Exceptions préliminaires, arrêt, *Rec. 2005*, p. 6.

<sup>5454</sup> Cf. *supra*, Ch. 4.II.A – « Les actes unilatéraux ».

<sup>5455</sup> *Golfe du Maine*, 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 305, § 130.

être interprété, c'est-à-dire ici « perçu », comme un consentement (pour l'État bénéficiaire). Par simplicité, les effets de l'acquiescement sont comparés à des institutions préexistantes, mais cela ne signifie pas que la formation de l'acquiescement est façonnée par la volonté. Ces « effets » prennent place automatiquement, dès que les conditions intrinsèques de l'acquiescement sont remplies.

En tant que PGD – concrétisé dans une coutume ou un traité – et fait juridique, nous pouvons commencer à restreindre le champ des effets de l'acquiescement. La définition et la théorie des faits juridiques peuvent apporter des précisions sur l'effet de l'acquiescement, ou tout au moins sur la manière et le moment où les effets prennent place. La classification de l'acquiescement comme fait juridique a été l'occasion de présenter brièvement les éléments théoriques<sup>5456</sup>. La ligne de force qui nous retient ici est l'automatisme :

« Le mécanisme [du fait juridique] est toujours le même. On voit un rapport de causalité s'établir entre un fait et un effet de droit qui n'est autre qu'une modification dans l'ordonnement juridique. [la phrase continue en note :] Qu'on peut définir : l'ensemble des droits et obligations existant à un moment donné dans une société donnée »<sup>5457</sup>.

L'acquiescement opère sur ce modèle ; une fois ses conditions réunies, les effets de droit, la modification dans l'ordre juridique surviennent automatiquement. Lorsque le fil rouge de l'acquiescement est établi, qu'il s'est solidifié, l'acquiescement est en puissance, même si un tribunal ne l'a pas encore constaté<sup>5458</sup>. Cela explique pourquoi une protestation tardive est incapable de faire obstacle à l'acquiescement<sup>5459</sup>. Cette immédiateté d'effet et les conséquences dans l'ordonnement juridique seront abordées de manière plus approfondie *infra* (IV. – « Les effets de la nouvelle situation juridique »).

Dans l'acte juridique, les conséquences sont déterminées (au moins en partie) par l'auteur qui choisit d'accomplir l'acte en vue de provoquer certaines conséquences :

« [L]acte juridique [...] est posé par son auteur en vue de faire naître une certaine situation juridique, de produire un certain état de droit : c'est que précisément, il est pris dans l'exercice d'un droit-pouvoir »<sup>5460</sup>.

<sup>5456</sup> Cf. *supra*, Ch. 4.II.A – « Les actes unilatéraux ».

<sup>5457</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, Panthéon Assas, 2010, p. 13.

<sup>5458</sup> La Cour relève que l'acquiescement peut se concrétiser avant la saisine : *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).

<sup>5459</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 577, § 364.

<sup>5460</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 93.

L'acte juridique permet à son auteur de donner corps à sa volonté dans les limites prévues par l'ordre juridique de référence. Cette distinction acte/fait juridique prouve bien que l'acquiescement appartient à la seconde catégorie. L'acquiescement est *subi* par l'État bien plus qu'il n'est choisi. Si la volonté de l'État qui acquiesce était si claire, il a à sa disposition tout un attirail d'instruments pour parvenir au même résultat qu'un acquiescement, tout en évitant les conséquences négatives <sup>5461</sup>.

L'accomplissement d'un fait juridique peut être délibérément poursuivi, mais cette volonté n'est pas pertinente dans le cadre du syllogisme <sup>5462</sup>. Qu'ils soient humains ou étatiques, l'existence de faits juridiques et leurs conséquences peuvent aussi influencer sur la conduite des sujets de l'ordre juridique :

« Tous les faits, comme tous les objets, revêtent pour l'homme, dès le moment qu'il les aperçoit, une signification et strictement parlant, un sens, qui est ce qu'il attend d'eux. C'est en fonction de cette signification menaçante ou, au contraire, attirante qu'il règle son comportement à leur égard » <sup>5463</sup>.

Sur le plan de l'acquiescement, cet argument de la réflexivité ou de la conscience indique que les États connaissent l'existence de l'acquiescement et sont au fait des risques qu'ils encourent en cas de silence prolongé. L'acquiescement est généralement perçu comme un fait « menaçant », à éviter. La protestation et son rôle en constituent la plus ardente démonstration, tout comme la vigueur des États à nier que leurs comportements sont configurables en acquiescement. Il n'est certes pas exclu que des États soient au contraire « subjugués » par l'acquiescement, mais les exemples sont rares, voire inexistants <sup>5464</sup>.

En raison de l'automaticité au cœur du fonctionnement des faits juridiques, l'effet d'un acquiescement est une simple conséquence de la satisfaction de ses conditions. L'effet ne dépend

---

<sup>5461</sup> Traité, promesse, renonciation expresse, *modus vivendi*. Chacun de ces outils peut être assorti d'une clause de « résiliation », il est possible d'émettre des réserves, sauvegardes, limitations à des actes unilatéraux, ne serait-ce que sous la forme d'une condition résolutoire.

<sup>5462</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 12.

<sup>5463</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>5464</sup> Nous ne connaissons pas d'exemples où l'État, de son plein gré, se met dans une position de lésé par l'acquiescement. Des États pourraient choisir de s'abstenir de réagir pour des raisons de politique interne et/ou d'opinion publique. Un État cède un droit à un « adversaire » sans pour autant passer par une voie formelle de la conclusion d'un traité, ou la proclamation d'un acte unilatéral, instruments qui, en raison de leur publicité, seraient immédiatement relayés par la presse.

pas des États parties à l'acquiescement, mais du *type* d'acquiescement provoqué. Selon les domaines le type d'acquiescement peut laisser plus de liberté dans l'établissement de l'effet, mais il s'agit là d'une conséquence de cette concrétisation particulière de l'acquiescement, et non de l'expression d'une volonté par les États parties à l'acquiescement <sup>5465</sup>. *L'objet de la prétention* joue également une part importante dans l'effet final de l'acquiescement, mais sous deux réserves. 1) Il n'est pas possible d'émettre des prétentions dans tous les domaines juridiques, certaines sont incapables de produire des effets, par exemple car elles sont contraires au *ius cogens* ou car le domaine en cause n'admet tout simplement pas d'acquiescement <sup>5466</sup>. 2) L'acquiescement n'est disponible que dans certains cadres ; il ne permet pas tout, on ne peut par exemple envisager la constitution d'un tribunal arbitral *ex nihilo* grâce à l'acquiescement. Il n'y a donc pas une liberté totale dans l'effet final de l'acquiescement, mais seulement une marge de manœuvre pour définir la prétention, marge qui elle-même dépend du fonctionnement de chaque acquiescement particulier.

L'application des faits juridiques à l'acquiescement ne doit pas être aveugle : « l'automatisme » de l'acquiescement mérite une attention plus soutenue. Le droit ne fonctionne pas sur le modèle des lois de la physique <sup>5467</sup>. Ainsi, en cas de fait illicite <sup>5468</sup> international, la responsabilité internationale est automatiquement déclenchée. Toutefois, et malgré cette automatisme, il n'est que très peu certain que cet acte serait qualifié d'acte illicite par les autres « acteurs » de la scène internationale (il peut passer totalement inaperçu), et il est encore moins certain que cet acte sera effectivement poursuivi, et condamné, qu'il donnera lieu à des contre-mesures ou des réparations. Ces incertitudes sont inhérentes à la décentralisation de l'ordre juridique international.

Pour l'acquiescement, la situation est encore plus incertaine et livrée à l'appréciation des États : sa vérification dépend de son invocation devant un tribunal. En général un tribunal ne vérifie pas spontanément l'existence d'un acquiescement. Cette situation

<sup>5465</sup> Comparer l'effet de l'article 20, § 5 avec celui de l'article 31, § 3, lit. b CVDI.

<sup>5466</sup> Cesser les relations diplomatiques avec un État n'empêche pas de les renouer du jour au lendemain.

<sup>5467</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., pp. 7-8.

<sup>5468</sup> *Ibid.*, p. 12.



est due à la fois au caractère de l'ordre juridique et aux maximes de procédures applicables<sup>5469</sup>. Dans les conflits territoriaux par exemple, la Cour ne semble pas procéder d'office à l'examen d'un acquiescement ; elle suit les arguments des parties. Le « fait juridique » d'acquiescement peut parfaitement être présent, mais ne pas être examiné et constaté par le juge.

Il existe toutefois des exceptions : dans le domaine du droit international humanitaire et pénal, les tribunaux (CPI ; TPIY ; TPIR) peuvent constater d'office les faits et en tirent les conséquences nécessaires. Lorsque l'acquiescement est codifié dans un traité qui est obligatoirement appliqué par le tribunal, au titre de droit de fond, ou au titre de cadre juridique du tribunal<sup>5470</sup>, le fait juridique d'acquiescement et ses conséquences sont alors vérifiés automatiquement par le tribunal. Les maximes procédurales jouent un rôle, tout comme la présomption d'innocence (voy. art. 28 CPI en droit international pénal). En droit international humanitaire, la participation d'un groupe armé aux côtés d'une partie au conflit est examinée d'office car elle emporte des conséquences juridiques (art. 4, § 2 CG III)<sup>5471</sup>.

---

<sup>5469</sup> La CIJ semble être appliquer la maxime des débats et de disposition (les parties sont libres dans leur conclusion), assorties de garde-fous (art. 49 et 50 SCLJ : la Cour peut demander la production de documents, d'explications, procéder à une vision locale ou à une expertise). Voy. aussi : art. 57 et 61-63 RSCJ. Application de la maxime d'office au bon vouloir de la Cour dans l'article 66 RSCJ : « La Cour peut à tout moment décider, d'office ou à la demande d'une partie, d'exercer ses fonctions relatives à l'établissement des preuves sur les lieux auxquels l'affaire se rapporte [...] ».

<sup>5470</sup> L'acquiescement peut être incorporé, codifié dans le statut du tribunal, de la Cour, ou dans son règlement. Pour la CIJ, le cas du *forum prorogatum* constitue un rare cas où l'acquiescement est automatiquement vérifié par la Cour (G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., p. 936). Voy. art. 38, § 5 et 49, § 2 RSCJ.

<sup>5471</sup> Art. 4, § 2 CG III : « A. Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi : [...] 2. Les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit [...] ». La liaison entre la « partie au conflit » et les « corps de volontaires » peut être établie par un acquiescement de la première. Cf. le commentaire de 1960 de la CG III, p. 64 : « ces milices et corps de volontaires ne peuvent se conférer, à eux-mêmes, la qualité de "Partie au conflit". Comment cette appartenance sera-t-elle établie ? Sur ce point, le droit international a sensiblement évolué. Alors qu'autrefois les auteurs, unanimes, exigeaient une autorisation expresse du souverain, généralement écrite [...] cette condition n'est plus considérée comme indispensable depuis les Conférences de La Haye. Une "liaison de fait" entre l'organisation de résistance et le sujet de droit international se trouvant en état de guerre est indispensable. Mais elle est suffisante. Cette "liaison de fait" peut se manifester par un simple accord tacite, le caractère des opérations indiquant clairement au service de quelle Partie l'organisation de résistance exécute ses opérations [...] ».

Ces exceptions mises à part, la masse critique de la jurisprudence dénote un constat « discrétionnaire » de l'acquiescement, le passage par cette forme juridique n'est pas obligatoire, soit à cause des principes de fonctionnement du tribunal saisi, soit car la délimitation des points contentieux d'une affaire résulte de la confrontation des arguments des parties. L'étude des maximes et principes de procédures de la CIJ et ses liens avec le constat de l'acquiescement mériterait d'être approfondie, nous n'avons malheureusement pas les ressources pour y faire face <sup>5472</sup>.

Comme l'acquiescement est généralement « reconstruit » *a posteriori* par le juge et les parties à partir du matériel brut disponible, il se comprend aisément qu'il s'agit d'un fait juridique dont le simple constat n'est pas dénué d'incertitudes. Les « faits » juridiques sont immanquablement des constructions intellectuelles, leur création et identification sont un processus et n'ont rien de naturel <sup>5473</sup>. Pour ajouter à la confusion, l'acquiescement est régulièrement en compétition avec d'autres institutions : les parties peuvent préférer argumenter un *estoppel*, une reconnaissance tacite, une renonciation tacite, une cession tacite de territoire.

L'absence de volonté dans l'acquiescement accroît sa plasticité ; présent dans de nombreux domaines du droit international, ce fait juridique s'adapte à toutes les exigences et supporte de charrier de nombreux effets juridiques différents. D'ailleurs et paradoxalement, l'effet de l'acquiescement est de pouvoir être interprété comme un « consentement » <sup>5474</sup>. Il peut servir de remplacement à cette notion et parvenir aux mêmes résultats qu'une expression de volonté en bonne et due forme. C'est l'objet de la prochaine section.

### C. *L'assimilation à un consentement*

Les prononcés judiciaires qui indiquent l'effet général de l'acquiescement sont plutôt rares ; notre point de repère en la matière est *Golfe du Maine* :

« 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

<sup>5472</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., pp. 928-944 ; pp. 1119-1138. Voy. le Ch. 7.IV pour nos développements partiels.

<sup>5473</sup> Voy. J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », op. cit., p. 286 et la citation de A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1980, p. 339.

<sup>5474</sup> *Golfe du Maine*, 1984, CIJ, Rec. 1984, p. 305, § 130.

juridiques différents, *l'acquiescement équivalant à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement [...] »*<sup>5475</sup>.

L'acquiescement possède l'effet d'un consentement pour la partie qui en profite, il débouche sur l'acceptation de la prétention qui est à la base de son processus<sup>5476</sup>. Comme un consentement, l'acquiescement fait « varier » les droits et obligations des parties.

L'acquiescement est assimilé à une reconnaissance tacite du lésé, qui est définie par Venturini comme :

« Un acte unilatéral par lequel un sujet constate l'existence d'un fait ayant une valeur juridique et déclare la volonté de considérer comme légitime la situation ainsi constatée. [...] Toute situation juridique quelconque peut faire l'objet d'une reconnaissance [...] »<sup>5477</sup>.

L'*objet* de la reconnaissance est extrêmement large ; elle s'applique à n'importe quelle situation, juridique ou factuelle.

Les effets d'une reconnaissance tacite portent principalement sur l'opposabilité de la situation : l'auteur de l'acte ne pourra plus contester ce qu'il a décidé de reconnaître<sup>5478</sup>. Cette définition, à la limite de la tautologie ou de la logique formelle, ne nous apprend rien sur le contenu du droit reconnu, sur l'éventuelle création de droits ou d'obligations, ni sur les différents types de changements juridiques qui peuvent survenir entre l'État auteur et l'État destinataire de la reconnaissance. En cela, la reconnaissance est « neutre », ou « postérieure » à un changement qui a déjà pris place (création, modification, extinction d'un droit). Elle ne fait que l'avaliser et n'est donc pas d'une grande utilité pour déterminer si des droits ont été transférés, éteints. Il faut plutôt investiguer la situation qui fait l'objet de la reconnaissance, et les modifications juridiques qu'elles charrient<sup>5479</sup>. Selon les cas, une reconnaissance peut aussi bien porter sur l'acquisition d'un droit, une perte de droit, la modification d'un traité : elle ne fait que « consentir » à un changement qui a déjà pris place ou qui est à la recherche de légitimité.

<sup>5475</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>5476</sup> Voy. not. les extraits des arrêts de la CIJ *Honduras* (1992) et *Temple de Préah Vihéar* (1962) dans S. KOPELA, « The Legal Value of Silence as State Conduct in the Jurisprudence of International Tribunals », *op. cit.*, pp. 102 et 104.

<sup>5477</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 416 et 417.

<sup>5478</sup> *Ibid.*, p. 418-419 ; CDI, 6<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453, pp. 68-69, §§ 98 et s.

<sup>5479</sup> CDI, 6<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453, p. 69, § 102 ; V.-D. DEGAN, *Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 247.

En raison de cette neutralité, du retour à l'examen de la situation reconnue, et – en somme – de la contribution marginale d'assimiler les effets de l'acquiescement à une reconnaissance, nous nous tournerons vers le consentement. Alors que la reconnaissance appartient au domaine de l'opposabilité d'une situation, le consentement est bien plus large, il peut parvenir à tout, tant qu'il reste dans les limites du droit international (*ius cogens*). Le consentement est un moyen en vue d'une fin. Il suppose un objet, un cadre, un rattachement. Dans le contexte de l'acquiescement, cet objet est naturellement donné par la *prétention*.

Notre cadrage des effets de l'acquiescement sera donc récursif, nous nous servirons de ses éléments et conditions de fonctionnement, nous exposons dans les prochaines lignes les conclusions obtenues précédemment<sup>5480</sup>, enrichies de considérations propres à l'effet de l'acquiescement. C'est l'existence d'une *prétention* qui déclenche une période de formation d'un acquiescement. Cette prétention se résume à la revendication de droits ou d'obligations, elle porte sur la modification de la situation juridique entre deux sujets (création, modification, exercice, extinction d'un droit ou d'une obligation). Le champ d'action de la prétention n'est toutefois pas illimité, le *ius cogens* est immunisé contre ces attaques, tout comme certains droits liés à la personnalité de l'État ou d'une OI. Une prétention doit porter sur des droits susceptibles d'être transférés entre deux États, ou encore sur des droits qui peuvent faire l'objet d'une renonciation à leur exercice<sup>5481</sup>.

Cette équivalence de l'acquiescement et du consentement est omniprésente en droit international public : dans l'article 45 CVDI, la perte du droit d'invoquer une cause de nullité peut être le résultat d'une déclaration expresse (lit. a) ou être déduite d'un comportement (lit. b). Même situation dans l'article 45 TCDI concernant la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité ! Dans la succession d'États aux traités, l'article 24 CVSE prévoit :

« Un traité bilatéral qui, à la date d'une succession d'États, était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'États est considéré comme étant en vigueur entre un État nouvellement indépendant et l'autre État partie :

a) S'ils en sont expressément convenus ; ou

<sup>5480</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.B – « L'objet de la prétention ».

<sup>5481</sup> Si l'acquiescement aurait pu être remplacé par un consentement exprès cela indique que le droit concerné peut bel et bien faire l'objet d'un acquiescement.

b) Si, en raison de leur conduite, ils doivent être considérés comme en étant ainsi convenus [...] »<sup>5482</sup>.

L'acquiescement est une alternative au consentement exprès. Or, le consentement est d'une portée extrêmement large, il peut concerner la création (art. 39 CVDT), la modification (art. 31, § 3, lit. a CVDT), et la suppression (art. 59 CVDT) de droits et d'obligations. Il faut toutefois se garder de placer l'acquiescement dans une relation mimétique parfaite avec le consentement. Suivant les domaines, seul un consentement exprès ou par écrit peut être efficace (*res inter alios acta* de l'article 35 CVDT).

Les droits touchés par l'acquiescement sont des « droits subjectifs », par opposition aux « droits objectifs » :

« [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, 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* »<sup>5483</sup>.

L'acquiescement n'atteint pas *l'application* d'une coutume, il ne fait que modifier le cadre relatif des droits et obligations des deux protagonistes. La logique de l'acquiescement est bilatérale, et non multilatérale ou universelle. Face à ces affirmations, que faire de l'acquiescement lorsqu'il participe à *l'élaboration* d'une coutume, ou encore quand il prend part au processus de création d'une baie historique, deux situations éminemment « objectives »<sup>5484</sup> ? Ces situations sont réductibles à une logique bilatérale dans laquelle un État s'oppose à la communauté internationale (baie historique) où deux blocs s'affrontent (les pratiquants de la coutume et les États qui l'acceptent). Ensuite, l'acquiescement est présent lors de la formation de ces situations, il ne s'arrime pas à des « droits objectifs » qui ont déjà pris naissance. L'acquiescement ne remplace pas le processus coutumier, il y participe et contribue. De plus, au niveau étatique, l'acquiescement des États à une nouvelle coutume est un processus individuel, subjectif : chaque État dis-

<sup>5482</sup> Voy. aussi art. 27, § 1 ; §§ 3 et 28 de cette Convention.

<sup>5483</sup> G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 194, nos italiennes.

<sup>5484</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 116 et s.

pose de la possibilité de protester contre la nouvelle coutume. Le droit subjectif de l'État de ne pas être lié par la nouvelle coutume empêche l'opposabilité de la coutume à son égard<sup>5485</sup>. La place de l'acquiescement dans la coutume peut être réduite à la possibilité d'obtenir le statut d'objecteur persistant (c'est-à-dire la perte d'un droit subjectif). De toute manière, la distinction entre droit objectif et subjectif s'affadit lorsque le processus coutumier est passé à la loupe<sup>5486</sup> ; notre objectif est avant tout d'essayer de délimiter les droits et obligations qui peuvent être affectés par l'acquiescement. À ce titre, la catégorie des « droits subjectifs » permet une approximation satisfaisante. L'acquiescement, dont le résultat aurait aussi pu être obtenu grâce à un consentement, produit son effet sur la situation des droits et obligations entre deux sujets (parfois deux « blocs » de sujets, comme dans le cas des baies historiques). Il concerne en premier lieu les droits et obligations à disposition des parties, susceptibles d'être éteints, créés, cédés.

Nous remarquons ainsi que l'assimilation de l'acquiescement à un consentement n'est pas très fructueuse afin de déterminer ses effets. Tout au plus, cette assimilation est intéressante car elle nous renvoie à l'objet de l'acquiescement et à la prétention, c'est-à-dire au type de droits et obligations susceptibles d'être concernés par l'acquiescement.

En soi, le consentement est une forme vide, il est omniprésent comme *outil* du droit et peut être orienté vers n'importe quel but<sup>5487</sup>. Ainsi l'étude des effets de l'acquiescement ne peut que passer par une analyse de ses concrétisations. Chacune de ses concrétisations peut avoir des effets différents (création, modification, extinction, de droits et d'obligations). Cette approche préside aux développements de la section III.C – « Les effets par domaine ».

---

<sup>5485</sup> *Ibid.*, pp. 116 et s.

<sup>5486</sup> G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 194 et s.

<sup>5487</sup> Cf. M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 54-58 (not. sur la notion de volonté et sur ses liens avec le consentement).

### III. *Les effets de l'acquiescement*

#### A. *Comment aborder les effets de l'acquiescement ?*

Nous suivrons tout d'abord la voie de la catégorisation maximale (III.B), puis celle de la particularisation maximale (III.C) afin de cerner les effets de l'acquiescement. La première consiste à définir trois catégories suffisantes et nécessaires pour englober tous les effets possibles de l'acquiescement. Par hypothèse chaque concrétisation du principe général peut être colloquée dans une des catégories suivantes : la création, la modification, ou l'extinction, de droits et d'obligations. Un cadre générique et intuitif est proposé pour aborder les conséquences d'un acquiescement.

Dans un second temps, nous ferons exploser ces catégories en adoptant une approche « nominaliste » : chaque concrétisation d'acquiescement produit des effets qui lui sont spécifiques et qui ne peuvent être résumés ou rapprochés d'autres concrétisations. Cette approche postule que chaque acquiescement devrait s'apprécier et s'étudier dans son environnement propre, en tenant compte de toutes les particularités du cas et du domaine dans lequel il agit.

Ces deux approches sont liées comme l'induction et la déduction : c'est en multipliant les concrétisations d'acquiescements (III.C) qu'il est possible de dégager une trame dans ses effets (III.B). L'effet de l'acquiescement s'assimile généralement à un consentement ; or l'effet d'un consentement peut tout autant être corseté dans des catégories (création, modification, suppression) que multiplié à l'infini lors de chacune de ses nouvelles applications (*supra*, II.C). Le but de la multiplication des perspectives sur les effets de l'acquiescement est d'en donner une image la plus fidèle possible, qui tienne à la fois compte des grandes lignes de force communes aux concrétisations, et des particularités de chaque cas.

#### B. *Les effets classifiés*

Pourquoi ne retenir que la création, la modification, et la suppression d'un droit ou d'une obligation<sup>5488</sup> ? Ne faudrait-il pas ajouter la cession, la déréliction, la succession, la suspension, etc. ?

---

<sup>5488</sup> Voy. aussi : G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., p. 176.

Nous privilégions ces trois termes car ils suffisent pour jalonner le parcours chronologique d'un droit ou d'une obligation. Les relations juridiques apparaissent, se modifient (grandissent, rétrécissent, changent de titulaire), et cessent. Nous prendrons ensuite la peine d'explicitier pourquoi l'effet de l'acquiescement est rattaché à une de ces trois catégories.

Les effets portent sur des droits et/ou des obligations. Parfois, mais pas nécessairement, le droit d'un État correspond parfaitement à l'obligation de son adversaire (en cas de transfert de territoire et de respect dû à son intégrité). Il importe donc de distinguer entre un *droit* et une *obligation*. Dans le cadre limité des effets de l'acquiescement, nous désignons très généralement par « droit » les situations où un État dispose d'une prérogative, d'un pouvoir de décision ou d'exiger l'accomplissement d'un comportement en sa faveur ; par « obligations », nous désignons les situations inverses où l'État doit soumettre sa conduite à un carcan (imposé de l'extérieur par l'ordre juridique ou par un autre État).

#### 1. *Création d'un droit ou d'une obligation*

L'acquiescement contribue <sup>5489</sup> à la création d'un nouveau droit, *ex nihilo*, dans l'occupation effective de territoire. Nous classifions cette situation en adoptant le point de vue de l'État bénéficiaire qui augmente sa souveraineté, *car cette création n'est pas synonyme de perte de droit pour un autre État*. Le droit dont jouit l'État n'existait pas avant l'acquiescement car le territoire était une *res nullius* :

« On doit par suite considérer comme remplies les conditions d'acquisition de la souveraineté par les Pays-Bas » <sup>5490</sup>.

L'arbitre unique considère que les actes des Pays-Bas ont été les plus effectifs et que l'Espagne, et à sa suite les États-Unis, n'ont pas réussi à empêcher ou renverser l'acquiescement <sup>5491</sup>.

---

<sup>5489</sup> « Contribue », car, selon Martin-Bidou : « En aucun cas l'acquiescement ne peut seul créer du droit. Il ne remplace pas les éléments constitutifs de la coutume ou les caractères de l'occupation de territoire. Il peut seulement les révéler, voire les renforcer » (P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 138). La part de « contribution » de l'acquiescement peut toutefois être tellement importante que l'occupation effective ne s'en distingue plus, par ex. si l'État adverse reste totalement coi. Le processus d'acquiescement est alors identique à l'occupation effective de territoire.

<sup>5490</sup> *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, CPA, Sentence du 4 avril 1928, p. 40.

<sup>5491</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.



Dans *Nicaragua c. Colombie*<sup>5492</sup>, la Cour doit également se prononcer sur la création d'un droit de souveraineté ; l'acquiescement est ainsi le *modus acquisitionis*<sup>5493</sup> qui préside à la constitution d'un titre territorial (« titre-source »)<sup>5494</sup> :

« Ayant conclu qu'aucun titre sur les formations maritimes en litige ne pouvait être établi sur la base du traité de 1928 ou de l'*uti possidetis juris*, la Cour se penchera à présent sur la question de savoir si la souveraineté peut être établie sur la base des effectivités »<sup>5495</sup>.

Les effectivités sont toutes au crédit de la Colombie, le Nicaragua fit preuve d'un silence assourdissant durant toute la période d'acquiescement<sup>5496</sup>.

La résultante de l'occupation effective est la formation et création d'un droit, et ce sur un modèle identique à l'acquiescement. Un droit qui n'existait pas auparavant est apparu, l'acquiescement s'effectue sans perte corrélative pour l'État « lésé » (ici, le Nicaragua). Tout au plus cet État n'a pas vu sa tentative de titre aboutir en raison de son acquiescement à la prétention adverse.

La création de droits pour l'État bénéficiaire grâce à un acquiescement est aussi constatée dans le cas des baies historiques et de la consolidation historique de titre : un droit qui n'existait pas – ou qui était à la disposition de la communauté internationale – est accaparé par l'État bénéficiaire suite à l'acquiescement<sup>5497</sup>.

Les accords tacites permettent, eux, de créer des droits et des obligations (dans la mesure où ils sont synallagmatiques). L'acquiescement est dans la plupart des cas synonyme d'accord tacite : les comportements réciproques des parties indiquent l'existence et le contenu de leur accord. Dans *Pérou c. Chili*, la Cour a constaté l'existence d'un tel accord et son contenu sous la forme d'une « frontière » maritime<sup>5498</sup>. Il s'agit d'une double création (droits et obligations) car antérieurement

<sup>5492</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, pp. 645-646, § 39.

<sup>5493</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., p. 178.

<sup>5494</sup> *Ibid.*, pp. 332 et s. Par opposition au « titre-preuve ».

<sup>5495</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 652, § 66.

<sup>5496</sup> *Ibid.*, p. 654, § 75.

<sup>5497</sup> R. ABELLO GALVIS, « Eaux et baies historiques en droit international », *Estud. Socio-Juríd.*, vol. 5 (1), 2003, pp. 56-64 ; *United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, p. 426, § 6b ; *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 139 et 143.

<sup>5498</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec. 2014*, pp. 71-73.

à l'accord tacite, aucun régime maritime n'existait dans cet espace<sup>5499</sup>. L'établissement d'une frontière maritime délimite *positivement* (régulation de la pêche, exclusivité) et *négativement* le terrain d'action de chaque État (zone maximale où des droits existent ; limite à ne pas franchir).

L'acquiescement peut être source d'obligations, comme le droit international des droits humains et le droit international pénal l'illustrent. Il s'agit d'« acquiescement attributifs de responsabilité » : le comportement adopté par un État ou par un responsable militaire crée une responsabilité internationale. Dans le cas de la Convention contre les disparitions forcées, l'État qui laisse des privés accomplir des actes sans intervenir est réputé avoir « acquiescé » :

« 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 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 »<sup>5500</sup>.

Un État qui acquiesce aux agissements de privés engage sa responsabilité internationale, puisqu'il se rend lui-même coupable de l'infraction<sup>5501</sup> (un système similaire existe pour l'interdiction de la torture). En droit international pénal l'article 28 CPI institue la responsabilité du supérieur hiérarchique selon une logique comparable<sup>5502</sup>. Avant l'acquiescement, aucune obligation n'existe à charge de l'État/l'individu qui commet l'infraction, ce n'est que lorsque l'acquiescement est validé que la nouvelle situation juridique déploie ses effets : une obligation de réparer, de supporter une condamnation potentielle apparaît.

<sup>5499</sup> *Ibid.*, pp. 15-17.

<sup>5500</sup> Art. 2, nos italiques.

<sup>5501</sup> Voy. art. 33, 34 et 42 de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* de 2006.

<sup>5502</sup> Art. 28 CPI : « [...] a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où : i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ; [...] ».

L'acquiescement est apte à créer des droits et des obligations, et ainsi modifier la situation juridique applicable aux rapports entre les parties à l'acquiescement. Il s'agit à chaque fois de l'application d'un acquiescement coutumier ou conventionnel appartenant à un domaine juridique, et non au principe général d'acquiescement. Une fois l'acquiescement concrétisé, le domaine juridique se charge des conséquences juridiques précises.

Les exemples pourraient être multipliés ; l'acquiescement est généralement présent dans la formation d'une coutume, ce qui correspond à la création de droits et d'obligations, tant du point de vue de l'État lésé que de celui de l'État bénéficiaire<sup>5503</sup>. Les systèmes « d'opting » aménagés au sein de traités ou dans le fonctionnement d'OI ont également pour effet de créer des droits et des obligations via l'acquiescement à un nouveau règlement<sup>5504</sup>. La ratification tacite d'un traité grâce à l'acquiescement s'inscrit dans la création de droits et d'obligations<sup>5505</sup>.

## 2. *Modification d'un droit ou d'une obligation*

Dans le domaine territorial, c'est le renversement d'un titre par les effectivités contraires<sup>5506</sup> qui correspond à la modification d'un droit ou d'une obligation. Le point de vue adopté est celui, global ou neutre, du tribunal : un *nouveau* droit n'est pas créé. La

---

<sup>5503</sup> Voy. not. : M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *op. cit.*, pp. 265-267, p. 392.

<sup>5504</sup> Art. 22 de la Constitution de l'OMS ; H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, *op. cit.*, p. 809, § 1292.

<sup>5505</sup> *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, pp. 25-26, § 28 ; *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica (litige portant sur un recouvrement de crédit)*, Sentence arbitrale, 26 juin 1998, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXV, pp. 40-42 ; p. 53, § 9.

<sup>5506</sup> Dupuy et Marie, tout comme la jurisprudence *Cameroun c. Nigéria*, laissent entendre que le renversement d'un titre par les effectivités est possible. Voy. l'explication de Marie (*Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 388 : « Or, dans la mesure où il est en même temps accepté qu'un acquiescement à une possession effective *contra legem* permet de déplacer un titre, 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. On doit alors la comprendre comme une règle d'interprétation destinée à l'interprète impartial lorsqu'il est amené à établir l'existence de cette pratique, d'une part, et du consentement tacite, d'autre part. En somme la recherche de l'univocité du comportement sera plus exigeante lorsque le comportement a une portée modificative plutôt qu'interprétative ») et P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 35-41, §§ 38-42. Il ne faut pas perdre de vue que le célèbre passage de l'arrêt *Burkina Faso c. Mali* concerne l'*uti possidetis iuris* et le moment de l'accession à l'indépendance (*Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, pp. 596-587, § 63). Après l'indépendance, l'acquiescement peut intervenir pour modifier la souveraineté de chaque État.

souveraineté sur le territoire existe déjà, elle est transférée grâce à l'acquiescement. Les droits de chaque État augmentent et diminuent en fonction selon la logique des vases communicants :

« La Cour constate cependant que, puisque le Cameroun détenait un titre pré-existant sur cette région du lac, le critère juridique applicable est l'existence ou non d'un *acquiescement manifeste du Cameroun au transfert de son titre au Nigéria* »<sup>5507</sup>.

L'acquiescement « manifeste » exige un « fil rouge » qui ne laisse que peu de place à l'équivoque. La Cour parle bien d'un transfert car le territoire n'est pas *nullius*. Dans la prescription acquisitive, la souveraineté qui est effacée d'un côté rejaillit de l'autre<sup>5508</sup> : nous sommes donc légitimés à considérer globalement la situation comme celle d'un transfert ou d'une cession tacite. Les tribunaux distinguent les situations de cession tacite de celles d'une déréliction pure avec retour du territoire au statut *nullius* et sans transfert corrélatif de souveraineté<sup>5509</sup>.

En deçà d'un transfert, le titre peut aussi être modifié via la pratique subséquente, manifestée par un acquiescement<sup>5510</sup>. *Kasikili/Sedudu* évoque cette construction en lien avec l'article 31, § 3, lit. b CVDT :

« [La Cour] se contentera de rechercher si la présence très ancienne, et qui n'a pas soulevé d'objections, de membres de la tribu des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu est constitutive d'une "pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité [de 1890] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité" (convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3 b)) »<sup>5511</sup>.

L'acquiescement peut se confondre presque parfaitement avec une pratique subséquente<sup>5512</sup>. L'effet d'une telle pratique peut être soit de créer des droits *et* des obligations pour les deux États, comme dans le cas d'une variation du titre, ou alors de seulement créer des droits en faveur d'une partie et des obligations pour son adversaire.

<sup>5507</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 353, § 67, nos italiques.

<sup>5508</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec. 1999*, pp. 1101-1106.

<sup>5509</sup> *Sorkis v. Amed*, Cour de Cassation italienne, 26 août 1950, 17 ILR 101, Case n° 24, p. 103 : « [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 ».

<sup>5510</sup> Voy. : G. NESI, « Boundaries », in M. G. KOHEN et M. HÉBIÉ (éds), *Research Handbook on territorial disputes in international law, op. cit.*, pp. 230-232.

<sup>5511</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec. 1999*, p. 1094, § 73.

<sup>5512</sup> Voy. not. : *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. 255-262.

Ainsi, l'affaire des *Services aériens* de 1978 augmente les droits des États-Unis (possibilité d'effectuer une rupture de charge) et impose de nouvelles obligations à la France (obligation réciproque)<sup>5513</sup>. L'acquiescement a pour conséquence d'améliorer la situation juridique d'une partie seulement. Il n'y a pas de création d'un droit, car cette rupture de charge prend place dans le contexte du traité liant les deux États, elle résulte de son interprétation par voie de pratique<sup>5514</sup>.

L'acceptation d'une réserve via l'article 20, § 5 CVDT donne aussi lieu à une modification des droits et obligations respectifs des États. L'auteur de la réserve modifie généralement ses obligations et réduit donc ce que les États contractants peuvent exiger de lui. La situation est perçue comme une modification plutôt que comme une création ou une suppression de droit car la réserve s'inscrit dans un contexte préexistant dont elle tire toute sa force (le traité), et qu'elle peut être retirée à tout moment (une réserve n'est donc qu'une « greffe » sur le traité)<sup>5515</sup>. Dès lors, la différence entre réserve modificative et abrogatoire ne porte pas atteinte à cette classification, y compris lorsqu'une *nouvelle* obligation est imposée grâce à la réserve<sup>5516</sup>.

Dans le large éventail de la succession d'États (archives, nationalité, dettes, traités), la responsabilité internationale présente une situation où l'acquiescement *modifie* une obligation. La CDI s'est emparée du sujet, le projet d'article 7 dans sa version de 2019 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 »<sup>5517</sup>.

<sup>5513</sup> *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, Sentence, 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, pp. 480-481. La pratique des parties confirme l'interprétation de l'accord.

<sup>5514</sup> *Ibid.*, pp. 486-487.

<sup>5515</sup> Art. 23, § 4 CVDT : « Le retrait d'une réserve ou d'une objection à une réserve doit être formulé par écrit ».

<sup>5516</sup> Dans les deux cas (modificatrice ; extinctive), il y a modification d'une structure préexistante plutôt que création à partir de zéro ou suppression totale. Voy. aussi : le *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* de la CDI, publié en 2011 et not. la directive 4.2.4 relative à l'effet d'une réserve (CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2011, p. 22). Plusieurs exemples de réserves qui ont pour effet d'imposer une *obligation* aux parties sont mentionnés dans le commentaire : CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités et commentaires*, Doc. A/66/10/Add.1, 2011, p. 484, §§ 22-23. Il faut noter que la réserve israélienne citée en p. 484, § 22 échappe *de facto* au régime de réciprocité puisque elle prévoit qu'« Israël se servira du Bouclier Rouge de David comme emblème et signe distinctif du service sanitaire de ses forces armées ». Sur l'application réciproque des réserves (*do ut des*), voy. : *ibid.*, pp. 485-488, §§ 24-34.

<sup>5517</sup> 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.

Ce projet fait en partie écho à l'article 5, § 1 d'un texte de l'IDI<sup>5518</sup> :

« 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 »<sup>5519</sup>.

Dans l'affaire des *Phares de l'Empire Ottoman*, la question d'une succession à la responsabilité internationale s'était posée ; l'acquiescement de l'État successeur, sous forme de continuation de l'acte illicite ou endossement, est pertinent<sup>5520</sup>. Il ne s'agit pour nous que de la modification d'une obligation : la responsabilité existe *déjà* avant la date de la succession, tout comme l'obligation de réparer. Cette obligation ne fait que changer de titulaire.

La succession d'États réserve d'autre cas de modification des droits et obligations. Dans l'article 24, § 1, lit. b CVSE, le régime suivant est prévu :

« Un traité bilatéral qui, à la date d'une succession d'États, était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'États est considéré comme étant en vigueur entre un État nouvellement indépendant et l'autre État partie : [...] b) Si, en raison de leur conduite, ils doivent être considérés comme en étant ainsi convenus [...] ».

L'article 24 module la règle stricte de la *tabula rasa* (art. 16 CVSE) dans le cas des traités bilatéraux. L'acquiescement permet de continuer l'application du traité bilatéral entre l'État nouvellement indépendant et l'autre État partie<sup>5521</sup>. Cette application du traité grâce à l'acquiescement peut être aussi bien définitive (art. 24, § 1, lit. b CVSE) que provisoire (art. 28, lit. b CVSE)<sup>5522</sup>. Le traité bilatéral a déjà été créé, une *nouvelle* situation juridique ne prend pas racine. Un des titulaires du droit et de l'obligation est modifié suite à la succession d'États, « l'autre État partie » reste inchangé<sup>5523</sup>.

<sup>5518</sup> 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.

<sup>5519</sup> IDI, *La succession d'États en matière de responsabilité internationale*, Projet de résolution, Session de Tokyo, 2013, p. 9 (repris dans l'article 9 de la résolution définitive).

<sup>5520</sup> *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. ; P. DUMBERRY, *State Succession to International Responsibility*, op. cit., pp. 136-141.

<sup>5521</sup> A. DI STEFANO, « Article 24 », in G. DISTEFANO, G. GAGGIOLI et A. HÈCHE (dir.), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités*, vol. I, op. cit., pp. 871, pp. 877-878.

<sup>5522</sup> Voy. aussi les situations citées au regard de l'article 24 CVSE : *ibid.*, pp. 886-887.

<sup>5523</sup> Les traités définissant les routes aériennes sont un bon exemple de traité bilatéral susceptible d'entrer dans le champ de l'article 24 CVSE (*ibid.*, pp. 886-887).

Le vivier le plus fécond pour la modification de droits et/ou d'obligations demeure la pratique subséquente (art. 31, § 3, lit. b CVDT), qu'elle soit interprétative ou modificatrice. L'ouvrage de Buga contient de nombreux exemples de ces deux catégories<sup>5524</sup>. Dans le domaine de la modification par voie de pratique subséquente, Buga offre deux effets possibles : 1) soit la pratique résulte dans la modification du traité (opinion que nous soutenons), 2) soit la pratique modificatrice est une source autonome de droits et d'obligations<sup>5525</sup>. Ce second effet nous paraît plutôt précaire : à quoi bon parler de « modification » si l'obligation s'autonomise du traité<sup>5526</sup> ? Entre les lignes, Buga semble toutefois plutôt d'avis que l'effet à privilégier est celui d'une modification des droits et obligations des parties (premier effet) :

« On the other hand, it is not clear why the result of a modification by subsequent practice that takes place in the context of the implementation of the treaty would produce something “outside” of the treaty; modification changes the content of a provision without changing its text, but still arguably falls within the total package of the treaty »<sup>5527</sup>.

En deçà de la modification, quels sont les effets d'une interprétation par voie de pratique subséquente ? La CDI y a consacré plusieurs rapports et un projet de conclusions :

« Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties »<sup>5528</sup>.

<sup>5524</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 239 et s. pour un répertoire des cas et affaires. L'ouvrage s'intéresse en priorité à la modification par voie de pratique subséquente ; la limite entre interprétation et modification est très fluctuante, certains cas traditionnellement et officiellement présentés comme de l'interprétation constituent une modification du traité (*ibid.*, pp. 168-175).

<sup>5525</sup> *Ibid.*, pp. 161-164.

<sup>5526</sup> La question des deux effets différents est scrutée par Buga car certaines modifications altèrent beaucoup les traités, et la question se pose de la compétence d'une cour relative à « l'interprétation et l'application du traité ». La modification radicale sortirait dès lors de la compétence : *ibid.*, pp. 161-162.

<sup>5527</sup> *Ibid.*, p. 162. Voy. aussi les questions connexes de l'accession de nouveaux États à un traité « modifié », le transfert d'un tel traité, la succession aux traités suite à la modification, et les remarques relatives aux traités de protection des droits humains : pp. 163-164.

<sup>5528</sup> Projet de conclusion n° 7, § 1 : CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018, p. 3.



Les effets se résument donc bien à une augmentation ou à une diminution des droits et obligations respectifs des parties (le tout est rattaché *au* traité et ne constitue pas une nouvelle source de droits). Le commentaire de cette conclusion n° 7 donne notamment l'exemple d'une diminution des droits corrélative à une augmentation des obligations <sup>5529</sup>. L'effet de la pratique peut aussi déboucher sur une augmentation des droits : toutes les combinaisons sont possibles <sup>5530</sup>.

### 3. *Suppression d'un droit ou d'une obligation*

#### a. *Cadre théorique*

Par « suppression » d'un droit ou d'une obligation, nous signifions le processus miroir qui répond à la création (*supra*, III.B.1). En cas de simple suspension, la *modification* est pertinente car les rapports juridiques ne sont pas éteints. Le gel d'une situation, l'instauration d'un *modus vivendi*, et la suspension ne touchent pas le contenu du droit en tant que tel et sont réversibles – au moins en théorie. Dans la présente section nous visons par exemple les situations où le rapport juridique se désagrège, s'efface, et ne peut être reconstitué que moyennant une nouvelle création. Cet effacement peut soit viser l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'une obligation dans un cas spécifique (par ex. la forclusion) ou mettre fin au droit de l'État (par ex. la déréliction). Deux situations permettront de mieux cerner le type de suppression que nous visons (a.i ; a.ii).

#### (i) *La disparition du « droit d'exercer »*

L'*exercice* d'un droit disparaît lorsque ce droit existe en faveur de l'État de manière générale (norme coutumière ou conventionnelle), mais que ce droit ne peut pas être exercé dans les circonstances spécifiques en raison d'un acquiescement. Le droit de l'État de soulever l'exception d'incompétence de la CIJ disparaît en cas de prise de position sur le fond (*forum prorogatum*, art. 38, § 5 RSCIJ). Mais cette perte est limitée, elle ne produit pas des effets génériques pour toutes les affaires futures. Par contre, et dans la

<sup>5529</sup> 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<sup>e</sup> partie, 2018, p. 57, § 11.

<sup>5530</sup> *Ibid.*, pp. 56-58, §§ 10-14.



limite de ce cas, la perte n'est pas susceptible d'être réversible ; l'État ne peut pas récupérer le droit de contester la compétence. De la même manière, un État peut perdre le droit d'invoquer la responsabilité, mais cette perte se limite à des actes illicites précis et ne produit pas d'effets généraux.

(ii) *La disparition totale d'un droit ou d'une obligation*

Le droit ou l'obligation et leurs attributs peuvent totalement disparaître. Ce n'est dès lors plus *l'exercice* du droit sur lequel porte l'acquiescement, mais *le droit* lui-même. La déréliction d'une île en est le parfait exemple : par ses attitudes et son comportement l'État renonce à la souveraineté. Cette renonciation abdicative éteint la souveraineté sur le territoire et le rend à son statut de *res nullius*, susceptible d'occupation effective par n'importe quel État. Le rapport juridique ne peut être ré-établi que grâce à une nouvelle création, en partant de zéro (*supra*, III.B.1).

b. *Exemples jurisprudentiels, conventionnels et coutumiers*

Le domaine territorial connaît l'extinction de droit par la déréliction ; un État, par son comportement, démontre son *animus derelinquendi* et le territoire retrouve son statut de *res nullius*. C'est le cas de l'île de Saint-Martin abandonnée par l'Espagne<sup>5531</sup>. Contrairement à la cession tacite ou à la renonciation translatrice, le but de la déréliction est d'abandonner un territoire, sans condition ni passage du droit à un autre État<sup>5532</sup>. Les tribunaux sont attentifs à cette distinction :

« [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 [...] *the 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* »<sup>5533</sup>.

<sup>5531</sup> Ch. SALOMON, *L'occupation des territoires sans maître*, Paris, A. Giard, 1889, pp. 247-248.

<sup>5532</sup> M. F. LINDLEY, *The acquisition and government of backward territory in international law*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>5533</sup> Cass. it., août 1950, *Sorkis v. Amed*, 17 ILR 101, Case n° 24, p. 103, nos italiques.

Le cas de la déréliction est à la limite de la pertinence pour l'acquiescement : il est ardu de conceptualiser une prétention ou d'identifier un État « bénéficiaire » de l'acquiescement<sup>5534</sup>. Nous pouvons simplement remarquer que les dérélictions sont souvent évoquées en cas de différend : la position de « bénéficiaire » revient à l'État qui cherche à établir sa souveraineté sur le territoire<sup>5535</sup>. Malgré la difficulté de conceptualisation, la déréliction tacite s'appuie largement sur l'acquiescement : le comportement de l'État (« fil rouge ») doit être univoquement identifiable comme une perte de souveraineté par les autres États<sup>5536</sup>. En cas de doute sur l'existence d'une déréliction, il arrive que les États demandent des éclaircissements<sup>5537</sup> : une fois la déréliction établie, l'autre État peut tenter d'établir sa souveraineté<sup>5538</sup>.

La perte de droit est l'hypothèse la plus intuitive des effets de l'acquiescement : l'État silencieux, qui n'a pas saisi une occasion de réagir alors qu'il devait faire connaître sa position, est réputé avoir consenti à l'abandon d'un droit<sup>5539</sup>. En droit des traités et de la responsabilité internationale, les articles jumeaux relatifs à la perte/

<sup>5534</sup> Dans le jeu de miroir entre création et suppression d'un rapport juridique, la déréliction répond à la constitution d'une baie historique. En cas de déréliction, l'ensemble de la communauté internationale dispose d'une prétention, d'un intérêt à la réversion du territoire au stade de *terra nullius* afin de pouvoir potentiellement l'occuper et y étendre sa souveraineté.

<sup>5535</sup> *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1109-1111.

<sup>5536</sup> M. F. LINDLEY, *The acquisition and government of backward territory in international law*, op. cit., p. 50. La condition de la charge de réagir se configure comme suit en cas de déréliction : à cause de son propre comportement, l'État doit, au cours de l'acquiescement, revenir sur ses actes afin d'empêcher l'acquiescement. S'il persiste dans la même ligne de conduite, il sera considéré comme ayant acquiescé. Si une « masse critique » de comportements laissant présumer l'acquiescement est atteinte, l'État satisfait à la déréliction.

<sup>5537</sup> 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.

<sup>5538</sup> *Ibid.*, pp. 259-260. L'article mentionne de nombreuses communications entre le Danemark (ex-souverain) et le Royaume-Uni (candidat à la souveraineté), dont une qui précise : « [Je] m'empresse, Monsieur le Chevalier, de vous déclarer que si malgré l'abandon susmentionné le Gouvernement britannique nous regarde encore comme ayant des droits relativement aux Îles de Nicobar, le Gouvernement du Roi cède volontiers par la présente ces droits à celui de Sa Majesté Britannique. Je crois pourtant devoir ajouter que, dans le cas qu'une autre puissance se serait emparée des Îles de Nicobar avant que l'Angleterre y ait arboré son pavillon, le Gouvernement du Roi [du Danemark] ne saurait en vertu de la présente cession être rendu responsable, d'un tel fait, qui selon lui n'est qu'une conséquence naturelle de la position qu'il a prise vis-à-vis de ces îles, en faisant disparaître les signes extérieurs de la souveraineté que le Danemark a antérieurement exercé sur elles » (*ibid.*, p. 259).

<sup>5539</sup> Par ex. : I. MCGIBBON, « The scope of acquiescence in international law », op. cit., p. 182.

renonciation du droit d'invoquer une cause de nullité/la responsabilité sont un exemple éclatant d'une suppression de droit. Ainsi, l'effet de l'article 45 CVDT consiste en « la perte du droit d'invoquer ultérieurement la nullité, l'extinction ou la suspension du traité en cause »<sup>5540</sup>. Ce droit de remettre en cause le traité *disparaît* suite à l'acquiescement. De la même manière dans l'article 45 TCDI :

« 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 »<sup>5541</sup>.

L'extrait souligne les effets « en cascade » provoqués par la perte du droit : tout le régime de la responsabilité et les droits dont l'État victime de l'illicite bénéficie usuellement disparaissent. Le point de vue adopté est celui de l'État lésé par l'acquiescement (perte du droit d'invoquer), mais il pourrait tout aussi bien consister en celui de l'État bénéficiaire. Ce dernier voit disparaître son *obligation*. Obligation de cesser l'exécution du traité par exemple dans l'article 45 CVDT, obligation de pourvoir aux réparations dans l'article 45 CDI.

Dans le domaine judiciaire ou procédural, les situations d'acquiescement se multiplient. L'article 45 CDI est un équivalent de la prescription extinctive, comme l'affaire *Norstar* l'illustre : l'Italie tentait d'empêcher le tribunal de se saisir d'une demande du Panama à son encounter<sup>5542</sup>. Dans l'hypothèse où la prescription aurait été retenue, *l'irrecevabilité* de la demande aurait été l'effet de cet acquiescement :

« 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 »<sup>5543</sup>.

L'affaire des *Phosphates à Nauru* s'inscrit dans la même veine, l'Australie cherchait un constat d'irrecevabilité de la requête de son adversaire<sup>5544</sup>. L'État lésé aurait été celui empêché d'agir en raison de son retard ; la perte d'un droit correspond à l'impossibilité de saisir valablement la Cour.

<sup>5540</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, p. 1696, § 66.

<sup>5541</sup> 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.

<sup>5542</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, pp. 73-74.

<sup>5543</sup> *Ibid.*, p. 71, § 301.

<sup>5544</sup> *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 253, § 32.

Le *forum prorogatum* de l'article 38, § 5 RSCIJ est un cas typique de perte d'un droit par l'État qui acquiesce :

« Lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'État contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet État. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'État contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire ».

Concrètement, et comme souvent dans les codifications de l'acquiescement<sup>5545</sup>, le défendeur peut soit accepter explicitement (par une déclaration orale ou écrite) ou tacitement la compétence<sup>5546</sup>. En matière de compétence, la règle centrale est celle d'une trilogie consensualiste : que ce soit via une déclaration d'acceptation de l'article 36, § 2 SCIJ, une clause compromissoire présente dans un traité, ou encore un compromis, la dimension volontaire de la compétence de la Cour est omniprésente<sup>5547</sup>. Le *forum prorogatum* s'instille en deçà des formes dominées par une volonté clairement manifestée : en cas d'acceptation tacite, la volonté est déduite, implicite.

Pour terminer ce tour d'horizon de la perte de droit ou d'obligation, nous nous intéresserons au désistement d'instance. Le siège de la matière est actuellement<sup>5548</sup> dans les articles 88 et 89 du RSCIJ. Le désistement consiste en un retrait d'une requête ou d'une instance introduite auprès de la Cour (en fonction du moment de son intervention et des actes de procédures déjà accomplis)<sup>5549</sup>. Seulement un aspect du désistement d'instance nous intéresse<sup>5550</sup> : s'agit-il d'un abandon total ou conditionnel du droit d'ester auprès de la Cour ? Il y a *perte* d'un droit lorsque le désistement est

<sup>5545</sup> Acceptation explicite ou tacite des réserves, de la continuation d'un traité malgré la cause de nullité, de l'abandon d'une demande de réparation, etc.

<sup>5546</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., pp. 935-936.

<sup>5547</sup> *Ibid.*, pp. 897 et s.

<sup>5548</sup> Le siège de la matière se situait aux articles 68 et 69 : *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), Exceptions préliminaires, arrêt, 24 juillet 1964, CIJ, *Rec.* 1964, pp. 17 et 20.

<sup>5549</sup> Voy. art. 89, § 1 et 2 RSCIJ.

<sup>5550</sup> Un autre aspect est d'appliquer l'acquiescement à l'acceptation du principe même du désistement par l'adversaire (sans s'intéresser à la portée définitive ou non de ce désistement) : « Rule 89, dealing with the discontinuance by the applicant in a case begun by unilateral application, subordinates the ending of the case to the respondent's agreement (or at least acquiescence) » (R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 195, nos italiques).

total : l'État qui acquiesce accepte que la Cour ne puisse plus se prononcer sur cette affaire à l'avenir. *Barcelona Traction* pose ces interrogations avec acuité :

« La Cour est appelée à examiner pour la première fois l'effet d'un désistement suivi d'une instance nouvelle. Cela tient à ce que, d'ordinaire, les désistements ont été définitifs en fait, indépendamment de la question de savoir s'ils auraient été tenus pour tels en droit au cas où l'on aurait tenté d'engager une autre instance » <sup>5551</sup>.

Pour que la perte du droit *d'ester* en une affaire spécifique (désistement total) soit réalisée, il doit être possible de déduire cet effet des actes des États <sup>5552</sup>. Dans une argumentation suivie et détaillée, la Cour explique qu'un désistement définitif doit résulter clairement des actes, comportements, et déclaration des parties <sup>5553</sup>. L'acquiescement a pour conséquence de supprimer le droit d'ester relativement à cette affaire <sup>5554</sup> (voy. art. 36, § 1 SCIJ). Cette conséquence (perte du droit d'ester) devrait logiquement toucher les deux États en cas de désistement définitif <sup>5555</sup>.

### c. Synthèse

En conclusion, l'acquiescement peut sans surprise déboucher sur la perte d'un droit, voire, plus rarement et en fonction du point de vue adopté, sur la disparition d'une obligation (pour l'État bénéficiaire) <sup>5556</sup>. La perte d'une obligation reste toutefois la parente pauvre. Bien souvent, le point de vue adopté dans cette section est celui de l'État lésé – aborder les effets de l'acquiescement en

<sup>5551</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), Exceptions préliminaires, arrêt, 24 juillet 1964, CIJ, *Rec. 1964*, p. 18.

<sup>5552</sup> *Ibid.*, pp. 21-22.

<sup>5553</sup> *Ibid.*, pp. 21-24.

<sup>5554</sup> Sur le désistement d'instance et ses effets : R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, pp. 195-196 et pp. 174-176.

<sup>5555</sup> La situation de l'article 89, § 1<sup>er</sup> et § 2 RSCIJ doit être distinguée : au § 1<sup>er</sup>, le désistement définitif est unilatéral et ne concerne que l'État qui l'émet. Au § 2, le désistement définitif est « conjoint », il implique l'adhésion des deux États. Un passage de *Barcelona Traction* corroborerait que l'effet de désistement s'étend aux deux États (art. 89, § 2 RSCIJ) : *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), Exceptions préliminaires, arrêt, 24 juillet 1964, CIJ, *Rec. 1964*, p. 23). Pour une autre perspective : R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, pp. 173-174 et 195-197.

<sup>5556</sup> Voy. l'article 45 TCDI, qui est à « double face » : il correspond à la perte du droit de demander réparation pour le lésé et à la disparition de l'obligation de réparer pour l'État bénéficiaire.

privilégiant sa perspective se justifie car cette perte n'est pas synonyme de création ou de transfert d'un droit pour l'adversaire dans la plupart des cas.

Cette section, à travers certains « cas difficiles », a le mérite de souligner la complexité rapide dans la détermination des effets de l'acquiescement. Dans le désistement d'instance<sup>5557</sup> et l'article 45 CVDT par exemple, c'est avec beaucoup de cautèle que nous devons procéder pour établir les conséquences d'un acquiescement. Cette difficulté résulte de notre parti pris – dans cette première approche des effets de l'acquiescement – de catégoriser dans trois cases exhaustives tous les effets possibles. Pour s'en convaincre, reprenons de manière plus approfondie les effets de l'article 45 CVDT. Kohen s'interroge et conclut à la double portée de la disposition, procédurale et substantielle :

« Le trait fondamental de l'article, qui n'en ressort paradoxalement qu'en filigrane, est constitué par l'affirmation de la validité du traité, de son maintien en vigueur ou en application malgré l'existence d'une cause de nullité, d'extinction ou de suspension, si l'État qui pouvait invoquer l'une de ces causes ne l'a pas fait. *La règle énoncée peut de ce fait être aussi qualifiée de règle de fond* »<sup>5558</sup>.

L'effet se concrétise sur deux plans distincts : au niveau procédural, l'État qui acquiesce perd le droit d'invoquer la cause. Sur le plan substantiel, le traité est assaini, purgé d'un vice, ce qui correspondrait dans notre typologie à une *modification* d'un droit : un droit qui existe déjà (le droit à l'exécution du traité), mais imparfait en raison du vice (erreur, dol, etc.), se hausse à un niveau de validité exempt de doute (le traité produit tous ses effets). Martin-Bidou procède d'ailleurs à une analyse de l'article 45 CVDT sous ce double angle de l'assainissement (fond) et de la procédure (forme)<sup>5559</sup>. Pour arriver à cette finesse d'analyse en gardant les catégories de la création, modification et suppression, il nous faudrait multiplier les points de vue adoptés. Ce constat justifie d'adopter une approche « nominaliste ». Dans cette seconde approche (III.C), les

<sup>5557</sup> Pour une analyse suivie du désistement d'instance : R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, pp. 174-177 et 190-199 ainsi que les références citées en p. 190, note n° 79.

<sup>5558</sup> M. G. KOHEN, « Article 45 », *op. cit.*, p. 1679, § 24, nos italiques.

<sup>5559</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public, op. cit.*, pp. 176-177 (acquiescement comme couverture du vice : « [L']acquiescement permet à l'accord de produire pleinement ses effets ») ; pp. 180-181 (identification des effets de procédure et de fond de l'article 45 CVDT).

effets de chaque concrétisation de l'acquiescement seront abordés d'une manière globale, en se défaisant d'un carcan préétabli d'analyse, et en tenant compte des particularités du domaine juridique.

#### 4. *Synthèse et mise en perspective*

La classification s'achève sur une note douce-amère. Il est certes possible de « distribuer » les effets de ses multiples concrétisations entre création, modification, et suppression de droits et d'obligations, mais cet effort s'accompagne de difficultés. Toute classification exige des définitions, des séparations entre les catégories – dont l'étanchéité est variable – mais également un point de vue (effet de création pour le sujet lésé, ou pour l'État bénéficiaire ?). Ces classifications sont souvent source d'incertitudes pour peu qu'on les étudie de plus près. L'addition de ces grilles d'analyse brouille les effets de l'acquiescement, elle les fragmente sur une multitude de plans (effet substantiel ou procédural ; effet pour le lésé ou pour le bénéficiaire). Ces difficultés ne doivent pas faire oublier que nos développements ont permis de mettre en exergue que les effets de l'acquiescement peuvent effectivement être résumés en la création, modification, ou suppression de droits et d'obligations. En adoptant cette tripartition, notre intention était de ne laisser aucune zone d'ombre dans les effets possibles de l'acquiescement<sup>5560</sup>. Cette première approximation est déjà fructueuse ; elle confirme que les effets sont susceptibles d'être catégorisés et de modifier la situation des parties.

*Omnis definitio in jure civili periculosa est !* Une limite et un défaut criant d'établir une classification stricte, dont la visée est de distribuer l'expérience dans des « universaux »<sup>5561</sup>, est qu'il suffit d'un acquiescement dont l'effet ne correspondrait pas aux catégories

<sup>5560</sup> Cette tripartition « création, modification, ou suppression » est censée couvrir toutes les modalités d'existence d'un droit ou d'une obligation, toutes les étapes chronologiques possibles. Il s'agit pour nous de diviser en trois l'ensemble des événements touchant un droit/une obligation. Notre intention, à travers cette tripartition, est que le tout (l'ensemble des phénomènes) devrait en principe être égal à la somme des parties (création, modification, suppression).

<sup>5561</sup> Nous comparons les effets classifiés à des universaux : des catégories générales sont établies, qui peuvent accueillir un nombre illimité de cas (comme la loi générale peut s'appliquer à un nombre infini de cas). Cette perspective peut tout aussi bien être présentée comme « réductionniste » ou « réductiviste » : nous postulons que la richesse des effets peut se réduire à trois cas distincts (création, modification, et suppression). Ainsi, on ne garde de la diversité que sa substantifique moelle, les lignes de force qui contiennent tous les cas possibles. C'est en somme une application du rasoir d'Ockham, une identification de l'essence des droits, ou

préétablies pour faire éclater tout l'édifice théorique. Existe-t-il un acquiescement dont l'effet est « probatoire » ? Comment aborder les effets de l'acquiescement dans le cadre de la convention contre les disparitions forcées par exemple ? Est-il vraiment satisfaisant de les définir comme la création d'une obligation de réparer pour l'État auteur ? Ne serait-il pas plus judicieux de se plonger dans l'ensemble des effets produits (pour l'individu, l'État, le tribunal, voire les États tiers) et de le définir comme un « acquiescement attributif » ou un « acquiescement à la responsabilité » ? Notre objectif dans la prochaine section sera d'aborder de manière empirique les effets de l'acquiescement, en tenant compte des particularités du domaine juridique où il s'insère, la *ratio legis* qui l'influence. En donnant des catégories préétablies une simplification est inévitable, simplification qui peut appauvrir la richesse de conséquences d'un acquiescement. L'adoption d'une perspective « nominaliste » permettra de pallier ces défauts.

Une critique moins radicale que l'on pourrait adresser à la classification proposée jusqu'à présent est qu'elle obscurcit parfois l'analyse de détail (*esprit de finesse*) et le fait que les droits et obligations créés, modifiés, ou supprimés, possèdent eux-mêmes une multitude de strates juridiques (la souveraineté...). En abordant dans la prochaine section la situation hors du carcan de la création, modification, suppression d'un droit, une plus large place est laissée à un examen attentif des circonstances, à l'esprit de finesse et à la concrétisation des conditions de l'acquiescement, ainsi qu'à la prétention qu'il valide. Une vision « interne » de l'acquiescement est valorisée<sup>5562</sup>, par opposition à l'adoption d'un point de vue, forcément fragmentaire, d'un observateur externe.

---

encore une réduction aux « plus petits multiples communs » que nous privilégions à travers ces universaux.

<sup>5562</sup> Il s'agit de privilégier une vision de l'interne en faisant corps avec chaque concrétisation (H. BERGSON *La pensée et le mouvant*, Paris, GF Flammarion, 2014, p. 212 : « Nous appelons ici intuition la *sympathie* par laquelle on se transporte à l'intérieur d'un objet pour coïncider avec ce qu'il a d'unique et par conséquent d'inexprimable. Au contraire, l'analyse est l'opération qui ramène l'objet à des éléments déjà connus, c'est-à-dire commun à cet objet et à d'autres » ; italiques dans l'original).



### C. Les effets par domaine

#### 1. Introduction

Il s'agira d'apprécier les effets de l'acquiescement hors du carcan strict de la tripartition création-modification-suppression. Cette introduction va main dans la main avec la conclusion précédente (III.B.4), dont elle poursuit et prolonge les réflexions.

L'approche adoptée sera, de près ou de loin, liée à un domaine juridique plutôt qu'à l'effet final de l'acquiescement. C'est une approche volontairement vague ; un domaine juridique peut contenir plusieurs concrétisations de l'acquiescement, chacune développant des effets différents. De cette manière, nous visons une prise en compte des effets au plus près de l'acquiescement. Cette perspective pourrait être qualifiée d'« expansionniste » ou de « nominaliste » par contraste avec l'approche universaliste adoptée précédemment. Nous insistons sur la richesse de chaque concrétisation. En tant que principe général du droit, l'acquiescement peut s'actualiser dans n'importe quel domaine juridique. Cette approche ne prétend aucunement à l'exhaustivité. Chaque nouvelle concrétisation du *principe* ajoute une pierre à l'édifice, qui n'est jamais achevé. Chaque nouvelle concrétisation peut posséder des effets qui lui sont propres, irréconciliables et différents des acquiescements préexistants.

L'effet de l'acquiescement pourra être rattaché à la création, la modification ou la suppression de droits ou d'obligations, mais il ne s'agit pas d'une nécessité. D'autres effets ou « utilités » de l'acquiescement sont envisageables, par exemple un effet confirmatoire ou probatoire<sup>5563</sup>.

#### 2. Les domaines : étude de cas

##### a. Les espaces (terrestres et maritimes)

Dans *Temple de Préah Vihéar*, l'acquiescement de la Thaïlande s'affirme à plusieurs niveaux. C'est tout d'abord au sujet de l'assainissement de la carte qu'il déploie des effets :

« La Cour considère que les qualités et les compétences des personnes qui ont vu la carte de l'annexe 1 du côté siamois rendent à eux seuls difficile que la Thaïlande puisse juridiquement invoquer l'erreur »<sup>5564</sup>.

<sup>5563</sup> I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *op. cit.*, p. 182.

<sup>5564</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 26.

Au risque d'un anachronisme, cette première valence est celle de l'article 45 combiné avec l'article 48 CVDT. Mais les conséquences du silence de la Thaïlande vont au-delà de l'assainissement d'un traité ; elles pavent la voie au changement territorial. Le traité et la carte qui en résultent peuvent déployer leurs effets. Dans un second temps, la Cour s'intéresse aux comportements thaïlandais, et ce indépendamment de l'erreur<sup>5565</sup>. Elle propose deux valorisations possibles de l'acquiescement, sans prendre la peine de trancher :

« 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 »<sup>5566</sup>.

En termes de droits d'obligations, la première éventualité est celle d'une confirmation ou de la création d'un droit de souveraineté en faveur du Cambodge. La seconde éventualité est celle d'un transfert de souveraineté de la Thaïlande au Cambodge. La Cour peut s'abstenir de trancher car les deux chemins mènent à la même conséquence : la souveraineté appartient au Cambodge<sup>5567</sup>. Cette conclusion est à mettre en relation avec l'aspect procédural et les conclusions demandées : « Dire et juger que le temple de Préah Vihéar est situé en territoire relevant de la souveraineté du Royaume du Cambodge »<sup>5568</sup>.

Dans cette affaire, l'effet de l'acquiescement est *aussi* lié aux conclusions demandées : il disparaît derrière le changement qu'il provoque. La nouvelle situation « objective » à laquelle il donne naissance est plus importante qu'une détermination de ses effets précis (création ou transfert d'un titre) dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*. L'acquiescement contribue à l'établissement de la nouvelle situation juridique de référence qui aura cours entre les parties ; il supprime les incertitudes<sup>5569</sup> qui avaient pris naissance dans les rapports entre parties. À la différence d'un traité, le « but » de l'acquiescement n'est pas

<sup>5565</sup> *Ibid.*, pp. 27 et 30.

<sup>5566</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>5567</sup> *Ibid.*, pp. 36-37.

<sup>5568</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>5569</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, *op. cit.*, 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 comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 173, 241, 267, 312.

d'être invoqué entre les parties, mais seulement de donner naissance à une situation juridique claire entre elles. Deux aspects de l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* autorisent cette affirmation. Tout d'abord car le dispositif de l'arrêt est articulé en deux phases : la détermination de la souveraineté, et ses conséquences. C'est bien parce que la souveraineté appartient au Cambodge que la Thaïlande est tenue de retirer ses forces de police et qu'elle doit restituer les objets culturels<sup>5570</sup>. L'acquiescement confirme la souveraineté ; celle-ci établie, les conséquences à appliquer sont celles qui découlent logiquement de la souveraineté, et non de l'acquiescement. En soi, l'acquiescement ne fait que consacrer une nouvelle situation juridique dont les effets précis sont une conséquence de l'attirail juridique propre à ce domaine. C'est aussi une raison qui explique que l'objet de l'acquiescement doit être bien établi ; parfois il ne vise pas la souveraineté pleine et entière, mais seulement une *partie* de celle-ci<sup>5571</sup>. En second lieu, la demande en interprétation de l'arrêt de 1962 ne visait pas directement l'acquiescement, mais l'ampleur et les limites de la souveraineté :

« Lorsqu'elle a défini le différend dont elle était saisie [...], la Cour a clairement indiqué qu'elle ne s'intéressait qu'à la souveraineté dans la "région du temple de Préah Vihéar" »<sup>5572</sup>.

L'effet de l'acquiescement est écrasé par les droits et les obligations qu'il charrie. L'acquiescement n'a pas vocation à être invoqué sur une base autonome, il n'est qu'un *passer*. La souveraineté peut être abandonnée, cédée, modifiée : l'acquiescement ne le peut pas.

Il serait possible de multiplier les motivations juridiques qui concourent aux effets de l'acquiescement dans cette affaire. Ainsi, dans le domaine territorial, le bénéfice d'une frontière stable est un facteur pris en compte par la Cour pour conclure à l'acquiescement – et donc à la constitution/confirmation d'une souveraineté<sup>5573</sup> :

« D'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive. Cela est impossible si le tracé ainsi établi peut être remis en question à tout moment, sur la base d'une procédure

<sup>5570</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 36-37.

<sup>5571</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 37-38.

<sup>5572</sup> *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. 32, § 78 et p. 318, § 107.

<sup>5573</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 32.

constamment ouverte, et si la rectification peut en être demandée chaque fois que l'on découvre une inexactitude par rapport à une disposition du traité de base »<sup>5574</sup>.

L'acquiescement et sa concordance avec les effectivités sont favorisés, une préférence est accordée<sup>5575</sup> à *quieta non movere* plutôt qu'à une légalité stricte. Dans les espaces maritimes, la longue application d'un *modus vivendi* sert d'indication de la nature équitable de la solution qu'il met en œuvre<sup>5576</sup>. Autre point d'accroche pour apprécier les effets de l'acquiescement : la distinction entre litige de délimitation ou d'attribution, propre au droit des différends territoriaux :

« En effet, selon la Chambre (de la Cour internationale de Justice dans l'affaire entre le Burkina Faso et le Mali), dans les conflits de délimitation territoriale, en cas de divergence entre titre juridique et effectivité, c'est le premier qui prévaut, alors que, dans les conflits d'attribution territoriale, c'est l'effectivité qui prime sur le titre territorial »<sup>5577</sup>.

Sans entrer dans les détails et différences de ces deux types de conflits territoriaux, nous signalons que la délimitation se concentre davantage sur le « titre-preuve », tandis que l'attribution s'axe sur le « titre-source »<sup>5578</sup>. Les contentieux d'attribution, comme l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, sont donc plus susceptibles d'être affectés par l'acquiescement. Ces développements illustrent l'importance de se plonger dans les méandres des « principes » d'un domaine juridique pour comprendre leur interaction avec l'acquiescement et ses effets.

Illustration supplémentaire de l'influence du domaine sur l'effet et la validation de l'acquiescement : les cartes et les concessions pétrolières (contentieux maritime) peuvent participer au « fil rouge », mais leur influence est traditionnellement réduite dans la solution du cas. Lorsqu'une carte n'est pas incorporée

<sup>5574</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>5575</sup> *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence du 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 161-162.

<sup>5576</sup> *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, CIJ, *Rec. 1982*, p. 69, § 92.

<sup>5577</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, *op. cit.*, p. 354, et note n° 174.

<sup>5578</sup> *Ibid.*, p. 353 : « [S'il s'agit de faire une "constatation" de la validité du titre-source relativement au territoire contesté, on se trouve face à un conflit d'attribution territoriale. En revanche, s'il s'agit d'évaluer respectivement la robustesse et l'étendue des titres-preuve, alors on se trouve face à un conflit de délimitation territoriale, la validité du titre-source n'étant donc pas contestée ».

dans un traité, son « meilleur effet » est celui d'une confirmation d'un titre<sup>5579</sup>. Un potentiel acquiescement à une carte aurait donc comme effet de confirmer l'existence d'un titre, sans en porter création<sup>5580</sup>. Concernant les concessions pétrolières, les tribunaux sont très soucieux de distinguer une pratique pétrolière d'un véritable acquiescement quant à la méthode de délimitation<sup>5581</sup>. L'effet de l'acquiescement se limite en principe à un partage des espaces pour l'octroi de concessions, sans conséquence pour une solution différente au niveau de la délimitation finale :

« The Special Chamber considers that the oil practice, no matter how consistent it may be, cannot in itself establish the existence of a tacit agreement on a maritime boundary. Mutual, consistent and long-standing oil practice and the adjoining oil concession limits might reflect the existence of a maritime boundary, or might be explained by other reasons »<sup>5582</sup>.

Plus loin, la chambre spéciale considéra que les parties avaient en tout temps eu conscience de la déconnexion entre pratique pétrolière et pratique « délimitative », et qu'en conséquence aucune délimitation ne peut résulter de leur « acquiescement »<sup>5583</sup>.

Un mérite de *Ghana c. Côte d'Ivoire* est de mettre en relief les raisons (*ratio legis*) et principes relevant du droit de la mer qui empêchent de donner un large effet à l'acquiescement aux concessions pétrolières :

« It is not unusual for States to align their concession blocks with those of their neighbouring States so that no areas of overlap arise. They obviously do so for different reasons, but not least out of caution and prudence to avoid any conflict and to maintain friendly relations with their neighbours. To equate oil concession limits with a maritime boundary would be equivalent to penalizing a State for exercising such caution and prudence. It would be contrary to article 74, paragraph 3,

<sup>5579</sup> *Ibid.*, pp. 340-341.

<sup>5580</sup> Par ex. : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 662, § 102 (cartes).

<sup>5581</sup> L'effet de l'acquiescement n'est pas celui d'une création de droit directement entre les parties, mais la sélection d'une méthode de délimitation. Les deux États acquiescent à la mise en œuvre de l'équidistance, ligne médiane, ou de toute autre méthode. Le *droit* et l'*obligation* ne viennent qu'ensuite, comme conséquences de l'application de la méthode. Voy. : A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, pp. 326-331, §§ 208-209.

<sup>5582</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, p. 67, § 215.

<sup>5583</sup> *Ibid.*, p. 69, §§ 221-222 ; p. 71, § 228.

and article 83, paragraph 3, of the Convention, which require States, pending agreement on delimitation, in a spirit of understanding and cooperation, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement »<sup>5584</sup>.

L'acquiescement n'est pas impossible en soi, mais il est hautement improbable lorsque des négociations parallèles sont engagées. Un effet d'acquiescement à la délimitation est à proscrire en cas de convergence des concessions car la motivation y est ailleurs ; les rapports de bon voisinage justifient une attribution des concessions qui fasse écho à la pratique de l'État adverse ! Dans le cadre du droit de la mer l'application des articles 74, § 3 et 83, § 3 UNCLOS semble pertinente même en l'absence d'un différend ouvert et déclaré entre les États<sup>5585</sup> :

« En attendant la conclusion de l'accord visé au paragraphe 1, les États concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font tout leur possible pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif. Les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale ».

Cette obligation de ne pas aggraver le « différend » se traduit par une dégradation des effets de l'acquiescement. Si l'acquiescement n'est pas impossible dans le cadre maritime, il est sérieusement préterité en raison du cadre juridique.

Dans le domaine maritime, l'acquiescement est parfois invoqué au stade des « circonstances spéciales », lorsque la méthode de délimitation est *déjà* arrêtée. Ces circonstances font partie de l'examen en trois étapes des délimitations<sup>5586</sup>. Leur but est de faire varier la ligne provisoire afin de tenir compte des particularités géographiques ou non géographiques<sup>5587</sup>. L'effet d'un acquiescement est non géographique et il est limité par son insertion dans les circonstances spéciales, il ne peut que faire *varier* la ligne pro-

<sup>5584</sup> *Ibid.*, p. 70, § 225.

<sup>5585</sup> À l'inverse, les obligations de ne pas aggraver le différend n'existent que suite à la cristallisation du différend.

<sup>5586</sup> Y. TANAKA, *The International Law of the Sea, op. cit.*, pp. 196-197 : « The first stage is to establish the provisional equidistance line. At the second stage, the Court will examine whether there are relevant circumstances calling for the adjustment of the provisional equidistance line in order to achieve an equitable result. At the final and third stage, the Court will verify whether the delimitation line does not lead to an inequitable result by applying the test of disproportionality ».

<sup>5587</sup> *Ibid.*, pp. 198 et s. ; pp. 208 et s.

visoire. *Stricto sensu*, son effet n'est pas celui d'une création de droit, modification ou suppression, il s'agit plutôt de contribuer à une solution équitable pour les parties<sup>5588</sup>, il constitue une béquille pour le tribunal<sup>5589</sup>.

L'acquiescement ressurgit au stade des circonstances spéciales dans *Ghana c. Côte d'Ivoire* :

« According to Ghana, while the evidence it adduced is sufficient to establish the existence of an agreement between the Parties on the maritime boundary, “even if, *quod non*, the evidence were to be considered as falling short of demonstrating an agreed boundary, the consistent practice of the Parties in respect of the boundary for five decades *would constitute a relevant circumstance justifying a modest adjustment of the provisional equidistance line to conform to the customary boundary line, which ... was also based on equidistance*” »<sup>5590</sup>.

La tentative du Ghana est vouée à l'échec car le tribunal adopte une approche très stricte pour admettre l'acquiescement, y compris dans le cadre restreint des circonstances spéciales<sup>5591</sup>.

#### b. *Les traités*

Ce domaine est d'une extraordinaire richesse pour l'acquiescement en raison de la place de prédilection qu'y occupe le consentement, mentionné à 59 reprises dans la CVDT et son annexe. Le troisième paragraphe du préambule prévoit :

« Constatant que les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda* sont universellement reconnus [...] »<sup>5592</sup>.

On pourrait penser que la volonté et le consentement constituent davantage un frein à l'acquiescement. Il n'en est rien. L'acquiescement opère à l'instar d'un consentement tacite, et ce type de consentement s'instille dans le moindre interstice de la CVDT. Il fonctionne comme un équivalent au consentement, un

<sup>5588</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, p. 116, § 409 : « The overarching objective of maritime delimitation – as set out in articles 74 and 83 of the Convention – is to achieve an equitable solution ».

<sup>5589</sup> Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, op. cit., pp. 210-211.

<sup>5590</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, pp. 129-130, § 457, nos italiques.

<sup>5591</sup> *Ibid.*, p. 137, §§ 477-479.

<sup>5592</sup> Voy. : M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 48, § 10 ; K. SCHMALENBACH, « Preamble », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 12, § 7.

double informel qui remplace les conditions de l'acte juridique (expression d'une volonté) par les conditions d'un fait juridique (comportement conjugué aux circonstances).

Nous avons déjà évoqué les articles les plus évidents qui se servent de l'acquiescement : art. 20, § 5 ; art. 31, § 3, lit. b ; art. 45, lit. b CVDT. Cependant l'acquiescement se loge parfois dans des recoins insoupçonnés de la CVDT. Ainsi de l'article 7, § 1, lit. b CVDT qui prévoit :

« Une personne est considérée comme représentant un État pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'État à être lié par un traité :

a) Si elle produit des pleins pouvoirs appropriés ; ou

b) *S'il ressort de la pratique des États intéressés ou d'autres circonstances qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme représentant l'État à ces fins et de ne pas requérir la présentation de pleins pouvoirs [...]* ».

La conduite pertinente peut découler des actes et comportements des parties<sup>5593</sup>. Ici, le « consentement » n'est pas évoqué, et pourtant l'acquiescement peut s'insérer dans le fonctionnement de cet article. Cet acquiescement peut par exemple se déduire d'une abstention réciproque de vérification des pleins pouvoirs de l'autre négociateur<sup>5594</sup>. Lorsque des accords techniques sont négociés entre ministres ou fonctionnaires spécialisés, l'acquiescement de l'article 7 peut également s'appliquer : il ressort des circonstances que les États d'envoi ne considèrent pas les pleins pouvoirs comme une nécessité<sup>5595</sup>.

Bien que sa lecture ne le laisse pas supposer à première vue, l'article 8 CVDT présente lui aussi des symptômes d'acquiescement :

« 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 ».

La confirmation peut advenir de manière informelle. Le champ d'application de l'article 8 est large, il englobe toutes les formalités relatives au droit des traités (art. 9 à 17 CVDT)<sup>5596</sup>. Par conséquent, l'acquiescement

<sup>5593</sup> M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 139-140, § 10.

<sup>5594</sup> F. HOFFMEISTER, « Article 7 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 125-126, § 17.

<sup>5595</sup> *Ibid.*, pp. 125-126, § 19 ; P. KOVACS, « Article 7 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>5596</sup> M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 149-153 ; F. HOFFMEISTER, « Article 8 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds),



de l'article 8 peut déployer ses effets sur toutes les modalités souffrant d'un vice (guérison d'une signature, d'une ratification défectueuse, etc.). Comment cette confirmation est-elle matérialisée ? Trois formes sont envisageables : soit de manière expresse (en faisant à nouveau l'acte défectueux mais dans les formes prévues), en notifiant une confirmation, ou alors de manière tacite, implicite par l'acquiescement<sup>5597</sup>. Typiquement, la confirmation par acquiescement advient si l'État publie le traité dans ses recueils officiels ; si le traité signé sans pouvoirs est tout de même ratifié ; si le traité est mis en œuvre ; si l'État en demande l'exécution aux co-contractants<sup>5598</sup>. Nous notons aussi que le commentaire du guide de la CDI publié en 2011 prévoit une extension de l'opération de l'article 8 CVDT à la formulation de réserves<sup>5599</sup>.

Un peu plus loin, c'est l'article 11 CVDT qui ménage une double place à l'acquiescement :

« Le consentement d'un État à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu ».

Les termes « ou par tout autre moyen convenu »<sup>5600</sup> ouvrent cette double porte : (1) les États peuvent choisir d'autres moyens, *dont* l'acquiescement (par exemple sous la forme de la ratification tacite)<sup>5601</sup> ; (2) les États doivent se mettre d'accord sur le mode convenu d'expression, et ils peuvent en convenir *tacitement*. Pour prendre un exemple, les États peuvent, par leurs comportements (2), choisir que la publication (1) du traité vaudra consentement à être lié<sup>5602</sup>. Dans cet exemple,

---

*Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 131-135, § 11 : « Art 8 applies to all acts relating to the conclusion of a treaty. [...] preparatory acts, signature and the different modes of expressing consent to be bound are equally covered ».

<sup>5597</sup> N. ANGELET et T. LEIDGENS, « Article 8 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, *op. cit.*, pp. 253-255 ; F. HOFFMEISTER, « Article 8 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 131-135, § 17. Villiger ne mentionne que deux modes de confirmation : M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 149-153, § 7.

<sup>5598</sup> F. HOFFMEISTER, « Article 8 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 131-135 ; M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 149-153.

<sup>5599</sup> Voy. la directive n° 2.1.3 : CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités et commentaires*, Doc. A/66/10/Add.1, 2011, pp. 151-152. Et, *ibid.*, p. 154, § 8.

<sup>5600</sup> « Or by any other means if so agreed » dans la version anglaise.

<sup>5601</sup> M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 177, § 7.

<sup>5602</sup> F. HOFFMEISTER, « Article 11 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 153-162 ; S. SZUREK, « Article 11 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, *op. cit.*, p. 329, § 28.

l'acquiescement est présent au stade de la manière dont les États conviennent de « l'autre moyen ». Les États peuvent aussi expressément déclarer (2) que l'exécution du traité (1) vaudra consentement<sup>5603</sup>. La ratification tacite prend lieu par l'exécution<sup>5604</sup>.

Si rien n'est prévu dans le traité, les circonstances sont cruciales pour déterminer quel moyen servira à exprimer le consentement définitif à être lié. L'article 11 n'existe pas en isolation, il doit être lu et complété notamment par les articles 12 et 14 CVDT qui prévoient respectivement la signature et la ratification. En tant que points de fuite de l'article 11, les articles 12 et 14 CVDT contiennent une courte expression forte intéressante :

« 1. Le consentement d'un État à être lié par un traité s'exprime par la signature [resp. : "ratification" dans l'article 14] du représentant de cet État :

a) Lorsque le traité prévoit que la signature aura cet effet ;

b) Lorsqu'il est *par ailleurs établi* que les États ayant participé à la négociation étaient convenus que la signature aurait cet effet [resp. : "que la ratification serait requise" dans l'art.14] [...] ».

Toute la question est celle de la portée des termes « par ailleurs établi ». Pour Villiger et Hoffmeister, il est possible que les États conviennent tacitement que la ratification ou la signature soient requises : cet acquiescement peut par exemple ressortir des travaux préparatoires. Il doit dans tous les cas être dénué d'équivoque<sup>5605</sup>.

L'acquiescement est omniprésent en droit des traités, il peut s'infiltrer dans le moindre interstice. Chacune de ses concrétisations conventionnelles et coutumières (la majeure partie de la CVDT est considérée comme un reflet de la coutume) possède des effets différents : effet d'autorisation dans l'article 7 ; effet « guérisseur » dans l'article 8, acquiescement aux choix de moyens dans les articles 11, 12 et 14 CVDT. Le but de ces acquiescements ne se résume pas à créer ou modifier un droit, chaque concrétisation s'insère dans une problématique précise du droit des traités, qu'elle contribue à résoudre. L'« effet » de l'acquiescement est guidé par l'article où il est incorporé.

<sup>5603</sup> S. SZUREK, « Article 11 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, op. cit., pp. 324-325, § 21.

<sup>5604</sup> *Ibid.* : l'exécution est la « meilleure des ratifications tacites ».

<sup>5605</sup> F. HOFFMEISTER, « Article 14 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 190, § 25 : « [I]ntentions should clearly flow from the travaux préparatoires and should be unequivocal » ; M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., pp. 203-213.

Plus surprenantes et sujettes à caution, certaines interprétations incorporent l'acquiescement là où il y aurait tout lieu de le penser *persona non grata* :

« Une obligation naît pour un État tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'État tiers accepte expressément par écrit cette obligation ».

Le texte de l'article 35 CVDT (*res inter alios acta*) ne laisse *a priori* aucune place à l'acquiescement<sup>5606</sup>. À la différence des simples références à un consentement la disposition cadennasse l'acceptation en la conditionnant à une déclaration *expresse et écrite*, comme les travaux préparatoires et la doctrine le confirment :

« In the course of the 16th session, the majority of ILC members took the position that the "consent should be express, precise and definite", thus rejecting the validity of any implied acceptance" »<sup>5607</sup>.

L'intention patente des membres de la CDI, et plus tard des États au sein de la conférence diplomatique, était bien d'exclure toute possibilité de consentement informel et une création imprévue d'obligations<sup>5608</sup>.

Le destin jurisprudentiel de l'article amène une interprétation nuancée de la condition de la forme écrite. Cette interprétation prend pour point cardinal la forme écrite de l'acceptation et lui donne la prééminence sur l'acceptation *expresse* de l'obligation. Il suffit qu'un État accepte par *écrit* une obligation pour satisfaire à la condition de l'article 35 CVDT – c'est en tout cas le parti pris du TPIY dans l'arrêt *Blaškić*<sup>5609</sup> :

« In contrast, the ICTY indeed seems to rely on an alternative understanding of the term "in writing". When dealing with the Tribunal's power to issue binding orders to States which are not members of the United Nations in the *Blaškić* case, the Appeals Chamber initially referred to Art 35 VCLT but then emphasized that accepting an obligation in writing "may be evidenced in various ways. Thus, for instance, in the case of Switzerland, the passing in 1995 of a law implementing the Statute of the International Tribunal clearly implies acceptance of Article 29" »<sup>5610</sup>.

<sup>5606</sup> Pour des exemples de consentements tacites à la création d'obligations antérieurs à la CVDT : L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., pp. 195-196.

<sup>5607</sup> A. PROELSS, « Article 35 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 651, § 16.

<sup>5608</sup> *Ibid.*, p. 652, § 17.

<sup>5609</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, IT-95-14, §§ 26 et s.

<sup>5610</sup> A. PROELSS, « Article 35 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 653, § 19.

En suivant ce fil interprétatif, l'article 35 pourrait survenir tacitement en déduisant l'acceptation d'un *écrit* :

« Written consent can be given in a variety of ways (e.g., notes, memoranda), including the enactment of domestic legislation » <sup>5611</sup>.

Ce dernier cas signifierait que l'acquiescement de l'article 35 se concrétise par un « comportement » écrit, par exemple grâce à un acte qui reste purement interne et qui n'est pas destiné à être communiqué au niveau international, tel que l'édiction d'une loi, d'une ordonnance <sup>5612</sup>. À travers cet exemple, nous constatons que le nombre de concrétisations de l'acquiescement et ses effets sont inimaginables ; presque chaque consentement exprès peut être modulé en un acquiescement.

Les termes utilisés dans la CVDT sont d'une importance capitale, une petite variation emporte de grandes conséquences, au point que l'articulation des différentes dispositions, sections et régimes de la Convention ressemble parfois à un labyrinthe. L'article 39 CVDT codifie l'amendement des traités :

« Un traité peut être amendé par accord entre les parties. Sauf dans la mesure où le traité en dispose autrement, les règles énoncées dans la partie II s'appliquent à un tel accord ».

Une lecture de l'article 2, § 1, lit. a CVDT s'impose :

« 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 [...] ».

Quant à la partie II de la CVDT, elle concerne la conclusion et l'entrée en vigueur des *traités* et englobe les articles 6 à 25. Le terme « accord » n'est pas défini dans la CVDT, bien qu'il y apparaisse 30 fois. *Ut res magis valeat quam pereat* : des termes différents impliquent un contenu différent. Accord et traité sont distincts : le régime de la

<sup>5611</sup> M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 478, § 4.

<sup>5612</sup> Sans trancher quant à l'adéquation réelle de cette affirmation avec le texte de l'article 35, une voie d'échappatoire consiste à distinguer la portée conventionnelle et coutumière de l'acquiescement. Selon Laly-Chevalier et Rezek, la *coutume* ne connaîtrait pas l'exigence d'une acceptation par écrit de l'obligation, tandis que la variante conventionnelle serait restreinte à l'acceptation écrite expresse. A. PROELSS, « Article 35 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 653, § 19 : « The conclusion drawn by Laly-Chevalier/Rezek whereby the written form requirement has not yet developed into a rule of customary international law seems to be correct ». Proelss cite l'article 9 CVSE (cf. : A. KOLLIPOULOS, « Article 9 », in G. DISTEFANO et al., op. cit., pp. 330-334).

CVDT ne s'applique qu'aux derniers, qui doivent être conclus par écrit (art. 2 CVDT). Les « accords » sont une forme amoindrie de traité, qui peut aussi exister en dehors de la forme écrite<sup>5613</sup>.

Le *chemin* qui se dessine est le suivant : un traité écrit au sens de l'article 2 est susceptible d'amendement (art. 39 CVDT). Cet amendement prend la forme – non pas d'un traité – mais d'un simple *accord*. Ce qui signifie que l'amendement peut ne pas être écrit, et, partant, être oral, voire tacite. Si cet accord est oral, tacite, etc., les règles de la Partie II ne peuvent pas s'y appliquer :

« [T]he reference in Article 39 [...] to Part II relates solely to those amending agreements which were concluded in writing »<sup>5614</sup>.

La forme de l'amendement de l'article 39 CVDT échappe au formalisme et débouche sur une situation souple où le caractère informel du droit international rejaillit<sup>5615</sup>.

Dans ce cadre, l'acquiescement est pertinent car il permet d'identifier un amendement tacite (accord) relatif à un traité préexistant. Son *effet* et son *objet* sont ceux d'un amendement : une fois réalisé, les obligations et droits du traité précédent sont modifiés, en partie ou de manière substantielle<sup>5616</sup>. À mi-chemin de ce survol de l'article 39 CVDT, nous pouvons constater que malgré la préférence ouvertement affirmée à la forme écrite et aux déclarations expresse, l'acquiescement et les alternatives informelles se tapissent partout : elles exigent cependant une lecture attentive pour pouvoir être débusquées. Le cadre de l'acquiescement et ses effets dans l'article 39 CVDT sont hautement dépendants des principes et de la logique autonome de la CVDT.

L'autre moitié du survol de l'article 39 CVDT consiste à prendre un peu de recul et à le faire entrer en résonance avec les accords présents dans l'article 31, § 3 de la CVDT (règle générale d'interprétation) :

« Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;

<sup>5613</sup> M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 513, § 7.

<sup>5614</sup> *Ibid.*, p. 514, § 9.

<sup>5615</sup> K. ODENDAHL, « Article 39 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., pp. 702-703, §§ 10-11 ; Ph. SANDS, « Article 39 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *The Vienna Conventions on the law of treaties*, 1<sup>re</sup> éd., Oxford, OUP, 2011, pp. 971-972, §§ 31-34.

<sup>5616</sup> Ph. SANDS, « Article 39 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *The Vienna Conventions on the law of treaties*, op. cit., p. 969, § 21 ; p. 970, §§ 27-28. L'article 39 englobe la modification ponctuelle, la révision de grande ampleur, et, *ipso facto*, la terminaison/suppression de disposition et donc de droits et d'obligations.

b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité [...] ».

Où se termine l'interprétation et où débute l'amendement <sup>5617</sup> ? En fonction du classement de l'accord intervenu entre les parties, son effet diffère : amendement, modification, suppression dans l'article 39 ; simple interprétation dans l'article 31, § 3, lit. a ou b <sup>5618</sup>. Le problème est que bien souvent les mêmes faits peuvent être aussi bien configurés en acquiescement <sup>5619</sup>, accord tacite d'amendement, ou accord tacite d'interprétation <sup>5620</sup>.

Il est bien sûr possible de distinguer, dans certains cas, l'interprétation d'une modification : si la pratique des parties est ouvertement contraire au traité, il y a accord d'amendement <sup>5621</sup>. Bien que les mêmes faits puissent donner lieu à application des articles 31 et 39, le choix entre ces deux effets de l'acquiescement n'est pas laissé à la libre appréciation de l'opérateur juridique (qu'il s'agisse de l'État lésé, bénéficiaire, ou du tribunal). L'absence de formalisme que la CVDT prend en compte n'est pas sans limites. Les deux effets connaissent un ordre de priorité, l'interprétation prend le pas sur la modification <sup>5622</sup>. La CDI se fait l'écho de cette présomption et va même plus loin en fermant la porte à la modification par voie de pratique subséquente :

« 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

---

<sup>5617</sup> M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., pp. 515-516, § 14 ; Ph. SANDS, « Article 39 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *The Vienna Conventions on the law of treaties*, op. cit., p. 971, § 29 : « The distinction between an amendment and interpretation is tenuous ».

<sup>5618</sup> L'article 31, § 3, lit. a CVDT concerne les *accords*, qui peuvent aussi bien être des traités en bonne et due forme, que des accords « tacites », comme dans l'article 39.

<sup>5619</sup> Ph. GAUTIER, « Conduite, accord tacite et délimitation maritime », in SFDI, *Droit des frontières internationales*, Paris, Pedone, 2016, p. 145.

<sup>5620</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 190-192 ; Ph. SANDS, « Article 39 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *The Vienna Conventions on the law of treaties*, op. cit., p. 971, § 30 : « The real issue is whether the subsequent practice of the parties may provide a means of amending or of interpreting a treaty ».

<sup>5621</sup> Ph. SANDS, « Article 39 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *The Vienna Conventions on the law of treaties*, op. cit., p. 971, § 30. Voy. plus généralement I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 166 et s.

<sup>5622</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 292-297.

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 »<sup>5623</sup>.

Cette restriction fait écho à une certaine tendance au formalisme ou légalisme (un traité doit être modifié en priorité par un *accord*) et rappelle que la tentative d'incorporer *expressis verbis* la modification par la pratique n'avait pas abouti lors de la codification<sup>5624</sup>. Ces développements et arguments ne doivent pas faire oublier que le texte de la CDI ne bénéficie pas d'un statut coutumier<sup>5625</sup> et que bien souvent, c'est par commodité et volonté de faciliter l'acceptation de la décision par les États qu'une modification est camouflée en interprétation<sup>5626</sup>.

Hors du cadre de la CVDT mais toujours dans le domaine des traités, l'acquiescement est parfois codifié sous forme de consentement tacite. Ainsi de l'article 252 UNCLOS :

« Consentement tacite

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 ».

<sup>5623</sup> Conclusion n° 7, § 3 : 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<sup>e</sup> partie, 2018, p. 53.

<sup>5624</sup> 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<sup>e</sup> partie, 2018, pp. 61-67, §§ 21-38. Sur la *via dolorosa* du projet d'article 38 CVDT : G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 55-69.

<sup>5625</sup> C'est plutôt le projet d'article 38 CVDT qui possède ou possédait ce statut : M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 516, § 14.

<sup>5626</sup> I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, p. 170.



L'article fonctionne sur un modèle analogue à l'acceptation tacite des réserves de l'article 20, § 5 CVDT. Suite à la notification, un délai est octroyé pour s'opposer à la mise en œuvre demandée. Ce fonctionnement est aussi utilisé dans l'article 16 de la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* :

« Absence de réponse à la notification

1. Si, dans le délai à respecter en application de l'art. 13 [délai de six mois], l'État auteur de la notification ne reçoit pas de communications au titre de l'article 15 [réponse à la notification], il peut, sous réserve des obligations qui lui incombent en vertu des articles 5 et 7, procéder à la mise en œuvre des mesures projetées conformément à la notification et à toutes autres données et informations fournies aux États auxquels la notification a été adressée [...] » <sup>5627</sup>.

L'effet général de l'acquiescement dans ces deux dispositions se résume à un consentement <sup>5628</sup> dont le champ d'action est défini par les Conventions.

Dans ces deux articles, l'avantage de ce type d'incorporation de l'acquiescement est que son effet est clairement prévu, il n'y a pas de fluctuation comme entre les articles 31 et 39 CVDT. Si acquiescement il y a, il s'incorpore nécessairement et directement dans ce cadre strict de l'article 252 ou 16. Dans la Convention de 1997 sur les cours d'eau, l'article 15 prévoit que l'« État auquel la notification a été adressée communique aussitôt que possible ses conclusions à l'État auteur de la notification, dans le délai à respecter en application de l'article 13 [...] ». Dans l'UNCLOS, une acceptation expresse de la recherche scientifique est possible, elle se déduit des formulations de l'article 246, §§ 1, 2, et 6.

En réglant par avance le délai de réponse, les causes de refus et les conséquences du silence, l'incorporation de l'acquiescement lui permet de produire les mêmes effets qu'un consentement exprès. Cette incorporation permet d'éviter un blocage qui ne serait pas nécessairement dû à un refus de l'État requis, mais aussi à un manque de diligence ou à de la lenteur administrative. Ces deux

<sup>5627</sup> L'article 12 donne le cadre général pour ces délais et réponses : « Avant qu'un État du cours d'eau mette en œuvre ou permette que soient mise en œuvre des mesures projetées susceptibles d'avoir des effets négatifs significatifs pour les autres États du cours d'eau, il en donne notification à ces derniers en temps utile. [...] ».

<sup>5628</sup> Ce consentement peut se diviser en une création de droits et d'obligations. L'État auteur de la notification a le droit de procéder à la mesure envisagée (sous réserve qu'elle respecte les autres obligations de la Convention). L'État silencieux doit laisser faire (obligation).



articles font ressortir l'aspect facilitateur de l'acquiescement, son assimilation à une présomption d'acceptation. Dans ces deux conventions, c'est l'effet désiré qui guide l'incorporation de l'acquiescement, il est perçu comme un outil, son fonctionnement est instrumentalisé afin de venir s'insérer dans un cadre.

Bien que les articles 252 et 16 incorporent ouvertement l'acquiescement, la compréhension de ses effets et de son fonctionnement ne se dispense pas d'une lecture attentive des dispositions environnantes. Les « principes » et valeurs du domaine orientent la concrétisation, les couleurs de l'acquiescement. La *ratio* de la Convention sur les cours d'eau de 1997 n'est pas simplement de laisser libre cours aux mesures projetées en cas d'acquiescement de l'article 16. Ces mesures sont réputées acceptées en cas de silence, *mais cela ne signifie pas qu'elles sont légales au regard des obligations de la Convention*. L'article 16, § 2 permet de s'en rendre compte :

« Pour tout État qui n'a pas répondu à la notification qui lui a été adressée pendant le délai prévu à l'article 13, le montant de l'indemnisation demandée peut être amputé des dépenses encourues par l'État auteur de la notification au titre de mesures qui ont été entreprises après l'expiration du délai de réponse et qui ne l'auraient pas été si le premier État y avait fait objection en temps voulu ».

Nous notons en passant que ce paragraphe fait écho à l'article 39 TCDI<sup>5629</sup>. L'article 16, § 2 règle le cas dans lequel l'État acquiesçant conteste les mesures lorsqu'elles sont effectivement mises en œuvre. Son silence lui est reproché et débouche sur une « déduction » de l'indemnisation demandée. L'acquiescement du § 1<sup>er</sup> ne constitue pas un chèque en blanc pour les mesures projetées et leurs conséquences. L'effet de l'acquiescement est restreint à un consentement à la *mise en œuvre* de mesures *licites*. Si les *conséquences* des mesures violent la Convention, notamment son article 7 (obligation de ne pas causer de dommages significatifs), l'État acquiesçant conserve le droit de s'opposer. L'effet de l'acquiescement se limite à un aspect procédural, la *ratio* de la Convention ne permet pas d'acquiescer à des dommages significatifs (art. 7).

Les articles 252 et 253 UNCLOS s'inscrivent dans une même veine. Le consentement tacite n'est pas synonyme de blanc-seing ; l'État qui reste silencieux peut demander la suspension ou la

---

<sup>5629</sup> L'article 16, § 2 constitue probablement une *lex specialis* qui sursoit à la règle générale de l'article 39 CDI. Voy. égal. art. 55 TCDI.

cessation des recherches scientifiques si celles-ci ne respectent pas le cadre et les obligations de la Convention<sup>5630</sup>. *Mutatis mutandis*, des considérations analogues s'appliquent aux réserves (la non-opposition de l'article 20, § 5 CVDT ne signifie pas guérison d'une réserve illicite). La question se pose en des termes légèrement différents pour les réserves car leur mise en œuvre est étroitement liée à leur *texte*, lequel est établi par avance.

Parfois, l'acquiescement comme alternative au consentement fait irruption dans le fonctionnement d'une Convention. L'affaire des *Immunités et procédures pénales* illustre pleinement cette situation<sup>5631</sup>. Pour ce qui nous intéresse, le nœud du problème est de déterminer si oui ou non (et si oui dans quelles conditions) le consentement de l'État accréditaire (la France) est nécessaire pour que des locaux acquièrent le statut de « locaux de la mission » de l'État accréditant (ici, la Guinée équatoriale)<sup>5632</sup>. Le point de départ de la réflexion est l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques :

- « 1. Les locaux de la mission sont inviolables. Il n'est pas permis aux agents de l'État accréditaire d'y pénétrer, sauf avec le consentement du chef de la mission.
2. L'État accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie.
3. Les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution ».

C'est à dessein que nous reproduisons en entier cet article : il ne contient aucune trace ou référence au consentement ou à l'acquiescement de l'État accréditaire. En s'aidant de l'article 1<sup>er</sup>, lit. i de la Convention, la CIJ confirme cette absence de référence au consentement :

« La Cour considère que les dispositions de la convention de Vienne, prises dans leur sens ordinaire, n'aident pas à déterminer les circonstances dans lesquelles un bien acquiert le statut de "locaux de la mission". S'il donne une définition de cette expression, l'alinéa i) de l'article premier de ladite convention n'indique pas comment un immeuble peut être désigné comme locaux de la mission. [...] De plus, comme les deux Parties l'ont reconnu, l'alinéa i) de l'article premier n'apporte aucune

<sup>5630</sup> Art. 253, § 1, lit. b à lire conjointement avec art. 249 UNCLOS.

<sup>5631</sup> *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec. 2020*, pp. 300 et s.

<sup>5632</sup> *Ibid.*, p. 314, §§ 39-41.

précision sur les rôles respectifs de l'État accréditant et de l'État accréditaire quant à la désignation des locaux d'une mission. L'article 22 de la convention de Vienne ne donne pas plus d'indications à cet égard »<sup>5633</sup>.

Et pourtant ! Ce n'est là qu'un stade intermédiaire dans le raisonnement de la Cour, qui va établir plusieurs éléments sur la base d'une interprétation poussée de la Convention et de la pratique des États. Tout d'abord, le consentement de l'État accréditaire est un « prérequis » dans la mesure où l'État accréditant ne peut pas imposer unilatéralement son choix<sup>5634</sup>. Le choix de locaux implique des obligations pour l'État accréditaire, il doit donc pouvoir refuser<sup>5635</sup>. Ce consentement ne peut pas être refusé de manière arbitraire ou discriminatoire ; autrement dit, le consentement est *encadré et orienté*<sup>5636</sup>. Les considérations inhérentes à la Convention et au domaine (relations diplomatiques), les « valeurs », indiquent les limites du consentement et du refus. La Cour se base sur l'objet et le but du traité pour aboutir à ces conclusions. Le fait que d'autres dispositions de la Convention prévoient expressément le consentement n'empêche pas de créer une obligation de consentement dans l'article 22<sup>5637</sup>. C'est finalement sur la forme de ce consentement que la Cour s'exprime :

« Si l'État accréditaire peut objecter au choix des locaux de l'État accréditant, il s'ensuit qu'il peut choisir les modalités d'une telle objection. [...] Certains États accreditaires peuvent énoncer à l'avance, par leur législation ou par des lignes directrices officielles, les modalités selon lesquelles leur accord peut être donné, tandis que d'autres peuvent opter pour une réponse au cas par cas. Ce choix proprement dit n'a aucune incidence sur le pouvoir de l'État accréditaire d'émettre une objection »<sup>5638</sup>.

Le consentement peut prendre toutes les formes possibles, de l'expression directe d'une acceptation communiquée par une notification à l'acquiescement<sup>5639</sup>.

Parvenue à ces conclusions, la Cour doit encore appliquer son raisonnement au cas d'espèce. En l'occurrence, il s'agit de vérifier si la France a objecté au choix des locaux. La France a objecté promptement et clairement, elle a également accompli des

<sup>5633</sup> *Ibid.*, pp. 319-320, § 62.

<sup>5634</sup> *Ibid.*, p. 321, § 67.

<sup>5635</sup> *Ibid.*, p. 321, § 67.

<sup>5636</sup> *Ibid.*, p. 323-324, §§ 73-74.

<sup>5637</sup> *Ibid.*, p. 320, § 65 ; p. 321, § 68. La Cour rejette « *expressio unius est exclusio alterius* ».

<sup>5638</sup> *Ibid.*, p. 323, § 72.

<sup>5639</sup> Toutefois le pouvoir d'objecter n'est pas illimité : *ibid.*, p. 323, § 73.

perquisitions<sup>5640</sup>. Elle n'a donc pas *acquiescé* au choix de l'État accréditant. Alors que le texte strict de la Convention ne se référerait ni au consentement, au refus, et encore moins à l'acquiescement, l'interprétation et la pratique démontrent que le consentement s'est intégré à l'article 22 CVRD. La solution proposée par la Cour correspond en tout point aux autres codifications de l'acquiescement (art. 20, § 5 CVDT ; art. 252 UNCLOS, etc.) : le consentement et l'acquiescement sont des alternatives.

Ce constat est l'occasion d'ouvrir une importante parenthèse. Les articles 20, § 5 CVDT, 252 UNCLOS, 16 Convention sur les cours d'eaux et 22 CVRD indiquent qu'à chaque fois que le consentement exprès est possible, il peut également être échangé contre un acquiescement. Le droit international est non-formaliste, et cette caractéristique explique l'omniprésence de l'acquiescement comme « consentement de rechange »<sup>5641</sup>.

Cette conclusion se vérifie pour trois raisons en droit des traités : 1) tout d'abord, même si rien n'est prévu, le consentement et l'acquiescement peuvent trouver application et compléter une convention, comme dans l'article 22 CVRD. C'est le signe que ces deux institutions constituent des principes généraux de droit susceptibles de concrétisations dans tous les domaines. 2) L'article 35 CVDT, évoqué précédemment, n'exclut pas *expressis verbis* le consentement informel (il n'exclut que le consentement oral ou tacite). Un tribunal a jugé suffisant ce trou de souris pour que le consentement à la création d'une obligation puisse être *déduit* d'un document écrit<sup>5642</sup>. 3) Lorsque des traités souhaitent exclure l'acquiescement, ils le font de manière très claire. Ce dernier point nécessite de se pencher sur la notion de « prior informed consent » (« PIC »).

Ce « PIC » privilégie le consentement résultant d'une communication écrite préalable. Faute de consentement écrit, l'État n'est pas autorisé à mettre en œuvre une mesure. L'acquiescement est ainsi mis hors-jeu, ou tout du moins il lui est fait obstacle de manière directe, son domaine d'action est inexistant ou réduit au minimum.

<sup>5640</sup> *Ibid.*, pp. 328-329, §§ 90-92.

<sup>5641</sup> Le silence d'un État n'est donc pas neutre mais peut valoir consentement. Il semble y avoir une application systématique de *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* lorsque le consentement exprès est prévu dans une Convention. Le silence ne donne pas lieu à une indétermination : il est toujours possible de le configurer comme une acceptation.

<sup>5642</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, IT-95-14, § 26.

Le domaine de prédilection du PIC se trouve dans les traités régulant le transit des produits dangereux (déchets, polluants, substances chimiques, pesticides). Ces PIC fonctionnent sur le modèle suivant<sup>5643</sup> : l'État exportateur informe l'État d'importation – soit directement, soit par l'intermédiaire d'une autorité désignée – de l'envoi des substances dangereuses. L'État d'importation peut refuser, demander de plus amples informations, accepter sous conditions, ou accepter. Ce n'est que si l'État accepte par écrit que l'envoi peut être effectué. En principe une absence de réponse ne vaut pas consentement. Signe que l'acquiescement n'a en général pas de place dans ce système, un État qui envoie des substances sans autorisation écrite peut se rendre coupable d'une violation de la Convention<sup>5644</sup>.

Dans la *Convention de Bamako*<sup>5645</sup>, le caractère restrictif du PIC apparaît au travers de plusieurs dispositions ; l'article 4, § 3, lit. s prévoit :

« Les Parties interdisent ou ne permettent pas l'exportation de déchets dangereux si l'État d'importation en [sic ! Lire : “ne”] donne pas par écrit son accord spécifique pour l'importation de ces déchets, dans le cas où cet État d'importation n'a pas interdit l'importation de ces déchets ».

Plus loin, l'article 6, § 3 et § 4 précise ce consentement :

« 3. L'État d'exportation n'autorise pas le mouvement transfrontière avant d'avoir reçu :

- (a) le consentement écrit de l'État d'importation ; et
- (b) la confirmation écrite, par l'État d'importation, de l'existence d'un contrat entre l'exportateur et l'éliminateur spécifiant une gestion écologiquement rationnelle des déchets considérés.

4. [...] L'État d'exportation n'autorise pas le déclenchement du mouvement transfrontière avant d'avoir reçu le consentement écrit de l'État de transit ».

L'exigence d'un consentement écrit transparait aussi dans l'article 9 :

« 1. Aux fins de la présente Convention, est réputé constituer un trafic illicite tout mouvement transfrontière de déchets dangereux effectué dans les conditions suivantes : [...] »

(b) sans le consentement que doit donner l'État concerné conformément aux dispositions de la présente Convention [...] ».

<sup>5643</sup> Voy. art. 6 de la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*.

<sup>5644</sup> Art. 9 de la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*.

<sup>5645</sup> *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique*.

Un survol du texte de la Convention ne fait pas apparaître un éventuel consentement présumé ou facilité, ni une autorisation automatique de procéder au mouvement en cas d'absence de réponse. Bien au contraire, le préambule de la Convention souligne « le droit souverain des États d'interdire l'importation et le transit de déchets et substances dangereux sur leur territoire »<sup>5646</sup>. Tout indique que la Convention de Bamako ne peut pas donner lieu à une situation similaire à l'article 35 CVDT ; un tribunal ne pourrait pas déduire une autorisation d'un document écrit. Il faut véritablement une communication délibérée et qui satisfasse aux conditions de la Convention. Les autres éléments qui justifient de ne tenir compte que d'un consentement total de l'État découlent des annexes<sup>5647</sup> et de l'institution d'un système d'autorités désignées pour recevoir et communiquer les notifications<sup>5648</sup>. Toutes les valeurs de cette Convention sont orientées dans le sens d'une restriction au mouvement de déchets dangereux (*ratio legis*) ; l'acquiescement ne peut donc pas servir d'alternative au consentement exprès et écrit demandé.

Toutes les Conventions relatives aux substances dangereuses ne sont pas aussi restrictives. Elles ménagent parfois la possibilité d'un consentement préalable ou tacite, mais en prenant soin de l'encadrer strictement. Ainsi, l'acquiescement ne s'applique que dans la mesure où il est prévu. La *Convention de Minamata*<sup>5649</sup> prévoit par exemple un système d'autorisation écrite (art. 3, § 6) et un système d'autorisation basée sur un consentement préalable (art. 3, § 7) :

« Une partie exportatrice peut se baser sur une notification générale transmise au Secrétariat par l'État importateur Partie ou non Partie, en tant que consentement écrit tel que requis au paragraphe 6 [de l'article 3] ».

Le système de base est restrictif, mais une série d'« opt-out » permet de fluidifier ou faciliter les mouvements de mercure.

La *Convention de Bâle* prévoit un système qui conjugue consentement préalable et consentement tacite<sup>5650</sup> : si l'État de transit renonce à demander un consentement écrit préalable et qu'il ne s'oppose pas au

<sup>5646</sup> Préambule, § 6.

<sup>5647</sup> Puisqu'elles précisent les informations à transmettre, cf. Annexes IV A et B.

<sup>5648</sup> Art. 5 : « Désignation des autorités centrales compétentes, du correspondant et de l'organe de surveillance ».

<sup>5649</sup> *Convention de Minamata sur le mercure*.

<sup>5650</sup> *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*. L'article 6, § 2 et § 3 prévoient un consentement écrit comme condition au mouvement de déchets.

transit *spécifique*, l'État d'exportation peut procéder au mouvement 60 jours après la réception de la notification envoyée à l'État de transit <sup>5651</sup>. En somme, la Convention réserve aux États de transit la possibilité d'« opter » pour l'acquiescement. Cette autorisation peut être retirée. Dans l'article 6 toujours, les §§ 6 à 8 prévoient un système où le transit est autorisé de manière générale pendant une durée de 12 mois <sup>5652</sup>. Toutes les combinaisons sont possibles <sup>5653</sup>. La place de l'acquiescement dans ces Conventions est restreinte et minorisée, son application est délibérée, prévue, et prévisible, ce qui est parfaitement en ligne avec l'objectif d'éviter les mouvements non autorisés de déchets dangereux.

Ce long détour consolide la place de l'acquiescement comme substitut générique du consentement. L'exception réside dans les conventions qui encadrent strictement le type de consentement (exprès ou tacite) et sa forme (orale, écrite). Lorsque l'approche globale de la Convention est restrictive (interdire ; protéger), cette finalité peut imprégner le consentement de la « victime » potentielle. Un signe d'exclusion de l'acquiescement réside dans l'encadrement strict de son opération (les États doivent volontairement *opter* pour un processus d'acquiescement, d'autorisation en cas d'absence de réponse). Dans les conventions passées en revue, le silence correspond en principe à un refus : *qui tacet negat*.

### c. *La responsabilité*

L'approche et la finalité d'une Convention peuvent imprégner le traitement du consentement et de ses alternatives : le consentement de la « victime » est restreint (les situations d'acquiescement et de consentement tacite sont encadrées, prévisibles). Quid du côté de « l'auteur » ? Le domaine de la responsabilité se focalise sur ce point de vue. Si une Convention poursuit une finalité protectrice, si elle vise à sauvegarder des droits, l'acquiescement à la violation émanant de l'auteur devrait être bien accueilli. L'article 2 de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* prévoit :

« 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

<sup>5651</sup> Art. 6, § 4 de la Convention ; PNUE, *Manuel de mise en œuvre de la Convention de Bâle*, Genève, Nations Unies, 2016, p. 18.

<sup>5652</sup> Voy. aussi : PNUE, *Manuel de mise en œuvre de la Convention de Bâle*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>5653</sup> Voy. art. 10 et 11 de la *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*.

personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui 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 ».

La définition englobe le comportement des agents de l'État (comportement explicite, exprès) et de « personnes » qui bénéficient de l'acquiescement étatique (comportement tacite de l'État). Le champ opératoire de l'acquiescement est utilisé à des fins d'« attribution ».

La *Convention relative au statut des réfugiés* et son application illustrent aussi que l'acquiescement est susceptible d'être utilisé dans une dimension de protection, afin de déterminer les conditions dans lesquelles une personne obtient le statut de réfugié, et ce bien que la définition de l'article 1<sup>er</sup>, lit. a, § 2 la Convention ne fasse pas référence à l'acquiescement <sup>5654</sup>. La question déterminante est celle du traitement réservé à l'acquiescement de l'État sur des actes commis par des privés :

« Where 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 » <sup>5655</sup>.

Un *statement* de 1995 distingue plus clairement ces deux possibilités afin de déterminer si la persécution entre dans le champ de la Convention : 1) soit l'État est directement ou indirectement impliqué car il « facilitated, aided, condoned or tolerated the acts of persecution », 2) soit la persécution est le fait de privés mais l'État est « *unwilling* or unable to offer effective protection » <sup>5656</sup>. Dans ces deux hypothèses, l'acquiescement se réalise et la persécution donne lieu au statut de réfugié.

Le but de la Convention n'est pas d'engager la responsabilité de l'État en définissant une obligation primaire ; elle se contente d'énoncer les obligations de l'État qui *accueille* un réfugié.

<sup>5654</sup> Tel qu'il a été modifié par l'article 1<sup>er</sup>, § 2 du *Protocole relatif au statut des réfugiés* (adopté le 31 janvier 1967) : « Aux fins de la présente Convention, le terme "réfugié" s'appliquera à toute personne : [...] Qui craignant avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité [...] et qui ne peut ou [...] ne veut y retourner ».

<sup>5655</sup> UNHCR, *Handbook and Guidelines on procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Genève, 2011, p. 15, § 65, nos italiques.

<sup>5656</sup> UNHCR, *Agents of Persecution – UNHCR Position*, 14 mars 1995, consulté le 22 janvier 2018, [www.refworld.org/docid/3ae6b31da3.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b31da3.html). Voy., respectivement, les §§ 2, 4 et 6 du document.



L'acquiescement de l'État auteur de la persécution fait bénéficier la personne d'un statut, statut qui donne lieu à des obligations dans l'État d'accueil.

Par contraste, l'acquiescement dans la Convention sur les disparitions forcées contribue, en plus de la définition des personnes « disparues », à la détermination des obligations primaires et aux circonstances d'engagement de la responsabilité internationale. Un État qui reste inactif face à des disparitions forcées accomplies par des privés se rend coupable de l'infraction. L'acquiescement possède dans ce cas une valeur *attributive* comparable à l'article 4 TCDI (par omission). C'est aussi bien une violation du devoir d'enquête que du devoir de punir ou encore de prévenir qui peut survenir via l'acquiescement :

« A situation must comply with three criteria for such a duty to arise: (1) the authorities knew or should have known at the time of (2) a real and immediate risk to the life of an identified individual and (3) failed to take reasonable measures that could have been expected from them to avoid the said risk » <sup>5657</sup>.

Ces critères ne sont pas sans rappeler l'article 28 CPI et la problématique du *respondeat superior*. Pour ces hypothèses, nous pouvons forger le terme « d'acquiescement attributif (de la responsabilité) », par opposition à l'acquiescement classique qui ne mobilise que des sujets internationaux et se résume le plus souvent au transfert d'un droit ou d'une obligation.

La situation soulignée pour la disparition forcée n'est pas unique, nous avons cité par analogie l'article 28 CPI, mais plus proche de nos préoccupations immédiates, c'est la Convention contre la torture qui s'impose à la comparaison <sup>5658</sup> :

« Indifference or inaction by the state authorities in situations where they know or have reason to believe that non-state actors commit torture or other acts of ill-treatment attracts state responsibility on the basis of the notion of acquiescence or of consent » <sup>5659</sup>.

Nous pourrions débattre de la nature exacte de cette attribution ou « attraction » de la responsabilité. Sans trancher, et si l'on considère que l'acquiescement est utilisé en tant que norme secondaire – plusieurs hypothèses s'offrent à nous dans l'ordre des articles du

<sup>5657</sup> M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance, op. cit.*, p. 403.

<sup>5658</sup> Voy. art. 1<sup>er</sup> de la Convention.

<sup>5659</sup> M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance, op. cit.*, pp. 426-427.

Texte de 2001. (1) Il pourrait s'agir d'un cas d'article 4 par omission de l'État (l'organe qui aurait dû agir est resté coi). (2) La situation peut relever de l'endossement de l'article 11 TCDI car ce dernier s'étend au comportement tacite<sup>5660</sup>. (3) Le « fait catalyseur » qui met en évidence les carences de l'État pourrait trouver application<sup>5661</sup>. (4) L'acquiescement attributif dans le contexte des disparitions forcées ou d'autres conventions de protection des droits humains pourrait constituer une *lex specialis* selon l'article 55 TCDI. Cette dernière possibilité ouvre la porte à toutes sortes de constructions, par exemple un recours à l'obligation de *due diligence* afin de construire l'acquiescement à une violation.

Ces considérations amènent à s'interroger sur la place de l'acquiescement dans la responsabilité internationale. Nous pourrions évoquer les articles 20<sup>5662</sup> et 45, respectivement consacrés au consentement et à la perte du droit de demander réparation, mais nous préférons nous concentrer sur un exemple où la distinction entre obligations primaires (les comportements interdits) et obligations secondaires (le régime de la responsabilité) se brouille. Le premier principe de la résolution 2625 offre un exemple d'un flou artistique entre obligation primaire et secondaire :

« Chaque État a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre État, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes, lorsque les actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent une menace ou l'emploi de la force ».

Le principe est rédigé comme une obligation primaire, comme une *règle de conduite* pour les États. La phrase débute d'ailleurs par souligner l'existence d'un *devoir*. L'obligation se formule comme un devoir de ne pas tolérer des activités organisées en vue de perpétrer des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme

<sup>5660</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, pp. 125-129.

<sup>5661</sup> Pour cette notion, cf. *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence, 16 novembre 1925, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. IV, p. 86 ; CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, pp. 84-85, § 3 et 4, nos italiques.

<sup>5662</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, p. 185, § 3 : « Le consentement à la commission d'un fait par ailleurs illicite peut être donné par un État à l'avance, voire au moment où le fait est commis. Par contre, les cas dans lesquels le consentement est donné après la commission du fait sont une forme de renonciation ou d'acquiescement, conduisant à la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Cette question est traitée à l'article 45 ».

sur le territoire d'un État. L'inertie de l'État sera potentiellement considérée comme un acquiescement et, par conséquent, comme une violation de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force.

À nouveau, nous nous contenterons d'esquisser des pistes pour déterminer l'impact de l'acquiescement dans la résolution 2625. Il peut s'agir d'un acquiescement incorporé à une règle primaire, il peut s'agir d'une *lex specialis* propre au régime d'utilisation de la force, ou encore une règle mixte qui amalgame une obligation primaire avec les conditions de l'attribution (les organes de l'État ne doivent pas faire usage de la force ; si un privé fait un usage de la force, cet acte peut être attribué à l'État qui y acquiesce). Au sujet de cette tolérance d'un État vis-à-vis des groupes armés et de son traitement dans la résolution 2625, Corten indique que :

« The early 1970s saw [...] a compromise reached between the many States which wished purely and simply to ignore violence by private groups and others, essentially Western States, for which all actions by private groups should be *attributable* to the States harbouring them » <sup>5663</sup>.

La boucle est donc bouclée avec cette dernière éventualité car nous sortons des obligations primaires et retombons sur des considérations propres au régime de l'attribution <sup>5664</sup>. Suivant l'option envisagée, l'effet de l'acquiescement oscille entre consécration d'une violation (norme primaire) ou déclenchement du régime de la responsabilité (norme secondaire). Au final, la situation dans la Convention contre la torture et dans la résolution 2625 est comparable. Si l'acquiescement fait intégralement partie de la règle primaire, il ne crée pas une obligation de réparer, il ne fait que prescrire le comportement à adopter et les conditions pour qu'une violation soit avérée.

Pour terminer nos arguties sur l'effet de l'acquiescement dans la responsabilité internationale, nous évoquerons un problème lié à la perte du droit de demander réparation (art. 45 TCDI) en cas de violation d'une obligation *erga omnes*. Les obligations *erga omnes* sont un type particulier de règles dont l'exécution est

<sup>5663</sup> O. CORTEN, « The prohibition of the Use of Force », in J. E. VIÑALES (éd.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50*, Cambridge, CUP, 2020, p. 59, nos italiques.

<sup>5664</sup> Dans tous les cas, si un État tolère les activités des groupes, l'interdiction de l'usage de la force (obligation primaire) est violée et toutes les conséquences du *ius contra bellum* sont provoquées. Peu importe à cet égard que l'acquiescement soit incorporé dans une norme primaire ou intervienne au niveau de l'attribution. Voy. : O. CORTEN, « The prohibition of the Use of Force », *op. cit.*, p. 60.

opposable à l'ensemble de la communauté internationale, en raison de l'importance du bien protégé<sup>5665</sup>. Tous les États ont un intérêt au respect de ces obligations. Le système du texte d'articles de la TCDI distingue entre la position de l'État « directement » lésé et des autres États (art. 42 et 48 TCDI)<sup>5666</sup>. L'article 48, § 3 précise :

« 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 ».

Un acquiescement (art. 45 TCDI) est de nature à faire perdre aux États indirectement touchés par une violation d'une obligation *erga omnes* le droit d'invoquer la responsabilité<sup>5667</sup>. L'État directement lésé (art. 42) par la violation d'une obligation *erga omnes* peut lui aussi acquiescer à l'abandon de sa demande<sup>5668</sup>. C'est en tout cas la conséquence qui se dégage d'une lecture attentive du texte d'articles<sup>5669</sup>.

Cette situation a de quoi étonner car la plupart des normes de *ius cogens* donnent lieu à des obligations *erga omnes* :

« It appears that *jus cogens* and obligations *erga omnes* are but two sides of the same coin, as they both relate to the concern of all States. Arguably, while obligations *erga omnes* follow from peremptory norms, the reverse is not always true »<sup>5670</sup>.

Dans *Gabčíkovo-Nagymaros*, le juge Weeramantry n'a d'ailleurs pas manqué d'indiquer que l'acquiescement à l'abandon de la demande (*estoppel*) ne devrait pas s'appliquer dans le cas d'obligations *erga*

<sup>5665</sup> Paraphrase de : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, p. 299, § 2.

<sup>5666</sup> R. KOLB, *The International Law of State Responsibility*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 170-171.

<sup>5667</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, p. 349, § 14.

<sup>5668</sup> Rien n'indique dans le commentaire que l'acquiescement est impossible en cas de violation d'une telle obligation : CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, pp. 316-324.

<sup>5669</sup> Voy. A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 96-97, § 56 ; S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, op. cit., p. 285, § 42.

<sup>5670</sup> A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 268-269. En mathématique, on fait référence à des applications injectives (l'ensemble des normes de *ius cogens* donnent lieu à des obligations *erga omnes* alors que l'existence d'une obligation *erga omnes* n'est pas nécessairement liée – en amont – à une norme de *ius cogens*).

*omnes*<sup>5671</sup>. Cette position ne semble toutefois pas rencontrer un parfait écho dans la doctrine<sup>5672</sup>. Cannizzaro considère par exemple qu'il n'est pas :

« Unreasonable to conclude that the beneficiaries of the peremptory rule breached can waive their right to reparation, through a treaty or through unilateral acts »<sup>5673</sup>.

En suivant ces constatations, l'acquiescement de l'article 45 TCDI étend ses effets à l'obligation de réparer liée à des normes *erga omnes*. On reconnaît là l'aspect facilitateur de l'acquiescement et sa complicité avec l'effectivité, la situation réelle triomphe parfois sur les obligations légales. Notre étonnement est aussi suscité par une comparaison avec le droit des traités et l'article 45 CVDT qui lui ne s'étend pas aux articles qui consacrent des nullités absolues ou qui font référence au *ius cogens* (art. 52 et 53 CVDT par exemple).

L'application de l'article 45 TCDI à l'État lésé et aux autres États suite à la violation d'une obligation *erga omnes* donne lieu à une situation où la perte du droit de demander la réparation s'examine en principe sur une base individuelle. Chacun des « autres États » peut perdre individuellement le droit de demander réparation. La perte du droit pour l'État X n'implique pas perte pour l'État Y. L'acquiescement conserve une logique bilatérale : l'État violateur est *opposé* à l'ensemble du groupe composé de l'État lésé et des autres États. Il y a autant d'acquiescements potentiels à l'abandon de la demande qu'il y a d'États dans le groupe comprenant l'État lésé et les autres États. Quels comportements des « autres États » peuvent manifester un acquiescement ? Par hypothèse des prises de position claires au sein de forums internationaux peuvent donner

<sup>5671</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Opinion individuelle de M. Weeramantry, 25 septembre 1997, CIJ, *Rec. 1997*, pp. 115-119. Mentionné dans : C. J. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 190-192.

<sup>5672</sup> A. Orakhelashvili (*Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 243) semble soutenir que le caractère de *jus cogens* de la norme violée agit en aval sur le régime des réparations : « If States may by mutual agreement ignore the consequences of a breach, this means that they may in fact derogate from a peremptory norm by breaching it and not enforcing the respective consequences. Such an outcome is conceptually incompatible with the very concept of *jus cogens* ». Mais il admet toutefois que les États puissent reconnaître *de iure* une situation née de la violation d'une norme de *ius cogens* (*ibid.*, pp. 408-409 : « [A] valid community acquiescence involving the proper time element and the belief of a legal change similar to the process of general-custom generation »).

<sup>5673</sup> 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, p. 143.

lieu à un abandon de la demande au sens de l'article 45 TCDI <sup>5674</sup>. Nous sommes ici en présence d'un cas – limite – où la finalité protectrice de la norme n'influence pas l'opération de l'acquiescement.

d. *Le droit de procédure ou le droit judiciaire*

Les effets de l'acquiescement sont également variés dans le contexte procédural. Notre point de repère en la matière sera la Cour internationale de Justice (certains développements sont valables pour d'autres instances). Nous procéderons chronologiquement, en illustrant la présence de l'acquiescement dans des étapes choisies de la résolution d'un différend par et devant la CIJ (à l'exception de la sixième étape).

(i) *L'acquiescement dans la cristallisation d'un différend.*

Une condition de compétence de la Cour est la présence d'un différend avéré et existant *lors* de l'introduction de l'instance. La configuration de l'acquiescement est très particulière : son effet est de constater la présence et l'existence d'un différend, effet qui s'étend à conférer compétence à la Cour <sup>5675</sup>. L'affaire typique est celle du *Désarmement nucléaire* :

« Dans sa première exception préliminaire, le Royaume-Uni affirme que, à la date du dépôt de la requête des Îles Marshall, il n'existait pas, entre les deux États, de "différend justiciable" » <sup>5676</sup>.

Comment se crée un différend ? Deux voies sont envisageables : les États peuvent établir le différend par des contacts directs, mais cela ne constitue pas une condition <sup>5677</sup>. Un différend peut également se déduire des circonstances, des positions adoptées respectivement par chacune des parties, et des faits qu'elles devaient connaître ou qu'elles ne pouvaient pas ignorer <sup>5678</sup> :

« Ainsi que cela ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen, *un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'"opposition manifeste" du demandeur* » <sup>5679</sup>.

<sup>5674</sup> 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. 79-80 et p. 81, note n° 76.

<sup>5675</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 849, § 36.

<sup>5676</sup> *Ibid.*, p. 846, § 26.

<sup>5677</sup> *Ibid.*, p. 849, § 38.

<sup>5678</sup> *Ibid.*, p. 850, § 40.

<sup>5679</sup> *Ibid.*, p. 850, § 41.

Les caractéristiques structurelles de l'acquiescement sont évidentes : une prétention est formulée, en fonction de la notoriété de celle-ci, de la connaissance et de la réaction du destinataire, l'acquiescement est validé. La particularité de l'usage de l'acquiescement est qu'il est orienté vers un but qui peut presque toujours être atteint pour peu que l'État auteur de la prétention formule une prétention suffisamment retentissante<sup>5680</sup>. Le paradoxe de l'acquiescement dans la cristallisation d'un différend est qu'il ne peut pas être évité au prix d'une protestation : à supposer que la prétention soit suffisamment notoire et connue, l'État qui y répond et qui s'y oppose corrobore l'existence d'un différend en cas d'opposition. Seule une admission permet d'éviter le différend<sup>5681</sup>. C'est par la voix prépondérante du Président que la Cour a rejeté sa propre compétence (8 voix contre 8)<sup>5682</sup>. Un rapide survol des opinions dissidentes fait apparaître que la condition de la connaissance afin d'établir l'existence d'un différend et son application marquent une ligne de fracture entre la « majorité » et les dissidents.

Quoi qu'il en soit, les effets de l'acquiescement dépassent le seul cadre des parties à l'acquiescement. Le complexe d'action et de réaction entre les deux États prouve l'existence d'un différend entre eux, ce qui octroie à chacun d'entre eux à la fois le droit de saisir la Cour, et la perte du droit de contester sa compétence. Hors du jeu des parties, la Cour constate objectivement<sup>5683</sup> l'existence d'un différend, qui, s'il est réalisé, lui permet d'être compétente et de procéder.

## (ii) *L'acquiescement dans la forclusion*

La Cour refuse sa compétence si cette exception est soulevée. Il s'agit de prescription extinctive enrobée dans l'acquiescement : le long temps passé depuis la naissance du droit de formuler une demande, conjugué aux occasions de réagir, justifie que la partie adverse puisse partir du principe que l'État a renoncé à la saisine. Dans *Phosphates à Nauru* l'Australie tenta vainement de démontrer que son adversaire avait, par son inaction, renoncé à sa demande en réparation<sup>5684</sup>. Contrairement à la question des conditions de sa compétence examinée *supra*, c'est aux parties qu'il incombe de soulever ce moyen.

<sup>5680</sup> *Ibid.*, p. 854, §§ 50-52.

<sup>5681</sup> *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec.* 1974, p. 475, § 55 ; pp. 476-477, §§ 58-62.

<sup>5682</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec.* 2016, p. 856, § 59.

<sup>5683</sup> *Ibid.*, p. 849, § 39.

<sup>5684</sup> *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec.* 1992, p. 253, § 32.



Dans *Phosphates à Nauru*, la question de la forclusion et du retard à présenter une demande de réparation sont entremêlés (le texte de la CDI n'existait pas dans sa version définitive) :

« 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 » <sup>5685</sup>.

Ce qui montre bien que l'acquiescement peut s'immiscer aussi bien dans le droit de la responsabilité (droit de demander la réparation) que dans le droit de procédure (règles de la CIJ). Plusieurs acquiescements avec des effets différents, connexes, et entremêlés peuvent survenir grâce à un complexe de faits unique.

L'utilisation de l'acquiescement dans la prescription extinctive/forclusion est aussi influencée par les considérations et valeurs de ce domaine. Sans aller jusqu'à une introduction de l'équité ou une comparaison des « fautes » respectives des adversaires dans la responsabilité internationale, la jurisprudence équilibre les positions des parties. Ainsi, une prise en compte de la « partie faible » et des difficultés à présenter la réclamation ou saisir une cour semble être prise en compte dans *Phosphates à Nauru*. La Cour rejette la prescription, et ce en partie à cause du passif colonial de Nauru (prise en compte des spécificités des accords de tutelles) <sup>5686</sup>. Malgré le rejet de la prescription, la Cour indique qu'il lui appartiendra « 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 » <sup>5687</sup>.

En dehors des affaires traitées par la CIJ, nous pouvons noter que la mauvaise foi d'une partie ne peut pas avoir pour effet de faire perdre le droit de demander réparation <sup>5688</sup>. Dans *Cayugas Indians*, des considérations d'équité et de compréhension du droit entre civilisations différentes s'immiscent dans l'opération usuelle de l'acquiescement : en cas

<sup>5685</sup> *Ibid.*, pp. 253-254, § 32.

<sup>5686</sup> *Ibid.*, p. 253, § 30.

<sup>5687</sup> *Ibid.*, p. 255, § 36.

<sup>5688</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, p. 69, § 293 ; *Stevenson Case (interlocutory)*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 387. Voy. la résolution de l'IDI : « la prescription ne devant plus être admise [...] s'il est établi en fait que l'inaction subséquente de l'État réclamatant est imputable à la partie adverse » (IDI, *La prescription libératoire en droit international public*, Session de La Haye, 1925, Règle III.2).



de relation clairement asymétrique entre les parties, la prescription extinctive ne peut pas être retenue comme elle le serait « en temps normal »<sup>5689</sup>. La protection contre la destruction des preuves qui soutient le domaine influence l'opération de l'acquiescement.

(iii) *L'acquiescement dans le forum prorogatum*

Dans cette hypothèse, la compétence de la Cour serait acquise grâce au fait que la défenderesse répondrait au fond sans soulever le défaut de base de compétence consensuelle de la Cour. La structure de l'acquiescement est transparente : la prétention correspond à la tentative du demandeur de faire juger une affaire et de créer la compétence de la Cour. La notoriété et la connaissance de la défenderesse sont acquises au vu du système de notification prévu par le RSCIJ. La défenderesse est face à plusieurs choix. Elle peut ne pas répondre, et l'affaire ne sera même pas inscrite au rôle (art. 38, § 5 RSCIJ) :

« Lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'État contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet État. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'État contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire ».

La défenderesse peut aussi protester explicitement contre la tentative, ou alors elle peut accepter explicitement (déclaration) ou implicitement la compétence. L'acquiescement se manifeste dans le dernier cas ; la défenderesse, en procédant au fond, par exemple en répondant aux arguments juridiques de la requête introductive, perd le droit de soulever l'exception<sup>5690</sup>.

L'effet de l'acquiescement est équivalent à l'existence d'un compromis, *minus* l'aspect de négociation des contours du différend : la compétence est créée pour l'affaire, et uniquement pour l'affaire. Il ne s'agit pas d'un chèque en blanc à la manière de la déclaration d'acceptation de compétence facultative de l'article 36, § 2 SCIJ, ni d'une compétence « domaniale » liée à une clause compromissoire. L'effet du *forum prorogatum* peut soit être d'établir la compétence de la Cour, soit de l'étendre *ratione materiae* dans le cas d'une compétence préexistante<sup>5691</sup>. L'existence d'un *forum prorogatum* est d'un effet limité car la défenderesse peut soulever toutes les autres exceptions d'incompétence<sup>5692</sup>.

<sup>5689</sup> *Cayugas Indians (Great Britain) v. United States*, 11 janvier 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, pp. 186-189.

<sup>5690</sup> *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, 4 juin 2008, CIJ, *Rec. 2008*, pp. 203-205, §§ 60-63.

<sup>5691</sup> G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., p. 936.

<sup>5692</sup> *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, 4 juin 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 201, § 51.

(iv) *L'acquiescement « d'instance »*

Ce terme indique une forme d'acquiescement assez lâche survenant intégralement pendant la durée de la procédure. Cet acquiescement résulte de la requête, du compromis, des échanges d'écritures et des plaidoiries. Il correspond au déroulé suivant : un sujet allègue un fait ou invoque un droit. La notoriété et la connaissance sont automatiquement acquises eu égard au caractère public des échanges. L'adversaire ne conteste pas le fait ou le droit mentionné. La Cour considère alors que les deux parties sont d'accord au sujet de ce fait (elles ne le remettent pas en cause) ou du droit (elles admettent que cette institution existe et qu'elle s'applique dans le cas présent). Dans *Détroit de Corfou* la Cour examine l'octroi et le calcul d'éventuelles satisfactions et réparations :

« Le Gouvernement albanais n'a pas contesté la compétence de la Cour pour décider ce que doit être la *satisfaction* prévue dans cette partie du compromis. Les deux Parties ont plaidé l'affaire en partant du point de vue que cette question devait être tranchée par la Cour »<sup>5693</sup>.

La Cour arrive finalement à la conclusion que le comportement constant des parties lui permettrait de trancher ces questions. Ce faisant, elle indique *a contrario* que chaque partie aurait légitimement pu s'y opposer<sup>5694</sup>. Le rôle facilitateur de l'acquiescement est transparent, il autorise la Cour et les parties d'aménager à leur convenance et en cours de route le cadre de référence pour juger de l'affaire. L'effet de l'acquiescement est d'un côté de supprimer des protestations ultérieures sur le cadre du jugement (faits et droits dont il faut tenir compte) et d'un autre côté de diriger le raisonnement de la Cour.

Ce constat est plus transparent lorsque les parties admettent qu'une norme possède un statut coutumier<sup>5695</sup> ou encore, comme dans *Kasikili/Sedudu*, que la prescription acquisitive est pertinente (ce qui ne signifie pas que les conditions en sont réunies)<sup>5696</sup>. L'effet de l'acquiescement est ici de permettre l'application potentielle d'un régime juridique, sur le modèle d'une élection de droit interne à

<sup>5693</sup> *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt (fond), 9 avril 1949, CIJ, *Rec.* 1949, p. 25, italiques dans l'original.

<sup>5694</sup> *Ibid.*, pp. 24-26.

<sup>5695</sup> P. PALCHETTI, « La rilevanza dell'atteggiamento degli Stati parti nell'accertamento del diritto internazionale generale da parte della Corte internazionale di Giustizia », *RDI*, 1999, vol. 82 (3), pp. 647-679 (spéc. pp. 650-651).

<sup>5696</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, pp. 1102-1103, §§ 92-93.

l'ordre juridique (une coutume *in statu nascendi* serait élevée au rang de coutume existante ; un traité non ratifié serait appliqué). Suite à l'admission de ce régime, des droits et obligations pourraient naître <sup>5697</sup>.

Dans le domaine particulier des arbitrages d'investissements, les travaux de Magraw indiquent la possibilité d'acquiescements qui résulteraient du croisement des plaidoiries et écriture des parties *entre des affaires différentes* <sup>5698</sup>. Ces acquiescements s'insèrent dans le cadre de la pratique et des accords subséquents relatifs à un traité (art. 31, § 3, lit. a et b CVDT). Par exemple :

« In *Gas Natural SDG v Argentina*, the Tribunal considered whether the view of one Party to the Argentina–Spain BIT in regard to the scope of the MFN [Most favoured nation] clause, expressed in its SPPs [State party pleadings] in one case, and the statements of the other State Party to the BIT [Bilateral investment treaties], expressed in another proceeding, could constitute subsequent practice establishing an agreement on interpretation. Argentina argued that that there was subsequent practice establishing an interpretive agreement of Argentina and Spain for the purposes of Article 31(3)(b) of the VCLT based on Spain's arguments advanced in *Maffezini v Spain* and Argentina's arguments in *Gas Natural* » <sup>5699</sup>.

Magraw indique (en 2015) qu'elle n'a recensé qu'un seul cas où le tribunal admet l'existence d'un tel « cross acquiescence » <sup>5700</sup>. Une motivation importante à nos yeux pour empêcher de tels acquiescements est que les positions adoptées pendant une instance sont spécifiques à la cause et bien souvent calibrées afin de maximiser les chances de succès. Autrement dit, il en va des plaidoiries comme d'un exercice d'éristique : chaque partie cherche à faire admettre ses conclusions en faisant feu de tout bois. Magraw et la jurisprudence mentionnent cet argument <sup>5701</sup>. L'analyse démontre que les tribunaux ont préféré rejeter la pratique et les accords subséquents

<sup>5697</sup> *A contrario*, nous pouvons comparer cette situation avec l'affaire de la *Mer du Nord* dans laquelle l'Allemagne contestait la nature coutumière de la règle de l'équidistance. *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt, 20 février 1969, CLJ, *Rec.* 1969, p. 20, § 15 : « Sans méconnaître l'utilité de l'équidistance comme méthode de délimitation ni le fait que cette méthode puisse être appropriée et présenter des avantages dans de nombreux cas, la République fédérale lui refuse pour sa part tout caractère obligatoire à l'égard des États qui ne sont pas parties à la Convention de Genève ».

<sup>5698</sup> 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 et s.

<sup>5699</sup> *Ibid.*, p. 162. Italiques dans l'original. Notes omises.

<sup>5700</sup> *Ibid.*, p. 167 (*Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 janvier 2008, §§ 178-189).

<sup>5701</sup> *Ibid.*, p. 167.

pour des motifs directement juridiques liés à leur formation<sup>5702</sup>. Quoi qu'il en soit, cette tendance mérite d'être surveillée<sup>5703</sup> et démontre que la créativité dans les effets et les occasions d'applications de l'acquiescement.

(v) *L'acquiescement dans le désistement d'instance (renvoi)*

Dans la section précédente (*supra*, Ch. 6.III.B.3.b) nous avons évoqué les effets pluriels du désistement. Même dans notre tentative précédente, il avait été ardu de ranger le désistement d'instance dans une catégorie unique. L'acquiescement peut s'y manifester à plusieurs niveaux et propos : il peut y avoir un acquiescement au *principe* du désistement, et par suite cet acquiescement au désistement peut être conditionnel ou total (voy. art. 88 et 89 RSCIJ). L'acquiescement est normalement conditionnel (les parties retirent l'affaire afin de trouver une solution ; elles peuvent alors la présenter à nouveau en cas d'échec des tractatives). Un désistement ne devrait pas entamer pas le droit à la réparation, mais seulement le droit de faire juger une affaire par la CIJ. En cas de désistement total (renonciation tacite à présenter à nouveau l'affaire en cas d'échec des négociations), la question se pose de savoir si, en cas de saisine, la CIJ devrait vérifier d'office ou non l'étendue du désistement. Nous entrevoyons deux possibilités : soit le désistement total survenu en amont est comparable à une exception (la partie qui le souhaite l'invoque) ; soit il est comparable à la question de la compétence (la Cour doit le vérifier avant de procéder). L'affaire de la *Barcelona Traction* semble indiquer que le désistement – même total – serait comparable à une exception d'incompétence<sup>5704</sup>. Cette solution et cet *effet* de l'acquiescement résulte du contexte de résolution du différend et des « valeurs » qui le gouvernent. Tout s'oriente vers une favorisation de la résolution des différends<sup>5705</sup> : l'acquiescement, même total, au désistement devrait donc être infléchi dans cette

<sup>5702</sup> *Ibid.*, pp. 168-170.

<sup>5703</sup> *Ibid.*, pp. 170-171. Dans le domaine général de la CIJ, voy., sur un sujet similaire : M. LONGOBARDO, « States' Mouthpieces or Independent Practitioners? The Role of Counsel before the ICJ from the Perspective of the Legal Value of Their Oral Pleadings », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 20, 2021, pp. 54-76.

<sup>5704</sup> Le défendeur invoque le caractère définitif du désistement et la charge de la preuve lui revient dans *Barcelona Traction. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), Exceptions préliminaires, arrêt, 24 juillet 1964, CIJ, *Rec. 1964*, pp. 18-20.

<sup>5705</sup> *Ibid.*, p. 20.

direction (ce qui permet aux parties de se désister et de représenter l'affaire à leur gré aussi longtemps que l'adversaire ne parvient pas à prouver l'existence d'un désistement total).

(vi) *L'acquiescement à la validité d'une sentence arbitrale.*

Dans *Roi d'Espagne*, la Cour fut amenée à se prononcer sur le caractère régulier ou non d'une sentence rendue entre le Nicaragua et le Honduras<sup>5706</sup>. La Cour précise en quelle qualité la sentence lui est soumise :

« [L]a Cour fait remarquer [...] que, la sentence n'étant pas susceptible d'appel, elle ne peut entreprendre l'examen des objections soulevées par le Nicaragua à la validité de la sentence comme le ferait une cour d'appel. La Cour n'est pas appelée à dire si l'arbitre a bien ou mal jugé. Ces considérations et celles qui s'y rattachent sont sans pertinence pour les fonctions que la Cour est chargée de remplir dans la présente procédure et qui sont de dire s'il est prouvé que la sentence est nulle et de nul effet »<sup>5707</sup>.

Le rôle de la Cour est binaire : soit elle valide la sentence, soit elle en constate la nullité. Elle ne juge pas à nouveau en fait et en droit.

La CIJ procède en deux temps : il s'agit tout d'abord de s'intéresser au traité (compromis) qui a encadré la sentence de 1906<sup>5708</sup>. Or, à aucun moment de la procédure arbitrale le Nicaragua ne proteste contre l'application de ce traité échu. Il y a là un premier acquiescement – qui n'est pas lié à la validité de la sentence mais seulement au renouvellement ou à la prolongation d'un traité<sup>5709</sup>. Malgré ce premier acquiescement, il reste au Nicaragua la possibilité de contester la sentence (et non le processus) à cause d'un résultat vicié<sup>5710</sup>. C'est ici qu'intervient le second acquiescement qui nous intéresse véritablement et dont l'effet est d'empêcher le Nicaragua d'invoquer tout vice éventuel auprès de la CIJ :

« Le Honduras soutient que le comportement et l'attitude du Nicaragua prouvent qu'il a reconnu le caractère obligatoire de la sentence et que, de ce fait, comme du fait qu'il n'a soulevé d'objection à la validité de

<sup>5706</sup> *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec. 1960*, p. 205.

<sup>5707</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>5708</sup> *Ibid.*, pp. 207-209.

<sup>5709</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>5710</sup> *Ibid.*, p. 210.

la sentence qu'après plusieurs années, le Nicaragua n'est plus en droit de mettre en question la validité de la sentence pour les motifs qu'il invoque, ni même pour quelque motif que ce soit »<sup>5711</sup>.

Le comportement du Nicaragua témoignait de cette acceptation : il s'était félicité du résultat de la sentence, l'avait publié dans ses propres recueils internes et communiqué à son parlement<sup>5712</sup>.

L'effet de l'acquiescement est comparable à l'article 45 CVDT : le Nicaragua perd le droit d'invoquer un vice en raison de son comportement<sup>5713</sup>. La différence est que dans *Roi d'Espagne*, l'acquiescement porte sur la validité d'une sentence (un résultat) plutôt que sur un traité. Les moyens pour contester la validité d'une sentence semblent limités, la CIJ note par exemple qu'une simple protestation n'est en principe pas suffisante<sup>5714</sup> (*a contrario*, engager des négociations devrait être adéquat)<sup>5715</sup>.

e. *Varia*

(i) *L'effet probatoire de l'acquiescement*

Parfois l'acquiescement s'incorpore dans le cadre de l'opération d'un autre article, ou d'un processus (comme la coutume, la pratique subséquente). Pour son effet, cela signifie que l'acquiescement peut déboucher sur des modifications juridiques en deçà ou en amont des droits et obligations. L'effet de l'acquiescement peut se contenter d'une action sur le plan des faits et des preuves<sup>5716</sup>.

D'ailleurs l'acquiescement n'est pas toujours utilisé comme facteur unique de résolution d'un différend. Dans les arrêts *Nicaragua c. Colombie* et *Pedra Branca* par exemple, les termes utilisés par la Cour indiquent que l'acquiescement fait partie d'un faisceau plus

<sup>5711</sup> *Ibid.*

<sup>5712</sup> *Ibid.*, pp. 210-214.

<sup>5713</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>5714</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 600, § 402 : « La question se pose maintenant de savoir quel est le statut juridique de l'arrêt de 1917. Nul n'a laissé entendre qu'il fût sans validité ou frappé de nullité. La compétence de la Cour de justice centraméricaine en la matière a été contestée par le Nicaragua, mais la Cour, par une décision qui entrerait dans le cadre du pouvoir qu'a toute cour de décider de sa propre compétence, a conclu à sa compétence. *Le Nicaragua a protesté contre l'arrêt, mais on ne peut dire qu'un arrêt soit invalidé par la protestation d'une partie déçue* », nos italiques.

<sup>5715</sup> Voy. par ex. : *Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, arrêt, 12 novembre 1991, CIJ, *Rec. 1991*, pp. 61-62, §§ 22-25.

<sup>5716</sup> I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *op. cit.*, pp. 182-183.

grand utilisé par le tribunal pour aboutir à une solution et justifier son raisonnement. Au sujet des effectivités et de l'absence de protestation du Nicaragua, la Cour conclut :

« [...] que les faits examinés ci-dessus *confortent très nettement* la revendication de souveraineté de la Colombie sur les formations maritimes en litige » <sup>5717</sup>.

L'acquiescement s'intègre et corrobore d'autres indices (comportement des tiers, valeur des cartes) <sup>5718</sup>. Dans *Pedra Branca*, la Cour examine une à une les effectivités postérieures à 1953 et les « note » en fonction de la force avec laquelle elles confirment la prétention de Singapour. Au sujet d'une visite ratée sur l'île, la Cour déclare que :

« Le comportement de Singapour consistant à assujettir ces visites à son autorisation *étaye de façon appréciable* sa revendication de souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh » <sup>5719</sup>.

Plus loin, elle s'exprime différemment sur le déploiement d'un pavillon :

« Elle estime *qu'un certain poids* peut être néanmoins attribué au fait que la Malaisie [...] ne formula pas de demande similaire au sujet du pavillon hissé sur le phare Horsburgh » <sup>5720</sup>.

Ces extraits démontrent que l'acquiescement est polyphonique : parfois il sert à créer des droits et obligations ou à en indiquer la modification, la suppression. À côté de cet effet, il est d'une grande utilité aux Cours et sert d'élément de preuve qui vient s'insérer aux côtés d'autres institutions (fait juridique complexe). L'acquiescement est avant tout utilisé par le tribunal et pour la résolution d'un différend. Son effet est d'orienter la décision finale, sans qu'il apparaisse lui-même dans le dispositif.

Gibbon évoque la dimension probatoire de l'acquiescement <sup>5721</sup> ; dans la même veine, les travaux de la CDI soulignent qu'il est très délicat d'aborder la question de l'acquiescement <sup>5722</sup>. Sans définir une fois pour toutes ses effets, le rapporteur indique :

« Un objectif que semble avoir atteint l'acquiescement, si l'on en juge certaines décisions arbitrales, est de servir de moyen de clarification permettant d'interpréter certains points douteux » <sup>5723</sup>.

<sup>5717</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 657, § 84, nos italiques.

<sup>5718</sup> *Ibid.*, pp. 657-662.

<sup>5719</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 85, § 239, nos italiques.

<sup>5720</sup> *Ibid.*, p. 87, § 246, nos italiques.

<sup>5721</sup> I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *op. cit.*, p. 182.

<sup>5722</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, p. 267, § 191.

<sup>5723</sup> *Ibid.*, p. 268, § 195.

S'enfoncer dans les effets de l'acquiescement *inférieurs* à la création, modification, et suppression de droits et d'obligations, c'est entrer dans la jungle. L'effet probatoire de l'acquiescement se recoupe partiellement avec la contribution de l'acquiescement à l'interprétation d'une situation juridique ou factuelle.

(ii) *L'influence d'un acquiescement refusé*

Trois affaires démontrent que lorsqu'une situation est incertaine, et que les conditions de l'acquiescement ne sont pas remplies, le tribunal peut tout de même octroyer un effet limité à un acquiescement qui a échoué. Dans *Phosphates à Nauru*, la Cour rejette l'acquiescement, mais la longue durée écoulée depuis le début de la période d'acquiescement justifie l'extrait suivant :

« La Cour estime que, eu égard tant à la nature des relations existant entre l'Australie et Nauru qu'aux démarches ainsi accomplies, l'écoulement du temps n'a pas rendu la requête de Nauru irrecevable. Toutefois, il appartient 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 »<sup>5724</sup>.

Dans *Cameroun c. Nigéria*, la période d'incertitude pendant laquelle les deux États empiétaient sur le territoire de leur adversaire (par ex. en stationnant des troupes dans la zone litigieuse) ne donne pas lieu au versement de réparations, la Cour estime que le constat de la violation et la garantie de non-répétition suffisent :

« Dans les circonstances de l'espèce, la Cour estime de plus que, du fait même du présent arrêt et de l'évacuation du territoire camerounais occupé par le Nigéria, le préjudice subi par le Cameroun en raison de l'occupation de son territoire aura en tout état de cause été suffisamment pris en compte. La Cour ne recherchera donc pas si et dans quelle mesure la responsabilité du Nigéria est engagée à l'égard du Cameroun du fait de cette occupation »<sup>5725</sup>.

Pour finir, et dans une mesure plus accessoire, c'est dans l'opinion individuelle de l'arbitre Valticos que l'acquiescement infructueux produit tout de même des conséquences. L'affaire des *Pensions de l'UNESCO* n'avait pas admis l'existence d'une pratique subséquente

<sup>5724</sup> *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec.* 1992, pp. 254-255, § 36.

<sup>5725</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, p. 452, § 319.



à l'interprétation du traité (due à l'acquiescement convergent des parties)<sup>5726</sup>. En appliquant strictement cette conclusion, les pensionnaires de l'UNESCO, qui n'avaient parfois pas payé pendant de très nombreuses années leurs impôts à l'État français, auraient pu se voir demander un rattrapage fiscal, et ce malgré une très longue période d'incertitude quant au droit de l'État français de pouvoir procéder à la taxation. Valticos module cette application stricte du dispositif de la sentence :

« [N]e saurait-on envisager [...] que les Parties se concertent [...] ce qui pourrait raisonnablement, légitimement même, consister – en vue de réparer les retards et les malentendus survenus, autant que les attentes déçues, et plus généralement de panser les plaies supportées – *en une ou diverses formules visant à accorder certaines dispenses aux fonctionnaires retraités qui ont manifestement souffert de l'état d'expectative optimiste puis d'espérances perdues dans lequel ils se sont trouvés du fait des délais parfois considérables survenus dans l'intervention des services fiscaux* qui, compte même tenu du système fiscal français, n'en ont pas moins comporté à certains égards un élément de faute peu contestable »<sup>5727</sup>.

Dans cette dernière affaire, l'acquiescement ou son absence était utilisé afin de conforter l'interprétation du texte établie par référence à l'article 31, § 1 et 2 CVDT<sup>5728</sup>.

Ces considérations nous amènent à suivre la trajectoire des pratiques subséquentes tentées, mais non retenues (art. 31, § 3, lit. a et b CVDT). Dans ces circonstances, le comportement peut tout de même être pris en compte au titre de l'article 32 CVDT :

« Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation

1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité.
2. 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.

---

<sup>5726</sup> *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. 260, § 77.

<sup>5727</sup> *Ibid.*, p. 266, nos italiques. L'extrait fait – comme dans l'affaire précitée des *Phosphates à Nauru* – penser à l'article 39 TCDI. L'acquiescement qui a presque réussi est une circonstance à prendre en compte pour les réparations à fournir.

<sup>5728</sup> *Ibid.*, pp. 252 et 255.

3. *Le poids de la pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 peut dépendre des critères visés aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus* »<sup>5729</sup>.

L'article 32 CVDT est d'application « complémentaire », il permet d'infléchir une interprétation en tenant compte d'une pratique ou d'un acquiescement qui n'est que fragmentaire<sup>5730</sup>. L'article 32 CVDT est moins exigeant que son prédécesseur car la pratique doit être partagée par toutes les parties pour satisfaire aux conditions de l'article 31 CVDT.

L'article 32 CVDT est intéressant dans la mesure où il permet de prendre en compte une pratique *presque* universelle (si l'acquiescement ne s'est pas réalisé à cause d'une protestation, ou alors qu'il est en cours de réalisation, l'article 32 peut l'accueillir)<sup>5731</sup>. Tout en soulignant les différences entre l'article 31 et l'article 32 et en indiquant que ce dernier est susceptible d'accueillir des formes beaucoup plus variées et fragmentaires de pratique, Buga précise que :

« What the case law shows is that courts and tribunals oftentimes read Article 31(3)(b) VCLT liberally, without (explicitly) determining whether the conditions required according to a strict reading of the provision have been fulfilled [...] Thus, the difference between the classification of practice as subsequent practice within the meaning of Article 31(3) (b), and as a supplementary means under Article 32, remains to some extent ambiguous »<sup>5732</sup>.

Comme le processus interprétatif est linéaire (les articles 31 et 32 s'appliquent à la suite, et non de manière « subsidiaire »)<sup>5733</sup>, la partition stricte entre pratique/acquiescement de l'article 31 ou de l'article 32 ne doit pas être exagérée. Les tribunaux bénéficient d'une large marge de manœuvre pour rattacher l'acquiescement et ses effets dans l'un ou l'autre des deux articles.

<sup>5729</sup> 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<sup>e</sup> partie, 2018, Conclusion 9, p. 74, nos italiques.

<sup>5730</sup> *Ibid.*, Conclusion 9, pp. 78-79.

<sup>5731</sup> Voy. aussi la Conclusion 4, § 3 (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<sup>e</sup> partie, 2018, p. 28) et son commentaire (*ibid.*, pp. 34-38, not. le § 35).

<sup>5732</sup> I. BUGA, *The Modification of Treaties by Subsequent Practice*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>5733</sup> *Ibid.*, p. 75 : « The drafting history suggests that the term "supplementary" refers to the role of these interpretative means as "complementary", rather than as "subsidiary". It is therefore difficult to envisage situations in which Article 32 would not be applicable. In fact, the ILC had envisaged automatic resort to the supplementary means in Article 32, although States and dispute settlement bodies seem to have only limited recourse to it ».

D. *Les effets entre universalisme  
et nominalisme : synthèse*

Quelles conclusions tirer pour l'effet de l'acquiescement ? Il n'y a pas *une* seule et meilleure approche qui doit s'imposer nécessairement afin de définir ces effets. Chacune met en lumière des aspects particuliers de l'acquiescement. L'approche « universaliste » (*cf. supra*, Ch. 6.III.B) présente le mérite de la régularité : n'importe quelle concrétisation de l'acquiescement est susceptible d'être rattachée à la création, modification, ou suppression, d'un droit ou d'une obligation. L'interprète lâché dans la nature et faisant face à une forme inconnue d'acquiescement dispose d'un premier outil lui permettant d'évaluer les effets de l'acquiescement. De plus la classification « universaliste » que nous avons proposée est inextricablement liée à l'adoption d'un point de vue afin de spécifier les effets de l'acquiescement (État lésé ; bénéficiaire, point de vue du tribunal).

Cette première approche catégorise l'effet de l'acquiescement de manière « réductionniste » : il ne peut appartenir qu'à une seule des trois catégories préétablies (et ce toujours en fonction de l'adoption d'un point de vue). La limite de cette approche est sa trop grande généralité qui ne permet pas d'être au plus près des phénomènes juridiques et qui appauvrit forcément le réel.

La seconde approche que nous avons dénommée « nominaliste » (*cf. supra*, Ch. 6.III.C) prend le contre-pied et cherche à serrer de plus près les effets de l'acquiescement sans se soucier de catégories préétablies ou de l'adoption d'un point de vue. Elle postule que les effets possibles de l'acquiescement sont théoriquement infinis. Ils ne se limitent pas à la création, modification, ou suppression de droits ou d'obligations mais peuvent se situer aussi en deçà (effet confirmatoire ; probatoire ; précondition d'une autre institution).

L'intérêt de cette approche est la place ménagée au cadre juridique qui entoure l'acquiescement, aux valeurs, principes et buts qui innervent un domaine juridique et qui influent l'opération de l'acquiescement (tant ses conditions que ses effets). Cette approche fait la part belle à la structure de l'acquiescement (le cycle prétention, connaissance, réaction, conséquence). Chaque concrétisation de l'acquiescement est *unique*, y compris dans ses effets, en raison de l'utilisation qui est faite de l'acquiescement par un domaine. Dans le domaine de la responsabilité, on peut ainsi parler d'un

« acquiescement-attributif » au sujet de la Convention contre les disparitions forcées de 2006. En revenant sur nos pas, nous avons dans le chapitre 5 disséqué les conditions de l'acquiescement sans tenir compte des spécificités de chaque concrétisation (la connaissance, la charge de réagir, et encore la protestation, étaient traitées dans l'acquiescement *en général*). Avec l'approche « nominaliste », la nécessité se fait sentir de reconnecter chaque concrétisation avec son domaine. C'est en se plongeant dans les considérations propres à un domaine juridique que nous sommes le plus en mesure de déterminer *toutes* les conséquences possibles d'une concrétisation de l'acquiescement.

Ces deux approches ne sont pas mutuellement exclusives, et encore moins subsidiaires. Nous ne voyons pas de hiérarchie mais une complémentarité et un enrichissement mutuel. Elles répondent à des attentes et préoccupations différentes : l'État qui souhaite connaître les conséquences de son acquiescement se dirigera plutôt vers l'approche « universaliste ». Le tribunal sera plus enclin à adopter l'approche « nominaliste » afin d'identifier toutes les conséquences. La doctrine peut se servir des deux approches à la fois car l'interaction de la théorie et de la concrétisation favorise la construction d'un ordre juridique cohérent. *Déduction* et *induction* vont de pair ici ; elles permettent de serrer de plus près les effets de l'acquiescement et les valeurs inhérentes au domaine qui l'influencent (protection d'une partie faible ; favorisation du règlement des différends ; protection des droits humains ; élimination des incertitudes juridiques).

#### IV. *Les effets de l'acquiescement et les conséquences de la nouvelle situation*

##### A. *Introduction*

Cette section cherche à distinguer les effets directs de l'acquiescement (pour les parties et le tribunal) de ses conséquences logiques sur l'ensemble de l'ordre juridique international et des sujets de la communauté internationale. Illustrons cette distinction : si, par traité, l'État X cède à l'État Y une partie de son territoire, l'effet direct du traité est l'agrandissement de la souveraineté de l'un et la diminution corrélative de l'autre. Cet effet direct correspond aussi au but et à l'objet du traité. Sur le plan des *conséquences*

*logico-juridiques*, l'État X ne peut plus administrer le territoire cédé ou y stationner ses troupes. L'État Y pourra exploiter ce nouveau territoire comme bon lui semble sans devoir en référer à l'ancien souverain. En plus des conséquences pour les parties, les traités de cession provoquent des conséquences pour l'ensemble de la communauté internationale. Si l'État B survole sans autorisation le territoire cédé, c'est l'État Y qui pourra s'en plaindre et exiger le respect de *son* espace aérien. Le traité de cession se concrétise en une situation objective, dont Y peut bénéficier à l'égard de l'ensemble de la communauté internationale. Nous ne voyons là que des conséquences *logiques* qui font simplement suite à l'exécution du traité et qui découlent du type de traité conclu (en principe un traité demeure *res inter alios acta* ; art. 34 et s. CVDT). Quand un territoire est acquis, le nouveau souverain dispose de l'ensemble des droits et supporte les obligations intrinsèquement liés à la souveraineté, et il doit respecter les éventuels droits de tiers qui le grève (*res transit cum onere suo*)<sup>5734</sup>.

Cet exemple peut être adapté à l'acquiescement : en cas de cession tacite, l'effet direct est un transfert de souveraineté sur le territoire. Les droits attachés à la souveraineté sont logiquement transférés « avec » le territoire. Plus exactement, le nouveau souverain dispose de tous les droits découlant de la souveraineté territoriale, il peut les exercer envers des *tiers* à l'acquiescement initial. Ces mêmes *tiers* à l'acquiescement peuvent exiger du nouveau souverain le respect des obligations internationales. Cependant la raison pour laquelle ce respect peut être exigé par des tiers ne repose pas dans l'acquiescement. L'acquiescement ne constitue qu'une étape qui débouche sur des conséquences. Ces tiers ne vont pas invoquer l'acquiescement comme motif du respect des obligations internationales, mais la souveraineté, c'est-à-dire l'effet direct de l'acquiescement. L'acquiescement agit comme une « cause efficiente » : il disparaît une fois son labeur terminé. La nouvelle situation juridique à laquelle il a donné naissance existe dorénavant par et pour elle-même, indépendamment de l'acquiescement à son origine. C'est de cette nouvelle situation juridique que l'État bénéficiaire de l'acquiescement peut exiger le respect, et non de l'acquiescement en tant que « régime à respecter ».

---

<sup>5734</sup> A. X. FELLMEYER et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, op. cit., p. 254.

Parfois, l'effet de l'acquiescement (ou d'un traité) se limite aux relations entre parties et ne provoque pas de conséquences pour les tiers (*res inter alios acta*). Par exemple l'abandon d'une demande en réparation (art. 45 TCDI) ne trouve pas d'écho dans la communauté internationale : seules les parties à l'acquiescement (et éventuellement un tribunal) sont impactées par l'effet de l'acquiescement. À l'inverse, la constitution d'une baie historique provoquera des conséquences pour l'ensemble de la communauté. Dans certains cas l'effet direct peut parfois déboucher sur des conséquences pour l'ensemble de la communauté : ainsi de la reconnaissance tacite d'un État, qui n'a en principe de conséquences qu'entre les deux États. Cependant le fait qu'une entité obtienne un grand nombre de reconnaissances peut faciliter et prouver son statut d'État <sup>5735</sup>.

Dans les sections suivantes, nous suivrons plus étroitement les méandres de cette distinction entre effets et conséquences. La relation de « l'opposabilité » et de l'acquiescement sera précisée (IV.C), il s'agit *a priori* d'une de ses conséquences et non d'un effet direct. Nous reviendrons sur l'assimilation des effets de l'acquiescement et de l'*estoppel* (IV.D). D'autres institutions, comme la reconnaissance et la renonciation sont parfois présentées comme des effets de l'acquiescement, nous suivrons de plus près ce cheminement intellectuel (IV.B). Nous examinerons finalement si l'acquiescement est rétroactif (IV.E).

### B. *Distinction des effets et des conséquences de l'acquiescement*

#### 1. *Illustrations*

##### a. *Temple de Préah Vihéar (1962) et arrêt en interprétation (2013)*

L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* et sa suite illustrent le cheminement et la différenciation des *effets* et des *conséquences*. L'arrêt de 1962 étudie l'acquiescement ; la prétention initiale correspond à l'inscription du Temple en territoire français/cambodgien <sup>5736</sup>. La

<sup>5735</sup> Dans le cas du Kosovo, la reconnaissance de la Serbie aura vraisemblablement des conséquences qui dépasseront le cadre purement bilatéral.

<sup>5736</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 20-21.

Cour analyse ensuite les comportements, réactions, et éventuelles protestations émises entre les deux États : elle arrive à la conclusion intermédiaire suivante :

« 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 »<sup>5737</sup>.

Cet extrait illustre plusieurs constructions possibles de l'acquiescement ou de la prétention. Ces constructions aboutissent ici à un résultat unique : la prétention a été acceptée, peu importe la manière.

Dès lors, *l'effet* de l'acquiescement est un transfert de la souveraineté pleine et entière qui est concrétisé dans le dispositif :

« [L]e temple de Préah Vihéar est situé en territoire relevant de la souveraineté du Cambodge »<sup>5738</sup>.

L'acquiescement est absent du dispositif – et c'est parfaitement normal. L'acquiescement débouche sur une nouvelle situation juridique, et c'est bien la situation qui est consacrée par la Cour, *pas* le succès de l'acquiescement. À ce stade, la Cour ne s'intéresse encore qu'exclusivement à l'effet de l'acquiescement, à la manière dont il se concrétise et ce qu'il change en termes de droits et d'obligations entre les parties.

Mais l'arrêt de 1962 est intéressant car il va au-delà du simple effet et expose les *conséquences* de la nouvelle situation juridique. Le Cambodge dispose de la souveraineté sur le Temple et ses environs immédiats : il bénéficie logiquement de tous les attributs de la souveraineté. La Cour emploie d'ailleurs des termes très clairs qui justifient cette distinction entre effet au sens strict de l'acquiescement et conséquence de la nouvelle situation. Après avoir déclaré que le Temple est situé en territoire sous la souveraineté du Cambodge (effet), la Cour ajoute :

« [D]it *en conséquence*, [...] que la Thaïlande est tenue de retirer tous les éléments de forces armées ou de police ou autres gardes ou gardiens qu'elle a installés dans le temple ou dans ses environs situés en territoire cambodgien »<sup>5739</sup>.

<sup>5737</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>5738</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>5739</sup> *Ibid.*, p. 37, nos italiques.

Dans ce deuxième élément du dispositif, la Cour ne fait que tirer les conclusions de la souveraineté cambodgienne. L'ordre de retirer les « forces armées » est déconnecté de l'acquiescement. Une fois que la souveraineté est constatée, le Cambodge peut exercer tous les droits qui y sont liés. En tant que processus de création, modification, ou suppression de droits et d'obligations, l'acquiescement est indifférent aux *conséquences* de la nouvelle situation qu'il provoque. Ici, ces conséquences (ordre de retirer les troupes) ne s'appliquent qu'entre les parties, les tiers ne sont pas concernés par la nouvelle souveraineté du Cambodge et ses conséquences.

La différence entre effet entre parties et conséquence (sur la situation des tiers) affleure lorsque le Cambodge demande l'inscription du Temple sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO <sup>5740</sup>. C'est là une illustration typique des conséquences de l'acquiescement. Son effet est d'attribuer la souveraineté au Cambodge, le Cambodge dispose alors de tous les corollaires de la souveraineté à l'égard des tiers. Il peut demander, à l'exclusion de tout autre État, l'inscription du Temple sur ladite liste. Conséquence de cette inscription, le Cambodge peut requérir (et a obtenu) des aides financières pour la conservation du Temple <sup>5741</sup>. Cette assistance financière découle de l'application de l'article 22 de la *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* (1972). L'article 16 de la Convention prévoit le financement de l'assistance par les membres. On est très loin de simples « effets » de l'acquiescement. La distinction entre *effets* et *conséquences* est donc valable. Cet exemple offre une illustration très spécifique des conséquences possibles pour les États tiers à l'acquiescement (obligation de financement d'un bien culturel sis sur le territoire d'un autre État partie ; la souveraineté et ses conséquences sont *opposables* aux tiers).

L'étape suivante dans les tribulations du *Temple* est liée à son inscription à l'UNESCO <sup>5742</sup>. La Thaïlande contesta la carte qui était fournie avec la demande d'inscription du Cambodge et ce dernier demanda une interprétation de l'arrêt de 1962 <sup>5743</sup>. L'intérêt de

<sup>5740</sup> Voy. : <https://whc.unesco.org/fr/list/1224/documents/> (consulté le 2 juin 2021).

<sup>5741</sup> Voy. : <https://whc.unesco.org/fr/list/1224/assistance/> (consulté le 2 juin 2021). Deux demandes approuvées (références : 1946 du 3 février 2009 ; 2345 du 25 mai 2011).

<sup>5742</sup> *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962*, CIJ, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec. 2013*, p. 299, § 43.

<sup>5743</sup> *Ibid.*, p. 281.



cet arrêt en interprétation (art. 60 SCIJ) est de constater comment la CIJ traite l'acquiescement passé de la Thaïlande, son effet (l'acquisition de la souveraineté), et les conséquences de la souveraineté. La CIJ ne fait pas directement référence à l'acquiescement, son point d'ancrage est la souveraineté, telle qu'elle résulte du premier point du dispositif de l'arrêt de 1962. L'acquiescement n'est présent qu'à l'arrière-plan, en tant que « rouage » ou motivation juridique du résultat final<sup>5744</sup>. La Cour n'y fait logiquement pas référence lorsqu'elle interprète le premier point du dispositif<sup>5745</sup>. Une fois la souveraineté attestée, toutes les conséquences qui en découlent doivent être respectées :

« Il n'y a pas davantage lieu pour la Cour d'examiner la question de savoir si l'obligation imposée à la Thaïlande par le deuxième point du dispositif était de nature continue, au sens où l'entend le Cambodge [obligation de retirer les forces armées]. En la présente procédure, la Thaïlande a reconnu que lui incombait une obligation juridique générale et continue de respecter l'intégrité du territoire cambodgien, obligation qui s'applique à tout territoire en litige dont la Cour a jugé qu'il relevait de la souveraineté du Cambodge. *Lorsqu'un différend relatif à une question de souveraineté territoriale a été tranché et que l'incertitude a été levée, chacune des parties doit s'acquitter de bonne foi de l'obligation qu'a tout État de respecter l'intégrité territoriale des autres États* »<sup>5746</sup>.

La Cour confirme ainsi la chronologie et la place respective des effets de l'acquiescement et des conséquences de la nouvelle situation juridique. D'ailleurs la Cour réitère l'emploi du terme « conséquence » en fin d'arrêt et dans le dispositif pour désigner l'obligation de retirer les gardes<sup>5747</sup>. Dans le corps de l'arrêt, la Cour elle-même parle de « conséquence logique »<sup>5748</sup> au sujet des conclusions à tirer de la souveraineté cambodgienne sur le Temple.

Les brèves considérations de la Cour au sujet de l'inscription du Temple sur la liste de l'UNESCO confirment la partition entre effets de l'acquiescement (souveraineté) et les conséquences de la souveraineté. La Cour laisse entendre que l'inscription est une conséquence de l'acquisition de la souveraineté sur le Temple<sup>5749</sup> et elle va plus loin en soulignant que les deux États « ont le devoir

<sup>5744</sup> *Ibid.*, p. 309, § 77.

<sup>5745</sup> *Ibid.*, pp. 310-311, § 80.

<sup>5746</sup> *Ibid.*, p. 317, § 105, nos italiques.

<sup>5747</sup> *Ibid.*, p. 318, §§ 107-108. Voy. aussi les conclusions du Cambodge : *ibid.*, p. 288, ch. vii) et ix).

<sup>5748</sup> *Ibid.*, p. 317, § 102.

<sup>5749</sup> *Ibid.*, p. 317, § 106.

de coopérer entre eux et avec la communauté internationale afin de protéger le site en tant qu'élément du patrimoine universel »<sup>5750</sup>. C'est là encore une *conséquence* de la souveraineté, conséquence qui se conjugue au fait particulier que les deux États sont parties à la *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* (1972)<sup>5751</sup> et qui s'étend à l'ensemble des autres États parties.

Ouvrons une courte parenthèse : l'arrêt est l'occasion pour la Cour de différencier son rôle en matière de règlement de différend et sa qualité d'interprète d'une décision. Lorsqu'elle agit au titre de l'article 60 SCIJ, la Cour se limite à clarifier le sens du texte et du dispositif de l'arrêt, elle ne peut pas tenir compte de la pratique ultérieure des parties comme la Thaïlande souhaitait le tenter :

« Un arrêt de la Cour ne saurait être considéré comme équivalant à un traité, qui tient sa force obligatoire et son contenu du consentement des États contractants dont le comportement ultérieur peut, conformément au principe énoncé à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, avoir une incidence sur l'interprétation de l'instrument en question. Un arrêt tient sa force obligatoire du Statut, et son interprétation consiste à déterminer ce que la Cour a décidé, et non ce que les parties ont par la suite pensé qu'elle avait décidé. *Le sens et la portée d'un arrêt de la Cour ne sauraient donc être affectés par le comportement des parties après le prononcé de cet arrêt* »<sup>5752</sup>.

Le passage ne peut pas exclure que le Cambodge acquiesce à une prétention de la Thaïlande contraire au dispositif de l'arrêt de 1962<sup>5753</sup>. Mais une telle pratique n'est pas prise en compte dans le cadre limité de l'interprétation. Des acquiescements en chaîne et aux résultats opposés relatifs au même territoire sont possibles *puisque l'effet de l'acquiescement est de conférer une souveraineté ; la conséquence est que le nouveau souverain peut disposer du territoire comme il le souhaite*. Pour vérifier un éventuel acquiescement au profit de la Thaïlande, il aurait fallu introduire une requête en contentieux (art. 40 et s. SCIJ)<sup>5754</sup>.

<sup>5750</sup> *Ibid.*, pp. 317-318, § 106.

<sup>5751</sup> *Ibid.*, p. 317, § 106

<sup>5752</sup> *Ibid.*, p. 307, § 75.

<sup>5753</sup> Voy. : R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 770-775. « The parties do not lose the right to negotiate and agree on substantive issues even after judgment has been given. A party benefiting from the judgment can always renounce its right to the implementation of the judgment » (*ibid.*, p. 775).

<sup>5754</sup> Pour un exemple supplémentaire dans une simple requête introductive, voy. : *Demande en interprétation de l'arrêt du 23 mai 2008 (Malaisie c. Singapour)*, Requête introductive d'instance, 30 juin 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 21, § 20 : « Les Parties ne sont pas parvenues à

b. *Services aériens (1963)*

Dans *Services aériens*, la France acquiesce à une desserte de Téhéran par les compagnies aériennes des États-Unis<sup>5755</sup>. L'effet direct de l'acquiescement consiste – via le processus de la pratique subséquente – en une modification du traité. Les États-Unis acquièrent cette desserte, comme l'affirme le dispositif :

« The right to provide international aviation services between the United States and Iran via Paris [...] has been acquired by a United States airline by virtue of the implicit agreement ensuing from the consent given by the French authorities on May 14, 1955, and constantly confirmed by the attitude of the said authorities throughout the years that followed [...] »<sup>5756</sup>.

Au niveau des *conséquences*, les États-Unis peuvent dorénavant desservir Téhéran en passant par Paris. Les États-Unis peuvent exercer toutes les conséquences habituelles d'une desserte. L'Iran, en tant que tiers à l'acquiescement, est donc impacté par les conséquences de la nouvelle situation juridique entre la France et les États-Unis.

La sentence apporte deux enseignements supplémentaires. Premièrement, la France et les États-Unis déposèrent une demande d'interprétation en 1964<sup>5757</sup>. Cette demande concernait le droit qui avait été créé par l'acquiescement, la définition de ses contours précis et donc de ses effets :

« Les deux parties demandent au Tribunal de définir, par voie d'interprétation de la sentence, la nature et l'étendue du droit pour une entreprise aérienne des États-Unis d'exploiter des services aériens internationaux entre les États-Unis et l'Iran via Paris [...] ».

Concernant la desserte de Téhéran, le tribunal considéra ainsi que le droit auquel l'acquiescement avait donné vie consistait en une fréquence de quatre vols par semaine<sup>5758</sup>. La *conséquence* pour l'Iran est qu'il devra supporter ce nombre de dessertes maximales de la part des compagnies aériennes américaines.

---

s'entendre sur le sens exact du dispositif de l'arrêt de 2008 pour ce qui concerne South Ledge et les eaux entourant Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ». L'acquiescement et son effet direct ne sont pas en cause : *Pedra Branca* appartient à Singapour. La requête visait les droits découlant de la souveraineté (les conséquences logico-juridiques).

<sup>5755</sup> *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. 65-66.

<sup>5756</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>5757</sup> *Ibid.*, pp. 73-74.

<sup>5758</sup> *Ibid.*, p. 74.

Le second enseignement se recoupe avec un point abordé dans notre parenthèse précédente relative à la demande en interprétation du *Temple* (2.a *in fine*). Le tribunal prend soin de préciser la différence entre l'interprétation d'une sentence et la situation juridique entre les parties. Après avoir précisé la fréquence des vols, le tribunal ajoute :

« In the opinion of the Tribunal the limitations of route and flight frequencies so defined are those resulting from agreements successively realized between the Parties and applied until the suspension decided by the French authorities from October 31, 1962. *Obviously they can be modified by mutual agreement of the Parties themselves in subsequent negotiations* » <sup>5759</sup>.

Ce passage confirme la différence entre l'acquiescement en tant que processus et son effet. L'effet, qui consiste ici en la création ou modification d'un droit au profit des États-Unis, est à disposition des parties. Ce droit peut être modifié, sans toucher à l'acquiescement, puisque ce dernier disparaît derrière le droit auquel il a donné naissance. Suite à l'effet de l'acquiescement, les parties peuvent choisir de faire varier le droit créé, et, pourquoi, pas, de le supprimer ou remplacer par d'autres obligations. Cette conséquence juridico-logique est soulignée par l'emploi du terme « obviously ». La conséquence de la nouvelle situation juridique, c'est aussi un ensemble de droits et d'obligations intégralement à disposition des parties, comme si les compteurs étaient remis à zéro une fois que l'acquiescement a été validé ou rejeté. L'acquiescement « purge » l'incertitude juridique <sup>5760</sup>. Une demande en interprétation peut aussi bien préciser le droit créé par l'acquiescement que s'attacher aux conséquences juridiques de la nouvelle situation <sup>5761</sup>.

<sup>5759</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>5760</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 115 : « L'acquiescement va [...] purger [la situation incertaine] de ses imperfections ».

<sup>5761</sup> *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962*, CIJ, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec. 2013*, p. 317, § 105 ; *Demande en interprétation de l'arrêt du 23 mai 2008 (Malaisie c. Singapour)*, Requête introductive d'instance, 30 juin 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 21, § 20 : les parties n'arrivent pas à s'entendre sur les conséquences de l'attribution de la souveraineté.

c. *Saiga* (1999)

Le droit de la mer, et en particulier la question de la nationalité des navires (art. 91 UNCLOS) donne une illustration supplémentaire de la différence entre les effets de l'acquiescement entre parties et ses conséquences pour les tiers. Dans *Saiga*, le TIDM devait résoudre cette question avant de pouvoir se prononcer sur le fond. Un certain flottement existait car le certificat d'immatriculation du navire était arrivé à échéance lors de son arraisonnement (ce qui en aurait fait, selon la Guinée, un navire « sans nationalité »)<sup>5762</sup>. Toutefois, sur la base du comportement des parties, la Cour arrive à la conclusion qu'il y a acquiescement de la Guinée à la nationalité saint-vincentaise du navire<sup>5763</sup> :

« Le Tribunal conclut [...] qu'il n'a pas été établi que l'immatriculation du *Saiga* à Saint-Vincent-et-les-Grenadines était éteinte ou que le *Saiga* avait perdu sa nationalité vincentaise [...] »<sup>5764</sup>.

L'effet de l'acquiescement se limite aux parties et consiste en une perpétuation de la nationalité au profit de Saint-Vincent, et corrélativement, d'une perte du droit de contester la nationalité pour la Guinée<sup>5765</sup>. La nouvelle situation juridique – une fois clarifiée – est donc que le navire possède la nationalité vincentaise.

Les conséquences de cette nouvelle situation sont de deux ordres. (1) Entre les parties et dans le cadre de la procédure, cela signifie que tous les attributs liés à la nationalité d'un navire appartiennent à Saint-Vincent. Par conséquent, Saint-Vincent peut demander (et il obtint) une réparation financière en raison des violations commises par la Guinée à l'encontre du navire<sup>5766</sup> : le régime de la Convention UNCLOS s'applique au bénéfice de l'État de nationalité. (2) Les conséquences pour des États tiers à l'acquiescement, mais parties à la Convention, sont possibles en raison de la nationalité du navire. Ainsi, les États tiers doivent respecter les droits découlant de la nationalité et, inversement, Saint-Vincent peut exercer ces droits à leur encontre.

<sup>5762</sup> *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, § 58.

<sup>5763</sup> *Ibid.*, § 69 et 73.

<sup>5764</sup> *Ibid.*, § 73, lit. a.

<sup>5765</sup> *Ibid.*, § 73, lit. c.

<sup>5766</sup> *Demande en interprétation de l'arrêt du 23 mai 2008 (Malaisie c. Singapour)*, Requête introductive d'instance, 30 juin 2017, CIJ, *Rec. 2017*, §§ 167-177.

## 2. *Synthèse*

Si l'acquiescement produit nécessairement des effets entre les parties, il peut par contre ne produire aucune conséquence entre elles ou à l'égard des tiers. Dans ces hypothèses, la nouvelle situation juridique est « self-containing », sa concrétisation épuise toute possibilité ultérieure d'action. Le cas de la forclusion ou prescription extinctive entre dans cette catégorie.

Esquissons une gradation dans les *effets* de l'acquiescement et les *conséquences* de la nouvelle situation juridique. (1) Selon les domaines, l'acquiescement peut rester purement bilatéral et ne pas contaminer les relations internationales. Dans cette première hypothèse, l'acquiescement s'épuise dans ses effets et la concrétisation d'une nouvelle situation juridique, il est dénué de conséquences. (2) L'acquiescement peut, tout en demeurant bilatéral, déboucher sur une situation juridique qui – potentiellement – aura des conséquences sur les États tiers. L'exemple est celui de la reconnaissance tacite d'États. L'effet de l'acquiescement, c'est la reconnaissance, *i.e.* l'expression d'une opinion juridique sur une situation factuelle ou juridique. Dans le cas de la reconnaissance tacite d'un État, l'existence de la reconnaissance peut avoir des conséquences sur un plan plus large et être prise en compte afin de *faciliter* l'accession de l'État aux institutions internationales. (3) Pour terminer, lorsque l'acquiescement débouche sur une nouvelle situation juridique concernant l'acquisition d'une souveraineté, il produit automatiquement des effets *et* des conséquences. Des *effets* car l'acquiescement donne lieu à un nouveau régime de droits et d'obligations entre les parties (modification de l'étendue de la souveraineté). Et des *conséquences* car la nouvelle situation juridique permet à l'État d'exercer tous les attributs de la souveraineté à la fois envers l'État lésé et à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble<sup>5767</sup>.

En conclusion, l'effet de l'acquiescement se résume généralement à la création d'une nouvelle situation juridique, d'un nouveau régime de droits et d'obligations applicable entre les parties. Ce sont ces droits et obligations que les parties « appliquent » et invoquent suite

---

<sup>5767</sup> La communauté doit réciproquement s'adresser à l'État souverain pour les événements se déroulant sur son territoire. Voy. par exemple la décision de l'UNESCO d'envoyer une mission à *Préah Vihéar* en raison des affrontements entre le Cambodge et la Thaïlande et afin d'évaluer les dégâts : <https://whc.unesco.org/fr/actualites/708/> (consulté le 3 juin 2021).

à l'acquiescement – et non l'acquiescement en tant que tel. Celui-ci disparaît une fois qu'il a produit des effets, il est comparable à une cause efficiente. Ainsi, les parties appliquent la souveraineté et toutes ses conséquences, la réserve qu'ils ont acceptée, ou encore la pratique subséquente née entre eux. Les *conséquences* correspondent, elles, à l'ensemble des droits et obligations qui découlent logiquement et juridiquement de cette nouvelle situation.

Une notion qui permet de mieux comprendre les *conséquences* de la nouvelle situation juridique doit encore être évoquée : il s'agit de l'opposabilité. Dans le cadre coutumier par exemple, l'acquiescement peut contribuer à la formation d'une nouvelle règle, une conséquence de l'existence de cette règle est son *opposabilité* à l'ensemble des États de la communauté internationale, y compris ceux qui ont protesté sans succès et ceux qui n'ont nullement réagi.

### C. L'opposabilité et l'acquiescement

#### 1. *Opposabilité et validité*

La notion d'opposabilité est habituellement opposée à la validité<sup>5768</sup>. Ce tandem est par exemple évoqué en relation avec les traités. La validité est liée intrinsèquement à un acte juridique (traité), à son existence même, à la conformité de cet acte avec les exigences et les conditions de l'ordre juridique international<sup>5769</sup>. Un acte juridique existe lorsqu'il a été valablement posé, qu'il n'est pas entaché d'une cause de nullité absolue<sup>5770</sup>. L'opposabilité se concentre sur la réception des actes par les sujets de l'ordre juridique international et le « jugement » qu'ils émettent relativement à la régularité desdits actes :

« Il appartiendrait donc [...] aux États – et non à un quelconque organe centralisé – d'apprécier en leur nom et pour leur propre compte la régularité d'un acte juridique et d'en déduire la qualité opposable ou inopposable. [Combacau] admet ainsi que la logique d'opposabilité soit le produit d'une attestation subjective des États, c'est-à-dire d'une appréciation étatique »<sup>5771</sup>.

<sup>5768</sup> L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., p. 89.

<sup>5769</sup> *Ibid.*

<sup>5770</sup> Art. 53 CVDT et L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., pp. 258-268.

<sup>5771</sup> L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., p. 90, en référence à : J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, p. 97. Voy. aussi : J. COMBACAU, « Logique de la validité contre

Cette situation nous offre un point de départ commode pour cette section.

Intéressons-nous de plus près aux différences de définition entre (in)opposabilité et validité :

« L'inopposabilité, en ne mettant en cause que le lien d'obligation et non l'existence d'un acte, se distingue de l'inexistence. Certes, elles se rejoignent dans leur fonction, car elles sanctionnent la régularité d'un acte. Toutefois, l'analogie ne saurait progresser. L'inexistence [...] sanctionne le non-respect d'une condition de formation. [...] L'ajout de ce critère qualitatif pose la question de sa mise en œuvre et notamment celle de l'autorité compétente pour procéder à son appréciation. Quoi qu'il en soit, l'essentiel est de remarquer que l'inexistence ne se contente pas de neutraliser l'effet obligatoire d'un acte, mais va jusqu'à le supprimer du système normatif » <sup>5772</sup>.

Il y aurait beaucoup à dire sur une application analogique de ces considérations à propos des conditions de formation de l'acquiescement, mais cela dépasse notre propos actuel <sup>5773</sup>. Ce cadre général posé, il nous revient de sélectionner les aspects de l'opposabilité qui nous intéressent pour l'acquiescement. Notre but est de mettre en résonance la nouvelle situation juridique qui prend place suite à l'acquiescement et l'opposabilité à l'égard de la communauté internationale. Dans le cas d'une acquisition de territoire grâce à l'acquiescement, il s'agit de définir les conséquences de la souveraineté nouvellement acquise à l'égard des tiers à l'acquiescement. *Est-ce que, et si oui pourquoi et comment* cette nouvelle situation juridique et ses conséquences sont-elles opposables aux tiers ? On ne s'intéresse pas à l'opposabilité entre parties à l'acquiescement. Dans la prolongation de nos réflexions, l'opposabilité envers les tiers devrait être une conséquence juridico-logique de la nouvelle situation juridique.

Revenons donc au point de départ, à la notion d'opposabilité. Dans sa thèse, Chan-Tung donne une définition « de travail » de l'opposabilité :

« L'opposabilité désignerait la possibilité pour un État d'invoquer l'effet obligatoire d'un acte juridique [un traité] ou d'un droit à son profit ou à l'encontre d'un autre État » <sup>5774</sup>.

---

logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203.

<sup>5772</sup> L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., pp. 122-123.

<sup>5773</sup> L'établissement d'un acquiescement se confond avec sa validité intrinsèque. Le juge constate à la fois que les conditions sont remplies – et donc que l'acquiescement existe – et les effets (opposabilité) à l'égard des deux États touchés par l'acquiescement.

<sup>5774</sup> L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., p. 36.



Dans cette définition, l'acquiescement correspond au « droit » auquel il a donné naissance. L'auteur précise toutefois qu'il exclut les faits juridiques de son étude<sup>5775</sup> (ce qui ne nous dit rien sur la catégorie dans laquelle il colloque l'acquiescement<sup>5776</sup> ; et d'autre part il traite tout de même de la coutume).

Chan-Tung s'intéresse néanmoins à *un* aspect de l'acquiescement dans une section consacrée à « L'efficacité intersubjective des prétentions d'obligations »<sup>5777</sup>. En cas de concordance des allégations (acquiescement), il arrive à la conclusion que l'obligation reconnue n'est opposable qu'entre les deux États<sup>5778</sup>. La situation est celle de la création d'une « vérité intersubjective » valable qu'entre les sujets concernés :

« Toute conclusion rejetant le relativisme et défendant l'idée d'une vérité objective applicable *erga omnes* mettrait en cause l'égalité souveraine des États dans la mesure où elle supposerait que deux États pourraient imposer leur point de vue à tous les autres acteurs internationaux »<sup>5779</sup>.

Cette affirmation ne fait cependant pas totalement obstacle à ce que la nouvelle situation résultante de l'acquiescement produise des conséquences opposables à tous les États. Nous le constatons dans la jurisprudence relative au contentieux des espaces terrestres et maritimes ; une fois l'acquiescement validé, la souveraineté peut produire des conséquences envers des tiers.

## 2. *Opposabilité et conséquences de la nouvelle situation juridique*

Du reste et dans un passage précédent de son ouvrage, Chan-Tung passe en revue trois affaires imprégnées d'acquiescement<sup>5780</sup> et distingue les situations où le juge intervient (ce qu'il nomme la « voie objective de l'opposabilité ») et celles où l'opposabilité n'est jugée que par les auto-interprétations des parties (la voie « subjective ») :

« Dans ces trois affaires, une juridiction internationale est intervenue pour déterminer l'opposabilité ou l'inopposabilité. L'opposabilité serait alors le produit d'une appréciation prétorienne. Toutefois, cet argument

<sup>5775</sup> *Ibid.*, p. 45 : « En l'espèce, le champ de l'étude a été restreint aux principales sources du droit international : traité, coutume et acte unilatéral étatique ». En pp. 124 et s., il s'intéresse à la création de l'État en tant que fait juridique.

<sup>5776</sup> L'acquiescement ne semble pas faire partie des actes unilatéraux chez L. Chan-Tung (*ibid.*, pp. 129-133).

<sup>5777</sup> *Ibid.*, pp. 155-166.

<sup>5778</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>5779</sup> *Ibid.*

<sup>5780</sup> *Pêcheries norvégiennes, Mer du Nord, et Tunisie c. Libye.*

ne convainc guère, car, à la différence de l'ordre juridique national pour lequel la coexistence de deux prétentions contraires trouve sa résolution dans un mécanisme juridictionnel permettant de trancher définitivement le différend, la sphère internationale est caractérisée par la carence d'autorité prétorienne ayant une compétence générale et obligatoire. En d'autres termes, il est possible que le différend reste au stade des allégations interétatiques sans accéder à la résolution prétorienne. Dans cette situation, l'opposabilité demeure le produit d'appréciations subjectives »<sup>5781</sup>.

Il nous est difficile d'appliquer sans médiation les conclusions auxquelles il parvient car la réflexion est dominée par des considérations volontaristes ; l'opposabilité des *faits juridiques* n'est pas prise en compte<sup>5782</sup> ; l'acquiescement est dans l'écrasante majorité des cas constaté par un tribunal ; il n'est pas directement abordé dans l'ouvrage. Toutefois, l'ouvrage est très riche d'enseignements et autorise une construction de l'acquiescement et de la nouvelle situation débouchant sur une opposabilité *erga omnes*. Nous utiliserons donc cet ouvrage pour percevoir les arguments faisant obstacle à ce que les conséquences de la nouvelle situation soient opposables à l'ensemble de la communauté internationale. Une fois ces limites perçues, nous pourrions ciseler et adapter l'arsenal théorique pour lui faire supporter les conséquences de l'acquiescement.

En se tenant strictement aux extraits précédents de l'ouvrage<sup>5783</sup>, les conséquences de la nouvelle situation (qui prend naissance suite à l'acquiescement) ne seraient pas opposables à l'ensemble de la communauté internationale, car cette dernière est *tierce* à l'acquiescement. La communauté devrait encore admettre l'opposabilité (en cas de transfert de territoire, cela signifie que les États tiers devraient « consentir » à ce que le nouveau souverain exerce ses prérogatives à leur rencontre). Réduit à sa plus simple expression, l'argument contre l'opposabilité de l'acquiescement et des conséquences de la nouvelle situation consiste à ériger la souveraineté dont jouit chaque État comme un obstacle<sup>5784</sup>. Ce qui survient entre les deux États parties à

<sup>5781</sup> L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., p. 94.

<sup>5782</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>5783</sup> *Ibid.*, pp. 89-91 ; pp. 155-166.

<sup>5784</sup> *Ibid.*, p. 156 : « L'égalité souveraine des États empêche l'effet hétéronormateur d'une prétention d'obligation. [...] À défaut, ce serait admettre une hiérarchie entre les États. Cette structure horizontale légitime la réaction d'un État face à une prédication étatique antérieure ».

l'acquiescement ne pourrait pas automatiquement impacter les tiers. L'argument fonctionne et se comprend sur le modèle de la *res inter alios acta* de l'article 35 CVDT<sup>5785</sup>. Cette comparaison avec l'article 35 CVDT est cependant très loin d'être parfaite car la situation sur laquelle l'acquiescement débouche n'emporte pas création d'obligations *nouvelles* pour les tiers. Des droits et obligations nouveaux ne sont créés que via les effets de l'acquiescement *et* dans le cercle restreint des parties à l'acquiescement. La nouvelle situation juridique sur laquelle débouche l'acquiescement n'a pour conséquence que l'application d'un régime préexistant entre les parties à l'acquiescement et les tiers. En matière territoriale, le nouveau souverain peut exiger des tiers le respect des obligations dues à son territoire : il n'y a pas là création d'obligations, mais seulement application et respect du régime de la souveraineté et des droits et obligations liés à ce domaine juridique. Il nous faut répéter que l'opposabilité telle que la conçoit Chan-Tung s'intéresse en priorité aux traités, et, par moments, aux effets de l'acquiescement entre les parties<sup>5786</sup>, mais non aux conséquences de la nouvelle situation juridique.

Imaginons que les conséquences de la nouvelle situation ne soient pas opposables à la communauté internationale, comment pourraient-elles le devenir ? Dans l'écrasante majorité des cas, l'acquiescement découle d'une décision de justice (parfois, il s'intègre au processus coutumier), la nouvelle situation juridique en est la conséquence. Dès la publication de l'arrêt (émission d'une prétention et notoriété de celle-ci), les tiers sont en position de connaître la « prétention » et d'y réagir en conséquence... Nous retombons dans une logique d'acquiescement pour s'assurer de l'opposabilité de la nouvelle situation à l'encontre des tiers ! Partant, les tiers pourraient soit acquiescer, soit protester.

Imaginons qu'un État proteste contre les conséquences de la nouvelle situation. Contre quoi proteste-t-il exactement ? Il ne peut pas protester contre l'acquiescement, car il est tiers à celui-ci. Il ne peut protester que contre le droit qu'un des États parties à l'acquiescement tente de mettre en œuvre, par exemple son droit de définir unilatéralement sa ZEE dans les limites données par la

---

<sup>5785</sup> *Ibid.*, pp. 183-198.

<sup>5786</sup> *Ibid.*, pp. 156-159 not. Nous nous servons de son ouvrage pour *imaginer* les arguments opposés aux conséquences de la nouvelle situation sur les tiers.

Convention UNCLOS. Nous devons maintenant faire un lien avec une partie précédente de notre ouvrage : une protestation est *inutile* lorsque la prétention contre laquelle elle s'élève est licite<sup>5787</sup>. Lorsqu'un État entend mettre en œuvre le droit dont il dispose légalement, suite à un acquiescement, il n'existe pas « d'incertitude sur le rapport de droit ». Il n'y a pas plus de « zones grises » juridiques qui justifieraient un recours à un *nouvel* acquiescement afin que le droit puisse être mis en œuvre<sup>5788</sup>. Une position adoptée par McGibbon résume bien la situation : il n'existerait pas de « droit de protester » en général, ce droit est restreint à des situations juridiques ou factuelles illicites<sup>5789</sup>.

Sans adopter une position aussi extrême<sup>5790</sup>, nous pouvons constater que les États ont le droit de protester discrétionnairement, le succès final de la protestation est fonction de sa force, de sa répétition et des démarches accomplies pour empêcher effectivement la mise en œuvre d'un droit. Lorsque la protestation s'élève contre une situation licite, ses chances de succès sont faibles, car elle est dénuée de pertinence.

### 3. *L'opposabilité des actes unilatéraux*

Reprenons le fil de l'ouvrage de Chan-Tung qui distingue les critères « volontaristes » et « hiérarchiques » au sujet de l'opposabilité des actes unilatéraux<sup>5791</sup>. Le premier désigne la nécessité d'une forme d'acceptation par les tiers lorsque l'acte unilatéral prévoit des obligations à leur encontre. En simplifiant, l'acte unilatéral peut demeurer inopposable si le tiers proteste<sup>5792</sup>. Le second critère va nous retenir plus longuement. Il consiste à déterminer l'opposabilité des actes unilatéraux en fonction de leur conformité aux prescriptions internationales<sup>5793</sup>. L'affaire *Nottebohm* s'inscrit dans cette logique de vérification de l'acte unilatéral et de son éventuelle

<sup>5787</sup> Cf. *supra*, notre tableau et le cas n° 6 dans Ch. 5.III.A.3 (prétention licite et exigible).

<sup>5788</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A et le tableau.

<sup>5789</sup> R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, *op. cit.*, p. 36 ; I. MCGIBBON, « Some observations on the part of protest in international law », *op. cit.*, pp. 297-298 ; P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, p. 615.

<sup>5790</sup> P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, *op. cit.*, p. 615.

<sup>5791</sup> L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, *op. cit.*, pp. 271 et s.

<sup>5792</sup> *Ibid.*, pp. 278-281.

<sup>5793</sup> *Ibid.*, pp. 298-299. On ne peut pas s'empêcher de voir une tentative de réintroduction du critère de la validité à travers ce critère « hiérarchique ».

opposabilité : si la nationalité est de pure complaisance, elle n'est pas opposable, car accordée contrairement aux conditions du lien effectif<sup>5794</sup>. Chan-Tung se fait notamment l'écho de positions doctrinales fort intéressantes pour notre perspective :

« Le critère d'opposabilité ne serait pas le consentement mais la conformité aux prescriptions internationales. Une "situation" pourrait ainsi déployer des effets juridiques externes de deux manières selon sa conformité au droit international. Une situation respectueuse du droit des gens pourra obliger les tiers automatiquement, c'est-à-dire en dehors de leur assentiment. C'est le phénomène d'opposabilité. [...] Par contre, une situation contraire au droit des gens nécessiterait, pour son opposabilité externe, d'être reconnue »<sup>5795</sup>.

La reconnaissance ne ferait qu'attester de l'opposabilité de la situation si celle-ci a pris naissance conformément aux prescriptions légales<sup>5796</sup>.

Le critère « hiérarchique » s'apparente fortement à celui de la validité : l'auteur se fait l'écho de la conception avancée par Verhoeven qui déclare que les notions d'opposabilité et de validité sont synonymes :

« [Verhoeven] définit l'opposabilité par référence à la validité et nie toute autonomie des deux concepts. Le traité [prévoyant des obligations pour des tiers] serait opposable aux États tiers en raison d'une conformité au principe d'effet relatif des conventions »<sup>5797</sup>.

La solution proposée par Chan-Tung consiste à revenir sur l'aspect subjectif du jugement de validité : un acte unilatéral est opposable « à un État "tiers" dès lors que ce dernier le juge conforme aux règles du droit des gens »<sup>5798</sup>. La boucle est bouclée, la souveraineté et la volonté des États font à nouveau irruption dans l'opposabilité.

Comment *adapter* ces considérations aux particularités de l'acquiescement (en tant que fait juridique) qui, on le rappelle, produit des *effets* entre les parties et des *conséquences* au niveau de la nouvelle situation

<sup>5794</sup> *Ibid.*, pp. 300-301.

<sup>5795</sup> *Ibid.*, p. 308. Notes omises. Cette citation contient déjà notre réponse : l'effet de l'acquiescement se limite aux parties uniquement en raison de... leur acquiescement (qui est équivalent à une reconnaissance tacite et permet de consacrer un empiètement à un droit). Les *conséquences* de la nouvelle situation sont opposables aux tiers car l'acquiescement a été validé par un tribunal qui en a vérifié les conditions (si l'acquiescement est validé, la situation est respectueuse du droit international public).

<sup>5796</sup> L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, op. cit., p. 308.

<sup>5797</sup> *Ibid.*, p. 309 (J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975, pp. 706-707).

<sup>5798</sup> *Ibid.*, p. 311.

juridique qu'il instaure ? La suite de l'exposé s'intéresse à l'articulation entre le critère « volontariste » et « hiérarchique » (priorité d'un critère ; appréciation modulée selon les cas) :

« [Tout État a] la capacité de consentir à un acte unilatéral contraire au droit international – ou, inversement, d'objecter contre un acte conforme – [ce qui] traduit la prévalence de la souveraineté étatique sur la primauté du droit des gens. *Il importe toutefois de noter que cette tension se résout au bénéfice du second élément [la conformité au droit des gens] dans l'hypothèse de la priorité du critère hiérarchique* »<sup>5799</sup>.

Et, plus loin, au sujet de l'éventuelle priorité du critère hiérarchique :

« Une situation respectueuse du droit international lierait automatiquement les tiers, c'est-à-dire en dehors de leur assentiment. Dans le cas contraire [une situation irrespectueuse], l'extériorité des effets juridiques serait permise par leur consentement »<sup>5800</sup>.

Ces citations nous permettent d'esquisser une solution qui tienne dûment compte des particularités de l'acquiescement.

Tout d'abord, il nous faut distinguer entre les effets de l'acquiescement et ses conséquences. Entre les parties, l'acquiescement a le pouvoir de consacrer légalement une violation (effets de l'acquiescement). Une nouvelle situation prend alors naissance entre les parties, situation qui a des conséquences pour les tiers, y compris sans leur assentiment. Ce n'est que *grâce* et *par* l'acquiescement qu'une prétention illicite débouche sur un droit ou une obligation. Les États tiers ne sont pas touchés, ni impliqués à ce stade purement « interne » de l'acquiescement. Les tiers ne sont concernés que lorsque la nouvelle situation qui résulte de l'acquiescement prend naissance.

Les États peuvent, « souverainement », participer à un acquiescement (critère volontariste). L'acquiescement est une institution du droit international, qui fonctionne avec des conditions, des éléments, et qui est dans l'écrasante majorité des cas constatée et validée par un tribunal. *Lorsqu'un acquiescement existe, c'est parce que toutes ses conditions sont réunies : il est donc « valable » et il respecte nécessairement les prescriptions de l'ordre juridique.* Si les conditions de l'acquiescement ne sont pas réunies, il n'existe tout simplement pas, le juge constate son échec. Le critère « hiérarchique » s'applique ainsi à la constitution d'un acquiescement. Une

<sup>5799</sup> *Ibid.*, p. 328, nos italiques.

<sup>5800</sup> *Ibid.*, p. 329.

fois que l'acquiescement produit ses effets et donne naissance à une nouvelle situation juridique, cette dernière produit automatiquement des conséquences à l'égard des tiers : elle leur est *opposable* car l'acquiescement est valide !

#### 4. *Constat judiciaire et opposabilité de la décision*

Puisque l'acquiescement est dans l'écrasante majorité des cas constaté dans le corps d'un arrêt, il faut encore s'interroger sur l'opposabilité de la décision aux tiers :

« L'exégète du droit international a le sentiment que la tâche prétorienne de statuer en opposabilité est relativement modeste. Cette modestie se prolonge jusqu'au produit de l'appréciation prétorienne qui n'accède pas, en principe, à l'objectivité. Ainsi, le principe d'autorité relative de chose jugée assure que la décision n'oblige que les parties à l'instance et préserve les droits des autres membres de la société internationale. Autrement dit, lorsqu'un juge international statue en opposabilité, il ne prétend pas énoncer une vérité légale objective, mais, plus modestement, une vérité intersubjective »<sup>5801</sup>.

L'article 59 SCIJ prévoit en effet :

« La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

Dès lors, comment adapter<sup>5802</sup> ces constats à l'acquiescement, quels en sont les impacts sur son opposabilité ? Dans les lignes suivantes, nous nous contenterons d'esquisser des solutions en nous attachant aux spécificités de l'effet obligatoire de la décision (a) et en passant en revue les droits des tiers (b).

##### a. *Effet obligatoire de la décision*

Le dispositif ou « partie opérative » du jugement est le seul élément obligatoire de la décision<sup>5803</sup> (CIJ). Cette partie est susceptible d'exécution, elle énonce les droits et obligations des parties tels qu'ils résultent de la décision<sup>5804</sup>. Ces droits et obligations ne concernent *que* les parties au jugement (art. 59 SCIJ)<sup>5805</sup> et excluent

<sup>5801</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>5802</sup> La citation de Chan-Tung ci-dessus ne peut pas être appliquée sans médiation à l'acquiescement, nos préoccupations et celles de l'auteur ne sont pas identiques. Nous ne nous focalisons pas sur l'opposabilité de l'acquiescement entre les parties, mais sur l'opposabilité des conséquences des droits créés envers la communauté internationale.

<sup>5803</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, pp. 757 et s. ; p. 767.

<sup>5804</sup> *Ibid.*, p. 767.

<sup>5805</sup> *Ibid.*, pp. 760 et s. L'effet obligatoire (*res judicata*) est « relatif ».

les tiers<sup>5806</sup>. En général, l'acquiescement est détaillé dans le corps de l'arrêt, le dispositif se limite à énoncer les *effets* de l'acquiescement entre les parties, *i.e.* les droits et obligations qu'il a créés entre elles : dispositif et raisonnement doivent se lire en conjonction pour percevoir le lien entre l'acquiescement et ses effets<sup>5807</sup>. Les *conséquences* juridico-logiques pour les tiers ne sont donc pas contenues dans le dispositif et l'effet relatif ne s'y applique pas. Kolb exprime cette différence entre les effets de l'acquiescement et les conséquences de la nouvelle situation dans une formule différente :

« It is also necessary to distinguish the situation contemplated by Article 59 from that in which the Court's pronouncement has certain effects *erga omnes*. The Court might, for example, decide the legal status of a particular territory. The State benefiting from this ruling will then, as a legitimate sovereign over the territory concerned, establish control over it, in conformity with the sovereign rights it is now recognized to possess. Legitimate territorial rights as thus "created" do have a kind of *erga omnes* effect. Third States, having no territorial claims on the area in question, have no right, or *locus standi*, either to challenge the ruling or event to ignore it. Here again, however, it is not the Court's judgment that bind third States. Rather, it is the situation as regards objective possession of the territory »<sup>5808</sup>.

L'effet *erga omnes* correspond à ce que nous nommons *conséquence* de la nouvelle situation juridique. Les tiers ne sont touchés qu'indirectement par l'acquiescement, de manière médiate et objective. Dans cet exemple il faut insister sur le fait que le tiers ne doit pas supporter de *nouvelles* obligations, mais respecter un régime préexistant (les droits liés à la souveraineté) envers un État spécifique. Les conséquences de la nouvelle situation juridique sont donc bien opposables aux tiers, par opposition aux effets de l'acquiescement qui, eux, s'appliquent entre les parties.

#### b. *Les droits des tiers*

L'examen de la position des tiers indique comment les règles de procédure ménagent leurs droits. Nous pouvons penser à quatre motifs que nous examinerons de manière superficielle : (i) la notification de la requête ; (ii) le droit d'intervention et ses conséquences ; (iii) le principe *Or monétaire* ; (iv) la prise en compte

<sup>5806</sup> *Ibid.*, p. 764.

<sup>5807</sup> *Ibid.*, p. 768.

<sup>5808</sup> *Ibid.*, p. 764, italiques dans l'original.



« spontanée » de la position des tiers. Soit l'État tiers peut participer au débat (intervention) et, par conséquent, s'il ne le fait pas, les conséquences lui sont opposables. Soit la position de l'État tiers est prise en compte et la CIJ se limite à décider des points qui ne lui portent pas atteinte. L'addition de ces deux alternatives confirme que l'acquiescement se limite aux États parties à l'instance, et que ses effets sont distingués de ses conséquences juridico-logiques.

(i) *La notification de la requête*

L'article 40 SCIJ prévoit :

- « 1. Les affaires sont portées devant la Cour, selon le cas, soit par notification du compromis, soit par une requête, adressées au Greffier ; dans les deux cas, l'objet du différend et les parties doivent être indiqués.
2. Le Greffier donne immédiatement communication de la requête à tous intéressés.
3. *Il en informe également les Membres des Nations Unies par l'entremise du Secrétaire général, ainsi que les autres États admis à ester en justice devant la Cour »*<sup>5809</sup>.

Cette communication crée une connaissance réelle du différend chez les tiers à l'instance. Tiers qui dispose dorénavant de deux choix : intervention ou abstention. Il est ainsi d'autant plus légitime et logique que les conséquences de la nouvelle situation juridique née entre les parties lui soient opposables en bout de course. En n'intervenant pas, le tiers laisse s'instiller la croyance qu'il n'est pas concerné par le différend. L'autre option est que le tiers intervienne.

(ii) *Le droit d'intervention*

L'article 62 SCIJ<sup>5810</sup> autorise l'État à participer aux débats<sup>5811</sup> s'il s'estime concerné par une affaire et s'il peut prouver que ses intérêts sont touchés. L'intervenant cherche généralement à protéger un droit ou à informer la Cour de l'existence d'un droit afin qu'elle en tienne compte dans ses délibérations<sup>5812</sup>. L'effet final d'une intervention acceptée par la Cour se limite à certains aspects du dispositif :

« [T]he intervener [...] is bound by the Court's decision as regards the subject matter of its intervention, that is, by the contents of the Court's decision in so far as it relates to that subject matter »<sup>5813</sup>.

<sup>5809</sup> Nos italiques ; voy. aussi *ibid.*, pp. 163-166.

<sup>5810</sup> Art. 62, § 1 SCIJ : « Lorsqu'un État estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention ».

<sup>5811</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 719.

<sup>5812</sup> *Ibid.*, p. 716.

<sup>5813</sup> *Ibid.*, p. 720.

Le jugement dans son entier demeure *res judicata* que pour les parties officielles à l'instance <sup>5814</sup>. Un État qui craint qu'une affaire ait des conséquences délétères sur sa propre situation juridique dispose donc d'un moyen pour, *a minima*, faire connaître sa position. Quid si ce n'est plus l'État qui intervient spontanément, mais la Cour qui constate que la décision requise pourrait affecter un tiers ?

(iii) *Le principe « Or monétaire »*

Ce principe empêche la Cour d'exercer sa compétence lorsque la décision toucherait des intérêts d'un État qui n'est pas partie à l'instance <sup>5815</sup>. Cette question est à cheval entre celle de l'intervention et l'effet obligatoire du jugement :

« [D]ans l'ordre international la [...] compétence [de la Cour] dépend en effet du consentement des États et, par voie de conséquence, elle ne saurait contraindre un État à se présenter devant elle, même en qualité d'intervenant » <sup>5816</sup>.

La Cour peut tout de même se saisir d'une affaire si le point qui implique un tiers à l'instance n'est qu'accessoire (par opposition à constituer une précondition pour juger la situation entre les parties) <sup>5817</sup>. Le tiers qui ne souhaite pas intervenir est de toute manière protégé par un autre biais, y compris si la décision a des effets directs sur lui :

« Article 59 of the Statute would provide protection equally if the Court were to decide in a case in which the interests of the third State *did* form "the very subject-matter of the decision that is applied for". In the *Monetary Gold* case itself, if the Court had proceeded to give judgments as requested in the absence of Italy, the interests of Italy would have been protected by Article 59, and the judgement would not have been opposable to it » <sup>5818</sup>.

Quelle que soit la voie empruntée (intervention ; principe *Or monétaire* ; art. 59 SCIJ), le tiers est *protégé* contre les effets néfastes directs de la décision, sans pour autant être *immunisé* contre les conséquences juridico-logiques de la nouvelle situation.

<sup>5814</sup> *Ibid.*, pp. 720 et 764 (« only certain elements of the judgment will be opposable to the intervening State »).

<sup>5815</sup> Voy. le résumé de jurisprudence dans : *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec.* 1992, pp. 259-262, §§ 49-57.

<sup>5816</sup> *Ibid.*, p. 260, § 53.

<sup>5817</sup> *Ibid.*, p. 261, § 55.

<sup>5818</sup> H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, p. 1661, italiques dans l'original.

(iv) *Prise en compte de la position du tiers*

Certaines règles substantielles prennent déjà en compte la situation des tiers. Ainsi, des délimitations maritimes et de l'étape des circonstances pertinentes : les facteurs géographiques et « humains » permettent de modifier la ligne provisoire<sup>5819</sup>. Tanaka, se faisant l'écho de la jurisprudence, expose l'approche qui permet d'éviter que la décision n'ait d'impact sur la situation des États tiers à la délimitation<sup>5820</sup>. La solution consiste à

« [c]ut off the area where claims of third States may be involved from the scope of the jurisdiction of the judgment. According to this approach, international courts simply stop the delimitation line at the point where a third State might become involved »<sup>5821</sup>.

La situation des tiers, leurs droits et intérêts, sont ainsi préservés<sup>5822</sup>.

c. *Synthèse*

Additionnés, ces arguments démontrent que la position des tiers n'est pas directement impactée par les effets de l'acquiescement. Bien plus, la Cour évalue scrupuleusement d'éventuels effets pour les tiers et restreint son dispositif en fonction. D'un autre côté, le tiers peut intervenir s'il le souhaite, ce qui lui offre une garantie d'être entendu et, potentiellement, d'infléchir l'acquiescement. L'opposabilité de la nouvelle situation juridique semble corroborée par le droit procédural.

Une critique finale doit être émise afin d'être réellement complet. Si le constat majoritairement judiciaire de l'acquiescement implique que son existence dépend d'une décision de justice, quid en cas de révision de l'arrêt (art. 61 SCIJ)<sup>5823</sup> ? Cette éventualité est mentionnée en passant car les conditions de la révision sont particulièrement restrictives (la révision n'est pas ouverte si le fait était inconnu en raison d'une négligence)<sup>5824</sup>. On ne peut cepen-

<sup>5819</sup> Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, op. cit., p. 198 ; L. PALESTINI, *La protection des intérêts juridiques de l'État tiers dans le procès de délimitation maritime*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 520 p.

<sup>5820</sup> *Ibid.*, pp. 206-208.

<sup>5821</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>5822</sup> *Ibid.*, pp. 207-208.

<sup>5823</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., pp. 802-828.

<sup>5824</sup> *Ibid.*, pp. 816-817. Cependant l'acquiescement procède déjà à une estimation de ce qui pouvait ou devait être connu. La révision en cas d'acquiescement se heurte à un double écueil : les conditions de l'acquiescement relatives à la connaissance et les conditions propres

dant pas totalement exclure qu'une révision fasse disparaître un acquiescement, ses effets, et en bout de course les conséquences de la nouvelle situation juridique pour les États tiers<sup>5825</sup>. L'effet d'un jugement en révision est de se substituer à l'ancienne décision ; de nouveaux droits et obligations sont créés entre les parties (*res judicata*)<sup>5826</sup>, les conséquences logico-juridiques de la nouvelle situation devraient elles aussi être opposables aux tiers.

D. *L'estoppel, la reconnaissance, et la renonciation  
comme « conséquences » de l'acquiescement*

L'acquiescement est souvent amalgamé à la reconnaissance, la renonciation et à l'*estoppel*. Cette section apporte une clarification à une confusion qui se fait jour entre les effets et les conséquences de l'acquiescement :

« A consequence of acquiescence is to preclude an acquiescent State from denying or challenging the validity of a claim in which it has acquiesced »<sup>5827</sup>.

Il s'agit bien d'une *conséquence* de l'acquiescement, c'est-à-dire du résultat juridico-logique de la nouvelle situation et des droits et obligations créés grâce au constat de l'existence d'un acquiescement. L'État qui a acquiescé ne peut plus contester la prétention car son droit a tout simplement disparu. L'État qui acquiesce ne perd pas seulement le droit de contester ; c'est le droit à la source de la protestation qui a disparu (droit matériel, substantiel). Dans les situations territoriales, la différence se comprend plus aisément : aussi longtemps que l'incertitude règne, l'État qui se pense souverain du territoire peut protester et tenter d'administrer le territoire. Dès que l'acquiescement survient, l'État qui a perdu le territoire ne peut plus contester car le droit matériel (souveraineté) qui justifiait sa protestation est supprimé.

---

de la révision. Voy. en particulier : *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, 10 décembre 1985, CIJ, *Rec. 1985*, pp. 205-206, §§ 23-27. Peut-être qu'en analysant scrupuleusement les conditions de la révision, nous arriverions à la conclusion qu'elle ne peut pas atteindre l'acquiescement.

<sup>5825</sup> Mais là aussi la situation des tiers n'est pas directement impactée : une obligation ou un droit disparaît, mais de manière automatique, car la cause sous-jacente a elle aussi disparu.

<sup>5826</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 824-826.

<sup>5827</sup> I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *op. cit.*, p. 182.

1. *La reconnaissance*

C'est donc bien une conséquence *logique* de la nouvelle situation : l'État qui a acquiescé ne peut plus contester la situation. À l'inverse, l'affirmation suivante présente un raccourci entre l'effet et les conséquences :

« [acquiescence and recognition] may be used [...] to conclude for the existence of an intention of a state to relinquish a right or, *to impede an acquiescing (recognising) state from contesting its previous conduct* »<sup>5828</sup>.

Ce n'est pas là l'usage de l'acquiescement, son effet, mais sa conséquence. L'acquiescement ne s'applique pas à lui-même, il n'est pas « réflexif ». Au contraire, il donne lieu à une nouvelle situation, et c'est cette situation en tant que telle qui doit être respectée, non l'acquiescement. L'État ne peut plus « *contest its previous conduct* » car le droit qui supposait cette contestation a été perdu.

La confusion découle également de prononcés judiciaires. Dans *Golfe du Maine*, la Chambre de la Cour indique que « l'acquiescement équiva[u]t à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement »<sup>5829</sup>.

Qu'est-ce qui est comparable à une reconnaissance tacite : les *conditions* ou les *effets* de l'acquiescement ? Les effets de l'acquiescement sont *a minima* ceux d'une reconnaissance : la situation reconnue est consacrée, sacralisée. Mais quelle est la valeur ajoutée d'une telle affirmation ? Pour le savoir, penchons-nous brièvement sur le 6<sup>e</sup> rapport de la CDI relatif aux actes unilatéraux, entièrement dévolu à la reconnaissance<sup>5830</sup>.

Ce rapport mentionne que « les effets juridiques de la reconnaissance se résument essentiellement à l'opposabilité [...] »<sup>5831</sup>, sous-entendu l'opposabilité envers l'État qui reconnaît/acquiesce (et non l'opposabilité envers les tiers). Une fois la reconnaissance émise, son auteur ne peut plus la supprimer, elle lui est « opposable »<sup>5832</sup>. Rapportées à

<sup>5828</sup> N. S. MARQUES ANTUNES, « Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement », p. 31, nos italiques.

<sup>5829</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130.

<sup>5830</sup> CDI, 6<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453, pp. 55-71.

<sup>5831</sup> *Ibid.*, p. 68, § 98.

<sup>5832</sup> *Ibid.*, pp. 68-69, §§ 100-101.

l'acquiescement, ces précisions n'apportent rien ; l'acquiescement lie les parties, son effet est de créer une nouvelle situation juridique entre elles, et c'est cette situation qui leur est « opposable » à *tous les deux*. Dire de l'acquiescement que son effet est celui d'une reconnaissance (tacite) s'approche de la tautologie.

## 2. *La renonciation*

Quant à la renonciation, traitée dans le 7<sup>e</sup> rapport, nous ne nous y attarderons pas outre mesure. Elle se définit comme l'acte par lequel un État abandonne un droit subjectif<sup>5833</sup>. Rapportée à l'acquiescement, la comparaison n'est valable que dans le cas où l'effet débouche sur la suppression d'un droit (renonciation abdicative)<sup>5834</sup>. En décrivant l'effet de la renonciation comme l'incapacité de l'État à revenir sur sa position, nous frisons à nouveau la tautologie<sup>5835</sup>. Nous préférons à nouveau distinguer les effets (l'objet) de la renonciation, qui porte directement sur un *droit*, des conséquences qui découlent de la nouvelle situation pertinente entre les parties. Prenons l'exemple d'une déréliction de territoire, c'est-à-dire d'une réversion au statut *nullius*. L'État qui renonce perd la souveraineté sur le territoire : voilà l'effet direct, lié à l'objet de la renonciation. Cette renonciation donne lieu à une nouvelle situation juridique : l'État a perdu un droit, il ne peut donc plus administrer le territoire, ce dernier possède un statut de *res nullius*. Cette situation est « opposable » à l'État qui a acquiescé, mais également aux autres États. Au niveau ultérieur des *conséquences*, n'importe quel État peut tenter d'occuper le territoire. Paradoxalement, notre très bref examen de la reconnaissance et de la renonciation confirme que la partition entre effets et conséquences développée précédemment pour l'acquiescement leur est aussi applicable.

## 3. *L'estoppel*

*L'estoppel* mérite des développements plus suivis ; présent dès que l'acquiescement est mentionné, le paragraphe de la Chambre de la Cour fait se côtoyer les deux notions :

« 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

<sup>5833</sup> *Ibid.*, p. 250, § 80.

<sup>5834</sup> *Ibid.*, p. 250, § 81.

<sup>5835</sup> *Ibid.*, p. 252, § 87.

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. D'après une certaine façon de voir la forclusion serait d'ailleurs l'aspect procédural et l'*estoppel* l'aspect de fond du même principe » <sup>5836</sup>.

L'extrait laisse présager une relation chronologique entre acquiescement et *estoppel*, l'acquiescement étant généralement antérieur <sup>5837</sup>.

L'*estoppel* fonctionne globalement sur le même schéma que l'acquiescement, ce qui explique la confusion et la difficulté à séparer les deux institutions <sup>5838</sup>. Une représentation émise par un État conduit son adversaire à calquer sa conduite en fonction ; si l'État modifie sa représentation, l'adversaire subirait un dommage : il invoque alors l'*estoppel*. Bowett dresse 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.

(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 » <sup>5839</sup>.

L'élément caractéristique de l'*estoppel*, c'est le dommage (« detriment »). Le changement d'attitude est interdit s'il débouche sur un désavantage (ou un avantage indu). En présence d'un dommage, l'interprète tentera intuitivement d'appliquer l'*estoppel* plutôt que l'acquiescement.

Comment la doctrine appréhende-t-elle l'effet de l'*estoppel* ? McGibbon déclare qu'un acquiescement lie l'État, qui ne pourra plus revenir dessus par la suite, et identifie ce résultat à un *estoppel* <sup>5840</sup>.

<sup>5836</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 305, § 130, italiques dans l'original.

<sup>5837</sup> Cf. *supra*, Ch. 3.II.B – « L'*estoppel* ».

<sup>5838</sup> Cf. *supra*, Ch. 3.II.B.

<sup>5839</sup> D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *op. cit.*, p. 200 (notes omises).

<sup>5840</sup> I. MCGIBBON, « Estoppel in International Law », *op. cit.*, pp. 500-501.

A. Martin émet un avis plus précis quand il fait référence à l'« utilisation du terme d'estoppel pour décrire simplement l'effet d'un acte juridique unilatéral »<sup>5841</sup>. 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 »<sup>5842</sup>. Dans son 7<sup>e</sup> rapport, la CDI énonce des considérations similaires : l'*estoppel* est la « conséquence » – notamment – d'un acte unilatéral<sup>5843</sup>. Le rapport se fait l'écho de la doctrine et des situations dans lesquelles l'*estoppel* intègre partiellement ou totalement l'acquiescement<sup>5844</sup>. Le lien entre les deux institutions est marqué ainsi dans des plaidoiries :

« 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 »<sup>5845</sup>.

Nous tenterons maintenant de démêler ces affirmations en alignant plusieurs perspectives.

Quel est l'effet d'un *estoppel* ? Se distingue-t-il de ses conséquences ? La réponse diffère en fonction de la conception de son fonctionnement en droit international. Deux conceptions sont traditionnellement proposées : la première, dite « extensive », conçoit l'*estoppel* comme l'interdiction de la contradiction ; la seconde, dite « restrictive », subordonne son opération à des conditions strictes et, notamment, à la présence d'un dommage<sup>5846</sup>. La seconde conception est reçue en droit international<sup>5847</sup>, sans pour autant que cela réponde à la question de ses effets précis : il existe un flou artistique quant à la nature procédurale ou substantielle de la règle<sup>5848</sup>. Néanmoins, et pour les besoins de cet exposé, nous prenons le

<sup>5841</sup> A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, op. cit., pp. 205-210.

<sup>5842</sup> M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », op. cit., p. 140.

<sup>5843</sup> CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, pp. 268-269, §§ 200-201.

<sup>5844</sup> *Ibid.*, p. 268, § 198.

<sup>5845</sup> *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.

<sup>5846</sup> H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », op. cit., pp. 611-612.

<sup>5847</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., pp. 222-229.

<sup>5848</sup> H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », op. cit., pp. 611-612.



parti de suivre la conception qui semble dominante : l'*estoppel* possède une nature procédurale et sert principalement de moyen de défense <sup>5849</sup>. Das n'est pas isolé dans ce point de vue. Witenberg indique que l'*estoppel* porte sur des faits (par opposition à des obligations juridiques), qu'il se rencontre principalement dans le cadre d'arbitrage, et qu'il empêche de plaider certaines argumentations : en somme l'*estoppel* fait perdre un moyen de défense et se lie avec la responsabilité et le dommage <sup>5850</sup>. Une conception semblable ressort d'un article relatif aux frontières : les effets de l'*estoppel* se cantonnent à l'instance dans laquelle il est susceptible d'être invoqué, il ne modifie pas les droits de fonds, mais porte sur l'attitude que doit supporter une partie en raison de son comportement passé ; son but est d'éviter un dommage à l'État qui s'est fié de bonne foi à sa perception de la réalité <sup>5851</sup>. Cette limitation de la portée de l'*estoppel* – qui, avouons-le, est loin d'être limpide – s'explique aussi par sa dimension fictive. L'*estoppel* confine à la fiction juridique (une attitude est plaquée sur un sujet, peu importe sa volonté réelle), il se justifie dès lors de limiter son rôle à une dynamique strictement bilatérale et au temps suspendu d'une instance <sup>5852</sup>. Dominici compare différents effets de l'*estoppel* et exclut que celui-ci puisse créer des obligations :

« [L]orsqu'on prétend déduire un droit des comportements de la partie adverse [par ex. en raison d'un acquiescement], on se réclame en définitive d'une obligation que ceux-ci ont fait naître à la charge de leur auteur, de sorte que l'*estoppel* ou la *forclusion*, à moins qu'on n'utilise ces termes pour décrire les effets d'une obligation, sont étrangers à ce type de situation » <sup>5853</sup>.

La doctrine évoquée converge : l'*effet* de l'*estoppel* est d'empêcher de plaider certains faits, l'État est forcé d'adopter une attitude conforme aux espoirs qu'il a fait naître et ne peut pas supprimer un avantage dont a bénéficié son adversaire. L'impact de cette conclusion est que l'*estoppel* est dénué de conséquences externes aux parties : il se réalise

<sup>5849</sup> *Ibid.*, p. 612.

<sup>5850</sup> J.-C. WITENBERG, « L'Estoppel. Un aspect juridique du problème des créances américaines », *Journal du droit international*, vol. 60, 1933, pp. 530, 533, et 537.

<sup>5851</sup> N. S. MARQUES ANTUNES, « Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement », *op. cit.*, pp. 33-35.

<sup>5852</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 230 et 237.

<sup>5853</sup> Ch. DOMINICI, « 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. 61.

et s'épuise intégralement à l'instance, il permet d'orienter un jugement en raison de ce que les parties osent ou non plaider. Si au contraire l'on conçoit l'*estoppel* comme emportant modification de droits de fonds, alors il ne se distingue plus que faiblement de l'acquiescement (grâce à la condition du dommage). Ces considérations sont importantes pour répondre à notre questionnement, mais elles dépassent rapidement le cadre de notre investigation. Nous nous limiterons à reprendre des positions doctrinales.

Dans cette intention, il est important de souligner que l'*estoppel* est – comme l'acquiescement – extrêmement dépendant d'une constatation judiciaire. Il s'agit à la fois d'un argument (ou exception) à disposition des plaideurs et d'un outil pour orienter le raisonnement du tribunal. Ce qui nous amène au point suivant : l'articulation des deux institutions, leur rapport *chrono-logique* face au juge.

La doctrine et la jurisprudence oscillent sur leurs rapports ils sont parfois vus comme des « alter ego »<sup>5854</sup> ou alors l'acquiescement constitue une forme restreinte d'*estoppel*<sup>5855</sup>. La doctrine semble s'accorder sur un troisième terme que nous nous approprions :

« [L]’acquiescement [...] se produit en amont [...] l'*estoppel*, lui, intervient en aval ; il est la *conséquence* de l'acquiescement »<sup>5856</sup>.

Cela implique trois considérations<sup>5857</sup> : 1) l'acquiescement possède un champ d'application plus large ; 2) l'acquiescement est nécessairement antérieur à l'*estoppel* ; 3) l'acquiescement ne donne pas nécessairement naissance à un *estoppel*.

---

<sup>5854</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 304, § 129 ; K. PAN, « A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence », *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, 2017, pp. 772-774.

<sup>5855</sup> K. PAN, « A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence », *op. cit.*, pp. 774-776 ; H. DAS, « L'*estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 610.

<sup>5856</sup> Citation tirée de K. PAN, « A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence », *op. cit.*, p. 774. Citation originale dans : J. CRAWFORD et A. PELLET, « Anglo Saxon and Continental Approaches to Pleadings Before the ICJ », in I. BUFFARD *et al.* (éds), *International Law between Universalism and Fragmentation*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 864-865.

<sup>5857</sup> Voy. not. : K. PAN, « A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence », *op. cit.*, pp. 774-775 ; N. S. MARQUES ANTUNES, « Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 33 ; J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 423 ; I. MCGIBBON, « Estoppel in International Law », *op. cit.*, pp. 501-502 ; P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, pp. 236-238 ; CDI, 7<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial

L'*estoppel* est l'une des conséquences possibles de l'acquiescement, ce qui semble à première vue une tautologie : une fois que l'État a acquiescé à une situation, il lui est logiquement impossible de revenir sur le nouveau rapport de droit qui régit les relations avec son adversaire. Il y a toutefois plus de nuances à apporter dans les relations entre acquiescement et *estoppel*, l'affaire *Norstar* nous permettra de l'illustrer. Pour rappel, l'Italie tentait de faire peser un acquiescement, une prescription extinctive, et/ou un *estoppel* sur le Panama afin d'empêcher la compétence du TIDM (déchéance du droit d'action en raison du retard à agir)<sup>5858</sup>. L'Italie invoque d'abord l'acquiescement, puis l'*estoppel*<sup>5859</sup>. Cet ordre chronologique respecte la modification de la situation juridique entre les parties (effet de l'acquiescement qui se concrétise en un abandon de la demande) et les conséquences qui en découlent (*estoppel* ; obligation de cohérence dans son comportement ultérieur) :

« L'Italie affirme que le principe de l'*estoppel* impose à un État d'avoir une attitude cohérente face à une situation factuelle ou juridique donnée et que le Panama ne devrait pas être autorisé à défendre devant le Tribunal une situation contraire à une conduite claire et sans équivoque qu'il aurait adoptée précédemment à l'égard de l'Italie et à laquelle l'Italie se serait fiée, et que l'Italie subirait un préjudice si le Panama était à présent autorisé à récuser cette conduite »<sup>5860</sup>.

Le TIDM rejette acquiescement et *estoppel*<sup>5861</sup>.

Cet ordre d'invocation est présent dans d'autres affaires<sup>5862</sup>, il est délibéré et dénote la différence entre les effets et les conséquences de l'acquiescement, qui se comprennent parfaitement dans une perspective chronologique. Dans *Temple de Préah Vihear* et *Activités militaires* (1984), la Cour laisse entendre que l'acquiescement s'est déjà concrétisé avant l'introduction de la requête<sup>5863</sup>. Il s'écoule

M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542, pp. 268-269 ; Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 47.

<sup>5858</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, pp. 66-74.

<sup>5859</sup> *Ibid.*, p. 67, §§ 281-282.

<sup>5860</sup> *Ibid.*, p. 67, § 282.

<sup>5861</sup> *Ibid.*, pp. 71-73, §§ 300-308.

<sup>5862</sup> *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, TIDM, arrêt, 14 mars 2012, pp. 41-45 (accord tacite, puis *estoppel*) ; *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 555-557.

<sup>5863</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, p. 32 ; *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.

donc un laps de temps entre la concrétisation de l'acquiescement et le jugement. *C'est dans ce laps de temps que l'estoppel trouve un terrain favorable en tant que conséquence de la nouvelle situation juridique créée par l'acquiescement.* Lorsque le tribunal s'empare de l'affaire, et en fonction des comportements des parties postérieurs à l'acquiescement et des conclusions demandées, il peut se contenter de n'examiner que l'*estoppel* si un dommage est présent. L'*estoppel* englobe alors l'acquiescement, en tant que précondition de son application<sup>5864</sup>. Dans *Norstar*, l'invocation en cascade correspond à la construction suivante : le Panama aurait d'abord renoncé à sa demande (acquiescement ; effet de perte d'un droit), par suite, il ne peut plus décider de présenter une requête au TIDM (*estoppel* ; cohérence du comportement). Lors de l'introduction de l'instance, acquiescement et *estoppel* auraient été satisfaits dans cet ordre chronologique.

Dans cette configuration l'*estoppel* permet aux tribunaux de prendre en compte un éventuel dommage survenu en raison d'adoption d'attitudes contraires suite à un acquiescement avéré. L'*estoppel* est lié au raisonnement de la responsabilité par sa condition du dommage<sup>5865</sup>. En examinant à la suite tous ces postes, le tribunal dispose des outils nécessaires pour examiner l'existence d'un acquiescement, ses effets, la nouvelle situation juridique qu'il crée et le respect qui lui est dû (*estoppel*), plus une éventuelle responsabilité en raison d'une violation des droits créés par l'acquiescement (condition du dommage). Ces dernières remarques nous conduisent à une interrogation des liens entre la réalisation d'un acquiescement et une éventuelle responsabilité internationale de l'État désavantagé ; cette interrogation sera abordée sous l'angle du *moment* à partir duquel l'acquiescement produit des effets et des conséquences.

---

<sup>5864</sup> Voy. : *Différend entre Maurice et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'aire marine protégée des Chagos*, Sentence, 18 mars 2015, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, pp. 542-548, §§ 434-448. Les faits peuvent aussi se configurer comme un acquiescement ou un accord tacite : les deux États se sont comportés de manière cohérente ; une prétention en faveur de Maurice existait, le Royaume-Uni le savait et n'a pas réagi. La situation juridique des deux entités est donc modifiée et ne peut plus être changée par la suite (c'est ici qu'intervient l'*estoppel*). L'*estoppel* est retenu au détriment du Royaume-Uni.

<sup>5865</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 423-424, 426.

*E. Rétroactivité et responsabilité :  
quels liens avec les conséquences de l'acquiescement ?*

Le titre de cette section est volontairement rhétorique : l'acquiescement ne possède pas d'effets rétroactifs. La position fondamentale du problème se résume ainsi : à partir de quel moment l'acquiescement se concrétise-t-il ? L'identification de ce moment est cruciale car elle donne le point de départ de ses effets, c'est-à-dire de la nouvelle situation juridique entre les parties, qui devront en respecter toutes les conséquences. La responsabilité suite à l'acquiescement s'entremêle à ces considérations.

1. *L'estoppel comme conséquence de l'acquiescement*

Une comparaison nous permet de poser quelques jalons : la CDI traite dans son 6<sup>e</sup> rapport de la question de « l'application de l'acte de reconnaissance »<sup>5866</sup>. Il s'agit certes d'un acte juridique<sup>5867</sup>, mais un bref survol dévoile des éléments communs : la reconnaissance produit des effets dès qu'elle est émise<sup>5868</sup>. Quant à sa modification ou révocation, le rapport précise :

« [L]'État auteur n'est pas habilité à créer arbitrairement, par un autre acte juridique unilatéral, une règle dérogeant à celle qu'il avait établie par le premier acte. [...] Un acte unilatéral non autorisé qui modifie un acte antérieur peut être considéré comme un acte distinct, *qui pourrait même relever de la responsabilité internationale* »<sup>5869</sup>.

L'acquiescement est bilatéral mais obéit aux mêmes lignes directrices : il produit des effets dès qu'il prend définitivement forme (ce que nous avons appelé la fin de la ligne d'acquiescement ou *dies ad quem*)<sup>5870</sup>. Une fois concrétisée, la nouvelle situation juridique instituée entre les parties se doit d'être respectée, sous peine d'engager la responsabilité internationale.

L'essentiel est déjà dit, mais nous pouvons encore nuancer et énumérer les influences qui pèsent sur la solution. L'acquiescement est un *fait juridique* dans notre conception<sup>5871</sup> : le moment exact

<sup>5866</sup> CDI, 6<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453, pp. 69-71.

<sup>5867</sup> Le rapport ne traite pas de la question du moment de la concrétisation d'une reconnaissance tacite.

<sup>5868</sup> CDI, 6<sup>e</sup> rapport sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453, p. 70, § 112bis.

<sup>5869</sup> *Ibid.*, p. 70, § 117, nos italiques.

<sup>5870</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.II.C.

<sup>5871</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 425.

de sa concrétisation est sujet à fluctuation, il correspond à une interaction finale entre les adversaires à partir de laquelle leurs positions respectives sont réaffirmées et n'évoluent plus (*supra*, Ch. 5.II.C). La fin de la ligne d'acquiescement correspond en général à la « date critique » de cristallisation du différend. Cette date peut être antérieure à celle du dépôt de la requête. C'est dans cette dernière hypothèse que la responsabilité pour violation de la nouvelle situation juridique est envisageable. Un autre facteur – évident – mais qui mérite d'être mentionné influe sur la question de la responsabilité post-acquiescement : les conclusions formulées par les parties. Ce n'est que si elles ont pris la peine d'inclure ce poste que le tribunal pourra statuer<sup>5872</sup>. La responsabilité internationale découle des violations de la nouvelle situation juridique instituée entre les parties par l'acquiescement.

En mêlant *estoppel* en tant que conséquence de l'acquiescement<sup>5873</sup> et responsabilité internationale, Barale offre la synthèse suivante :

« Cette obligation [de cohérence du comportement] puisqu'elle existe et qu'elle fonde la responsabilité des États dans la théorie de l'estoppel, explique beaucoup mieux, d'une manière plus générale que la volonté présumée des États, la valeur juridique du phénomène d'acquiescement. Lorsqu'un État, par un comportement nettement caractérisé, donne aux autres États une représentation de sa position telle que ceux-ci puissent s'y fier, il importe peu de savoir si cette représentation correspond à la volonté effective de cet État : celui-ci ne peut plus, en principe, revenir sur la représentation qu'il a donnée, à peine d'engager sa responsabilité. *Le fait générateur de la responsabilité est constitué par des actes dont il n'est en aucune manière nécessaire qu'ils soient des actes juridiques. Sans être un consentement, l'acquiescement peut produire les mêmes effets juridiques et lier l'État si sa méconnaissance est considérée par les juges comme un cas d'ouverture de la responsabilité* »<sup>5874</sup>.

Nous construisons différemment la « méconnaissance » évoquée dans la dernière ligne : la responsabilité est engagée suite à un acquiescement en raison du non-respect des droits créés. La norme primaire violée est le droit créé ou modifié suite à l'acquiescement (et non l'acquiescement en tant que tel).

<sup>5872</sup> La règle *non ultra petita* n'est cependant pas absolue devant la CIJ : la Cour tranche également les questions qui présentent un lien de connexité avec les demandes principales, ou qui y sont implicitement contenues. Voy. not. : *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 36.

<sup>5873</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 423.

<sup>5874</sup> *Ibid.*, p. 426, nos italiques.

2. *La période intermédiaire entre la fin de l'acquiescement et la décision judiciaire*

La jurisprudence est discrète sur cette question, le meilleur exemple est l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*. Une des conclusions du Cambodge portait sur la restitution d'œuvres d'art enlevées au Temple par la Thaïlande :

« Dire et juger que les sculptures, stèles, fragments des monuments, maquette en grès et poteries anciennes qui ont été enlevés du temple depuis 1954 par les autorités thaïlandaises, seront remis au Gouvernement du Royaume du Cambodge par le Gouvernement de Thaïlande »<sup>5875</sup>.

Pourquoi cette date de 1954 est-elle retenue ? Le Cambodge accède à l'indépendance en 1953, et perpétue immédiatement les protestations françaises contre l'attitude de la Thaïlande vis-à-vis du Temple<sup>5876</sup>. Peut-être ces objets ont-ils été pris qu'en 1954 ou ensuite ? Cependant, la lecture de l'arrêt exclut cette hypothèse : le Cambodge ne mentionne pas quels éléments ont été enlevés du Temple car il l'ignore<sup>5877</sup>. La date de 1954 s'impose donc comme la date de fin de l'acquiescement proposée par le Cambodge. Les échanges de 1958 entre les deux États confirment leur irréconciliable opposition<sup>5878</sup>. L'instance est introduite en 1959<sup>5879</sup> ; l'époque entre 1954 et 1959 correspond à la période pendant laquelle la responsabilité de la Thaïlande peut naître en raison d'une violation de la souveraineté du Cambodge.

Le dispositif de l'arrêt mentionne aussi l'obligation à charge de la Thaïlande de retirer ses « forces armées » stationnées aux alentours du Temple<sup>5880</sup>. Cette obligation existe dès 1954 suite à l'acquiescement, il s'agit d'une violation à caractère continu (art. 14, § 2 TCDI). Cette obligation constitue une conséquence logique de la nouvelle situation juridique consacrée par l'acquiescement (les troupes étaient encore stationnées autour du Temple lors du prononcé de l'arrêt). Le Cambodge aurait donc pu exiger des réparations pour

---

<sup>5875</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 11.

<sup>5876</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>5877</sup> *Ibid.*, p. 36 : « [I]l n'a pas été positivement démontré à la Cour que des objets des catégories mentionnées dans cette conclusion aient été effectivement enlevés du temple ou de la zone du temple par la Thaïlande depuis l'occupation de 1954 ».

<sup>5878</sup> *Ibid.*, pp. 27-29, p. 32.

<sup>5879</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>5880</sup> *Ibid.*, p. 37.

la présence des troupes. Par opposition, l'enlèvement de sculptures prend place à une date inconnue entre 1954 et le prononcé de l'arrêt.

L'arrêt en interprétation contient un extrait intéressant relatif à la portée temporelle des obligations :

« Lorsqu'un différend relatif à une question de souveraineté territoriale a été tranché et que l'incertitude a été levée, chacune des parties doit s'acquitter de bonne foi de l'obligation qu'a tout État de respecter l'intégrité territoriale des autres États »<sup>5881</sup>.

Quelle est la valeur du « lorsque » initial ? Il ne signifie pas que l'acquiescement et toutes ses conséquences ne doivent être respectés *qu'à partir* du prononcé de l'arrêt. Il signifie plutôt, en conjonction avec nos développements précédents, que l'arrêt et son exécution *confirment* les conséquences de l'acquiescement. C'est-à-dire que la nouvelle situation (souveraineté par ex.) doit être respectée. L'exécution de la décision « écrase » en quelque sorte le constat d'acquiescement incorporé dans l'arrêt. Parce que l'acquiescement est majoritairement un constat judiciaire, l'obligation de respecter la nouvelle situation peut se rattacher à deux centres : 1) l'existence de l'acquiescement et toutes les conséquences qui en découlent ; 2) l'exécution de l'arrêt et les droits et obligations mentionnés dans le dispositif.

### 3. « Zone grise » et responsabilité

La particularité de l'acquiescement est d'être invoqué en cas « d'incertitude sur le rapport de droit », une « zone grise » juridique ou factuelle existe. Cette « zone grise » est parfois, mais pas nécessairement, résolue par le constat d'un acquiescement<sup>5882</sup>. Jusqu'à présent nous n'avons évoqué que des acquiescements couronnés de succès dans cette section. Mais quid de la question de la responsabilité de l'État qui se voit refuser l'admission de son acquiescement par un tribunal ? La question est directement liée au degré d'incertitude de cette « zone grise ». *Grosso modo*, plus la situation est incertaine, moins l'État qui tente sans succès de prouver l'acquiescement risque d'engager sa responsabilité et

<sup>5881</sup> *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962*, CIJ, arrêt du 11 novembre 2013, *Rec. 2013*, p. 317, § 105, nos italiques.

<sup>5882</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A – « L'existence d'une prétention, et le tableau ».



de devoir fournir des réparations. À l'inverse, en cas de situation claire, les comportements liés à l'acquiescement débutant constituent une violation d'une norme primaire.

a. *Dans les différends territoriaux*

Dans *Isla Portillos*, le Nicaragua avait installé un modeste campement militaire sur une bande de terre appartenant au Costa Rica, lequel avait immédiatement protesté et porté l'affaire devant la CIJ<sup>5883</sup>. Cette installation, si elle n'avait pas suscité de protestations, aurait pu instiller une incertitude et donner lieu à une « zone grise »<sup>5884</sup>. Toutefois, la réaction rapide et l'opposition forte du Costa Rica l'interdirent. Par conséquent, le dispositif de l'arrêt confirme la souveraineté du Costa Rica et mentionne la présence d'une violation de la part du Nicaragua :

« 3) a) Par quatorze voix contre deux,  
Dit que, en établissant et en maintenant un campement militaire sur le territoire costa-ricien, la République du Nicaragua a violé la souveraineté de la République du Costa Rica ; [...]  
b) A l'unanimité,  
Dit que la République du Nicaragua doit retirer son campement militaire du territoire costa-ricien [...] »<sup>5885</sup>.

Nous sommes ici en présence d'un cas où la « zone grise » est dans ses balbutiements.

Au contraire, dans *Cameroun c. Nigéria*, la « zone grise », l'incertitude relative à la frontière est bien établie mais l'acquiescement est rejeté, la Cour entérine la souveraineté sur la base des traités. Ce qui conduit la Cour à ne pas s'appesantir sur la responsabilité des États au-delà d'un constat de violation :

« Dans les circonstances de l'espèce, la Cour estime de plus que, du fait même du présent arrêt et de l'évacuation du territoire camerounais occupé par le Nigéria, le préjudice subi par le Cameroun en raison de l'occupation de son territoire aura en tout état de cause été suffisamment pris en compte. La Cour ne recherchera donc pas si et dans quelle mesure la responsabilité du Nigéria est engagée à l'égard du Cameroun du fait de cette occupation »<sup>5886</sup>.

<sup>5883</sup> *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 15, §§ 12-16.

<sup>5884</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 34, §§ 74-77.

<sup>5885</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>5886</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 452, § 319.

Les faits reprochés impliquaient pourtant l'usage de la force, des dommages matériels, et ne se limitaient pas à la simple violation « abstraite » de la souveraineté<sup>5887</sup>. L'incertitude juridique qui domine avant le prononcé de l'arrêt justifie donc de ne pas aller trop loin dans les mécanismes de la responsabilité<sup>5888</sup>.

Cette réticence judiciaire de statuer sur la responsabilité ne s'explique pas seulement en raison de la « zone grise » ou période incertaine, elle découle aussi d'une règle propre aux différends territoriaux :

« L'effet d'une décision judiciaire, qu'elle soit rendue dans un conflit d'attribution territoriale ou dans un conflit de délimitation, est nécessairement d'établir une frontière. [...] Ainsi, dans les deux cas, il s'agit de clarifier une situation juridique déterminée avec effet déclaratoire à la date du titre juridique retenu par l'organe juridictionnel. *Cette clarification elle-même n'en constitue pas moins un élément nouveau, celui dont la recherche a précisément amené les parties à s'adresser à l'organe concerné ; en effet, en l'absence de controverse ou d'incertitude, les parties n'auraient point cherché à saisir un tribunal* »<sup>5889</sup>.

Le titre et l'arrêt existent en symbiose<sup>5890</sup>, le tribunal ne peut dès lors pas s'aventurer trop loin dans le constat d'une responsabilité et d'effets « rétroactifs » de la décision, toute déclaratoire soit-elle. Le juge Gevorgian s'élève à la fois contre une application aveugle de ce principe (1 ; la Cour *peut* parfois se prononcer sur la responsabilité malgré les incertitudes) et contre un mépris total de cette règle (2 ; la « rétroactivité » sous couvert de la présence d'un titre absolument clair doit être évitée) :

« Je suis conscient que la Cour a dit en l'affaire du *Différend frontalier* que toute décision judiciaire rendue dans le cadre d'un différend territorial consistait à « clarifier une situation juridique déterminée avec effet déclaratoire à la date du titre juridique retenu par l'organe juridictionnel » [...]. *Cette conclusion ne devrait toutefois pas être poussée jusqu'à ses extrêmes limites* [1]. *En tirant la conclusion opposée, la Cour a donné plein effet à la fiction juridique de la rétroactivité* [2] »<sup>5891</sup>.

<sup>5887</sup> Voy. *ibid.*, p. 450.

<sup>5888</sup> *Ibid.*, pp. 451-452.

<sup>5889</sup> *Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, pp. 563-564, § 17, nos italiques.

<sup>5890</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., pp. 389-393, voy. aussi : p. 354.

<sup>5891</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa*

b. *Hors des différends territoriaux*

Dans *Pensions de l'UNESCO*, d'anciens fonctionnaires domiciliés en France échappèrent au fisc. La question centrale était celle de l'interprétation de l'accord de siège entre la France et l'OI du point de vue de l'imposition des pensions. La pratique subséquente fut analysée en détail, mais finalement rejetée : les comportements des parties étaient trop discordants pour conclure à une exonération des pensions<sup>5892</sup>. Par conséquent, et en accord avec le droit français, le fisc devrait percevoir les impôts dont les pensionnaires ne s'étaient jamais acquittés (« rétroactivité »). L'existence d'une « zone grise », l'incertitude dans laquelle étaient plongées les parties, de même que leur comportement (absence de taxation pendant 40 ans) justifie une prise en compte nuancée de la « responsabilité » de l'UNESCO et des « réparations » exigibles des fonctionnaires. La sentence n'aborde pas explicitement ce point, elle se limite à répondre à l'interrogation des parties<sup>5893</sup>. Dans son opinion individuelle, l'arbitre Valticos se range du côté de l'absence de « rétroactivité » en raison des attermoissements du fisc français :

« [L]es Parties [devraient] se concerter[r] pour en tirer les conséquences appropriées, ce qui pourrait raisonnablement, légitimement même, consister – en vue de réparer les retards et les malentendus survenus, autant que les attentes déçues, et plus généralement de panser les plaies supportées – en une ou diverses formules visant à accorder certaines dispenses aux fonctionnaires retraités qui ont manifestement souffert de l'état d'expectative optimiste puis d'espérances perdues dans lequel ils se sont trouvés du fait des délais parfois considérables survenus dans l'intervention des services fiscaux qui, compte même tenu du système fiscal français, n'en ont pas moins comporté à certains égards un élément de faute peu contestable »<sup>5894</sup>.

Cet argumentaire n'est pas sans faire penser à l'*estoppel* et, également, à l'article 39 TCDI.

La « contribution au préjudice » de l'article 39 TCDI explique pourquoi la présence d'une « zone grise », même si l'acquiescement est finalement rejeté, peut avoir des conséquences sur la responsabilité. Le comportement de l'État qui a presque réussi à faire valider

*Rica c. Nicaragua*), Déclaration de M. le juge Gevorgian, CIJ, *Rec.* 2018, p. 266, § 8, note n° 18, nos italiques.

<sup>5892</sup> *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. 256-261.

<sup>5893</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>5894</sup> *Ibid.*, p. 266.

son acquiescement ne serait pas considéré comme intégralement digne de réparation. Une « zone grise » prend nécessairement racine par un jeu d'action et de réaction : l'État qui doit réagir tarde un peu trop, ne proteste pas assez fermement, laisse des comportements s'accomplir, mais gagne à la fin et parvient à faire rejeter l'acquiescement. Cette attitude ambivalente peut être prise en compte par l'article 39 TCDI :

« 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 ».

C'est à ce raisonnement avant l'heure que semble se référer la Cour dans *Phosphates à Nauru* lorsqu'elle rejette l'incompétence en raison du retard à agir mais note toutefois que :

« Eu égard tant à la nature des relations existant entre l'Australie et Nauru qu'aux démarches ainsi accomplies, 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 en ce qui concerne tant l'établissement des faits que la détermination du contenu du droit applicable »<sup>5895</sup>.

Le commentaire de la CDI mentionne l'affaire *LaGrand* et précise que les omissions doivent être caractérisées pour entrer dans le champ de l'article 39<sup>5896</sup>. En ne pressant pas sa revendication avec plus de force, Nauru n'a pas fait preuve de toute la diligence que l'on pouvait attendre. Si l'acquiescement ne se réalise pas, il reste la possibilité à l'État d'utiliser la « zone grise » afin de diminuer les réparations demandées.

---

<sup>5895</sup> *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, pp. 254-255, § 36.

<sup>5896</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, ACIDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, pp. 297-298, §§ 3 et 5.

#### 4. *Synthèse*

L'acquiescement n'est pas rétroactif<sup>5897</sup>. Des liens entre *estoppel*<sup>5898</sup>, acquiescement et responsabilité existent. Si l'acquiescement est réalisé avant l'introduction de l'instance, la période intermédiaire est propice à engager la responsabilité de l'État qui violerait les droits consacrés par l'acquiescement. *L'estoppel* peut trouver application pendant cette période intermédiaire. Si l'acquiescement se termine et se réalise concomitamment à l'introduction de l'instance, un engagement de la responsabilité, pas plus qu'une application de *l'estoppel* en tant que conséquence de l'acquiescement, n'est envisageable. Dans l'hypothèse où l'acquiescement est finalement rejeté par le tribunal, l'incertitude pesant sur les rapports de droit donne la mesure des réparations et de l'engagement de la responsabilité. Plus la situation est criblée d'incertitudes, moins le tribunal sera en position de statuer sur des réparations<sup>5899</sup>. Dans ce cas, les comportements de l'État qui ne donnent pas lieu à un acquiescement ne sont pas automatiquement illicites. Si, au contraire, la situation est claire, les premiers empiétements seront considérés comme des violations et donneront lieu à responsabilité et réparations<sup>5900</sup>.

#### V. *Synthèse : effets et conséquences de l'acquiescement*

Une première approximation – fidèle à l'affaire du *Golfe du Maine* – conduit à comparer les effets de l'acquiescement à ceux d'un consentement. *A priori* vague et peu utile, cette indication conforte notre approche : le consentement peut aboutir à toutes les solutions pour autant qu'il ne se heurte pas au *ius cogens*. De même, l'acquiescement peut valider n'importe quelle prétention juridique. Ce qui importe réellement, c'est d'analyser les circonstances

<sup>5897</sup> Un détour par les deux codifications les plus en vue dans la CVDT le confirme. Dans les articles 20, § 5 CVDT et 45 CVDT, les effets de l'acquiescement ne prennent place que de manière prospective. Aussi longtemps que l'État conserve son droit d'invoquer une cause de nullité (art. 45 CVDT), l'acquiescement n'est pas réalisé et le sort du traité est en danger.

<sup>5898</sup> Cf. *supra*, Ch. 6.IV.D à lire conjointement avec la présente section.

<sup>5899</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 451, § 311.

<sup>5900</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 34, §§ 74-78.

précises du cas, le domaine juridique pertinent, la constellation dans laquelle s'inscrit l'acquiescement. L'acquiescement étant un *principe général*, il demande à être concrétisé (dans une convention, dans une coutume), ce formatage attribue un effet spécifique à l'acquiescement.

Quant à la classification précise des effets, notre raisonnement développe deux voies complémentaires : une approche dite « universelle », et une dite « nominaliste ». La première consiste à réduire l'acquiescement à trois effets : création, perte, ou suppression d'un droit ou d'une obligation. Ces catégories permettent d'accueillir et de classer la plupart des occurrences de l'acquiescement. La seconde approche consiste à apprécier les effets de chaque concrétisation au cas par cas, en énumérant le plus grand nombre d'effets différents, sans se rattacher à une classification préétablie. Conjuguées, ces approches permettent de décrire les différentes strates juridiques affectées par un acquiescement.

Les *effets* doivent être distingués des *conséquences*. Les premiers renvoient à la modification de la situation juridique *inter partes* : il s'agit de percevoir quel droit a été affecté, a disparu, est transféré entre l'État lésé et l'État bénéficiaire. L'acquiescement étant une « *res inter alios* », il n'affecte pas directement les tiers. Ceux-ci ne supportent que ses *conséquences*, c'est-à-dire le résultat juridico-logique qui prend place suite à l'acquiescement. L'exemple d'un transfert de souveraineté par acquiescement est éclairant : les effets consistent en une modification des limites respectives de chaque État. Ses effets s'arrêtent au cercle bien délimité des « parties » à l'acquiescement. Les conséquences juridico-logiques renvoient au régime et droits que l'État peut opposer à la communauté internationale au terme du processus d'acquiescement. Ainsi, l'État qui agrandit son territoire dispose de toutes les prérogatives de la souveraineté, et ce à l'égard de tous les États, y compris ceux qui n'ont pas participé à l'acquiescement (conséquences juridico-logiques).

La distinction entre effets et conséquences est l'occasion de rejeter l'assimilation de l'acquiescement à une reconnaissance, une renonciation ou encore un *estoppel*. Suite à un acquiescement, la nouvelle situation juridique doit être respectée en soi et pour soi. Nul besoin d'ajouter une reconnaissance à l'acquiescement, car celui-ci « disparaît » une fois que le changement dans la situation

juridique des parties a été provoqué. Les parties et la communauté internationale doivent désormais respecter la nouvelle situation juridique, le contenu du droit ou de l'obligation qui a émergé, et non l'acquiescement.





## CHAPITRE VII L'OPÉRATION JUDICIAIRE DE RECONSTRUCTION

« Selon Perelman, le Procès est surtout une *joute* d'opinions. On ne s'y occupe pas tant d'inférer des conclusions de prémisses données. Si le procès doit se terminer par une sentence revêtant l'apparence de "syllogisme", la majeure n'en est pas donnée. Il faut la rechercher, l'inventer, choisir entre la pluralité des formules possibles avancées par les différents avocats suite de plaidoiries, où ne seront invoquées que des lois – mais tantôt aussi les "principes généraux du droit", des précédents de jurisprudence, l'équité, l'opportunité dont les juges tiennent compte. On s'y sert d'un "art de l'argumentation", art de réfuter, démolir l'argumentation de l'adversaire, démontrer son "irrelevance" au *cas* litigieux, la discréditer, faire prévaloir sa propre thèse... ».

M. VILLEY, PHILOSOPHIE DU DROIT, p. 189.

### I. *Introduction*

L'acquiescement a été défini à de nombreuses reprises comme une « reconstruction judiciaire », reconstruction qui englobe toutes les opérations par lesquelles un tribunal choisit et constate la présence des conditions de l'acquiescement, et, éventuellement, valide son application dans le cas d'espèce.

Définir l'acquiescement comme une « création prétorienne »<sup>5901</sup> suscite une kyrielle de questionnements. C'est en priorité une question logique qui survient : l'acquiescement a-t-il droit de cité

---

<sup>5901</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 422 et 427.

en dehors des processus décisionnels ? La section II y répondra. Dans notre conception, l'acquiescement est un fait juridique, il sied donc de s'intéresser aux principes qui président à sa construction (III.A) et d'évoquer la notion de « fait juridique complexe » (III.B). Plusieurs comparaisons et exemples permettront de cerner les particularités qui entourent la construction des faits (III.C). L'enjeu de la section III (l'acquiescement comme fait juridique) est de donner un cadre aux développements ultérieurs, de vérifier, en général, les considérations fondamentales qui entourent la construction des faits avant de les appliquer à l'acquiescement.

Quant à la reconstruction judiciaire proprement dite, elle sera abordée dans la section IV (la part du juge, le rôle des parties, l'influence des principes de procédures). L'enjeu consiste à vérifier comment le tribunal construit l'acquiescement *ex post facto*, selon quels critères et considérations il « attrape » les faits, pourquoi il choisit l'acquiescement plutôt qu'une institution voisine. Cette section donnera l'opportunité de se concentrer sur le rôle du juge (IV.A et C), mais aussi sur celui des parties (IV.B ; IV.C.6 et 7), et déterminera l'influence des principes de procédure sur l'établissement de l'acquiescement (IV.C.2 à 5).

Pour clore ce chapitre, une question choisie est analysée dans la section V : quel est le poids de la bonne foi dans la construction de l'acquiescement ? Une comparaison avec l'*estoppel* nous renseigne que la bonne foi y est présente et fonctionne comme un garde-fou à son application, et ce depuis l'intérieur de l'institution (V.A). La situation de l'acquiescement demande plus de nuances car il consiste déjà en une émanation de la bonne foi (V.B). La place de cette dernière dans le fonctionnement interne de l'acquiescement est subsidiaire et externe. Ainsi, des actes accomplis de mauvaise foi n'empêchent pas toujours le juge de retenir la présence d'un acquiescement (V.C).

## II. *Le constat intra- et extra- judiciaire de l'acquiescement*

L'acquiescement se rencontre-t-il uniquement dans des décisions, ou peut-il aussi être constaté dans des échanges diplomatiques ? À *quoi* a-t-on affaire lorsque l'acquiescement est le fruit d'une négociation bilatérale ? Nous commencerons par postuler la division

suivante : l'acquiescement ne survient en grande majorité <sup>5902</sup> que dans le cadre de processus décisionnel (dans lequel un tiers est impliqué). Hors de ce cadre, il s'agit d'une autre forme juridique. Ensuite, nous passerons en revue des situations qui, si elles sont soumises à l'avenir à un tribunal, pourraient relever de l'acquiescement.

### A. La « décision »

Dans le cadre restreint de cette section, la « décision » doit être définie. Un point de départ est le règlement des différends internationaux de l'article 33, § 1 CNU :

« Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, *par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix* [...] » <sup>5903</sup>.

Usuellement, la doctrine distingue entre les modes juridictionnels (arbitrage, règlement judiciaire) et non juridictionnels (négociation, médiation, enquête, conciliation) <sup>5904</sup>. Pour les besoins de l'examen, nous remodelons cette distinction en fonction du degré d'intervention du tiers et de sa latitude dans la proposition de la solution. Dans cette acceptation idiosyncrasique, *constitue un « processus décisionnel » toute solution qui est une création prépondérante du tiers*. L'arbitrage et le règlement judiciaire s'y incorporent, mais également la conciliation dans la mesure où le tiers y est libre de proposer une solution qui entérine l'acquiescement <sup>5905</sup>. La médiation, si elle comporte une intervention active du tiers qui peut proposer une solution au fond, est aussi considérée comme un « processus décisionnel » <sup>5906</sup>. À l'inverse, les bons offices et la négociation ne sont pas des processus décisionnels car le tiers en est absent dans la seconde, et parce qu'il ne sert que

<sup>5902</sup> C'est par ex. la « codification » de l'acquiescement dans des conventions qui lui permet d'exister en dehors d'un constat judiciaire. Lorsque l'acquiescement participe d'une autre institution (coutume, pratique subséquente), le passage devant un tribunal n'est pas forcément nécessaire pour qu'il prenne corps.

<sup>5903</sup> Nos italiques.

<sup>5904</sup> P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, pp. 591-601.

<sup>5905</sup> *Ibid.*, pp. 593-594 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, pp. 568-569.

<sup>5906</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 568.

d'intermédiaire dans la première<sup>5907</sup>. L'enquête ne nous intéresse pas car elle se limite à établir des faits, sans procéder ensuite à une valorisation juridique<sup>5908</sup>. Les échanges diplomatiques et communications entre États ne sont pas non plus un « processus décisionnel ». En revanche les mécanismes de constat d'une violation d'un traité, particulièrement présents dans le cadre des droits humains<sup>5909</sup>, ou bien intégrés aux organisations internationales, correspondent, eux, à un « processus décisionnel », et ce même lorsque la décision n'est pas obligatoire.

Notre partition se présente ainsi :

- « Processus décisionnels » : arbitrage, règlement judiciaire, médiation, conciliation, mécanisme de contrôle des droits humains, tribunaux créés dans le cadre d'une OI, etc., *pour autant que l'organe de règlement dispose d'autonomie face aux parties au différend*<sup>5910</sup> ;
- « Processus non décisionnels » : bons offices, négociations, échanges diplomatiques, prise de position conjointe, etc. Ces processus laissent les parties libres dans la solution qu'elles donneront au différend.

Si les parties ont la mainmise sur la solution du différend et qu'elles s'accordent sur l'existence d'un acquiescement, celui-ci correspond en réalité à une admission, à un consentement en bonne et due forme. Pour la suite de notre raisonnement, cela signifie que les processus diplomatiques qui s'accordent sur la présence d'un acquiescement n'en font qu'une utilisation argumentative. Une partie « auto-interprète » l'existence d'un acquiescement et la communique à l'autre partie. L'acquiescement « véritable » ne peut exister que lors d'un processus décisionnel<sup>5911</sup>.

Ces lignes de réflexions ne peuvent malheureusement pas être confirmées dans les documents diplomatiques consultés<sup>5912</sup>. Tout au plus, la pratique diplomatique indique que les États ont conscience

<sup>5907</sup> *Ibid.*, pp. 567-568 ; P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, pp. 592-593.

<sup>5908</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, pp. 570-571 ; P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, p. 593.

<sup>5909</sup> Nous renvoyons aux mécanismes de constat des violations prévus pour le Pacte ONU I et le Pacte ONU II, ainsi qu'aux mécanismes similaires prévus pour la torture et les disparitions forcées. Voy. par ex. la décision CAT/C/28/D/177/201, pp. 4-6, §§ 4.3-4.7 qui évalue la présence d'un « acquiescement attributif » (sur cette notion, cf. *supra*, Ch. 6.III.C.2.c).

<sup>5910</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 568.

<sup>5911</sup> P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, p. 602.

<sup>5912</sup> Il s'agit d'un survol de la *Prassi italiana*, des documents publiés dans l'*AFDI*, ainsi que d'un survol de la pratique suisse en matière de droit international (dans sa version consolidée

de la possibilité d'une application de l'acquiescement et qu'ils présentent leurs réactions comme aptes à y faire obstacle<sup>5913</sup>. Par contraste, les États peuvent tout autant se prononcer sur le *rejet* de l'acquiescement que sur sa *réalisation* dans leurs échanges<sup>5914</sup>. La valeur à attacher à de telles affirmations diplomatiques et bilatérales est variable. En cas de rejet, il s'agit au minimum d'une protestation qui peut être valorisée dans le cadre d'un acquiescement examiné dans un processus décisionnel ultérieur. En cas d'admission de l'acquiescement, un juge ultérieurement saisi resterait libre de considérer cette admission comme valable ou non. S'il la confirme, ce n'est pas un acquiescement qui s'est réalisé entre les parties, mais simplement un accord, une reconnaissance, ou encore une renonciation *sous forme expresse*. Il ne s'agit alors pas d'un véritable acquiescement, car l'acceptation expresse l'écrase et le transforme en un « accord » ou en acte unilatéral. Un argument supplémentaire permet d'aller dans ce sens et de nier toute valeur autre qu'argumentative à un acquiescement survenu hors d'un processus décisionnel : les parties peuvent se tromper dans les termes qu'elles emploient, confondre l'acquiescement avec une autre institution (un accord verbal ; une promesse). Et, partant, leur « acquiescement » n'est que de façade, un nom plaqué sur une réalité juridique différente.

A contrario, nous englobons dans les cas de véritables acquiescements toutes les constatations faites dans le cadre d'un processus décisionnel. Les cas d'arbitrages et de règlement judiciaire sont évidents et nous retiendront dans les sections ultérieures. La conciliation et la médiation sont les parents pauvres dans cette catégorie (nous n'avons pas tenté de trouver des conciliations qui

---

publiée en 2015). D'autres recueils seraient pertinents, not. le *Digest of United States Practice in International Law*.

<sup>5913</sup> Voy. les cas suivants, dans la pratique italienne : 372/3 (L'abolizione tacita delle Capitolazioni in Albania) ; 375/3 (I piroscafi affondati nelle acque territoriali albanesi) ; 378/3 (I Decreti di nazionalità in Tunisia). Tous ces cas sont cités et disponibles dans : *Prassi italiana di diritto internazionale* [édition online].

<sup>5914</sup> Pour un exemple d'échange diplomatique où l'Italie affirmait l'existence d'un acquiescement (il ne semble pas que la France ait adhéré à cet argument), voy. *Prassi italiana di diritto internazionale* [édition online], Partie IV, Chapitre I, Lit. A. Cas n° 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 ».

constatent l'acquiescement). Entre ces deux extrêmes, la catégorie des « processus décisionnels » s'étend aux organes et mécanismes de contrôle des droits humains ainsi qu'à la jurisprudence des tribunaux créés dans le cadre d'une OI. Les premiers s'emparent généralement de l'acquiescement sous un angle attributif de responsabilité (violation d'une norme primaire). Dans le cadre de la Convention contre la torture, un État qui « acquiesce » aux actes commis par des privés se rend coupable de torture<sup>5915</sup>. Dans le droit de la fonction internationale, la jurisprudence du TAOIT est riche en cas d'acquiescements constatés entre la direction d'une OI et un fonctionnaire<sup>5916</sup>.

### B. *L'acquiescement « en puissance »*

Au-delà d'un constat de sa présence dans un processus décisionnel ou non, l'acquiescement peut être *potentiel* : c'est-à-dire que les faits, les comportements accomplis par deux États sont susceptibles de constituer un acquiescement, mais que celui-ci n'a pas (encore) été constaté. Cette absence de constat peut s'expliquer par la volonté des parties de ne pas recourir au règlement des différends, par un savant calcul qui les fait opter pour une conservation du différend, essentiellement pour des raisons politiques et d'incertitude sur l'issue finale que connaîtraient leurs revendications. Ces cas d'acquiescements potentiels sont dénichés par et dans la doctrine, nous en évoquerons quelques-uns avant de nous prononcer sur les caractéristiques de l'acquiescement dans ces situations.

Une situation typique est celle du conflit territorial entre l'Inde et la Chine<sup>5917</sup>. Lucchini examine la situation au crible du droit (existence de titres juridiques, signature d'un accord, comportement des parties). Dans la partie finale de son article<sup>5918</sup>, il conclut à la présence d'un acquiescement de la Chine à la frontière pratiquée par l'Inde :

« Le 17 juillet 1954, pour la première fois, le Gouvernement chinois proteste contre la présence des troupes indiennes à Barahoti dans l'État d'Uttar Pradesh. Jamais auparavant, il n'y avait eu de sa part quelque

<sup>5915</sup> Voy. Ch. 6.III.C.2.c et la décision CAT/C/28/D/177/201, pp. 4-6, §§ 4.3-4.7.

<sup>5916</sup> Voy. les cas évoqués *supra*, dans Ch. 5.I.B.

<sup>5917</sup> L. LUCCHINI, « Aspects juridiques de la frontière sino-indienne », *AFDI*, vol. 9, 1963, pp. 267-299.

<sup>5918</sup> *Ibid.*, pp. 297-299 (« La position indienne est renforcée par le comportement de la Chine »).

témoignage indiquant son opposition au tracé de la frontière. [...] Même si l'on peut conserver quelques doutes sur la validité des traités déterminant la frontière entre la Chine et l'Inde, la Chine a, par sa conduite postérieure, donné son acquiescement à cette frontière. Elle se trouve donc désormais forclosée à prétendre la réfuter »<sup>5919</sup>.

On notera au passage la disjonction temporelle correcte dont il est fait usage : l'acquiescement prend place, puis l'*estoppel* (forclusion) peut s'établir. Cependant, le silence de la Chine ne signifie pas *nécessairement* qu'un acquiescement sera constaté. L'auteur tient compte des attributs politiques du différend et de la volonté de négocier des parties. Au moment de l'écriture de l'article (1963), des propositions  *négociées*  de règlement étaient en cours : si elles sont finalement acceptées, l'acquiescement n'est pas constaté et l'accord formel entre les parties l'écrase<sup>5920</sup>.

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le Japon a renoncé par traité à certains territoires, et a prévu que les États-Unis placeraient des îles sous leur tutelle (dont Okinawa)<sup>5921</sup>. Dans les faits, les États-Unis se sont passés de tout accord de tutelle (au sens de la Charte), la nature juridique de leur présence ayant évolué :

« Il semble que le défaut des États-Unis de remplir les conditions prévues dans l'article 3 du Traité de paix avec le Japon [de 1951], à savoir la mise sous tutelle, et l'acquiescement tacite du Japon, conséquence de son absence de protestation, aient progressivement transformé la nature du droit des États-Unis. Par voie d'accord non-écrit, le titre justifiant la présence américaine dans les îles Ryukyu serait devenu une cession à bail »<sup>5922</sup>.

Les îles furent finalement rendues au Japon par traité en 1971 ; l'acquiescement potentiel n'a donc jamais pu être vérifié<sup>5923</sup>. Quelles qu'en fussent les conséquences, il a été « écrasé » par l'accord formel. Pendant les années d'incertitude (1951-1971), le Japon ne semble pas avoir protesté contre l'absence de tutelle, mais plutôt contre l'absence de processus de restitution de l'île<sup>5924</sup>.

<sup>5919</sup> *Ibid.*, pp. 297 et 299.

<sup>5920</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>5921</sup> P.-M. EISEMANN, « Le statut d'Okinawa : de la souveraineté résiduelle à la restitution au Japon », *AFDI*, vol. 17, 1971, p. 257.

<sup>5922</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>5923</sup> *Ibid.*, pp. 269-278.

<sup>5924</sup> *Ibid.*, pp. 269 et 270 (« Les entretiens Kennedy-Ikeda du 22 juin 1961 n'apportèrent rien de nouveau. Mais, le 1<sup>er</sup> février 1962, l'*Okinawan Legislative Council* annonça qu'il allait tenter de porter la question devant les Nations Unies. Devant cette menace, le président Kennedy prit les devants et fit savoir qu'il reconnaissait "que les Ryukyu sont partie du Japon

Le différend relatif aux îles Malouines/Falklands présente la particularité d'être d'une longue durée ; il se conserve aussi longtemps que les parties protestent et s'opposent. Cette longue durée est *a priori* propice à l'application de l'acquiescement, c'est du moins ce que soutiennent les Britanniques<sup>5925</sup>. À plusieurs reprises, l'Argentine semble s'être tue pendant de longs intervalles (silence dans la période antérieure à 1833 et nouveau silence de 1834 à 1884)<sup>5926</sup>. Ces silences ne sont toutefois pas analysés par Cohen-Jonathan comme des acquiescements<sup>5927</sup> ; au contraire, la position de l'Argentine et ses protestations sont selon lui exemptes de reproches<sup>5928</sup>. Quel que soit l'avis de l'auteur sur la question, il n'est toutefois nullement assuré qu'une cour arrive à la même conclusion au sujet de la prescription ou de l'acquiescement, ni qu'elle fasse une application stricte de ces institutions :

« Il n'y a là rien d'automatique, c'est chaque fois une question d'espèce, variable selon les circonstances. [...] En ce qui concerne les Falkland, on doit ajouter que si l'Argentine n'a pas perdu à notre sens le droit d'intenter une réclamation internationale, il n'est pas sûr cependant que l'on doive faire abstraction de la présence effective de la Grande-Bretagne pendant 140 ans »<sup>5929</sup>.

Tant qu'il n'a pas été plaidé devant un tribunal et validé par une cour, l'acquiescement reste une *virtualité*.

Les exemples pourraient être multipliés : qu'il s'agisse d'îles<sup>5930</sup>, de territoires<sup>5931</sup>, de la démarcation d'une frontière<sup>5932</sup>, de la création d'une baie historique<sup>5933</sup>, toutes les conditions de l'acquiescement peuvent être réunies sans que celui-ci ne soit jamais constaté, il se peut aussi que les parties choisissent volontairement

---

(*a part of the Japanese homeland*)" et que leur retour au Japon suivrait une baisse de la tension dans cette région du monde », italiques dans l'original).

<sup>5925</sup> G. COHEN-JONATHAN, « Les îles Falkland (Malouines) », *AFDI*, vol. 18, 1972, p. 243.

<sup>5926</sup> *Ibid.*, pp. 236, 240 et 243.

<sup>5927</sup> *Ibid.*, pp. 242-246.

<sup>5928</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>5929</sup> *Ibid.*, p. 245 et note n° 31bis.

<sup>5930</sup> J.-P. FERRIER, « Le conflit des Îles Paracels et le problème de la souveraineté sur les îles non habitées », *AFDI*, vol. 21, 1975, pp. 175-196 (spéc. p. 193).

<sup>5931</sup> M. T. INFANTE CAFFI, « L'affaire de Belize », *AFDI*, vol. 28, 1982, pp. 249-263 (spéc. pp. 255-260).

<sup>5932</sup> M. MENDELSON et S. HULTON, « Les décisions de la Commission de démarcation de la frontière entre l'Iraq et le Koweït », *AFDI*, vol. 39, 1993, pp. 178-231 (spéc. pp. 190 et 212).

<sup>5933</sup> F. FRANCONI, « The Status of the Gulf of Sirte in International Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 11 (2), 1984, pp. 311-326 (spéc. p. 324) ; N. RONZITTI, « Is the Gulf of Taranto an Historic Bay? », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 11 (2), 1984, spéc. p. 282.



une solution qui corrobore le résultat qu'aurait atteint l'acquiescement, ou, au contraire, qu'elles s'en écartent. En somme, et tant que l'acquiescement n'est pas constaté par un tiers, il ne produit pas d'effets autres que d'être un moyen juridique, un argument à faire valoir dans un cadre diplomatique ou lors de négociations. Il peut être utilisé pour corroborer une prétention, mais seule sa validation judiciaire le hisse au rang de créateur de droits et d'obligations entre les parties. Cette situation résulte aussi de la liberté dont jouissent les parties pour plaider leur cause : l'acquiescement, pas plus que les autres arguments juridiques, n'a *besoin* d'être plaidé. Une partie qui souhaite prouver sa souveraineté en ayant recours exclusivement à des titres peut opter pour cette solution.

La preuve ultime pour confirmer l'indépendance entre l'acquiescement extra-judiciaire et intra-judiciaire serait de trouver un cas d'acquiescement potentiel – par exemple évoqué dans la doctrine – qui serait ultérieurement soumis à un tribunal, et écrasé ou rejeté. Le cas du différend territorial entre le Belize et le Guatemala pourrait s'inscrire dans ce cadre : au moins un article datant de 1982 mentionne la présence et la pertinence de l'acquiescement<sup>5934</sup>, un compromis qui a donné pour mission à la Cour de se prononcer sur l'ensemble des revendications juridiques territoriales et insulaires a été notifié en 2019<sup>5935</sup>. Aussi longtemps que la Cour ne se prononce pas, le sort de l'acquiescement reste suspendu, incertain.

A priori, suspendre la réalisation d'un acquiescement à son constat judiciaire rentre en conflit avec sa nature de fait juridique (voy. *supra*, Ch. 6.II.B). Selon Virally, un fait juridique existe automatiquement et indépendamment de son constat judiciaire, sur le modèle de la causalité naturelle et des lois de la physique<sup>5936</sup>. Dès lors, pourquoi un acquiescement n'existerait-il pas dès que ses conditions sont réunies ? Un détour par les actes illicites explique cette situation paradoxale à première vue : des violations du droit international sont commises chaque jour, elles donnent donc automatiquement droit à réparation<sup>5937</sup>. Pour autant, est-ce que l'on constate un recours effréné au mécanisme de résolution de dif-

<sup>5934</sup> M. T. INFANTE CAFFI, « L'affaire de Belize », *op. cit.*, pp. 255-260.

<sup>5935</sup> *Compromis entre le Guatemala et le Belize visant à soumettre à la Cour internationale de Justice la revendication territoriale, insulaire et maritime du Guatemala*, 7 juin 2019, CIJ, *Rec. 2019*, art. 2, p. 17.

<sup>5936</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, pp. 12-14.

<sup>5937</sup> M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 376-377.

férends et aux négociations pour obtenir ces réparations ? La vie internationale illustre la situation inverse : les violations qui donnent lieu à réparation sont une infime minorité. Et quand bien même une requête est déposée, le demandeur ne mentionne pas toujours une réparation dans ses conclusions. L'acquiescement extra-judiciaire peut exister, mais aussi longtemps qu'il n'est pas constaté par une cour, il ne déploie pas d'effets : il est donc incomplet, partiel <sup>5938</sup>. Tout fait juridique qu'il soit, il s'agit d'une construction complexe, subtile, qui exige presque toujours la confrontation des vues des parties pour apprécier sa réalisation.

D'autres facteurs justifient que l'acquiescement extra-judiciaire ne soit considéré que comme un fait juridique *in nuce* et imparfait. L'acquiescement est une concrétisation de la bonne foi, il permet à l'effectivité de triompher de la légalité <sup>5939</sup>. L'acquiescement supprime une « zone grise » ou une « incertitude sur le rapport de droit ». Tant et aussi longtemps qu'une telle incertitude existe et qu'un processus décisionnel n'est pas engagé, les États demeurent libres d'y apporter un remède de leur cru <sup>5940</sup>. Plusieurs institutions peuvent éliminer l'incertitude ; l'acquiescement ne détient pas un monopole. Les États peuvent conclure un traité, tolérer une situation, émettre une reconnaissance *de facto*, créer une coutume bilatérale, renoncer, promettre afin d'éliminer cette « zone grise ».

Ces remarques suscitent une interrogation finale avant de passer à la section suivante, exclusivement dévolue au « fait juridique » : si l'acquiescement ne se réalise pas automatiquement, qu'advient-il de ses éléments constitutifs (le silence, les actions et réactions, la connaissance, la protestation et la notoriété) ? La validation de l'acquiescement repose sur un ensemble de facteurs, d'événements, de « faits » dans l'acceptation la plus naturelle de ce terme, qui existent indépendamment et en dehors de l'acquiescement. Certains de ces événements sont dotés d'une existence objective, tangible

---

<sup>5938</sup> Dans l'acceptation aristotélicienne, l'acquiescement est « en puissance », mais non « en acte ».

<sup>5939</sup> Cf. *supra*, Ch. 3.I – « Les valeurs de l'acquiescement ».

<sup>5940</sup> Ajoutons un important *caveat* : certains types d'acquiescements sont automatiques et échappent à la disposition des parties. Le constat judiciaire ne fait que confirmer leur existence et préciser les effets. Prenons par ex. l'acquiescement attributif : si un État a acquiescé à des actes de torture, il ne peut ensuite pas modifier son comportement. L'acquiescement est « en attente d'être constaté ». Par contraste, dans le domaine territorial, les États en litige sont libres d'écraser un acquiescement par la conclusion d'un traité.

(un comportement étatique) ; d'autres dépendent d'une valorisation juridique (la connaissance présumée). L'acquiescement constitue le fil rouge qui va relier et permettre d'orienter ces éléments dans un faisceau unique. En l'absence d'acquiescement, les événements objectifs restent pertinents, ils peuvent influencer l'issue d'un différend. L'effectivité d'une situation que l'acquiescement préfère à la légalité stricte est aussi prise en compte via l'*estoppel*, les actes unilatéraux tacites, la pratique subséquente, la coutume bilatérale. En dehors d'un constat judiciaire de l'acquiescement, les « building blocks »<sup>5941</sup> sont valorisables à travers d'autres institutions.

### III. *L'acquiescement comme fait juridique*

#### A. *La construction du fait*

Nous avons décrit l'acquiescement comme un *fait juridique* par opposition à un *acte juridique* étant donné que la volonté y est absente comme condition de fonctionnement. Cette section expose synthétiquement le concept de « fait juridique », la construction<sup>5942</sup> qu'il implique et les acteurs de cette construction.

Un fait juridique définit les conditions dans lesquelles un « événement » – au sens large – produit des effets de droit<sup>5943</sup>. L'encadrement juridique de cet événement (sa définition, ses caractéristiques, ses limites) est donc crucial car il *crée* le fait juridique. Les faits juridiques peuvent être d'une simplicité enfantine : l'apparition d'une maladie déclenche l'application d'un règlement sanitaire<sup>5944</sup> ; la fonte d'un glacier provoque automatiquement la modification d'une frontière<sup>5945</sup>. Le fait juridique se réduit à un processus causal : si X se vérifie, alors A en est la conséquence<sup>5946</sup>.

<sup>5941</sup> G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 202-203.

<sup>5942</sup> Par manque de temps et en raison d'une prise de connaissance tardive, nous n'avons pas eu l'occasion de renvoyer aux pages précises de S. EL BOUDOUHI, *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 384 p. La préoccupation centrale de la thèse fait écho à Jean Salmon (« Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*).

<sup>5943</sup> J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, pp. 372-374.

<sup>5944</sup> Exemple repris de : J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, p. 373.

<sup>5945</sup> Voy. *Échange de notes des 23 et 26 mai 2008 entre la Suisse et l'Italie concernant la frontière nationale en cas de variation naturelle de la ligne de partage des eaux ou de la ligne de crête en correspondance des glaciers*, RS 0.132.454.31.

<sup>5946</sup> Cette formulation du droit sous forme causale ou « syllogistique » (quand X survient, la conséquence est A) est déjà omniprésente dans le Code d'Hammourabi ; voy. par ex. la « règle » n° 136 : « If any one leave his house, run away, and then his wife go to another

L'acte juridique suit le même schéma mais inclut systématiquement la volonté en tant que condition de fonctionnement<sup>5947</sup>. Le fonctionnement d'un fait juridique se complexifie lorsque le droit ne puise plus les événements dans le réel et l'expérience, mais qu'il s'attache au contraire à des concepts abstraits :

« S'il existe des oiseaux, des phoques ou des éléphants dans la nature, il n'existe pas matériellement de stipulation pour autrui, d'immunité de juridiction ou d'épuisement des voies de recours internes. Ces dernières notions sont des institutions juridiques, créées pour le droit, indépendamment de toute réalité préexistante, mais qui une fois créées et parce qu'elles ont pour but de conformer des comportements, seront susceptibles d'applications qui, elles, seront concrètes et réelles »<sup>5948</sup>.

Ce recours à des concepts abstraits constitue une première sophistication du fait juridique. Une deuxième strate de complexification s'ajoute lorsque le *nombre* d'événements ou de conditions à remplir s'additionne : si X, Y, et Z se vérifient cumulativement, A en est la conséquence. Une troisième strate consiste à articuler les conditions entre elles (subordination ; conjonction ; etc.). Si X existe et a provoqué Y, Y donne naissance à Z, qui doit être vérifié pour provoquer la conséquence juridique A. Cette troisième strate correspond au fonctionnement de l'acquiescement : les conditions à remplir pour valider ce fait juridique tissent des relations entre elles. L'acquiescement fait en plus usage de nombreuses conditions (2<sup>e</sup> strate) et il recourt à des concepts abstraits (1<sup>re</sup> strate, la connaissance présumée par exemple). La notion doctrinale de « fait juridique complexe » sera abordée dans la section suivante.

Le « fait juridique » est intégralement construit par le droit<sup>5949</sup>. Cette affirmation est liée à plusieurs considérations que l'on peut analyser indépendamment mais qui surviennent plutôt simultanément dans un brouillard qui se dissipe lentement : les faits doivent être constatés ou « reconstruits », ce fait doit être classifié parmi les faits juridiques, le fait est saisi par le droit qui en définit la structure, la pertinence du fait est fonction de l'institution dans laquelle il s'intègre, la création et l'intégration du fait dans telle

---

house, if then he return, and wishes to take his wife back: because he fled from his home and ran away, the wife of this runaway shall not return to her husband ». L. W. KING (trad.), *The Code of Hammurabi*, Paulo J. S. Pereira, 2011, p. 17 (consulté le 8 octobre 2021 : [www.magikus.com/docs/hammurabi\\_laws.pdf](http://www.magikus.com/docs/hammurabi_laws.pdf)).

<sup>5947</sup> J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, p. 374.

<sup>5948</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 287.

<sup>5949</sup> *Ibid.*, p. 284, p. 296.

institution plutôt qu'une autre ne relève pas que de la logique<sup>5950</sup>. Sans affirmer que le droit et la réalité dont il s'empare soient totalement déconnectés, nous relevons que le droit peut mettre une distance plus ou moins grande – pour aller jusqu'à la fiction – entre ce qui survient dans le monde physique et le langage naturel qui en accompagne les phénomènes et le langage juridique<sup>5951</sup>. Dans cette autonomie du droit vis-à-vis des habitudes de langage et de la pensée, les faits juridiques ne sont perçus qu'à travers la médiation juridique. Un fait juridique ne se trouve pas « tel quel » dans la nature, il exige un travail d'établissement<sup>5952</sup>. Cependant, certains faits juridiques sont plus aisément décelables : un recours illicite à la force ou une agression sont des cas qui laissent une marge de manœuvre réduite dans leur constat, ils s'imposent avec un degré d'évidence marqué. À l'inverse, la construction d'une institution comme l'acquiescement, qui s'arrime à la fois dans le concret (des comportements des États) et dans l'abstrait (connaissance présumée ; notoriété) ne s'impose pas avec évidence. Les faits et la règle qui les chapeautent interagissent :

« La soi-disant constatation des faits est en fait une reconstruction, une interprétation, une version des événements qui rend plausible l'application d'une règle juridique plutôt qu'une autre »<sup>5953</sup>.

L'opération de reconstruction occupe une place cruciale lorsque le fonctionnement de l'institution conjugue concret et abstrait, lorsque les faits doivent être taillés pour correspondre aux prescriptions d'une règle juridique plutôt qu'une autre. L'acquiescement, en tant que fait juridique, doit ainsi franchir un nombre conséquent d'écueils avant d'être validé. La présence d'un acquiescement exige un travail de sertissage des faits, de calibrage des comportements, et l'application de critères abstraits (obligation de réagir ; comportement normal attendu ; capacité à protester).

<sup>5950</sup> *Ibid.*, pp. 296-297.

<sup>5951</sup> *Ibid.*, p. 298. Parfois il y a identité presque parfaite entre le fait juridique et le langage naturel (les définitions du droit pénal sont accessibles au non-juriste). À l'autre extrême, le droit peut totalement s'affranchir de la réalité et procéder par fiction (fiction de connaissance, de notification d'une décision, etc.). La différence entre ces deux pôles est une différence de *degré* plutôt que de *nature* : le droit s'appuie nécessairement sur le langage. Les langages juridique et naturel peuvent coexister en droit, ou se dissocier : le « jargon » juridique prend le meilleur sur le langage naturel quand le droit procède par fiction ou modèle les faits sans référence à leur signification usuelle.

<sup>5952</sup> *Ibid.*, p. 286 et la citation de A. LALANDE (*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1980, p. 339).

<sup>5953</sup> *Ibid.*, p. 303.

Ces considérations nous mènent à nous intéresser aux acteurs de la reconstruction judiciaire : qui construit et applique l'acquiescement ? Il s'agit des acteurs internationaux (sujets ; OI et États) ainsi que des tribunaux. Il appartient tout d'abord aux États de dénicher et construire l'acquiescement sur la base des faits bruts. Si un État ne plaide pas l'acquiescement en sa faveur, celui-ci a peu de chance d'être spontanément abordé par son adversaire ou encore d'être examiné par un tribunal. La requête, le compromis, les plaidoiries des parties sont le point de départ à partir duquel l'acquiescement est « proposé » au juge. Chronologiquement, c'est d'abord l'État qui détermine et établit le cadre de l'acquiescement, dans le sens qu'il l'applique à sa propre situation et en énumère tous les éléments. Durant cette phase purement « étatique », l'acquiescement est *reconstruit* une première fois au terme d'un processus non contradictoire. Durant cette première reconstruction, l'État peut se contenter de recueillir des éléments marquants de l'acquiescement afin de déclencher une réaction de la partie adverse et du tribunal ; l'essentiel est de *faire valoir* l'acquiescement, de tenter d'en bénéficier. Ce n'est qu'ensuite, lors des plaidoiries et finalement dans le raisonnement du tribunal que toutes les conditions de fonctionnement de l'acquiescement sont établies.

Certains aspects de l'œuvre du juge et leurs liens avec l'opération de reconstruction méritent d'être soulignés<sup>5954</sup>. Tout d'abord, Salmon indique que « [c]e serait une erreur de croire qu'une situation de fait donnée impose nécessairement une seule qualification »<sup>5955</sup>. Une seule et unique situation n'a pour limite dans sa qualification que l'ingéniosité des plaideurs. Suivant la partie qui accomplit un acte dans l'acquiescement, celui-ci peut tour à tour confirmer un titre, être qualifié de fait illicite, ou être pris en compte en tant que comportement prouvant la possession à titre de souverain<sup>5956</sup>. C'est le juge qui a la main sur l'opération de qualification, il pourra dévier des propositions des parties et écarter l'acquiescement, particulièrement si celui-ci est peu motivé ou qu'il est invoqué aux côtés d'autres institutions voisines qui sont elles aussi écartées<sup>5957</sup>. La qualification n'est pas une opération neutre ; en choisissant telle institution plutôt que telle autre, les *conséquences* en seront

<sup>5954</sup> Pour les développements complets : *ibid.*, pp. 296-342.

<sup>5955</sup> *Ibid.*, p. 327.

<sup>5956</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>5957</sup> Par exemple : *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 555-557.

présentes à l'esprit du tribunal. Si au départ le but de l'opération est de vérifier qu'un fait rentre bien dans une catégorie et en respecte toutes les conditions, on passe parfois au final à privilégier la perspective inverse et à choisir la catégorie dans laquelle le fait doit rentrer en raison des conséquences juridiques qui en découleront<sup>5958</sup>. En appliquant le droit, le tribunal ne se fait pas seulement « la bouche de la loi », son rôle est bien plus riche. Il délimite bien sûr les faits pertinents, les recherche, les construit, et les met en perspective avec des règles juridiques<sup>5959</sup>. Le rôle du juge face au fait est celui d'un démiurge :

« Tant que l'organe ne s'est pas prononcé, le fait n'est rien en droit, il appartient au royaume de l'*innomé*. C'est la décision de l'organe de le reconnaître comme cas d'application d'une règle de droit qui va lui donner enfin un nom, des contours, un statut »<sup>5960</sup>.

L'acquiescement, aussi longtemps qu'il n'a pas été constaté, n'est qu'une virtualité. C'est la consécration judiciaire qui lui permet de pleinement exister et de déployer ses effets. La sophistication de l'acquiescement illustre cette conception : aussi longtemps que l'interaction finale entre les parties n'a pas eu lieu, il n'existe pas. C'est-à-dire que les États qui le construisent peuvent ne pas en avoir conscience. En raison de cette « inconscience », et également en raison des concepts abstraits (connaissance présumée) qu'il utilise, l'acquiescement est bien souvent reconstruit *a posteriori*, en isolant certains comportements des États et en les constituant en un « fil rouge ». Pour autant, la reconstruction judiciaire *a posteriori* n'est pas synonyme d'arbitraire. Le tribunal jouit certes d'une grande latitude dans toutes les étapes du processus décisionnel, mais cela ne signifie pas que les décisions sont de véritables « faits du prince »<sup>5961</sup>. Les garde-fous existent : caractère contradictoire des débats, motivation juridique du raisonnement, caractère collégial de la décision<sup>5962</sup>.

Si nous nous sommes principalement attaché aux développements de Salmon, c'est avant tout par commodité<sup>5963</sup>. D'autres auteurs – et notamment Flora di Donato – dont la riche thèse ne

<sup>5958</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 341. Et en raison des attentes du tribunal. La qualification « d'État » attribuée ou non à une entité est particulièrement révélatrice à cet égard.

<sup>5959</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>5960</sup> *Ibid.*, p. 385, italiques dans l'original.

<sup>5961</sup> *Ibid.*, p. 391.

<sup>5962</sup> *Ibid.*, pp. 391-393.

<sup>5963</sup> Mais également par sympathie pour le raisonnement (O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, *op. cit.*, p. 125 : « Préciser d'où l'on parle apparaît alors comme

peut être résumée ici, mettent en évidence la part de créativité du juge dans la construction du cas<sup>5964</sup>. La part de narration dans l'acquiescement ne peut être négligée. Toute narration exige un point de vue, nécessairement partial :

« [L]a narrativa è un modo di organizzare, di far fronte, nonchè di vivere gli eventi: le storie hanno il potere di comunicare la "verità", sebbene esse rappresentino solo uno dei possibili modi di osservare il mondo. Le storie infatti sono sempre descrizioni provenienti da diversi punti di vista, informate da diversi backgrounds "culturali". Non esiste il punto di vista di un osservatore idealmente "neutrale" »<sup>5965</sup>.

De même, l'acquiescement, en tant que reconstruction, procède d'un raisonnement comparatif entre le cours normal des événements et les faits « qui sont réellement survenus » :

« Il sistema giuridico si alimenta di questa stessa dialettica tra ciò che esiste e ciò che è possibile, tra ordine costituito ed ordine violato »<sup>5966</sup>.

Ces considérations s'attachent toutes à la reconstruction du fait juridique et de l'acquiescement, de la comparaison qui est faite *a posteriori*.

Cette réalité de la re-construction de l'acquiescement est aussi offerte en témoignage chez Kolb et Marie<sup>5967</sup>. La notion de « procédé existentiel » saisit à merveille la formation de l'acquiescement. Le constat d'existence est émis *ex post facto* car l'institution prend place de manière graduelle (la protestation le prouve amplement). Ce type de procédé s'oppose au « processus essentiel » qui désigne la formation des actes juridiques :

« Alors que dans la pratique la multiplication désordonnée de faits produit la croissance d'une situation qualifiée après coup par le droit (procédé existentiel), à l'inverse, l'expression de volonté précède les faits et leur imprime le sceau de son empire (processus essentiel). C'est de la négation de cette tension idéalement irréductible entre l'acte et le processus que découle la fiction d'une assimilation des deux, entreprise le plus souvent pour sauver le dogme volontariste »<sup>5968</sup>.

---

un gage supplémentaire d'objectivité, puisqu'on concède d'emblée que l'on ne peut prétendre faire abstraction de ses aspirations subjectives »).

<sup>5964</sup> F. DI DONATO, *La "costruzione giudiziaria" del fatto*, Thèse [Manuscrit], Naples/Neuchâtel, Università degli studi di Napoli « Federico II »/Université de Neuchâtel, 2007, 269 p. (dernier accès le 18 août 2016 : <http://www.fedoa.unina.it/1396/>).

<sup>5965</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>5966</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>5967</sup> R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 505, note 369, repris par A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 278-279, § 181.

<sup>5968</sup> R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 505, note 369.



La construction du fait juridique d'acquiescement n'a donc rien d'automatique. Elle fait la part belle au travail de sélection, de qualification, et de comparaison des plaideurs et des tribunaux.

Avant de passer à la prochaine section consacrée au « fait juridique complexe », nous signalons que l'opération de reconstruction de l'acquiescement n'est pas toujours d'une sophistication grandiose. L'acquiescement est un principe général qui est concrétisé dans des coutumes *et dans des conventions*. Au sujet de ces dernières, nous avons quelquefois utilisé le terme « d'acquiescement codifié » lorsqu'une convention s'empare de sa structure et la soumet à un but précis. Certaines de ces concrétisations conventionnelles éliminent des incertitudes dans la vérification de l'acquiescement. L'article 20, § 5 CVDT prévoit une application automatique de la réserve à l'égard des États qui ne s'y sont pas opposés. Il s'agit d'un fait juridique (les conditions principales se résument à l'écoulement d'une année à partir de la notification et à l'absence d'une protestation écrite). Ce fait juridique est « évident » dans le sens qu'il laisse très peu de place au doute et à l'interprète. Est-il reconstruit *a posteriori* ? Dans le cas de l'article 20, § 5 CVDT il est difficile de l'affirmer. Tout au plus il faut signaler le caractère graduel de son établissement, qui nécessite l'écoulement d'une année, et, en sus, l'occasion d'appliquer la réserve et d'en exiger le respect. Ce qui est certain, c'est que l'article en question présente le mérite d'éliminer de nombreuses incertitudes dans la (re)construction du fait juridique. La forme écrite nécessitée à chaque étape et le cadre strict du droit des traités contribuent à prouver clairement l'acquiescement.

Par contraste, l'article 45 CVDT relatif à la perte du droit d'invoquer une cause de nullité n'est pas un exemple de clarté :

« 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 : [...] 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 ».

L'acquiescement est discipliné vers un but, mais ses conditions de fonctionnement ne sont que partiellement éclaircies. Le fait juridique nécessite ici d'être reconstruit : quelle est la connaissance requise des faits ? La connaissance présumée suffit ? Qu'est-ce qu'une conduite pertinente dans ce cadre ? Qui peut invoquer l'article 45 CVDT ? Assurément

il s'agit de l'État qui a peut-être créé la cause de nullité (un dol) et qui souhaite malgré tout bénéficier de l'acquiescement de son adversaire. Un processus décisionnel et le recours à un tribunal semblent nécessaires afin de pouvoir appliquer – et donc reconstruire – le fait juridique consacré par l'article 45 CVDT.

### B. Un « fait juridique complexe »

Ce type particulier de fait juridique désigne un ensemble foisonnant de comportements, d'attitudes, d'actions et réactions<sup>5969</sup> particulièrement présent les différends territoriaux :

« La perfection du titre juridique lors de transferts territoriaux s'effectuant sans acte conventionnel, ou, tout au moins, lorsque ce dernier ne constitue pas la seule cause juridique de la mutation territoriale, se présente sous la forme d'un fait juridique complexe. Par exemple, en cas de découverte d'une île sans maître, l'État se trouve en possession d'un *inchoate title*, c'est-à-dire d'un *ius in re* déficitaire. Si l'État persiste dans la revendication de l'île et poursuit donc l'occupation effective, le titre incomplet qu'est l'*inchoate title* se trouvera incorporé, en tant qu'élément constitutif, dans le titre complet qui jaillit précisément de l'effectivité de l'occupation. Les différents éléments qui composent le titre juridique contribuent, chacun pour sa part et selon son "poids", à le rendre plus *effectif*, ou encore à rendre plus *effective* la situation territoriale étayée par le titre en question »<sup>5970</sup>.

Giovanni Distefano met parfaitement en lumière la pertinence de cette notion (ou « procédé existentiel ») dans le cadre territorial. Nous tâcherons d'en résumer les points saillants avant de les appliquer à l'acquiescement.

Le fait juridique complexe permet de placer sous une même égide un ensemble hétéroclite de faits, *et également des actes juridiques*<sup>5971</sup>. Cet ensemble demeure bel et bien un *fait* car la volonté n'y est pas omniprésente : le fait juridique complexe *peut*, mais ne doit pas nécessairement, incorporer des actes juridiques. Il consiste en

« un agrégat efficace (une cause efficiente) d'actes juridiques de type conventionnel (même incomplets; même inachevés, non ratifiés) et d'actes unilatéraux, simples ou complexes, d'attitudes, de comportements, de

<sup>5969</sup> Pour plus de références, voy. : G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, op. cit., p. 200, note n° 279.

<sup>5970</sup> *Ibid.*, p. 119. Les soulignements de l'original sont transformés en italiques.

<sup>5971</sup> *Ibid.*, p. 155 : « Il est donc possible de configurer le transfert de la souveraineté territoriale par traité comme un "fait juridique complexe" [voy. *infra*, Chapitres 2.2 et 2.2.5], composé par le traité lui-même et par l'établissement effectif de la souveraineté de l'État cessionnaire suite au retrait de l'État cédant ».

pratiques, d'usages, de *modi vivendi*, de coutumes, qui engendrent un *titulus acquisitionis*. Tous ces actes et faits apparaissent au juge (ou au juriste) comme conduisant à l'extinction ou à la création, à l'achèvement ou à l'amointrissement, à l'extension ou au rétrécissement du titre territorial » <sup>5972</sup>.

Deux éléments nous retiendront : la notion d'agrégat « efficace » (1) et le rôle du juge et des parties (2).

### 1. *Un agrégat « efficace »*

L'exemple jurisprudentiel qui a constitué le point de départ de la notion de fait juridique complexe est l'affaire des *Pêcheries* <sup>5973</sup>. Plus précisément, De Visscher <sup>5974</sup> y développe la notion de consolidation historique de titre, qu'il théoriserait ensuite dans des articles et qui sera reprise par d'autres (Blum notamment) <sup>5975</sup>. Le mérite de cette théorie est de donner corps aux attitudes variables et variées des États, de pouvoir les rassembler en un faisceau, de conjuguer actions, réactions, inactions, temps et preuves pour consacrer un titre juridique <sup>5976</sup>. Le fait juridique est dit « complexe » car la moisson qu'il rassemble est potentiellement illimitée ; de plus la solution juridique qui est finalement consacrée ne découle pas d'un raisonnement causal qui suit les maillons d'une chaîne (sur le modèle de Descartes), mais plutôt d'une inspection de la texture des relations concernant un territoire :

« [L]'effet juridique qu'est l'acquisition ne se rattache guère à un *fait principal*, puisqu'il n'y en a point à proprement parler, mais il est engendré par l'agrégation *efficiente* de plusieurs éléments, qui tendent tous vers sa réalisation. Inextricablement liés, entremêlés, enchevêtrés les uns aux autres, diachroniques et synchroniques, ces éléments, ces faits et actes concourent à la création, ou à l'extinction, ou à la modification, ou au maintien du titre juridique » <sup>5977</sup>.

L'avantage indéniable de cette construction est sa flexibilité ; elle s'accommode de nombreuses situations et ne repose pas sur un événement unique afin d'être consacrée <sup>5978</sup>. Le dénominateur

<sup>5972</sup> *Ibid.*, p. 15, italiques dans l'original.

<sup>5973</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>5974</sup> Par ex. Ch. DE VISSCHER, « Cours général de principes de droit international public », *op. cit.*, p. 490.

<sup>5975</sup> Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, *op. cit.*, voy. les références aux *Pêcheries* en p. XV.

<sup>5976</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>5977</sup> *Ibid.*, p. 219, italiques dans l'original.

<sup>5978</sup> *Ibid.*, p. 223.

commun et nécessaire pour valider un fait juridique complexe, c'est la convergence, la capacité à s'orienter dans une direction unique<sup>5979</sup>. Pour empêcher la validation d'un « fait juridique complexe », l'adversaire pourra s'attaquer aussi bien à l'existence de cette convergence que nier chacun des éléments qui sont rassemblés sous l'égide du fait complexe<sup>5980</sup>. Rapporté à l'acquiescement, cela consiste soit à faire exploser le « fil rouge », soit à nier la réalisation d'un de ses éléments (notoriété de la prétention, existence d'une charge de réagir).

## 2. *Le rôle du juge et des parties*

Le fait juridique complexe est reconstruit par le tribunal et les parties<sup>5981</sup>. Les parties apportent les faits et en proposent une valorisation, le rôle du juge dépasse celui des parties car il ordonne, révèle et crée le fait juridique complexe<sup>5982</sup>. Un symptôme du rôle tentaculaire du juge<sup>5983</sup> est visible dans la pondération des faits, preuves, et effectivités : dans *Pedra Branca* par exemple, la CIJ termine l'examen de chaque effectivité par une remarque sur sa valeur<sup>5984</sup>.

Certains acquiescements constituent des « faits juridiques complexes », on les rencontre principalement dans le domaine territorial et en tant que processus intégré à la coutume ou à une pratique subséquente. Le « fait juridique complexe » n'englobe donc pas toutes les concrétisations de l'acquiescement. Une fois ce *caveat* émis, examinons ce que la notion de fait complexe apporte à l'acquiescement. C'est une question de positionnement qui retient en premier l'attention : l'acquiescement peut soit être lui-même un « fait juridique complexe »<sup>5985</sup>, soit être incorporé dans un « fait juridique complexe » qui le dépasse<sup>5986</sup>. La première hypothèse se rencontre lorsque l'acquiescement – seul – préside à la mutation

<sup>5979</sup> *Ibid.*, p. 225 : « nous avons estimé opportun de mettre l'accent sur la nécessité que ces éléments fort hétéroclites conspirant, chacun à des degrés (poids) différents, à la réalisation d'un effet juridique commun, à savoir le titre ».

<sup>5980</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>5981</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>5982</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>5983</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>5984</sup> Voy. : *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 85, § 239.

<sup>5985</sup> Voy. aussi : J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 393 et 420.

<sup>5986</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, *op. cit.*, p. 220.

territoriale, par exemple en cas de cession tacite de territoire ou d'occupation effective de territoire. La seconde relève des cas où le différend rassemble aussi bien des faits que des actes juridiques (traité ; reconnaissance) et, par exemple, qu'une pratique subséquente prend place et modifie la frontière. Dans cette dernière hypothèse, l'acquiescement *contribue* à la solution du cas : il se *soude* aux autres éléments du faisceau convergent qui indiquent la solution finale retenue par le tribunal <sup>5987</sup>.

Quant aux caractéristiques du fait juridique complexe, on ne peut que constater que certains types d'acquiescements y correspondent parfaitement. À une différence près : l'acquiescement ne recueille *pas* d'actes juridiques en son sein <sup>5988</sup>. En dehors de cette limite, l'acquiescement est bien un processus qui témoigne d'une grande souplesse qui permet de rassembler autour d'un « fil rouge » unique des faits disparates. L'acquiescement ne repose pas sur un comportement unique : c'est leur addition, conjugaison, convergence et pondération – finalement pris en compte par le tribunal <sup>5989</sup> – qui fait son succès. La reconstruction par le juge du fait complexe et de l'acquiescement ne nécessite pas de développements supplémentaires (*cf. supra*, section précédente III.A). Quant aux droits modifiés, transférés, ou supprimés, il s'agit bien de droits subjectifs pour le fait juridique complexe <sup>5990</sup>. Finalement, en tant que fait juridique complexe, l'acquiescement procède à une « double valorisation » de certains éléments de son fonctionnement. Un comportement peut ainsi *à la fois* participer à la modification du droit et constituer une preuve de l'acquiescement <sup>5991</sup>.

<sup>5987</sup> Voy. par ex. : *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 96, § 275 ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 662, § 103. Dans cette hypothèse, certains conçoivent l'acquiescement dans une optique « probatoire ».

<sup>5988</sup> Voy. toutefois J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 419.

<sup>5989</sup> G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, *op. cit.*, p. 398, § 7.

<sup>5990</sup> *Ibid.*

<sup>5991</sup> *Ibid.*, p. 395 : « La coagulation du *titulus acquisitionis* se réalise ainsi par le biais de ces attitudes (concluantes) des États directement concernés par la mutation territoriale. Certains actes (imparfaits) et faits juridiques entrent ainsi en ligne de compte à la fois comme éléments de preuve et comme faits aptes à modifier des situations juridiques subjectives ».

#### IV. *La part du juge, le rôle des parties, l'influence des principes de procédures*

##### A. *Une création prétorienne*

###### 1. *Introduction*

L'acquiescement est doublement une création prétorienne : d'une part car les tribunaux se sont emparés de la notion et l'ont développée (Ch. 4.I.D), et d'autre part car ce n'est qu'au terme de son examen par une cour qu'il peut véritablement exister. Dans cette section, nous nous attacherons en priorité au processus d'établissement de l'acquiescement par les tribunaux. Il s'agit de percevoir les linéaments du raisonnement judiciaire, les concepts et réflexions qui « pèsent » sur la construction de l'acquiescement. Fondamentalement, l'œuvre du juge peut se diviser en trois sur le modèle du syllogisme<sup>5992</sup> : les faits, le droit, et l'application du second aux premiers. Quant aux faits, le tribunal adoube ceux qui sont suffisamment établis (standard de preuve ; *infra*, C.5) et pertinents pour la collation du « fil rouge ». Quant au droit, il s'agit de définir les limites de l'acquiescement par rapport à d'autres institutions et d'en préciser le fonctionnement. Finalement, l'application de l'acquiescement aux faits consiste à valider ou non sa concrétisation et à en préciser les limites. Nous n'aborderons ces trois aspects de manière superficielle : certains points ont été abordés ailleurs (la distinction avec des institutions parentes)<sup>5993</sup> et car si les décisions distinguent ces différentes étapes, elles sont en réalité intimement liées dans un état d'interaction constante.

###### 2. *Le rôle créateur ou l'influence directe du juge*

La doctrine se fait largement l'écho du rôle du juge dans l'établissement d'un acquiescement<sup>5994</sup>. En s'emparant d'une institution et en l'appliquant au cas concret, les tribunaux font œuvre de création et de « spécification » :

« Chaque fois qu'un tribunal applique une règle générale à une situation particulière, il spécifie davantage l'étendue et les limites du champ d'application de la règle, les conditions et les modalités de son application,

<sup>5992</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 268.

<sup>5993</sup> Voy. not. : Ch. 3.II – « Distinctions et institutions parentes ».

<sup>5994</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, *op. cit.*, p. 261 ; H. DAS, « *L'estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, pp. 627-628 ; J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 422, 426-427 ; Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, pp. 264-265.

ses exceptions éventuelles et ses effets juridiques ou d'autres aspects encore. Les précédents tranchent progressivement les controverses sur ces divers points, fournissant ainsi la chair qui enrobe l'ossature que sont les principes abstraits »<sup>5995</sup>.

En somme, les décisions judiciaires procèdent par « accrétion » et « sophistication » : les divers éléments de l'acquiescement sont graduellement établis, précisés, s'articulent les uns aux autres. Parfois une décision se concentre sur l'auteur de l'acquiescement, sur la connaissance, la nécessité d'une protestation. L'œuvre prétorienne dévoile au fur et à mesure les contours du principe général d'acquiescement.

Cette importante œuvre concerne en premier lieu les acquiescements de type coutumier et les applications du principe général (dans les plus anciennes décisions)<sup>5996</sup>. Dans le cas de codification et d'incorporation de l'acquiescement dans un traité, la valeur et la nécessité de l'intervention du juge dépend de la marge de manœuvre que l'article laisse à l'interprète. Ainsi, la vérification de l'article 20, § 5 CVDT laisse moins de place à l'interprète que celle de l'article 45 CVDT.

Entre parenthèses l'acquiescement est *nécessairement* une création prétorienne lorsqu'il concerne un aspect de compétence ou de juridiction du tribunal. Dans ce domaine, les acquiescements sont nombreux (*supra* Ch. 6.III.C.2.c) et leur vérification emporte des conséquences pour le travail du tribunal.

Ces précisions faites, comment s'exprime concrètement le rôle créateur du juge lorsqu'il saisit un acquiescement ? Ce rôle se manifeste sur trois plans ; l'établissement des faits (a), l'établissement du droit (b), et l'application de la norme « acquiescement » au cas concret (c). Ces trois plans fonctionnent en interaction constante, tant entre eux (interne), qu'à l'extérieur envers les autres institutions en concurrence avec l'acquiescement (d).

---

<sup>5995</sup> G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 131.

<sup>5996</sup> Avant 1945, l'acquiescement était parfois utilisé en tant que véritable principe général. Postérieurement, l'acquiescement est majoritairement présent dans des concrétisations conventionnelles ou coutumières.

a. *L'établissement des faits*(i) *La sélection des bornes temporelles*

Le juge répertorie et établit les faits pertinents ; cette sélection ne concerne que certains éléments de l'acquiescement. C'est en première ligne les comportements qui concentrent l'attention car il s'agit de faits tangibles, survenus dans le monde physique (occupation d'un territoire, collecte d'impôts, communications diplomatiques, desserte aérienne d'une destination). Dans cet ensemble de comportements, c'est la prétention initiale qui mobilise un travail de reconstruction plus important car elle initie la ligne d'acquiescement (*supra*, Ch. 5.II.A et 5.III.A). Dans *Golfe du Maine*, les États-Unis et le Canada s'opposaient sur le début de la période propice à l'acquiescement. Les États-Unis faisaient remonter le début de l'acquiescement à la proclamation Truman<sup>5997</sup> tandis que le Canada soutenait que c'était dès 1964 que la première prétention était survenue. La Cour tranche :

« Les faits pertinents peuvent être résumés comme suit. Le Canada commença à délivrer en 1964, en deçà de ce qui était selon lui une ligne médiane divisant le banc de Georges, des options à long terme ("permis") en vue de l'exploitation exclusive d'hydrocarbures. [...] »<sup>5998</sup>.

Ce travail de sélection emporte évidemment d'importantes conséquences juridiques pour l'acquiescement puisqu'il en délimite la période d'activité, le laps de temps pendant lequel les comportements des parties seront pris en compte. À l'autre extrême, le tribunal indique la fin de la ligne d'acquiescement. Cette « fin » de la période propice à l'acquiescement est définie, *a posteriori*, par l'interaction entre les parties à partir de laquelle leurs positions respectives n'évoluent plus (*supra*, Ch. 5. II.C). Dans *Golfe du Maine* encore, la Cour fixe cette date en 1969 car des négociations s'ouvrirent et les deux États campèrent sur leurs positions<sup>5999</sup>. Les parties aident le tribunal à déterminer ces deux dates, ne serait-ce qu'en proposant différentes périodes ou en admettant la date proposée par leur adversaire<sup>6000</sup>.

Entre ces deux bornes temporelles, le tribunal recueille et classe les comportements. Généralement, la partie qui plaide l'acquiescement n'amène que des faits utiles à composer le « fil rouge » de

<sup>5997</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 311, § 153.

<sup>5998</sup> *Ibid.*, p. 305, § 131.

<sup>5999</sup> *Ibid.*, p. 308, § 142.

<sup>6000</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 653, § 71.



l'acquiescement. La partie adverse dispose de plusieurs moyens pour en combattre la constitution : elle peut nier l'existence de ces comportements<sup>6001</sup>, contester leur pertinence<sup>6002</sup>, et encore présenter d'autres comportements qui mettent en évidence l'absence de cohérence du comportement<sup>6003</sup>. De son côté, le tribunal choisit *quels faits* il retient, tant ceux favorables que défavorables à la constitution d'un « fil rouge ». Il garde ainsi une mainmise importante sur les faits. Il va de soi que les stratégies à disposition des parties s'appliquent également au raisonnement du tribunal : en augmentant ou restreignant les faits jugés pertinents, la constitution du « fil rouge » peut être favorisée ou empêchée.

Sans forcer le trait, c'est à travers ces étapes de choix des bornes temporelles (point initial et terminal) et de choix du « contenu » pertinent que le sort de l'acquiescement se joue. L'acquiescement est un fait juridique. Il repose nécessairement sur des événements « historiques » qui établissent les interactions entre deux sujets. À ce titre, les faits positifs (comportements avérés, actions, réactions, protestations, attitudes, déclarations, saisine, négociations) constituent l'ossature de l'acquiescement, les points d'ancrage sur lesquels la réflexion juridique et l'établissement des faits « négatifs » viennent se greffer. Formulé autrement, les comportements positifs, réels, sont à la racine de tout acquiescement : la construction d'une omission ne peut se faire que grâce à une interaction précédente et tangible. Pour le travail de reconstruction du tribunal, cela signifie que le constat d'omission est plus libre, bien qu'il doive trouver une justification dans les comportements positifs antérieurs. Dans *Golfe du Maine, Préah Vihéar* et *Pêcheries norvégiennes*, ce n'est que grâce à l'action précédente de l'État qui cherche à bénéficier de l'acquiescement que le tribunal peut investiguer l'omission (un « fait » pertinent pour construire l'acquiescement), les conditions de la connaissance, et de la charge de réagir<sup>6004</sup>.

---

<sup>6001</sup> Voy. par ex. la différence entre les effectivités proposées par la Colombie et celles examinées par la Cour : *ibid.*, pp. 653-654 (Colombie) et pp. 656-657 (appréciation de la Cour).

<sup>6002</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 82, § 232 ; p. 84, § 235.

<sup>6003</sup> Le meilleur expédient consiste à énumérer les protestations (promptes, fermes, et vigoureuses). Alternativement, des « protestations en actes » permettent aussi de faire éclater le « fil rouge ».

<sup>6004</sup> La distribution des cartes offre à la CIJ la possibilité de s'interroger sur l'omission de la Thaïlande et sur son absence de réaction. *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 21-24.

(ii) *Faits tangibles et faits abstraits*

Ces développements nous amènent à distinguer faits « tangibles » et « abstraits ». Les premiers regroupent les faits qui adviennent dans le monde physique, telles les déclarations des États, les comportements positifs (actes sur le terrain ; passage dans les eaux litigieuses ; commission d'un acte illicite par action), les protestations (expresses et « en actes »). Les seconds regroupent les éléments de l'acquiescement qui résultent d'une construction intellectuelle. L'acquiescement fonctionne largement grâce à cette seconde catégorie de faits : connaissance présumée, notoriété reconstruite, charge de réagir, mais aussi omissions et silences. Ces faits « abstraits » sont identifiés par les parties et le tribunal, mais comme il s'agit d'une opération intellectuelle, la part d'appréciation et de reconstruction est plus grande que pour les faits tangibles.

Le travail des tribunaux est de construire les articulations entre faits « tangibles » et « abstraits » – dans cet ordre-là – afin de valider l'acquiescement. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, c'est à partir de la distribution des cartes que la Cour peut reconstruire toutes les omissions de la Thaïlande, sa connaissance présumée, l'existence d'une charge de réagir<sup>6005</sup>. Dans les *Pêcheries*, la Cour utilise les décrets et l'application concrète qui en est faite pour mettre en évidence l'inertie du Royaume-Uni<sup>6006</sup>.

Les faits « abstraits » sont une catégorie mixte, à cheval entre établissement des faits et application du droit. Ils témoignent de l'interaction constante entre droit et fait. La construction de la connaissance présumée est un raisonnement, une application du droit qui s'arrime dans certains faits positifs. Dans *Temple de Préah Vihéar*, la Cour s'appuie sur un fait tangible pour articuler des hypothèses de connaissance :

« La carte [de l'annexe I] a été communiquée – avec les autres [cartes] – aux membres siamois de la Commission mixte. Ceux-ci ont nécessairement dû savoir (et par leur intermédiaire le Gouvernement siamois doit avoir su) qu'elle ne pouvait rien représenter qui eût été formellement adopté par la Commission mixte et, par conséquent, il est impossible qu'ils aient été trompés par son titre, à savoir "Dangrek – Commission de délimitation entre l'Indo-Chine et le Siam", et amenés à supposer qu'elle prétendait être l'œuvre de la Commission mixte comme telle. Dans l'hypothèse inverse, si les membres siamois de la Commission

<sup>6005</sup> *Ibid.*, pp. 21-28.

<sup>6006</sup> *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 135-138.

ont pensé autrement, c'est que la Commission mixte, sans le constater dans les procès-verbaux, avait en fait pris des décisions ayant servi de base à la carte ; or, les membres siamois de la Commission devaient évidemment avoir connaissance de toutes décisions de ce genre »<sup>6007</sup>.

La Cour reconstruit ce qui a dû se passer : connaissance de la Thaïlande et omission des fonctionnaires sont inextricablement liées. *Malgré* le silence des autorités thaïlandaises, la Cour peut établir des faits qu'elle utilisera pour valider l'acquiescement.

Il est possible de subdiviser la catégorie des faits « abstraits » entre ceux qui sont plutôt factuels et ceux qui impliquent – au moins en germe – une valorisation juridique. Les omissions sont abstraites et factuelles : un État s'est tu, son silence est pertinent en raison des actes positifs qui l'entourent et l'encadrent. Le silence est perçu comme un événement négatif (omission), mais comme un événement avant tout. À l'inverse, la notoriété présumée et la connaissance présumée sont des faits abstraits « juridiques » dans le sens qu'elles résultent d'une application de critères juridiques aux autres faits du cas. La connaissance présumée est typiquement *déduite* des circonstances (c'est-à-dire des faits tangibles et des faits abstraits).

Entre parenthèses, nous signalons encore que les réflexions développées exclusivement pour les bornes temporelles et les comportements (section a.i) sont applicables à l'ensemble de l'acquiescement. Tous les éléments de l'acquiescement peuvent être passés à la moulinette des considérations émises *supra* ; tous les éléments énumérés dans le Chapitre 5 peuvent être projetés sur le plan de la construction des faits. Ainsi, l'existence d'une protestation peut être remise en cause, peut être jugée non pertinente, ou pas nécessaire, le tribunal peut n'en tenir aucun compte, car elle serait insuffisamment forte. La charge de réagir peut être niée ou avalisée, le tribunal peut considérer que les faits n'étaient pas de nature à demander une forte réaction, que la réaction tardive suffit, ou encore que la charge existe, mais que l'État ne pouvait légitimement pas s'en acquitter en raison d'un empêchement passager. Les éléments de fonctionnement de l'acquiescement sont *traités* comme des faits à vérifier.

---

<sup>6007</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 24.

b. *L'établissement du droit*

La question centrale est celle des règles de l'acquiescement en tant que norme juridique. Il est évident que selon la concrétisation juridique de l'acquiescement retenue, les faits à établir ne seront pas les mêmes. L'interaction constante laisse à nouveau sa marque dans cette deuxième étape. Si l'acquiescement est codifié (art. 20, § 5 et 45 CVDT), l'établissement du droit consiste à interpréter le traité. Si l'acquiescement est coutumier ou reste au niveau de principe, le tribunal s'entoure de précédents, de principes voisins et de considérations générales (la bonne foi ; les buts du domaine où l'acquiescement intervient). Un exemple typique est l'acquiescement opposé à un titre juridique préexistant (traité). Dans ce cas de figure :

« La Cour constate cependant que, puisque le Cameroun détenait un titre préexistant sur cette région du lac, le critère juridique applicable est l'existence ou non d'un *acquiescement manifeste du Cameroun au transfert de son titre au Nigéria* »<sup>6008</sup>.

L'acquiescement manifeste exige un comportement ou un « fil rouge » qui ne laisse que peu de place à l'équivoque. En identifiant ainsi les contours *juridiques* de l'acquiescement, la Cour agit simultanément sur les faits qui seront susceptibles d'être pris en compte. Les faits devront être plus nombreux du côté de l'État souhaitant bouleverser le titre *et* ils devront clairement témoigner d'une attitude de souverain à l'égard du territoire litigieux. À l'inverse, l'acquiescement pertinent pour l'occupation d'une *res nullius* consiste à comparer les effectivités et à attribuer la souveraineté à l'État qui présente les meilleurs comportements en rapport avec le territoire<sup>6009</sup>.

Cette variation des conditions de l'acquiescement dans chacune de ses concrétisations sectorielles concerne aussi bien les *faits tangibles* (types d'actes pertinents ; les actes de souveraineté en cas de différend territorial) que les *faits abstraits* (quel type d'omission doit être reconstruit dans les Conventions de protection des droits humains ; quels critères sont pertinents pour construire

<sup>6008</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 353, § 67, nos italiques.

<sup>6009</sup> Des faits minces peuvent suffire : *Île de Clipperton (Malaisie c. Singapour)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1108-1111 ; *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 46.

la connaissance, cette dernière doit-elle être réelle ou peut-elle être présumée ?). La boucle entre les faits et le droit s'affirme dans ce processus de détermination des conditions de fonctionnement de l'acquiescement : conditions qui dépendent des faits bruts disponibles ; conditions qui déterminent quels faits sont pertinents<sup>6010</sup>. Dans l'affaire du *Désarmement nucléaire*, la Cour synthétise les conditions de l'existence d'un différend :

« La détermination par la Cour de l'existence d'un différend est une question de fond, et non de forme ou de procédure [...] Par ailleurs, "si la protestation diplomatique officielle peut constituer un moyen important pour une partie de porter à l'attention de l'autre une prétention, pareille protestation ... n'est pas une condition nécessaire" à l'existence d'un différend [...] L'existence d'un différend doit être établie objectivement par la Cour sur la base d'un examen des faits [...] Le comportement des parties peut aussi entrer en ligne de compte, notamment en l'absence d'échanges diplomatiques [...] En particulier, la Cour a jugé que "l'existence d'un différend p[ouvait] être déduite de l'absence de réaction d'un État à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait" »<sup>6011</sup>.

La Cour se place sur le terrain du droit tout en soulignant la part inévitable d'examen des faits, la possibilité de *déduire* l'existence d'un différend l'amène à scruter et à *forger* la condition juridique de la connaissance :

« Les éléments de preuve doivent montrer que les "points de vue des ... parties [sont] nettement opposés" en ce qui concerne la question portée devant la Cour [...]. Ainsi que cela ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen, un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'"opposition manifeste" du demandeur »<sup>6012</sup>.

Dans le cadre des critères juridiques de la connaissance (acquiescement à l'existence d'un différend), la Cour admet que la connaissance peut simplement être présumée (« ne pouvait pas ne pas avoir connaissance »). Dans la suite de son raisonnement, la Cour revient

<sup>6010</sup> L'interaction entre droit et fait est à double sens : les faits peuvent provoquer un relâchement des conditions, relâchement qui permet en retour de les prendre en considération. De l'autre côté, l'établissement du droit permet d'augmenter ou de restreindre les faits qui pèseront sur la solution du différend.

<sup>6011</sup> *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, arrêt, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, pp. 849-850, §§ 38-40.

<sup>6012</sup> *Ibid.*, p. 850, § 41.

aux faits et examine si les comportements mis en avant par les *Îles Marshall* suffisent à satisfaire la condition de la connaissance présumée<sup>6013</sup>. Ainsi, la Cour

« estime qu'il faut faire preuve d'une grande prudence avant de conclure, au vu de votes exprimés sur des résolutions d'organes politiques tels que l'Assemblée générale, à l'existence ou à la non-existence d'un différend d'ordre juridique portant sur une question visée par pareil texte »<sup>6014</sup>.

Ouvrir la voie au critère juridique de la connaissance présumée ne fonctionne pas comme un blanc-seing ; il est toujours possible d'apprécier les faits qui sont aptes à y participer, et de les écarter s'ils sont jugés insuffisants.

L'intronisation de la condition juridique de la connaissance (présumée) a été l'objet de nombreuses critiques dans les opinions dissidentes (la première exception préliminaire a été votée à huit voix contre huit, par la voix prépondérante du président)<sup>6015</sup>. Il est évident que la Cour connaissait les faits qui lui seraient soumis avant d'énoncer les conditions d'existence d'un différend.

En matière d'accord tacite, les tribunaux ont également formulé plus finement les conditions de fonctionnement de l'acquiescement. La jurisprudence régulièrement citée en la matière est l'affaire *Nicaragua c. Honduras* :

« 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. Une ligne *de facto* pourrait dans certaines circonstances correspondre à l'existence d'une frontière convenue en droit ou revêtir davantage le caractère d'une ligne provisoire ou d'une ligne à vocation spécifique, limitée, telle que le partage d'une ressource rare. Même s'il y avait eu une ligne provisoire jugée utile pour un certain temps, cela n'en ferait pas une frontière internationale »<sup>6016</sup>.

L'affaire *Tunisie/Libye* et sa ligne *de facto* constituent la toile de fond de l'extrait ; la Cour y avait permis à un accord provisoire (*modus vivendi*) de peser sur l'issue du différend<sup>6017</sup>. Cet extrait de *Nicaragua c. Honduras* indique bien comment la Cour égrène le

<sup>6013</sup> *Ibid.*, pp. 853-856.

<sup>6014</sup> *Ibid.*, p. 855, § 55.

<sup>6015</sup> *Ibid.*, p. 856, § 59.

<sup>6016</sup> *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*, p. 735, § 253.

<sup>6017</sup> *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriyah Arabe Libyenne)*, arrêt, 24 février 1982, CIJ, *Rec. 1982*, p. 71, § 96 ; p. 83, § 117.

droit, laisse la porte entrouverte à son ancienne jurisprudence tout en prenant soin de développer de nouvelles conditions, légèrement plus restrictives (la déduction d'un accord doit être la seule option raisonnable). La Cour justifie son raisonnement par « l'importance » des frontières maritimes permanentes<sup>6018</sup>. La conversion d'une ligne *de facto* en accord autonome est envisageable, mais subsidiaire ! La Cour énumère deux valorisations préférables d'une ligne *de facto* : une ligne « technique » que se fera une joie de reprendre à son compte la chambre spéciale du TIDM dans *Ghana c. Côte d'Ivoire*<sup>6019</sup>, ou une simple ligne provisoire, qui ne prouve rien et qui cesse (ou doit cesser) lorsque les parties décident de négocier ou de recourir à un organisme de règlement des différends.

Pour conclure ce court examen, nous pouvons encore évoquer les décisions qui raffinent les conditions de l'acquiescement pertinentes dans le cas à trancher en s'appuyant sur la jurisprudence. *Golfe du Maine* illustre ce procédé de comparaison avec des acquiescements précédents. La Cour scrute les affaires soumises par le Canada et les rejette une à une :

« La Chambre considère que les éléments de fait et de droit dans l'affaire des *Pêcheries* et dans le litige actuel sont à l'évidence trop dissemblables pour qu'on puisse tirer de leur comparaison des conséquences juridiques valables pour la présente affaire »<sup>6020</sup>.

Ces affaires donnent l'occasion à la Cour de justifier, par comparaison, son rejet de l'acquiescement en raison du court laps de temps écoulé (cinq ans) et du manque de cohérence des comportements<sup>6021</sup>.

Dans *Services aériens*, le tribunal arbitral bâtit véritablement les conditions de fonctionnement de l'acquiescement dont il va se servir en référence à la jurisprudence de la CIJ et à la doctrine<sup>6022</sup> :

« What the Tribunal particularly has in mind are cases where express or implied consent has been given to a certain claim or the exercise of a certain activity, or cases where an attitude – whether it can rightly

<sup>6018</sup> *Ibid.*, p. 84, § 119 ; p. 87, § 125.

<sup>6019</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, p. 68, § 220.

<sup>6020</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 309, § 144, italiques dans l'original.

<sup>6021</sup> *Ibid.*, pp. 309-310, §§ 144-148.

<sup>6022</sup> *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. 62-64, notes n<sup>os</sup> 1 à 3 (p. 63), note n<sup>o</sup> 1 (p. 64).

or not be described as a form of tacit consent – certainly has the same effects on the resulting juridical situation between the Parties as consent properly speaking would have. The Tribunal is referring in particular to assumptions such as the following: the interested party has not in fact raised an objection that it may have had the possibility of raising, or it has abandoned, or not renewed at a time when the opportunity occurred, the objection that it raised at the outset; or while objecting in principle, it has in fact consented to the continuance of the action in respect of which it has expressed the objection; or again, it has given implied consent, resulting from the consent expressed in connection with a situation related to the subject matter of the dispute »<sup>6023</sup>.

L'interaction entre l'établissement du droit et les faits tangibles que le tribunal connaissait déjà avant de définir l'acquiescement est palpable.

c. *La conclusion : l'application du droit aux faits*

Elle a déjà été évoquée à travers les deux catégories précédentes. L'interaction constante entre le droit et le fait (et vice-versa) s'étend à l'application finale du droit. Cette dernière étape est relativement peu autonome des deux précédentes qui lui pavent véritablement la voie. Étant donné que l'acquiescement est reconstruit (et non « établi »), les diverses strates du syllogisme sont brouillées, peu importe qu'une décision les expose dans un ordre classique mais artificiel.

Tout au plus pouvons-nous esquisser que l'application du droit au fait soulève un questionnement supplémentaire susceptible d'influencer le verdict du tribunal : quels seraient les effets de l'acquiescement s'il était accepté ? Quelle « solution » la validation de l'acquiescement consacrerait-elle ? Dans *Nottebohm* si l'acquiescement avait été avalisé, le Liechtenstein aurait pu agir en protection diplomatique contre le Guatemala, et ce malgré la naturalisation de complaisance<sup>6024</sup>. Dans *Phosphates à Nauru* et dans l'affaire *Norstar*, la validation de l'acquiescement aurait eu pour conséquence l'absence de compétence du tribunal<sup>6025</sup>. Dans *Services aériens*, les arbitres admettent l'acquiescement à la modification

<sup>6023</sup> *Ibid.*, pp. 63-64, notes omises.

<sup>6024</sup> *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, pp. 19 et s.

<sup>6025</sup> *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, pp. 253 et s. ; *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, pp. 71-73, §§ 300-308.



des lignes aériennes car ils ne disposaient pas d'autres moyens pour parvenir à ce résultat<sup>6026</sup>. Dans *Pensions de l'Unesco*, l'admission de l'acquiescement aurait comme conséquence l'exonération des pensions des fonctionnaires retraités<sup>6027</sup>. Et ainsi de suite : rejeter ou admettre l'acquiescement ne se fait jamais *in vacuo*, l'application du droit au fait et la prémonition des conséquences sont omniprésentes dans les étapes d'établissement du droit, des faits, et lors de leur conjugaison.

d. *La concurrence avec d'autres institutions*

Ces remarques nous amènent à considérer de plus près l'application de l'acquiescement dans la perspective de sa mise en concurrence avec d'autres institutions. Il s'agit d'une dimension non plus « interne », mais « externe » (les effets de l'acquiescement sont mis en opposition avec l'effet d'autres institutions). Les données fondamentales du problème se partagent en deux branches : en amont les faits « tangibles » nécessaires à la construction de l'acquiescement se recoupent avec ceux d'autres institutions (reconnaissance tacite ; *estoppel* ; etc.) et, en aval, les effets d'une autre institution disponible peuvent être préférés à ceux de l'acquiescement. Nous soulignons ailleurs les données du problème de l'amont<sup>6028</sup> (*infra*, C.1).

Dans la direction de l'aval et des effets, c'est le domaine des délimitations maritimes qui apporte un net témoignage de la mise en concurrence de l'acquiescement avec d'autres institutions. Les États peuvent délimiter les espaces maritimes par traité (exprès), ou confier la besogne à une cour, qui appliquera les principes bien établis en la matière (processus en étapes successives bien attestées, construction d'une ligne provisoire, adaptation aux circonstances pertinentes). Entre ces deux termes s'insère l'acquiescement, soit en son nom propre, soit dans une de ses innombrables variations (accord tacite, consécration d'une ligne *de facto* ou d'un *modus vivendi*). Face à cet achalandage juridique, un tribunal sait

<sup>6026</sup> *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. 63-67.

<sup>6027</sup> *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. 258-260.

<sup>6028</sup> Cf. *supra*, Ch. 3.II – « Distinctions et institutions parentes ».

pertinemment que la méthode par défaut consiste à appliquer les principes de l'équidistance, principes qui autorisent la prise en compte de circonstances pertinentes et qui doivent déboucher sur une « solution équitable ».

Lorsqu'une cour constate l'absence de traité exprès entre les parties, elle sait qu'une méthode « subsidiaire » existe, méthode qui, une fois appliquée, sera susceptible de donner aux parties une solution acceptable. L'acquiescement se présente comme un processus presque « défectueux » à cet égard ; il est en concurrence directe avec des principes établis qui disposent d'une grande autorité. Dans *Golfe du Maine, Ghana c. Côte d'Ivoire*, etc., le tribunal peut sereinement rejeter l'acquiescement car il dispose d'une bouée de sauvetage<sup>6029</sup>. Il y a fort à parier qu'en l'absence de principes aussi bien établis de délimitation, les tribunaux seraient plus enclins à admettre l'acquiescement<sup>6030</sup>.

Cette concurrence de l'acquiescement envers d'autres institutions ne signifie pas pour autant que le résultat final diffère : il se peut que l'acquiescement soit rejeté et que son alternative aboutisse à un résultat similaire. Dans ce cas de figure, l'institution alternative sera préférée car, par exemple, elle permet de ménager les susceptibilités des États, premiers clients des instances internationales<sup>6031</sup>. Dans *Roi d'Espagne* par exemple la Cour enrobe l'acquiescement dans une reconnaissance de la validité de la sentence<sup>6032</sup>. Parfois, la Cour ne fait qu'énumérer les possibilités (reconnaissance, renonciation, acquiescement), sans trancher, car tous les chemins mènent à une seule conclusion<sup>6033</sup>.

<sup>6029</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 310, § 148, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, p. 75, § 247.

<sup>6030</sup> Avant le développement de l'analyse en trois phases, voy. la place accordée aux comportements dans : *Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence, 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 147-166 ; *The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States)*, Sentence du 20 octobre 1903, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XV, pp. 481-540.

<sup>6031</sup> J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, pp. 426-427 ; Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 265.

<sup>6032</sup> *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.

<sup>6033</sup> Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, la Cour ne se prononce pas sur le souverain originel : *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 31.

e. *Synthèse*

Le rôle créateur et ordonnateur du juge est omniprésent. Le raisonnement est circulaire bien plus que linéaire ; chaque choix (de droit, de fait) rétroagit sur les éléments de l'acquiescement. Les conditions de l'acquiescement seules (Ch. 5) ne suffisent pas à expliquer pourquoi un acquiescement est retenu ou rejeté. S'intéresser à la création prétorienne permet de définir plus nettement l'ensemble des considérations qui pèsent sur le sort d'un acquiescement. L'écosystème judiciaire (le rôle créateur du juge) et juridique de l'acquiescement (institutions concurrentes ; influence du domaine juridique) se dévoile. L'application d'un acquiescement est une *conjonction* des faits tangibles à disposition ; de ses conditions juridiques ; de la reconstruction du juge ; du domaine juridique en cause et des institutions concurrentes qui pourraient s'appliquer.

3. *Excursus : l'influence indirecte du tribunal*

Au-delà des considérations précédentes, l'aspect prétorien de l'acquiescement se manifeste également de manière transversale, sans qu'il soit possible de l'attacher à un point en particulier.

*Le cours hypothétique des événements* : le tribunal construit l'acquiescement en comparant les faits réellement advenus et le comportement normal, raisonnable qui aurait dû être adopté afin d'éviter un acquiescement. Dans *Temple de Préah Vihéar*, la Cour souligne longuement à quelles vérifications et à quelles autorités les cartes auraient normalement dû être soumises. Par conséquent :

« Si les autorités siamoises n'ont montré les cartes qu'à des fonctionnaires subalternes, elles ont nettement agi à leurs propres risques et cela ne saurait appuyer les prétentions de la Thaïlande sur le plan international »<sup>6034</sup>.

Un État raisonnable se serait acquitté de ses obligations et aurait présenté la carte à des fonctionnaires chevronnés ou à des ministres.

Ce cours idéal des événements dépasse les seules bornes de l'acquiescement ; il s'agit d'un raisonnement qui imprègne tout le droit, y compris les codifications (les règles primaires *prescrivent* le comportement idéal que devrait adopter un État dans chaque situation).

---

<sup>6034</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 25.

*La possibilité et les occasions d'émettre une protestation* : l'absence de protestation participe à la fois à la construction du « fil rouge » de l'acquiescement (l'absence de protestation est une omission, un silence) et peut être utilisée comme une confirmation de l'acquiescement. L'idée de comparaison est également présente ici : le tribunal énonce les occasions où une protestation était nécessaire et exigible mais n'avait pas été émise. Cette comparaison peut être idéale (comme dans *Préah Vihear*) : le tribunal compare les faits avec le cours idéal et la diligence dont aurait fait preuve un État raisonnable placé dans la même situation. Mais cette comparaison peut aussi être réelle : dans *Pêcheries norvégiennes*, la Cour évoque les demandes de renseignements de la France au sujet des décrets norvégiens<sup>6035</sup>. Partant, le Royaume-Uni était en mesure de se renseigner et de protester.

*La pondération des différents comportements et éléments de l'acquiescement* : la constitution du « fil rouge » d'acquiescement repose sur les faits tangibles et les omissions des États. Les tribunaux n'accordent pas à chaque fait le même poids. L'exemple le plus accessible découle des différends territoriaux ; ce sont en priorité les actes qui témoignent d'une occupation à titre de souverain qui seront aptes à constituer un fil rouge. Les tribunaux énumèrent ainsi de nombreux comportements et prennent parfois soin de préciser quelle importance doit leur être accordée. Cette approche est mise en exergue dans *Pedra Branca*, la Cour utilise des expressions positives :

« étaye de façon appréciable » ; « étaye » ; « tend à confirmer » ; « un certain poids peut être attribué ».

Et des expressions négatives si les faits ne peuvent faire obstacle à l'acquiescement :

« aucun poids » ; « documents tenus secrets » ; « impossibilité de parvenir à une conclusion »<sup>6036</sup>.

Cette pondération des éléments de l'acquiescement s'étend notamment à la protestation, qui peut être jugée trop faible ou insuffisamment répétée. La pondération offre un outil supplémentaire au tribunal afin de construire l'acquiescement à sa guise.

<sup>6035</sup> *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 135-136.

<sup>6036</sup> Pour les deux citations : *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, pp. 82-95.

*La double valorisation des omissions* : elles sont pertinentes en tant qu'élément du fil rouge et comme preuve globale de l'acquiescement. L'inaction, le silence, l'inertie, la tolérance sont des faits « construits » à partir des actions positives (déclarations, comportements) :

« On a soutenu au nom de la Thaïlande que cette communication des cartes par les autorités françaises a été, pour ainsi dire, unilatérale, que la Thaïlande n'a pas été invitée à en accuser formellement réception et qu'elle ne l'a pas fait. En réalité, ainsi qu'on le verra ci-après, un accusé de réception très net ressort incontestablement de la conduite de la Thaïlande ; mais, même s'il n'en avait pas été ainsi, 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* » <sup>6037</sup>.

L'omission résonne dans le micro et macrocosme de l'acquiescement. Elle s'arrime au fil rouge (communication des cartes *et* omission) et elle est synonyme d'acquiescement (en raison de l'omission, il faut conclure à l'acquiescement). En identifiant et en multipliant les omissions pertinentes, le tribunal cimente la constitution de l'acquiescement.

### B. Une création « tripartite » ?

Le rôle des parties a déjà été évoqué çà et là en lien avec la position du tribunal. Il s'agit ici de s'intéresser de manière prépondérante à la contribution des parties et de compléter, par quelques observations, les développements précédents. Le titre de création « tripartite » suggère que la reconstruction de l'acquiescement est une œuvre collective. Les parties (demandeur et défendeur ; États signataires d'un compromis) proposent des constructions au tribunal en vue de soutenir leurs conclusions respectives. Le tribunal dispose d'une marge de manœuvre pour les rejeter, les évaluer, ou les approfondir. L'acquiescement n'est pas une création tripartite qui s'effectue dans une égalité parfaite entre le demandeur, le défendeur, et le tribunal. Comme on l'a vu

<sup>6037</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 23, italiques dans l'original.

dans la section IV.A précédente, la mainmise des autorités judiciaires sur l'acquiescement dépasse de loin une œuvre objective de constatation.

Malgré cette prépondérance du tribunal, le rôle des parties n'est pas négligeable. Les remarques de Martin-Bidou sont pertinentes bien que nous expulsions la volonté de l'acquiescement :

« Lorsque l'observateur procède à la recherche de la volonté de l'État qui a acquiescé, il fait une œuvre d'interprétation. Il doit examiner les comportements de l'auteur de l'acquiescement et tenter de les interpréter dans leur contexte afin d'y déceler une intention de consentir. Cet "observateur" est souvent un juge ou un arbitre. Certes, il n'est pas le seul à pouvoir identifier l'acquiescement, et fréquemment, la partie qui invoque l'acquiescement aura déjà procédé à des recherches sur la conduite de l'autre partie. Mais, force est de constater que, d'une façon générale, il y a litige sur l'existence même d'un acquiescement »<sup>6038</sup>.

C'est évidemment en première ligne l'État qui en bénéficierait qui invoque l'acquiescement. Schématiquement, la construction de l'acquiescement résulte de l'invocation initiale du bénéficiaire, qui est ensuite contrecarrée par l'État lésé. Ces deux premiers mouvements sont pour finir synthétisés par le tribunal.

Chronologiquement, cette contribution des parties s'ancre dans les divers moments de la procédure judiciaire. L'acquiescement peut être invoqué au stade de la requête introductive d'instance, lors des échanges d'écritures (mémoires, contre-mémoire, réplique, duplique ; la « phase écrite ») et lors des plaidoiries orales. *A priori*, il n'existe pas de limite temporelle pour invoquer l'acquiescement : les parties peuvent faire valoir tous les arguments qu'elles souhaitent lors des plaidoiries orales – dernier échange avant que la Cour n'entame son délibéré<sup>6039</sup>. Des considérations pragmatiques et pratiques importantes limitent toutefois les chances de succès d'un acquiescement invoqué au dernier moment. L'acquiescement s'arrime dans des faits « tangibles », des événements de la vie internationale ou nationale d'un État. Ces faits doivent être *prouvés* (à moins d'être absolument notoires), le moyen de preuve privilégié consiste à produire des documents<sup>6040</sup>. Ces documents sont très

<sup>6038</sup> P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, op. cit., p. 261, nos italiques.

<sup>6039</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., pp. 974-975, 978.

<sup>6040</sup> À propos des documents et de leur cadre juridique : R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., pp. 961-969.

généralement annexés aux divers actes (requête ; mémoire), ils sont ainsi communiqués à la Cour et à la partie adverse. La règle habituelle est que les documents peuvent être librement produits jusqu'à la clôture de la phase écrite :

« The production of fresh written documents after the closure of the written phase must indeed remain exceptional, since otherwise proceedings will be prolonged and there will be a risk of such applications' being used as delaying tactics »<sup>6041</sup>.

La production d'un nouveau document est possible après cette étape, mais elle est soumise à l'approbation de la partie adverse<sup>6042</sup>. Comme l'acquiescement repose nécessairement sur des faits, les documents qui permettent de le reconstruire doivent dans l'idéal être produits tôt dans les échanges. Il est envisageable qu'une partie produise des documents et n'y arrime l'acquiescement que dans un second temps, par exemple lors des audiences (l'acquiescement est « latent » dans les documents produits).

En dehors des documents, les parties peuvent se servir de témoignages et d'expertises<sup>6043</sup>. Cela signifie qu'il existe encore la possibilité d'arrimer « tardivement » l'acquiescement (témoins et experts sont entendus lors des phases orales)<sup>6044</sup>. Un témoignage pertinent pour l'acquiescement consiste par exemple à entendre un fonctionnaire expliquer les actes qu'il a accomplis de manière répétée pendant la période litigieuse (patrouilles navales à proximité du territoire contesté ; activités de police).

Une dernière limitation peut influencer marginalement l'invo-  
cation de l'acquiescement : les parties sont liées par leurs conclu-  
sions respectives. L'effet de l'acquiescement invoqué par une partie  
doit correspondre aux conclusions demandées. Cette considération  
ne pose en général aucun problème : les conclusions demandées  
consistent à déclarer l'existence d'un droit (souveraineté ; interpré-  
tation d'un traité). L'acquiescement est un moyen en vue d'une fin

---

<sup>6041</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, p. 963.

<sup>6042</sup> *Ibid.* L'article 56 RSCLJ récite : « Après la clôture de la procédure écrite et sous réserve du paragraphe 2 du présent article, aucun document nouveau ne peut être présenté à la Cour si ce n'est avec l'assentiment de la partie adverse. La partie désirant produire le nouveau document le dépose en original ou en copie certifiée conforme, avec le nombre d'exemplaires requis par le Greffe, qui en assure la communication à la partie adverse et informe la Cour. L'assentiment de la partie adverse est réputé acquis si celle-ci ne s'oppose pas à la production du document. [...] ». La dernière phrase codifie l'acquiescement.

<sup>6043</sup> Art. 43, § 5 SCLJ.

<sup>6044</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, p. 971.

dans cette perspective : il n'est utilisé que parce ce que son effet correspond au droit final qui est demandé. *A contrario*, une partie pourrait être empêchée d'invoquer l'acquiescement si ses conclusions s'attachent uniquement à déclarer *l'existence* d'un traité qui consacre la souveraineté (la partie limite les arguments à sa disposition et « l'amplitude » du différend)<sup>6045</sup>. Dans le cadre des compromis conjointement soumis à la Cour, cet effet d'exclusion de l'acquiescement est plus perceptible : les parties disposent du litige et le définissent d'un commun accord, elles peuvent tomber d'accord sur les arguments juridiques qui doivent servir au règlement du différend<sup>6046</sup>.

Toutes ces considérations chronologiques et de procédure judiciaire confirment que les parties ont leur mot à dire – ou au moins que leur influence est possible – sur l'issue de l'acquiescement. Plus fondamentalement encore, les parties sont en première ligne pour identifier les linéaments d'un acquiescement, en sélectionner les faits les plus caractéristiques, et le proposer à une cour. Les parties (États ; OI) ont « vécu » ou sont supposées « vivre » l'acquiescement de l'intérieur. Elles ont accès à leurs propres archives diplomatiques, à l'ensemble de la correspondance échangée avec l'adversaire, mais aussi à des documents qui permettent de prouver les comportements (construction d'infrastructures, tenue d'élection, financement de projets, patrouilles navales, décisions d'organes spécialisés, de ministère). Ce travail d'archives profite de l'expertise des agents engagés pour défendre la cause : il s'agit généralement de professeurs, de membres de la CDI ou d'associations internationales (IDI, ILA), d'avocates spécialisées en droit international ou encore de juristes travaillant pour les affaires étrangères d'un État. Ces « agents » n'ignorent rien de l'acquiescement et du type de preuves sur lequel il faut le faire reposer (et donc des documents qu'il faut produire et de ceux qu'il vaut mieux garder dans l'ombre). Les États supportent évidemment la charge de la preuve<sup>6047</sup>, point qui sera abordé plus en détail *infra* (C.5).

Une fois que les États ont apporté les preuves, documents, expertises, témoignages et énoncé les « faits tangibles » sur lesquels ils construisent l'acquiescement ou toute autre institution,

<sup>6045</sup> Sur cette question, voy. le principe *non ultra petita* : *ibid.*, pp. 919-923.

<sup>6046</sup> *Ibid.*, p. 536.

<sup>6047</sup> Voy. en général *ibid.*, pp. 924-945.



quelle liberté reste-t-il au tribunal ? Est-ce que la Cour est « tenue » par l'invocation d'un acquiescement ? La pratique judiciaire et la jurisprudence nous indiquent clairement que non :

« It is [...] accepted that the Court is free to base its decision on the legal grounds (and the concomitant factual grounds) of its choice. It is not bound by the parties' arguments: *jura novit curia*. The Court has certainly sometimes had recourse to legal conceptions very different from those advanced by the parties »<sup>6048</sup>.

Une fois les faits *allégués*, le tribunal peut construire l'acquiescement (les parties *proposent* ; le tribunal *dispose*). Cette mainmise du tribunal est à double tranchant : en cas d'invocation par les parties, le tribunal peut toujours s'en écarter. Inversement, le tribunal peut retenir l'acquiescement à la place d'une coutume bilatérale, d'un *estoppel*, d'une reconnaissance tacite. Dans *Pedra Branca*, Singapour invitait la Cour à appliquer la prescription acquisitive (sans la nommer)<sup>6049</sup>. Finalement, elle préféra utiliser l'acquiescement pour asseoir la souveraineté sur l'île<sup>6050</sup>.

L'acquiescement se présente comme une création tripartite : la force des États est toutefois minoritaire dans ce trio. Le tribunal garde une mainmise prépondérante sur le sort d'un acquiescement. La répartition des tâches est la suivante : les États amènent le matériau brut, la Cour agence ce matériau, vérifie la pertinence de l'argumentation des parties et choisit la valorisation juridique finale à attribuer aux faits. Cette reconstruction ne se fait pas dans un vide juridique abyssal : le travail de reconstruction de la CIJ est guidé par différentes valeurs, articles du SCIJ et du RSCIJ, et par des principes généraux de droit. Il existe donc, en plus des parties, des influences *juridiques* sur le travail de reconstruction. C'est là l'objet de la prochaine section (C.1 à 7).

### C. Les principes et influences guidant la reconstruction

Il s'agit d'examiner des principes, raisonnements, et arguments spécifiques qui guident la phase judiciaire de l'acquiescement et sa reconstruction. Cette section détaille les concepts qui sont soit

<sup>6048</sup> *Ibid.*, p. 923.

<sup>6049</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 51, § 123 et l'Opinion dissidente commune de MM les Juges Simma et Abraham en p. 121, § 14.

<sup>6050</sup> Y. TANAKA, « Passing of sovereignty », *Hague Justice Journal*, vol. 3 (2), 2008, pp. 14-15.

utilisés par le tribunal (le choix entre différentes institutions – C.1), qui résultent des choix « tactiques » des parties (les conclusions demandées – C.7), ou encore qui appartiennent en propre au raisonnement et au cadre légal de la procédure internationale (notamment le fardeau de la preuve – C.5). Les sections précédentes évoluaient dans l'abstrait, l'enjeu est ici de passer en revue des influences précises qui arriment l'acquiescement à un constat *a posteriori*. Cette section illustre que la reconstruction de l'acquiescement et les influences qui pèsent sur son sort ne sont pas totalement arbitraires comme les développements précédents pouvaient le suggérer. Un cadre judiciaire riche explique les raisons sous-jacentes de la reconstruction de l'acquiescement.

### 1. *Le choix entre différentes institutions*

L'acquiescement est rarement invoqué seul : il est en concurrence avec d'autres institutions qui visent le même but. Comme l'acquiescement peut reposer sur des faits tangibles peu nombreux, d'autres institutions sont susceptibles de se développer à partir des faits identiques. Dans *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique*, la Bolivie énumère toute une série d'arguments afin de prouver l'existence d'une obligation à charge du Chili. La conclusion principale était la suivante :

« [L]e Chili a l'obligation de négocier avec la Bolivie en vue de parvenir à un accord octroyant à celle-ci un accès pleinement souverain à l'océan Pacifique. [...] »<sup>6051</sup>.

Par suite, la Bolivie propose de nombreuses voies différentes pour parvenir à ce résultat, y compris l'acquiescement :

« La Cour recherchera tout d'abord si l'un quelconque des instruments invoqués par le demandeur, notamment les accords bilatéraux, ou les déclarations et autres actes unilatéraux, engendre une obligation de négocier l'accès souverain de la Bolivie à l'océan Pacifique. Elle examinera ensuite, si nécessaire, les autres fondements juridiques invoqués par le demandeur, à savoir l'acquiescement, l'*estoppel* et les attentes légitimes »<sup>6052</sup>.

Dans cette affaire, la mise en compétition de l'acquiescement avec les autres institutions est un choix délibéré (stratégique) de l'État demandeur. Cette mise en compétition peut aussi être le fait de la CIJ.

<sup>6051</sup> *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 517, § 15.

<sup>6052</sup> *Ibid.*, pp. 539-540, § 93.

L'attraction principale de l'acquiescement est de corroborer les conclusions d'une partie. Les décisions se concentrent sur les *effets* des institutions retenues : parviennent-elles à donner lieu aux conclusions demandées ? L'acquiescement, la reconnaissance, l'accord tacite sont-ils capables de créer une obligation juridique à charge d'un État ? Nous ne nous lancerons pas ici dans une énumération (même exemplative) des institutions concurrentes à l'acquiescement (*cf.* Ch. 3.II et Ch. 4.I).

En somme, la question du choix des institutions à appliquer relève d'un côté de la stratégie des plaideurs et, de l'autre, de la marge d'appréciation du tribunal<sup>6053</sup>. Depuis cette seconde perspective, on remarque que la Cour peut s'écarter des institutions proposées par les plaideurs pour en sélectionner une autre. C'est ainsi qu'en dépit de l'évocation d'une pratique subséquente dans les plaidoiries de l'affaire *Pérou/Chili*, la Cour choisit de se rattacher à l'accord tacite<sup>6054</sup>. Cet « écart » de la Cour ne doit pas faire oublier que le but est satisfait : qu'il s'agisse d'une pratique subséquente ou d'un accord tacite, la délimitation maritime entre les parties est entérinée par la décision. Par contre, les conséquences en aval peuvent différer (les conditions de modification d'un accord tacite ou d'une pratique subséquente ne sont pas identiques).

Les raisons du choix d'une institution plutôt qu'une autre ne reposent pas seulement dans l'effet final de l'institution (la consécration du droit recherché dans les conclusions, par exemple la souveraineté), mais aussi dans « l'acceptabilité » internationale de la décision et de son raisonnement. Cette considération est une préoccupation propre à la Cour (par opposition aux choix stratégiques des parties). La Cour connaît certes le droit, mais elle doit aussi composer :

« La Cour internationale de Justice a le redoutable privilège, en l'absence d'une culture réellement internationale qui pourrait servir de toile de fond, de base à ses arrêts ou avis, de la créer en son sein. La collégialité et le caractère international de sa composition sont des incitations de plus en plus efficaces ces temps derniers à rechercher une argumentation susceptible de convaincre le plus grand nombre du caractère raisonnable de l'arrêt ou de l'avis rendu »<sup>6055</sup>.

<sup>6053</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 930.

<sup>6054</sup> K. PAN, « A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence », *op. cit.*, p. 778, § 53.

<sup>6055</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 393.

En s'arrimant à l'acquiescement et à une prise en compte globale de la situation dans *Pedra Branca*, la Cour évite le terrain glissant des polémiques et des débats doctrinaux relatifs à la prescription acquisitive, institution qui n'existe pas dans l'ensemble des traditions juridiques<sup>6056</sup>.

## 2. *La bonne administration de la justice*

Ce principe (ou maxime) vise à assurer à la Cour (et aux tribunaux internationaux) d'avoir à leur disposition les moyens nécessaires pour rendre la *meilleure* justice<sup>6057</sup>. En tant que principe, il s'agit d'un fond général, large, souple qui est la source de multiples concrétisations<sup>6058</sup>. Comment un principe aussi souple et vague peut-il influencer l'acquiescement ?

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* la question du caractère définitif ou non du désistement d'instance impliquait des problématiques d'acquiescement. Il s'agissait de déterminer si les actes, comportements, attitudes et attentes justifiaient de considérer qu'une partie avait perdu le droit d'introduire une nouvelle instance. En interprétant son statut et en utilisant le principe de la bonne administration de la justice, la CIJ fait supporter le fardeau de prouver le désistement à l'État qui l'invoque<sup>6059</sup>. Dans ces circonstances, l'application du principe commande de donner le pouvoir à la Cour de se saisir à nouveau du différend tout en ne préteritant pas l'égalité des armes entre les parties<sup>6060</sup>. Dans le cas présent, le principe établit une balance des intérêts en défaveur d'une conception large de l'acquiescement<sup>6061</sup>.

---

<sup>6056</sup> *Ex abundante cautela* eu égard à nos connaissances limitées de ce domaine, la prescription (acquisitive/extinctive) est une institution mal connue en droit chinois. Ce ne serait que dans les années 2000 que la codification commence à s'y intéresser et prend d'autres options que celles suivies en droit continental. Voy. : W. L. ZHOU YOUJOUN, « Avancées et défauts des dispositions générales du Code civil chinois », *Courrier du Centre*, Centre sino-français de Formation et d'Échanges notariaux et juridiques à Shanghai, <http://www.cnfr-notaire.org/Article.List5.f.asp?id=984> (consulté le 21 juin 2021) ; R. YANG, *Le mécanisme chinois du transfert de propriété dans la vente à la lumière des droits français et allemand*, Thèse, Université François Rabelais, Tours, 2016, 528 p., [http://www.applis.univ-tours.fr/theses/2016/rong.yang\\_5580.pdf](http://www.applis.univ-tours.fr/theses/2016/rong.yang_5580.pdf) (consulté le 21 juin 2021).

<sup>6057</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 1127, p. 1136.

<sup>6058</sup> *Ibid.*, pp. 1127-1128.

<sup>6059</sup> *Barcelona Traction*. Ensuite, la charge de la preuve du caractère définitif est supportée par le défendeur. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), Exceptions préliminaires, arrêt, 24 juillet 1964, CIJ, *Rec. 1964*, pp. 18-23.

<sup>6060</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 1129.

<sup>6061</sup> *Ibid.*, pp. 1137-1138.

En cas de défaut d'un État lors de la phase orale, la CIJ est tenue, en vertu du principe de bonne administration de la justice, d'examiner les arguments qu'a fournis l'État absent ou qu'il fournirait <sup>6062</sup>. Ainsi, le Kenya invoque l'acquiescement à une méthode de délimitation dans ses écritures mais ne se présente pas à l'instance : il y a fort à parier (lors de l'écriture de ces lignes) que la CIJ va tout de même passer en revue l'acquiescement avant de le rejeter <sup>6063</sup>. Ce principe de bonne administration n'est pas intrinsèquement opposé ou favorable à l'acquiescement, il est « neutre » et a parfois des conséquences sur le succès de l'acquiescement, sur les conditions qui président à son invocation.

Au-delà des positions respectives des parties, le principe de bonne administration de la justice est aussi un instrument à disposition du tribunal, instrument qui fonctionne un peu à la manière des « compétences implicites » des OI et qui se rattache à l'interprétation téléologique <sup>6064</sup>. En cas de « lacune » du Statut ou du règlement, la Cour dispose d'un pouvoir d'appréciation et de création pour garantir son bon fonctionnement <sup>6065</sup>. Sans forcer le trait, elle pourrait se servir de ce pouvoir pour admettre qu'un acquiescement suffise lorsqu'un consentement est normalement le seuil requis <sup>6066</sup>.

### 3. *L'économie de procédure*

Il s'agit d'une des concrétisations du principe général de la bonne administration de la justice <sup>6067</sup>. Nous l'examinons à part en raison de son influence sur l'acquiescement. Cette concrétisation vise à alléger la procédure et le prononcé de la décision, à en simplifier les étapes et à limiter les développements inutilement longs et stériles (comme la production de très nombreux documents, l'examen d'arguments de faible portée sur la solution du cas, ou encore la multiplication des incidents de procédure) <sup>6068</sup>. L'économie de procédure s'étend à la manière de résoudre le différend et à l'ordre d'examen

<sup>6062</sup> *Ibid.*, pp. 1129-1130.

<sup>6063</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Audience publique, 15 mars 2021, CR 2021/2, p. 18, § 2.

<sup>6064</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 1135.

<sup>6065</sup> *Ibid.*, p. 1135.

<sup>6066</sup> Voy. le cas du *forum prorogatum* tacite (art. 38, § 5 RSCJ ; G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, op. cit., pp. 935-937).

<sup>6067</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., pp. 1132-1135.

<sup>6068</sup> *Ibid.*, p. 1133.

des arguments<sup>6069</sup>. Le principe s'apparente au rasoir d'Ockham (les multiples ne doivent pas être utilisés sans nécessité). La jurisprudence égrène différentes valences du principe :

« Il se peut qu'il y ait quelque chose de convaincant et de séduisant dans l'opinion d'après laquelle, entre plusieurs solutions possibles, *un tribunal doit choisir la plus simple, la plus concise et la plus rapide* »<sup>6070</sup>.

L'économie porte sur le temps à consacrer à la procédure, à l'argent investi par les parties, et aussi sur le fond : la Cour doit privilégier le raisonnement le plus direct afin de parvenir à une solution<sup>6071</sup>.

Une application bien attestée de ce principe consiste pour la Cour à examiner en priorité les exceptions qui portent sur sa compétence ou sur les conditions qui, si elles sont absentes, l'empêchent irrémédiablement de se prononcer sur le fond de l'affaire<sup>6072</sup>.

Une manifestation supplémentaire de ce principe est perceptible quand la Cour évite de se prononcer sur la nature ou l'existence d'une institution qui ne serait de toute façon pas applicable dans le cas d'espèce :

« La Cour commence par relever que les États-Unis n'ont pas soutenu que, par son comportement, l'Iran aurait violé le traité d'amitié sur lequel il fonde sa requête. Sans avoir à prendre position sur la doctrine des “mains propres”, la Cour considère que, même s'il était démontré que le comportement du demandeur n'était pas exempt de critique, cela ne suffirait pas pour accueillir l'exception d'irrecevabilité soulevée par le défendeur sur le fondement de la doctrine des “mains propres” »<sup>6073</sup>.

La Cour ne peut pas se contenter de balayer d'un revers de main l'argumentation proposée<sup>6074</sup>. Toutefois, et derrière le langage diplomatique de cet extrait, la Cour fait application de l'économie de procédure et se dispense de l'examen d'un argument inutile et précaire.

<sup>6069</sup> *Ibid.*, p. 1133.

<sup>6070</sup> *Certains emprunts norvégiens*, Opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht, CIJ, Rec. 1957, p. 3, nos italiques.

<sup>6071</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 955.

<sup>6072</sup> *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires*, Exceptions préliminaires, arrêt, 2016, CIJ, Rec. 2016, p. 1038 ; *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, Exceptions préliminaires, arrêt, 22 juillet 1952, CIJ, Rec. 1952, p. 114.

<sup>6073</sup> *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 2019, CIJ, Rec. 2019, p. 44, § 122.

<sup>6074</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 955.

En quoi ces développements et ces différentes valences peuvent se rapporter à l'acquiescement ? Trois axes peuvent être évoqués. Un premier axe est la compétition qui s'exerce entre l'acquiescement et d'autres institutions : face à des faits identiques et pour un résultat similaire, le tribunal préférera appliquer l'institution dont les conditions sont les plus évidentes et directes. Entre l'acquiescement et une reconnaissance tacite, c'est cette dernière qui aura probablement la priorité<sup>6075</sup>. En choisissant la construction la plus simple, le tribunal évite un raisonnement long, l'examen de conditions nombreuses. L'acquiescement ne sera pas examiné s'il peut être oblitéré par une institution, principe, concept mieux établi (acte unilatéral tacite ; coutume bilatérale), en particulier si une forme *expresse* est applicable aux faits de l'espèce (accord « tacite » ; pratique subséquente qui prouve l'existence d'un accord ; voy. *infra*, C.4).

Selon un deuxième axe, l'économie de procédure peut s'exercer à l'intérieur de l'acquiescement. Le tribunal se sert des faits « tangibles » les plus évidents et simples à prouver pour *construire* l'acquiescement. Les *conditions* (faits « abstraits », *supra*, Ch. 7. III.C) n'échappent pas à l'économie de procédure. En l'absence de notification, la connaissance réelle est ardue à prouver : le tribunal peut se tourner, par rapidité et afin d'expédier la vérification de cette condition, vers le critère de la connaissance présumée, qui procède par indices et qui est reconstruite. Certains raccourcis peuvent aussi corroborer l'établissement de l'acquiescement : ils évitent au tribunal de s'appesantir trop longuement sur les conditions de détails. Ainsi, le passage d'un long temps est utilisé comme une présomption de satisfaction des conditions de l'acquiescement.

Dans un dernier axe, l'économie de procédure établit un équilibre entre la nécessité pour le tribunal de répondre à l'argumentation des parties et la célérité de la procédure<sup>6076</sup>. Cet équilibre – qui sert aussi à ménager la susceptibilité des États – résulte dans un examen sommaire de l'acquiescement *parce que* les États l'ont invoqué. Si cela ne tenait qu'à la Cour, il y a fort à parier que

---

<sup>6075</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 31 ; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec.* 1960, pp. 213-214.

<sup>6076</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 955 ; pp. 1132-1135.

l'acquiescement ne serait même pas mentionné dans la décision finale. Ce genre d'examen sommaire de l'acquiescement est très présent dans les affaires où les plaideurs font feu de tout bois et mentionnent l'acquiescement au côté de nombreuses autres institutions. Dans *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique*, il est patent que la majorité du raisonnement de la Cour est dévolue à la recherche d'un accord, d'une obligation résultant d'un consentement : les arguments relatifs à l'*estoppel* et à l'acquiescement sont égrenés sans force<sup>6077</sup>.

#### 4. *La priorité à l'exprès sur le tacite et l'implicite*

Cette priorité relève en partie de la bonne administration de la justice et de l'économie de procédure puisqu'elle consiste à favoriser les expédients aptes à donner une solution au différend. Cette priorité s'exprime par une préférence aux formes volontaires (actes juridiques) sur les formes tacites (faits juridiques et pseudo actes juridiques<sup>6078</sup>). Face à des faits pertinents pour construire un acquiescement, le tribunal tentera en priorité de les greffer à un acte juridique préexistant, ou à construire une modification de l'acte juridique (pratique subséquente). L'acquiescement en tant qu'institution autonome et déconnectée de toutes autres institutions est une construction subsidiaire.

Cette priorité à l'exprès sur le tacite et les déductions est exemplifiée dans *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique* :

« En droit international, l'existence d'une obligation de négocier doit être établie de la même manière que celle de toute autre obligation juridique. La négociation fait partie de la pratique courante des États dans leurs relations bilatérales et multilatérales. Cependant, le fait de négocier une question donnée à un moment déterminé ne suffit pas pour donner naissance à une obligation de négocier. En particulier, pour qu'il y ait obligation de négocier en vertu d'un accord, il faut que les termes employés par les parties, l'objet, ainsi que les conditions de la négociation, démontrent une intention des parties d'être juridiquement liées. Cette intention, à défaut de termes exprès indiquant l'existence d'un engagement juridique, peut être établie sur la base d'un examen objectif de tous les éléments de preuve »<sup>6079</sup>.

<sup>6077</sup> *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 507 et s.

<sup>6078</sup> Comme la reconnaissance et la renonciation tacites.

<sup>6079</sup> *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 359, § 91.



La dernière phrase indique le recours aux formes subalternes de création de l'obligation de négocier (acquiescement, *estoppel*, attentes légitimes)<sup>6080</sup>. La Cour procède donc en cascade, l'accord et les actes unilatéraux constituent le point de mire. Sur le plan purement numérique, 10 pages sont consacrées à la recherche d'un accord<sup>6081</sup>, 3 à celles d'un acte unilatéral (promesse)<sup>6082</sup>, et 3 finalement aux formes « tacites »<sup>6083</sup>. En soi, cette priorité n'a rien de surprenant car il est de règle qu'un accord est plus aisément décelable qu'un acquiescement. Par contre, cette priorité désavantage généralement l'acquiescement (et les formes tacites ou déduites) car les tribunaux utilisent parfois les mêmes cribles pour rechercher un accord et un acquiescement<sup>6084</sup>. Dans les affaires maritimes par exemple, si l'existence d'un accord (tacite) est examinée en premier et rejetée, il y a de très fortes chances pour que l'acquiescement ou l'*estoppel* le soit également<sup>6085</sup>. La CIJ a franchi une étape supplémentaire dans *Délimitation maritime dans l'Océan Indien* puisque l'acquiescement – en accord avec l'argumentation du Kenya – est ouvertement assimilé à un accord tacite<sup>6086</sup>. Peut-être que le Kenya tentait de diluer les conditions de l'accord tacite

<sup>6080</sup> *Ibid.*, pp. 539-540, § 93.

<sup>6081</sup> *Ibid.*, pp. 540-552, §§ 94-139.

<sup>6082</sup> *Ibid.*, pp. 552-555, §§ 140-148.

<sup>6083</sup> *Ibid.*, pp. 555-559, §§ 149-161.

<sup>6084</sup> La Cour relève que : « La Bolivie n'a mentionné aucune déclaration qui aurait appelé une réponse ou une réaction du Chili pour empêcher qu'une obligation ne voie le jour » (*ibid.*, pp. 556-557, § 152). La CIJ s'éloigne des conditions habituelles de l'acquiescement et de la constitution d'un « fil rouge » qui oriente l'ensemble des comportements. La Cour applique de manière cachée le critère de l'intention de créer une obligation (par ex. en p. 42, § 134). Elle projette sur l'acquiescement les conditions d'un accord tacite et recherche la déclaration qui aurait seule provoqué une obligation de réagir plutôt que de se concentrer sur l'ensemble des actions et comportements des deux parties. Cette hausse des conditions probatoires de l'acquiescement est aussi visible dans le § 151 où la Cour fait écho sans médiation aux critères de preuves invoqués par le Chili (notamment que la déduction de l'acquiescement doit « confiner à la certitude », ce qui ne résulte pas de la jurisprudence antérieure). Sauf à rechercher un acquiescement qui donne lieu à un accord tacite, les conditions d'établissement sont marquées par une déduction *raisonnable*, mais non *univoque*. Cf. *supra*, Ch. 5.VII.C – « Le fil rouge ou noyau dur des comportements ».

<sup>6085</sup> *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, pp. 33-75, §§ 100-246. *Contra* : *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, pp. 525-548, §§ 393-448 : le tribunal arbitral retient l'existence d'un *estoppel* et du dommage.

<sup>6086</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, p. 228, § 52.

et notamment de la recherche d'une évanescence volonté en assimilant les deux institutions ? Quoi qu'il en soit le résultat se situe aux antipodes : l'acquiescement en matière de délimitation maritime est rendu plus difficile par l'amalgame opéré dans l'arrêt. Signe supplémentaire que les mêmes cribles sont utilisés pour l'acquiescement et l'accord tacite : le raisonnement de la CIJ n'indique pas clairement comment la présence d'une volonté tacite est recherchée, elle se contente simplement de hisser acquiescement et accord tacite au même seuil probatoire (univocité, comportement clair et constant) <sup>6087</sup>.

La prééminence de l'exprès sur le tacite est confirmée dans le projet de conclusions de la CDI relatif aux accords et à la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. La Conclusion n° 7, § 3 prévoit :

« 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 sur le droit des traités et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités » <sup>6088</sup>.

Le commentaire de la Conclusion apporte plus de nuances <sup>6089</sup> ; la directive proposée reflète la situation telle qu'elle découle d'un examen de la jurisprudence. Le commentaire admet que les États et les tribunaux disposent d'une large latitude pour interpréter un traité, latitude qui se confond parfois avec une modification <sup>6090</sup>. La frontière exacte entre interprétation et modification est perméable et difficile à établir, raison de plus pour établir une présomption d'interprétation, qui consacre une solution moins coûteuse <sup>6091</sup>. Le commentaire cite l'affaire *Cameroun c. Nigéria* comme exemple de cette présomption en matière de titre contre effectivités (l'acquiescement ne peut être exclu, mais il n'est pas facilement présumé) <sup>6092</sup>.

<sup>6087</sup> *Ibid.*

<sup>6088</sup> 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<sup>e</sup> partie, 2018, p. 53, nos italiques.

<sup>6089</sup> *Ibid.*, pp. 61-67, §§ 21-38.

<sup>6090</sup> *Ibid.*, p. 62, § 24.

<sup>6091</sup> *Ibid.*, p. 62, § 24 ; p. 63, § 27.

<sup>6092</sup> *Ibid.*, p. 64, § 29.

Les destinataires du projet de la CDI ne sont pas seulement les États, mais également les tribunaux internationaux et « tous ceux qui sont appelés à interpréter des traités »<sup>6093</sup>. Le commentaire en témoigne largement car il se fait l'écho de la jurisprudence internationale, arbitrale, et de l'OMC<sup>6094</sup>. En note, la CDI affirme :

« En fait, les États et les tribunaux préfèrent ne ménager aucun effort pour voir dans une pratique ultérieure établissant l'accord des parties un effort pour interpréter le traité d'une manière particulière [plutôt qu'une modification ou qu'un amendement de l'art. 39 CVDT] »<sup>6095</sup>.

Pourquoi cette préférence ? Car il est plus aisé de greffer la pratique à un traité préexistant, de la considérer comme un développement naturel de celui-ci (un « nouveau membre ») que de repartir à zéro. Si la « pratique » est considérée de manière autonome, des problèmes de preuves de son caractère modificatif ou d'amendement surgissent immédiatement. Il faut démontrer que les parties ont désiré s'écarter du cadre du traité. En s'arrimant à un traité préexistant, le cadre est déjà établi, l'interprétation peut être abordée de manière large et le « paysage juridique » n'est pas bouleversé.

Quelles sont les conséquences pour l'acquiescement de cette priorité des formes expresses ? Il apparaît comme une forme subsidiaire, annexe, une institution par défaut examinée faute de mieux. Instinctivement, l'invocation d'un acquiescement suggère que le plaideur est incapable de présenter un meilleur argument. L'acquiescement offre l'aspect d'une institution vague, voire « faible », car il est généralement dans une logique de concurrence face à un traité, traité qui est perçu comme la forme par excellence que doivent prendre les relations internationales. Cette section démontre toutefois que des stratégies existent pour contrebalancer le caractère subsidiaire de l'acquiescement. Dans leur infinie sagesse, les tribunaux évitent la confrontation frontale et contrebalancent la faiblesse argumentative de l'acquiescement en le construisant de manière à pouvoir le rattacher à un traité. Ainsi, lorsqu'un traité existe et qu'un acquiescement le suit, la meilleure stratégie consiste souvent à camoufler l'acquiescement en un développement naturel du traité : par exemple une pratique subséquente.

---

<sup>6093</sup> *Ibid.*, p. 17, § 4.

<sup>6094</sup> *Ibid.*, pp. 61-67, §§ 21-38.

<sup>6095</sup> *Ibid.*, p. 67, § 38, note n° 321.

5. *Le fardeau de la preuve*

Qui doit prouver la construction de l'acquiescement ? Sur quels faits et données doit porter la preuve ? Est-ce que le droit doit être prouvé ? Quel est le standard de preuve à satisfaire ? Quelle est l'attitude de la Cour au regard du fardeau de la preuve (stricte, souple) ? Voilà les interrogations auxquelles cette section répondra. La preuve et les présomptions en droit sont d'une trop vaste ampleur pour être traités de manière approfondie dans ces pages<sup>6096</sup>. Par simplification, les présents développements seront puisés principalement dans les ouvrages de Witenberg<sup>6097</sup>, Salmon<sup>6098</sup>, et Kolb<sup>6099</sup>.

a. *La notion de preuve**Quelle est la définition du mot « preuve » ?*

« La preuve est donc, d'une part, le moyen de déterminer chez le juge la représentation d'un fait jusqu'alors ignoré de lui, d'autre part, l'action même de déterminer cette représentation »<sup>6100</sup>.

Salmon suit une ligne similaire : la preuve porte sur la démonstration de la réalité d'un fait ; il s'agit en même temps du procédé par lequel cette démonstration prend place ; et finalement elle désigne les éléments utilisés pour faire cette démonstration<sup>6101</sup>. Le rôle créateur du tribunal s'immisce jusque dans la preuve qui est modelée sur les sciences historiques et non sur les sciences pures : la preuve juridique n'est pas susceptible d'être « reproduite », mais seulement d'être reconstruite<sup>6102</sup>. Par conséquent, les faits susceptibles d'être « prouvés » peuvent différer de la réalité absolue et du cours des événements réels. Seul ce qui existe devant le tribunal est pertinent en droit<sup>6103</sup>.

<sup>6096</sup> Pour une bibliographie sélective, voy. : R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 928, note n° 32.

<sup>6097</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 56, 1936-I, pp. 1-105.

<sup>6098</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, vol. 175, 1982-II, pp. 304-318.

<sup>6099</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 928-944.

<sup>6100</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 5.

<sup>6101</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 304.

<sup>6102</sup> *Ibid.*

<sup>6103</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 929-930.

b. *Le fardeau de la preuve*

*Comment se répartit le fardeau de la preuve ?* Le principe consiste à faire peser la preuve du fait sur la partie qui invoque un droit <sup>6104</sup>. Chronologiquement, il appartient donc au demandeur de prouver les faits pertinents en fonction des conclusions demandées. Ensuite, le défendeur peut soit contester ces faits, soit en apporter de nouveaux et invoquer d'autres constructions juridiques : dans cette seconde hypothèse il lui revient alors de prouver ces faits différents qui étayent son argumentation <sup>6105</sup>. Le fardeau de la preuve repose sur la partie qui affirme un fait (*affirmanti incumbit probatio*) <sup>6106</sup>. La rigidité de façade de la règle du fardeau de la preuve est tempérée par plusieurs considérations. Ainsi les faits intrinsèquement notoires sont dispensés de preuve <sup>6107</sup>. Si un commencement de preuve est apporté (« *prima facie evidence* »), le tribunal peut considérer que le fardeau de la preuve est renversé <sup>6108</sup>. Les « aveux » d'une partie dispensent également de preuve <sup>6109</sup>. Ces aveux sont implicites lorsqu'ils correspondent à une admission d'instance : une partie ne conteste pas les faits présentés par son adversaire <sup>6110</sup>. Ils sont explicites lorsqu'une partie, par un acte effectué hors du cadre de la procédure, témoigne qu'elle admet un fait <sup>6111</sup>. Les éléments prouvant l'acquiescement ou niant sa réalité doivent être fournis par les parties. Lorsqu'une partie ne conteste pas un élément de l'acquiescement amené par l'autre partie, l'aveu est implicite et le fait est généralement admis <sup>6112</sup>. En lien avec les faits et leurs preuves, l'*estoppel* est potentiellement pertinent : si une partie plaide des faits qui suggèrent une certaine représentation du cours des événements, elle sera ensuite empêchée de revenir sur ses déclarations <sup>6113</sup>.

<sup>6104</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 41.

<sup>6105</sup> *Ibid.*

<sup>6106</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 931.

<sup>6107</sup> *Ibid.*, p. 935 ; J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 30.

<sup>6108</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 50.

<sup>6109</sup> « Unidisputed facts » chez Kolb (*The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 935).

<sup>6110</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 31.

<sup>6111</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>6112</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 941.

<sup>6113</sup> *Ibid.*, p. 950.

(i) *Les présomptions*

Une autre considération tempère la rigidité de la règle : les présomptions<sup>6114</sup> et les fictions. Les présomptions peuvent être légales (*praesumptiones iuris*) ou de l'homme (*praesumptiones hominis*)<sup>6115</sup>. Les présomptions légales sont prévues dans un traité ou dans la coutume, elles consistent à aboutir à une conclusion une fois que certains faits sont réunis<sup>6116</sup> : l'article 20, § 5 CVDT est cité par Salmon<sup>6117</sup>. Les présomptions sont nécessairement *réfragables* : l'État qui la subit peut apporter la preuve contraire<sup>6118</sup>. Les présomptions permettent de faciliter une conclusion juridique en ne prouvant qu'une partie des faits. Une présomption intéressante pour l'acquiescement est que les actes accomplis par un État sont présumés être « réguliers », « licites » : ainsi l'État peut se contenter d'apporter la preuve d'un comportement, sans en détailler tout l'historique d'adoption et le cadre légal<sup>6119</sup>. Les présomptions de l'homme sont un outil à disposition du tribunal, il s'agit « d'inférences raisonnables »<sup>6120</sup> : en présence de certains faits, il décide de faire un pas de plus et considère qu'un fait, qu'un élément matériel ou psychologique qui n'a pas été prouvé a dû survenir<sup>6121</sup> (il n'y a pas de renversement du fardeau de la preuve). Globalement, les présomptions constituent une dispense de preuve ; le tribunal est en position de considérer le fait X comme avéré en raison des faits prouvés A, B et C<sup>6122</sup>. Via les présomptions, il est possible d'obtenir une haute vraisemblance du déroulement des événements, mais sans certitude absolue<sup>6123</sup>.

<sup>6114</sup> Sur les présomptions en droit international, voy. J.-M. GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, Thèse, Neuchâtel, 1954, 189 p. ; P. SANDONATO DE LEÓN, *Les présomptions judiciaires en droit international public*, Paris, Pedone, 2015, 437 p. En droit européen : L. GROZDANOVSKI, *La présomption en droit de l'Union européenne*, Thèse, Aix-Marseille, 2019, 573 p.

<sup>6115</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 936-937.

<sup>6116</sup> *Ibid.*, p. 936.

<sup>6117</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 311.

<sup>6118</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 937.

<sup>6119</sup> *Ibid.* ; J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 45. Voy. aussi la classification des comportements *supra* : Ch. 5.VII.B.1.a.i ; iii ; iv.

<sup>6120</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 937.

<sup>6121</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 311.

<sup>6122</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 936 ; J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 42.

<sup>6123</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 312.

(ii) *Les fictions*

Elles font un pas de plus dans la reconstruction : elles imposent légalement des conséquences en présence de certains faits, peu importe la réalité. Il ne s'agit plus d'une question de preuve, mais de l'application du droit <sup>6124</sup>. Présomptions et fictions peuvent peser sur la reconstruction de l'acquiescement. En collectant des faits suffisants, l'État peut s'assurer un verdict favorable. Il faut aussi noter que le tribunal peut considérer qu'un fait « abstrait » <sup>6125</sup> comme la connaissance présumée est avéré sur la base des éléments matériels fournis par une partie (présomption judiciaire).

(iii) *Les limites du fardeau de la preuve*

La règle générale de repartition du fardeau de la preuve est parfois difficilement praticable dans certains domaines car « sometimes the failure to establish X does not necessarily establish the opposite (or indeed any other) fact » <sup>6126</sup>. Appliquée strictement, la règle du fardeau de la preuve aboutirait à des situations déraisonnables, ou elle empêcherait la Cour de trancher le différend. Ce genre de situation survient en particulier en lien avec des conflits territoriaux (effectivités opposées) : chaque partie doit prouver son occupation et les faits sous-jacents, une absence de preuve n'est pas convertible en preuve du fait opposé <sup>6127</sup>. L'ordre de présentation des arguments n'est plus pertinent car les deux États se battent pour le même gain <sup>6128</sup>. La Cour procède *in fine* à un examen d'ensemble des preuves apportées et du poids qui doit leur être accordé. À l'inverse, dans une dynamique de titre contre effectivités, l'*onus probandi* repose sur l'État qui souhaite renverser le titre préexistant <sup>6129</sup>. Ces considérations sont immédiatement pertinentes pour l'acquiescement lorsqu'il s'incorpore à des situations de compétition entre États.

<sup>6124</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, p. 937.

<sup>6125</sup> Sur les faits tangibles et abstraits, *supra* : Ch. 7.IV.A.3.a.2.

<sup>6126</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice, op. cit.*, p. 936.

<sup>6127</sup> *Ibid.*

<sup>6128</sup> *Ibid.*

<sup>6129</sup> *Cameroun c. Nigéria (Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 353, § 67).

(iv) *L'objet de la preuve*

*Quel est l'objet du fardeau de la preuve : des faits, du droit, ou les deux ?* Comme point de départ, la preuve ne doit porter que sur des faits<sup>6130</sup>. Le droit n'a pas besoin d'être prouvé : *iura novit curia*<sup>6131</sup>. Le droit interne étant un « simple fait », il doit pour sa part être prouvé<sup>6132</sup>. Cette précision est importante pour l'acquiescement : la constitution d'un « fil rouge » repose bien souvent sur un ensemble de décrets, décisions, jugements et lois internes prises par l'État. Ce dernier doit donc faire l'effort de produire ces documents, de démontrer leur existence et leur publicité<sup>6133</sup>. Au-delà du droit interne, certaines parties du droit international font exception à *iura novit curia*. Il est habituel que les parties participent activement à la preuve de l'existence ou du contenu d'une coutume, et en particulier des coutumes bilatérales ou régionales<sup>6134</sup>. L'acquiescement participe parfois activement ou se confond avec le processus coutumier : il doit donc être prouvé *malgré* son caractère juridique. Il en va largement de même pour la construction d'une pratique subséquente : bien que consacrée à l'article 31, § 3, lit. b CVDI, il revient aux parties de faire la majeure partie du travail juridique. Kolb indique :

« [T]he Court is not deemed to have direct and spontaneous knowledge of all the sources of particular law that can be applicable to particular cases. It is not obliged to have knowledge of the rights and obligations arising from bilateral conventions or regional customs. *This applies a fortiori to all the sources of particular obligations resulting from estoppel, prescriptive title, tacit or informal agreement, or acquiescence* »<sup>6135</sup>.

Il appartient aux parties de prouver l'état de leurs rapports juridiques (conventions bilatérales non enregistrées auprès de l'ONU ; coutumes bilatérales), y compris l'acquiescement car ce dernier institue des obligations juridiques spécifiques et propres aux parties.

<sup>6130</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 933-934.

<sup>6131</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 35.

<sup>6132</sup> *Ibid.* ; J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 306 ; *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJI, Série A, n° 7, p. 19.

<sup>6133</sup> Voy. en particulier *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, pp. 135-138 et *supra*, Ch. 5. IV.D.3 – « Une connaissance des lois internes ? »

<sup>6134</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 935 ; J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 307 ; J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 39.

<sup>6135</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 935, nos italiques.



(v) *Synthèse pour l'acquiescement*

L'acquiescement a été défini comme un fait juridique : les faits et le droit s'y côtoient étroitement. Établir les faits de l'acquiescement revient à apporter une preuve des faits « tangibles » et des faits « abstraits » (*supra*, IV.A.3.a). Le travail de preuves des parties s'étend donc aux constructions et présomptions inhérentes à l'acquiescement : l'État bénéficiaire devra, en plus du « fil rouge », établir *comment* et *pourquoi* une obligation de réagir existait et comment elle résultait de la connaissance (présumée) de son adversaire. Au-delà de cet enchevêtrement du fait et du droit, les parties peuvent aussi se prononcer sur les conditions juridiques précises de fonctionnement de l'acquiescement. La jurisprudence démontre que les États ne se privent pas de s'exprimer sur les conditions proprement juridiques de l'acquiescement, bien évidemment pour les rendre plus difficiles s'ils sont du côté de l'État désavantagé<sup>6136</sup>. La Cour décide ensuite ; elle est plus libre pour établir les conditions juridiques de l'acquiescement que pour aller chercher les faits « tangibles » sur lesquels il repose<sup>6137</sup>. Pour résumer, le fardeau de la preuve s'applique à trois degrés à l'acquiescement : 1) au niveau des faits tangibles (les événements réellement survenus) ; 2) au niveau des constructions intellectuelles qu'il emploie (charge de réagir et connaissance) ; 3) au niveau de la concrétisation de son fonctionnement (les conditions employées et leur articulation).

Quelques remarques de Salmon permettront de synthétiser l'importance du fardeau de la preuve en tant que reconstruction juridique de l'acquiescement. D'un examen attentif de la pratique, il résulte qu'un partage étanche entre les faits et les éléments plus volitifs et intellectuels est ardu : les faits impliquent parfois une valorisation juridique qui empiète sur le droit de fond<sup>6138</sup>. Les faits sont la racine d'indices, de comportements dont on peut induire une opposition, une tolérance, une attitude : souvent les faits de l'acquiescement contiennent des éléments purement factuels (la visite officielle du Prince Damrong) et une valorisation (la connaissance présumée de la prétention cambodgienne ; la reconnaissance par la Thaïlande) :

« [Les faits] sont à la fois les *indices* tangibles provenant d'actes et d'omissions et le *sens*, l'interprétation qu'on leur donne »<sup>6139</sup>.

<sup>6136</sup> *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 556, § 151.

<sup>6137</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 935.

<sup>6138</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 306.

<sup>6139</sup> *Ibid.*, p. 308.

Les faits se « dépassent », ils manifestent l'esprit dans lequel ils ont été accomplis. Dans *Cameroun c. Nigéria* et *Parcelles frontalières* par exemple, la Cour examine si les actes des fonctionnaires (faits) ont bien été accomplis à titre de souverain (valorisation)<sup>6140</sup>. Les faits qui ont été « prouvés » peuvent être aussi être employés afin d'évaluer ce qu'aurait dû être le comportement idéal d'une partie (que ce soit pour réaliser ou contrer l'acquiescement)<sup>6141</sup>.

c. *Le devoir de collaborer des parties*

Les parties doivent apporter tous les documents en leur possession utiles à la résolution du cas, aptes à éclairer les faits litigieux<sup>6142</sup>. Le principe de collaboration tempère et répartit le fardeau de la preuve<sup>6143</sup>. Une conséquence du principe est que le tribunal pourra tenir compte du refus de collaborer d'une partie ; si l'État ne produit pas une preuve qu'il a en son pouvoir, ce défaut sera retenu contre lui<sup>6144</sup>. Le principe autorise donc la Cour – dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice – à requérir des parties la production de documents<sup>6145</sup>. Elle peut ainsi poser des questions, ordonner des expertises, entendre des témoins<sup>6146</sup>.

d. *Les preuves : documents, cartes, témoignages*

*En quoi consistent les preuves ?* La preuve classique consiste en l'original d'un *document écrit* (ou en une copie certifiée) : traités historiques, actes internes, décrets, contrats, rapports<sup>6147</sup>. Les autres moyens de preuves sont la production de choses (une mine

<sup>6140</sup> *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, pp. 353-355 ; *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec. 1959*, p. 229.

<sup>6141</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 309.

<sup>6142</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>6143</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 943.

<sup>6144</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>6145</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 943.

<sup>6146</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, pp. 50-51 ; J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 312*bis*.

<sup>6147</sup> *Ibid.*, p. 58.

maritime), des témoignages et expertises<sup>6148</sup>. Le témoignage de fonctionnaires et de personnes privées est envisageable<sup>6149</sup>. Parfois, les cartes peuvent être des moyens de preuve<sup>6150</sup> ; elles ont un statut précaire dans l'acquiescement car elles ne sont utilisées que pour démontrer que l'État n'y a pas réagi malgré leur notoriété et leur publication<sup>6151</sup>. Si un État est dans l'impossibilité relative de produire un document car il n'est pas dans ses archives, la Cour peut exiger de son adversaire qu'il produise ce document en sa possession<sup>6152</sup>. Quels documents doivent être produits ? Witenberg limite les preuves aux documents pertinents pour le cas<sup>6153</sup>. Pour Salmon, un État peut produire toutes les preuves souhaitées, la Cour s'arme ensuite de patience et effectue un tri<sup>6154</sup>. Pour l'acquiescement, il est important que les parties produisent les documents qui permettent de reconstituer le début de la ligne, le fil rouge, et la fin de son développement.

e. *L'appréciation du tribunal*

*Comment le tribunal évalue-t-il les preuves et quelle est la force à atteindre pour qu'un fait soit prouvé (« standard of proof ») ?* Le tribunal est libre dans son appréciation des preuves, il *pondère* les preuves comme il le souhaite<sup>6155</sup>. Les documents sont en général mieux « notés » que les témoignages indirects, mais il n'existe pas de règle stricte : l'absence de formalisme est maîtresse en ce domaine<sup>6156</sup>. Dans *Pedra Branca*, l'évaluation des preuves est très nette, la CIJ dispense un court commentaire après chaque preuve<sup>6157</sup>. Les preuves peuvent jouer de manière

<sup>6148</sup> *Ibid.*

<sup>6149</sup> *Ibid.*, pp. 73-80.

<sup>6150</sup> *Ibid.*, pp. 66-67.

<sup>6151</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.VII.B.1 et *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 85, pp. 113-116 ; pp. 171-172 (les cartes dans la pratique subséquente) et spéc. le § 3.2.8 ; *Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, *Première étape*, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, pp. 295 et s., voy. spéc. le § 387 situé dans une section intitulée *Admissions against interest*.

<sup>6152</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 72.

<sup>6153</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>6154</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 310.

<sup>6155</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, pp. 89-92 ; J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 316.

<sup>6156</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 930.

<sup>6157</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, 23 mai 2008, CIJ, *Rec. 2008*, pp. 82-95.

isolée sur la résolution du différend ou elles peuvent se corroborer<sup>6158</sup> : l'acquiescement fait plutôt apparaître – en tant que fait juridique complexe – un renforcement mutuel des preuves. Bien que le juge soit libre dans son appréciation des preuves, il peut par simplicité et en guise de raccourci se contenter d'avaliser les « aveux » et positions communément admises des parties, tant factuelles (choix de la date critique)<sup>6159</sup> que juridiques (application d'une institution)<sup>6160</sup>.

Quel doit être le critère à atteindre pour qu'un fait soit considéré comme prouvé aux yeux du droit international ? Il n'existe pas de réponse définitive ; tout est fonction des circonstances et du domaine juridique pertinent<sup>6161</sup>. Selon les cas, l'acquiescement doit être prouvé à 51 %, 75 %, ou 90 % de certitude. Si la Cour *doit* arriver à une conclusion, comme dans le domaine des effectivités opposées, le standard sera plus bas (les meilleures preuves l'emportent, même si elles sont faibles dans l'absolu)<sup>6162</sup>. Si au contraire, un titre préexiste, la preuve de l'acquiescement devra être manifeste et s'apparentera à la recherche d'un consentement. Pour qu'un accord tacite voie le jour, la valorisation juridique du fil rouge dans cette direction doit être la seule déduction raisonnable. En matière pénale (responsabilité du supérieur hiérarchique selon l'article 28 CPI), le standard de preuve est très élevé, mais repose sur la Cour elle-même. Cette flexibilité du standard de preuve découle des autres considérations de procédure judiciaire, et notamment de la libre appréciation des preuves<sup>6163</sup>.

#### f. *Synthèse*

Pour conclure, donnons la parole à Salmon :

« On mesure par ce qui précède l'importance du rôle de l'organe qui aura non à constater le fait mais à le construire, en configurant le réel à partir du droit, en décidant de la pertinence des faits, en imposant sa version des faits en leur conférant un sens, en se contentant parfois de vraisemblances,

<sup>6158</sup> J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 86.

<sup>6159</sup> Ex. dans *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec. 2012*, p. 653, § 71 (la date critique proposée est avalisée).

<sup>6160</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec. 1999*, pp. 1102-1103, §§ 92-93. Voy. aussi : P. PALCHETTI, « La rilevanza dell'atteggiamento degli Stati parti nell'accertamento del diritto internazionale generale da parte della Corte internazionale di Giustizia », *RDI*, 1999, vol. 82 (3), pp. 647-679.

<sup>6161</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 944.

<sup>6162</sup> *Ibid.*, p. 945.

<sup>6163</sup> *Ibid.*

quelquefois de présomptions, le tout sous couvert des principes de la liberté d'appréciation des preuves et de l'intime conviction du juge et sur base de ses schémas évaluatifs propres. Une fois de plus on est loin d'un simple raisonnement logique à l'allure mécanique »<sup>6164</sup>.

Le syllogisme est un mirage quand on cherche à y faire rentrer l'acquiescement et sa preuve. Cette section démontre que la « preuve » des faits à la racine d'un acquiescement déborde le factuel et est saturée de considérations juridiques. Il est presque impossible d'édifier des cloisons analytiques étanches entre l'acquiescement en tant qu'institution juridique, ses faits, et sa preuve<sup>6165</sup>. De plus, le domaine dans lequel l'acquiescement se manifeste influence le type de preuve et le standard à appliquer : tout se lie et s'enchevêtre. Le fardeau de la preuve est généralement souple dans l'acquiescement<sup>6166</sup>. Chaque élément énuméré dans cette section dénote le pouvoir du tribunal de faciliter ou d'empêcher la preuve de l'acquiescement et sa réalisation finale. L'acquiescement n'est pas constaté par la Cour, il est reconstruit *a posteriori*.

---

<sup>6164</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 318. Des nuances peuvent toutefois être apportées à cet extrait. Si la part du tribunal dans la construction des faits est importante, elle ne peut pas être systématiquement assimilée à un pouvoir discrétionnaire total. L'influence du tribunal est directement fonction de la « difficulté » des faits à construire et de l'institution juridique à appliquer. Sur ce modèle, nous préférons définir l'influence du tribunal comme une question de *degré* (idée anglaise de « sliding scale », exprimée par ex. en rapport avec la « géométrie variable » des éléments de la coutume). Certains faits juridiques laissent peu de place à l'interprète, parfois les événements parlent d'eux-mêmes, sont notoires et sont transposables en droit presque sans médiation. Lorsqu'un délai est prévu et que les conditions sont peu nombreuses (art. 65, § 2 CVDT), la marge d'action du tribunal est faible. À l'inverse – et dans une concrétisation coutumière comme l'acquiescement – les conditions sont nombreuses et dépendent d'un regard externe. C'est pourquoi l'extrait de Salmon s'y applique parfaitement.

<sup>6165</sup> Sur ces questions : S. EL BOUDOUHI, *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 384 p.

<sup>6166</sup> Voy. nos développements *supra*, Ch. 5.VI – « La faculté de répondre » (*si loqui... potuisset*). L'État qui souhaite prouver l'acquiescement (État bénéficiaire) ne va en principe pas s'attacher à prouver que son adversaire était en mesure de répondre, il se contentera de prouver la connaissance et l'existence d'une charge de réagir. La condition de la faculté de répondre fonctionne presque comme une « exception » à l'intérieur de l'acquiescement et à disposition de l'État qui serait lésé par l'acquiescement. Il appartient alors à l'État lésé de démontrer que sa situation (menace, troubles internes, succession d'États, changement de gouvernement) l'empêchait de répondre et de protester.

6. *Les conclusions demandées et l'importance de l'acquiescement*

Pour quelle part le travail de reconstruction de l'acquiescement est-il influencé par les conclusions demandées<sup>6167</sup> ? Est-ce que la reconstruction de l'acquiescement suit un cheminement différent en fonction de l'importance de sa validation ou de son rejet pour la solution du différend ? Nos présents développements doivent beaucoup à une partie précédente<sup>6168</sup> dans laquelle nous avons esquissé une tripartition de l'importance de l'acquiescement pour la résolution d'un différend. (1) L'acquiescement s'identifie à la substance du différend : les affaires du *Temple de Préah Vihéar* et des *Pêcheries* appartiennent à cette catégorie. Les conclusions demandées correspondent à l'effet que produirait l'acquiescement. Parfois, les parties mentionnent l'acquiescement dans leurs conclusions, et ce généralement pour en contester l'application<sup>6169</sup>. (2) L'acquiescement est auxiliaire dans la résolution du différend, il correspond à une étape ou à un instrument parmi d'autres permettant de fournir une solution sur un point. Dans *Golfe du Maine*, et plus largement les délimitations maritimes, l'acquiescement est souvent examiné, mais il existe d'autres manières d'établir les espaces maritimes. L'acquiescement est une des voies possibles pour parvenir aux conclusions. (3) L'acquiescement est accessoire dans l'affaire, il porte sur un point annexe du différend ou sur une question de procédure. La reconstruction de l'acquiescement est presque soulevée par le hasard des arguments, les parties et le juge se rendent compte que cet outil peut servir à résoudre un aspect du différend. Dans *Saiga*, l'acquiescement participe causalement à la compétence de la Cour mais reste anecdotique pour le fond du différend : le TIDM s'en sert pour prouver la nationalité vincentaise du navire (et ainsi entériner sa compétence)<sup>6170</sup>. Dans *Activités militaires* (1984), l'acquiescement est pris en charge dans l'arrêt relatif à la compétence de la Cour, il ne touche pas à la substance du différend, le tribunal s'en sert pour cimenter son interprétation du Statut<sup>6171</sup>.

<sup>6167</sup> Cf. art. 48 et 53 SCIJ ; art. 49 et 60, § 2 RSCLJ.

<sup>6168</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.VII.C.1.b.ii.

<sup>6169</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 12 ; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec.* 1960, p. 198. De cette manière, la CIJ est forcée de se prononcer sur l'acquiescement.

<sup>6170</sup> *Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, §§ 55-72.

<sup>6171</sup> *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. 404 et s.

*A priori*, la valeur de cette tripartition se limite à fournir une grille de lecture de l'attention avec laquelle le tribunal et les parties construiront l'acquiescement. Plus l'effet de l'acquiescement s'identifie aux conclusions demandées, plus crucial sera sa validation (ou son rejet) et plus les parties auront anticipé les faits, preuves et raisonnement susceptibles d'influencer le tribunal. À l'inverse si l'acquiescement est « découvert » en cours d'instance, les parties seront au pied du mur et élaboreront des constructions partielles pour le valider. Dans ce cas, le tribunal est plus libre dans la construction de l'acquiescement et l'administration des faits et preuves. Il faut toutefois apporter une nuance dans la catégorie (3) : l'acquiescement y est de moindre importance car il ne touche pas le fond du différend (les droits primaires violés ; la responsabilité internationale) mais est tout de même important car il peut déterminer la compétence du tribunal à se prononcer *sur* l'ensemble du différend. L'acquiescement est un passage obligé *pour* la résolution du différend, mais se détache du différend en tant que tel. Dans *Activités militaires* (1984), la Cour évalue longuement l'acquiescement car il lui permet de se déclarer compétente (un *moyen en vue d'une fin*).

Les conclusions demandées et leur symbiose avec l'acquiescement influencent sa construction. Les parties « taillent » l'acquiescement comme un vêtement pour qu'il corresponde au plus près à leurs conclusions. Cela signifie que si les parties ont conscience et prévoient l'invocation de l'acquiescement, elles seront plus susceptibles d'amener à la Cour des éléments, faits, comportements et raisonnements élaborés et convaincants. À l'inverse, si le recours à l'acquiescement n'avait pas été anticipé et surgit à l'instance, le travail de reconstruction pourra être plus spontané, et dans ce cas véritablement consister en une recherche sans *a priori* sur une possible configuration des faits en un acquiescement. Quand l'acquiescement n'avait pas été anticipé, le rôle du tribunal est en expansion ; il peut demander des preuves aux parties, se substituer à elles dans l'affirmation des conditions à remplir et dans la reconstruction à appliquer aux faits (l'absence d'argumentation des parties laisse le champ libre au tribunal). Lorsqu'un acquiescement est longuement plaidé par les parties, le tribunal ne peut pas se contenter de le balayer d'un revers de main, il doit expliquer les motifs qui le font s'en éloigner.

*D. Synthèse*

Les arguments qui font de l'acquiescement une reconstruction judiciaire *a posteriori* sont nombreux. L'acquiescement est dès le départ une création prétorienne : les tribunaux se sont emparés de la notion et lui ont donné corps. La jurisprudence a développé ses conditions et son fonctionnement. En tant que principe général de droit, l'acquiescement et ses concrétisations (à l'exception des codifications – et encore)<sup>6172</sup> ne peuvent pas échapper à la mainmise des tribunaux. L'influence s'étend tout d'abord sur les faits qui composent l'acquiescement (les faits « tangibles » qui sont perçus par les sens et les faits « abstraits » qui exigent une opération intellectuelle). Ces faits demandent un travail de sélection, de composition, d'ordonnancement, une pondération de leur preuve. L'influence s'étend ensuite sur le droit : comment l'acquiescement opère et selon quel critère il faut le faire fonctionner. Finalement et logiquement, le tribunal influence énormément l'application du droit au fait, ne serait-ce qu'en raison de sa grande implication dans les opérations précédentes.

En tant qu'institution juridique, l'acquiescement s'articule autour de quelques événements réels et beaucoup de considérations abstraites, intellectuelles. Une omission, la connaissance présumée, ou encore la charge de réagir ne peuvent qu'être des constructions intellectuelles, plaquées par après sur des événements avérés. La part du tribunal est donc importante pour établir les critères de construction de ces faits-conditions de l'acquiescement (comment la connaissance présumée est-elle vérifiée ?) et les appliquer aux éléments proposés par les parties.

Il résulte de ce qui précède que l'incertitude règne pendant la formation de l'acquiescement, les parties peuvent en toute bonne foi ignorer que les faits qui surviennent entre elles sont susceptibles d'être calibrés dans cette structure. Cette incertitude est vidée à l'instance lorsqu'une des parties décide de tenter un acquiescement. Ce caractère aléatoire et reconstruit de l'acquiescement s'illustre jusque dans le fardeau de la preuve :

« [T]he Court is not deemed to have direct and spontaneous knowledge of all the sources of particular law that can be applicable to particular cases. It is not obliged to have knowledge of the rights and obligations

---

<sup>6172</sup> L'article 45 CVDT se sert de notions juridiques indéterminées.



arising from bilateral conventions or regional customs. *This applies a fortiori to all the sources of particular obligations resulting from estoppel, prescriptive title, tacit or informal agreement, or acquiescence* »<sup>6173</sup>.

Le tribunal ne se saisit pas spontanément de l'acquiescement. Le travail de reconstruction est mis en route par l'invocation d'une partie. L'« examen » de l'existence d'un acquiescement n'a rien de nécessaire : au contraire il s'agit d'une reconstruction car le tribunal peut parfaitement faire fi de cette possible configuration des faits.

Sur un plan extrinsèque, l'acquiescement est en compétition avec d'autres institutions juridiques qui permettent d'aboutir aux mêmes effets (création d'une obligation, perte d'un droit) et qui prennent appui sur des faits « tangibles » similaires. Tant le tribunal que les parties peuvent dès lors se positionner stratégiquement et invoquer l'institution qui présente les coûts de fonctionnements moins élevés, qui s'articule autour de conditions simples à mettre en œuvre. L'acquiescement est aux antipodes de la simplicité en raison des nombreuses variables qui le conditionnent. Il est de plus « tacite » ou « implicite », ce qui lui enlève la faveur des États (généralement partisans du volontarisme) et des cours (qui favorisent les processus volontaires de création d'obligations).

La reconstruction d'un acquiescement (et son éventuelle validation finale) n'a donc rien de mécanique. De nombreux facteurs l'influencent en coulisse. Quand un tribunal consacre un acquiescement, la constellation qui y préside est chaque fois unique et ne doit rien à l'application d'un syllogisme qu'il suffirait de découvrir dans la nature, détaché du travail de l'imagination, et qui n'attendrait plus que d'être constaté :

« On mesure par ce qui précède l'importance du rôle de l'organe qui aura non à constater le fait mais à le construire, en configurant le réel à partir du droit, en décidant de la pertinence des faits, en imposant sa version des faits en leur conférant un sens, en se contentant parfois de vraisemblances, quelquefois de présomptions, le tout sous couvert des principes de la liberté d'appréciation des preuves et de l'intime conviction du juge et sur base de ses schémas évaluatifs propres. Une fois de plus on est loin d'un simple raisonnement logique à l'allure mécanique »<sup>6174</sup>.

<sup>6173</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 935, nos italiques.

<sup>6174</sup> J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », op. cit., p. 318.

La réalité de la *reconstruction judiciaire* rétroagit sur l'ensemble des conditions de fonctionnement de l'acquiescement.

### V. *La bonne foi dans la reconstruction de l'acquiescement*

Les interactions de la bonne foi et de l'acquiescement s'apparentent à un serpent de mer ; la question fondamentale est de déterminer si l'État bénéficiaire doit être de bonne foi pour que l'acquiescement s'applique. Nous avons volontairement retardé l'examen de cette question fondamentale et perçue comme difficile afin d'avoir toutes les cartes en main pour y apporter une réponse satisfaisante. Nous savons maintenant que l'acquiescement est *reconstruit*, que la nature de l'acquiescement est celle d'un principe général de droit, principe qui constitue lui-même une émanation de la bonne foi et qui est généralement concrétisé dans des normes coutumières et conventionnelles.

Les réponses que l'on apportera sont les suivantes : la bonne foi n'est *généralement* pas une condition pour pouvoir bénéficier de l'acquiescement. Nous établirons cependant comment la bonne foi peut influencer la reconstruction de l'acquiescement.

Pour apporter ces réponses, nous procéderons en trois étapes. Une comparaison avec l'*estoppel* permettra de voir la place que la bonne foi occupe chez ce proche parent (V.A). Ensuite, nous reviendrons sur le cadre général du problème, c'est-à-dire l'acquiescement en tant que principe général et émanation de la bonne foi (V.B). La place de la bonne foi dans l'acquiescement sera finalement abordée (V.C).

#### A. *La comparaison avec l'estoppel*

L'*estoppel* est – comme l'acquiescement – une émanation et une concrétisation de la bonne foi <sup>6175</sup> :

« 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 » <sup>6176</sup>.

<sup>6175</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., pp. 106-107.

<sup>6176</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, Rec. 1984, p. 305, § 130, italiques dans l'original.

Le principe de la bonne foi nourrit l'*estoppel* à sa racine <sup>6177</sup>.

Plus précisément, l'*estoppel* se rattache à la bonne foi subjective et objective <sup>6178</sup>. La première a trait aux facteurs « psychologiques » de l'État, il s'agit de déterminer la représentation des faits que l'État agissant s'était formé <sup>6179</sup>. Nous rattachons la bonne foi subjective à l'*estoppel* car l'État bénéficiaire peut faire valoir sa « croyance erronée non négligente » <sup>6180</sup>. La bonne foi objective correspond au principe général de bonne foi et se scinde en plusieurs « sous-principes » <sup>6181</sup>. Pour l'*estoppel*, c'est le premier sous-principe de la protection de la confiance légitime qui nous intéresse :

« 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. Elle donne le sceau juridique à une certaine régularité de comportement révélée vers l'extérieur et ne permet pas à l'auteur de ces attitudes d'opposer au sujet confiant les aléas de sa volonté réelle. 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 » <sup>6182</sup>.

La bonne foi objective concerne en premier lieu l'État lésé dans l'*estoppel* : il doit supporter l'interprétation objective qui est faite de son comportement, peu importe sa volonté <sup>6183</sup>.

Ces deux versants de la bonne foi concourent à la formation de l'*estoppel* : bonne foi subjective du côté de l'État bénéficiaire qui ne devait pas avoir conscience du droit de son adversaire. Bonne foi objective du côté de l'État lésé qui doit supporter la confiance qu'il a suscitée chez autrui suite à l'adoption d'un comportement <sup>6184</sup>. La bonne foi *en général* est souvent invoquée aux côtés ou en conjonction avec l'*estoppel*, elle imprègne cette institution de l'intérieur comme de l'extérieur <sup>6185</sup>.

<sup>6177</sup> I. MCGIBBON, « Estoppel in International Law », *op. cit.*, p. 471.

<sup>6178</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 109 (l'*estoppel* est lié à la bonne foi objective dans cette page, mais nous nous intéressons ici à la position de l'État bénéficiaire) et 125.

<sup>6179</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>6180</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>6181</sup> *Ibid.*, p. 107, § 71.

<sup>6182</sup> *Ibid.*, pp. 124-125, § 135.

<sup>6183</sup> D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *op. cit.*, p. 193.

<sup>6184</sup> I. MCGIBBON, « Estoppel in International Law », *op. cit.*, p. 496.

<sup>6185</sup> *Ibid.*, p. 512.

Bowett énumère les conditions chronologiques de fonctionnement de l'*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.* [bonne foi subjective de l'État A]

(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.

(iii) *Silence or inaction by State B such as to lead State A to suppose it possessed no conflicting right or interest.* [bonne foi objective suscitée par l'État B]

(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 »<sup>6186</sup>.

Les conditions (i) et (iii) correspondent respectivement aux versants subjectifs et objectifs de la bonne foi. La bonne foi subjective est première, elle conditionne la reconstruction de l'*estoppel*, qui ne peut être retenu que si l'État bénéficiaire ignorait que l'État lésé détenait un droit antérieur. Le recours à la bonne foi subjective de l'État bénéficiaire se comprend et se justifie en raison de l'effet de l'*estoppel*, qui fonctionne comme une fiction<sup>6187</sup>. La représentation est opposée à l'État lésé, peu importe sa volonté réelle<sup>6188</sup>. À la différence de l'acquiescement, il ne s'agit pas de reconstituer un « fil rouge » qui indique une position commune, mais de faire supporter à l'État lésé les conséquences (au sens de la responsabilité)<sup>6189</sup> de sa représentation<sup>6190</sup>. L'*estoppel* s'intéresse avant tout à la réception objective par l'État bénéficiaire des attitudes de l'État lésé<sup>6191</sup>. En ce sens il est moins difficile à satisfaire que l'acquiescement,

<sup>6186</sup> D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *op. cit.*, p. 200, nos italiques (notes omises).

<sup>6187</sup> J.-C. WITENBERG, « L'Estoppel. Un aspect juridique du problème des créances américaines », *op. cit.*, p. 530.

<sup>6188</sup> H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, pp. 616, 630.

<sup>6189</sup> D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *op. cit.*, not. pp. 177 et 184.

<sup>6190</sup> H. THIRLWAY, « The Role of the International Law Concepts of Acquiescence and Estoppel », in S. DOUMA et F. ENGELEN (éds), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, 2008, p. 31.

<sup>6191</sup> H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 625.

le seuil probatoire est moins élevé. Par contre, l'existence d'un dommage (« detriment ») et la nécessité que l'État bénéficiaire ait considéré – de bonne foi – qu'il était en mesure d'acquérir un droit qui n'appartenait à aucun autre État apportent des correctifs à l'aspect fictif de l'*estoppel*<sup>6192</sup>.

Dans la présente section, c'est donc la bonne foi *subjective* de l'État bénéficiaire qui nous intéresse. Dans cette veine et en rapport avec la condition (i) énumérée *supra*, Bowett tire toutes les conclusions :

« When [...] the state proceeds with full knowledge of another state's conflicting right or interest, the inaction or silence of the latter may afford a basis for the acquisition of a title by prescription, but it cannot be treated as estoppel. There has been no deception and nothing which good faith, operating through the doctrine of estoppel, requires to be put right »<sup>6193</sup>.

Si l'État bénéficiaire sait dès le départ que sa prétention se heurte au droit d'un autre État, il est de « mauvaise foi »<sup>6194</sup> et ne peut prétendre à la protection offerte par l'*estoppel*. Les développements offerts par Antunes corroborent cette nécessité de la bonne foi subjective de l'État bénéficiaire. Cet auteur illustre comment bonne foi objective et subjective se recoupent et agissent de concert :

« The invoking state must have relied, in good faith, in that assumption of facts, and have been misled thereby [bonne foi objective]. Moreover, if it is possible for the invoking state to perceive (by other facts which actually occurred or by conduct of the state against which estoppel is claimed) that the conduct did not convey acceptance or assertion, then the principle of estoppel will not operate [bonne foi subjective] »<sup>6195</sup>.

Un État ne peut utiliser le bouclier de la fiction offert par l'*estoppel* s'il savait ou était en mesure de savoir que sa prétention était contraire aux droits de son adversaire<sup>6196</sup>. L'*estoppel* offre une protection à l'État bénéficiaire, il importe donc que cette protection

<sup>6192</sup> N. S. MARQUES ANTUNES, « Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 35.

<sup>6193</sup> D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *op. cit.*, pp. 200-201.

<sup>6194</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 115-118.

<sup>6195</sup> N. S. MARQUES ANTUNES, « Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 35.

<sup>6196</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 949.

soit le résultat d'un comportement de bonne foi : l'État bénéficiaire ne doit pas être protégé en raison de sa propre turpitude ou grâce à une action accomplie délibérément de mauvaise foi.

*L'estoppel* est saturé de bonne foi : elle est présente en tant que source créatrice tout d'abord et, simultanément, en tant que condition d'application.

### *B. Un paradoxe : l'acquiescement comme émanation de la bonne foi*

L'acquiescement constitue une émanation et une concrétisation de la bonne foi<sup>6197</sup>. Plus précisément, l'acquiescement est lié à la bonne foi objective<sup>6198</sup>. Dans cette branche de la bonne foi, Kolb rattache l'acquiescement aux deux aspects de la protection de la confiance légitime<sup>6199</sup> et de la confiance dans le droit (ou « attentes légitimes »)<sup>6200</sup>. En lien avec la confiance légitime, l'opération globale de l'acquiescement protège les droits et obligations qui naissent des interactions sociales. Une situation *effective* est finalement consacrée en droit (le processus coutumier n'est jamais très loin)<sup>6201</sup>. Sous l'aspect des attentes légitimes/confiance dans le droit, l'acquiescement tire parti des circonstances *objectives* pour définir – via ses conditions de fonctionnement – si une protection est légitime ou non :

« Plutôt que d'arrêter son dévolu sur un opérateur juridique seul en conférant une puissance suprême à sa volonté et à ses facultés unilatérales, la bonne foi-confiance commande la prise en compte de la situation du receveur de signes socialement pertinents. En le protégeant sous certaines conditions, elle garantit en même temps les aspirations de stabilité de la société dans son ensemble. Il ne s'agit pas de sécurité juridique au sens général ; il s'agit de sécurité qualifiée dans des rapports précis et nettement définis. Que cette protection de la confiance légitime ait un caractère objectif et non subjectif (intentions) est manifeste »<sup>6202</sup>.

Les deux branches de la bonne foi objective se renforcent mutuellement dans l'acquiescement. Elles mettent en œuvre entre les parties des valeurs de l'ordre juridique (application spécifique

<sup>6197</sup> *Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec.* 1984, p. 305, § 130.

<sup>6198</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., pp. 124-125, §§ 133-135. Les deux autres branches sont la bonne foi subjective et la bonne foi-standard.

<sup>6199</sup> *Ibid.*, pp. 124-125, §§ 133-137.

<sup>6200</sup> *Ibid.*, pp. 126-127, §§ 146-150.

<sup>6201</sup> *Ibid.*, pp. 124-125, § 135.

<sup>6202</sup> *Ibid.*, p. 127, § 148.

du principe de légalité et de sécurité juridique ; consécration de l'effectivité d'une situation ; mainmise des États sur leurs rapports juridiques et leurs différends).

L'acquiescement ne prend pas en compte les attitudes subjectives ou volontaires des parties mais fonctionne de manière objective, en se basant sur les comportements et l'interprétation raisonnable qu'il faut leur accorder. En tant que concrétisation de la bonne foi, l'acquiescement se distingue par une mise en œuvre radicale, qui fait fi des restrictions mentales et connaissances particulières des parties relatives aux droits de son adversaire. Cette mise en œuvre est tellement radicale que la bonne foi disparaît des conditions de fonctionnement de l'acquiescement. Cette dernière n'a pas sa place *dans* l'acquiescement.

Thirlway, qui certes modèle l'acquiescement sur un accord, l'exprime sans détour :

« No question of good faith is involved in establishing the existence of an acquiescence: the state did agree or did not agree, and that is all » <sup>6203</sup>.

En procédant globalement, l'acquiescement gomme les questions de bonne foi et favorise l'émergence d'une ligne de conduite cohérente, univoque, qui justifie des effets de droits et la consécration d'une nouvelle situation juridique entre les parties. Alors que l'*estoppel* est une arme, voire un bouclier, l'acquiescement est un processus.

Quelques concrétisations illustrent cette expulsion de la bonne foi – l'État bénéficiaire peut parfaitement être conscient que sa prétention viole un droit de son adversaire, cela ne l'empêchera pas d'invoquer l'acquiescement. L'article 45 CVDT prévoit la perte d'invoquer une cause de nullité d'un traité, par exemple en cas de dol (art. 49 CVDT) ! L'auteur du dol (qui est *forcément* de mauvaise foi car un dol ne peut être ignoré par celui qui le commet) <sup>6204</sup> sera en droit d'exiger l'exécution du traité si l'État victime ne réagit pas assez promptement après en avoir pris connaissance. L'effectivité de la situation entre les parties est finalement préférée à une logique stricte de légalité. La mauvaise foi initiale de l'État provoquant le dol n'interrompt ni n'empêche l'acquiescement.

---

<sup>6203</sup> H. THIRLWAY, « The Role of the International Law Concepts of Acquiescence and Estoppel », *op. cit.*, p. 40.

<sup>6204</sup> Th. RENSMANN, « Article 49 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 835 : « Fraud is the antithesis of good faith ».

*Temple de Préah Vihéar* confirme que la mauvaise foi de l'État au bénéfice de l'acquiescement est dénuée de pertinence. La CIJ s'attarde longuement sur la capacité de la Thaïlande à reconnaître et à réaliser l'erreur<sup>6205</sup>. Si la Thaïlande était en mesure de reconnaître cette erreur, la France et le Cambodge étaient nécessairement aussi en position de la percevoir ! Ces deux États étaient donc de mauvaise foi. Parce qu'ils pouvaient réaliser l'erreur, ils auraient pu en avertir la Thaïlande, mais ils n'en ont rien fait. Que dire de l'affaire de l'*Indemnité Russe* : est-ce que la Turquie pouvait ignorer de bonne foi la disparition des intérêts de la somme qu'elle devait rembourser<sup>6206</sup> ? Dans *Roi d'Espagne*, le Nicaragua soutenait que la sentence était invalide, ce qui ne pouvait pas non plus avoir échappé au Honduras<sup>6207</sup>.

Un point commun des affaires précédentes est l'existence d'une zone grise factuelle ou juridique : il n'est pas toujours avéré que l'État bénéficiaire de l'acquiescement était réellement et délibérément de mauvaise foi, il se peut aussi qu'il ignorait (en raison d'un manque de diligence) la situation juridique exacte<sup>6208</sup>. En présence d'une « zone grise », l'acquiescement, en tant que concrétisation de la bonne foi, se présente comme une solution pour départager les États et créer un cadre de référence clair. Paradoxalement, c'est en s'affranchissant de la mauvaise et de la bonne foi subjectives<sup>6209</sup> des parties que l'acquiescement réalise une bonne foi objective et supérieure.

### C. Une bonne foi internalisée et à géométrie variable

L'exclusion à peine prononcée mérite d'être approfondie : l'influence de la bonne foi peut se manifester de manière transversale à l'institution. Comme l'acquiescement est une reconstruction judiciaire, le tribunal dispose d'outils pour faire intervenir la bonne foi de manière détournée : l'exclusion de principe laisse place à une application subsidiaire, à titre de correctif.

<sup>6205</sup> *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec. 1962*, pp. 21-29.

<sup>6206</sup> *Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, p. 446.

<sup>6207</sup> *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec. 1960*, pp. 205-211.

<sup>6208</sup> Cf. *supra*, le tableau des différentes « zones grises » dans le Ch. 5.III.A.3.

<sup>6209</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., pp. 115-118.



Il faut déjà se rappeler que si une protestation advient suffisamment tôt, l'État qui tente l'acquiescement risque d'engager sa responsabilité internationale pour fait internationalement illicite <sup>6210</sup>. Il existe certains correctifs ou limites internes de l'acquiescement : une violation du *ius cogens* ne donne pas lieu à acquiescement. Un comportement « privé », « caché », ni ouvert, ni public, ne peut pas déboucher sur l'acquiescement <sup>6211</sup>. Dans certains domaines juridiques, les spécificités juridiques ont pour conséquence d'empêcher un État de se prévaloir de sa mauvaise foi. L'affaire *Nottebohm* est révélatrice en ce sens : le Liechtenstein est incapable de prouver que la naturalisation s'est effectuée selon les critères juridiques, il ne peut pas se servir des comportements du Guatemala pour construire un acquiescement <sup>6212</sup>.

L'existence et l'ampleur de la zone grise <sup>6213</sup> qui sert de toile de fond à l'acquiescement permettent également d'expliquer certaines modulations de la prise en compte de la bonne ou mauvaise foi de l'État qui s'érige en bénéficiaire de l'acquiescement. Un conflit territorial ne réserve pas le même sort à l'acquiescement en fonction de l'existence antérieure d'un traité de frontière. En l'absence d'un tel traité, la zone grise est presque totale (les parties ignorent – de bonne foi – l'étendue de leurs territoires) et par conséquent leurs comportements auront un impact déterminant afin de jauger leurs prétentions. Au contraire, si un traité préexiste et est connu (ou digne de connaissance présumée), l'État qui contrevient au traité doit prouver « l'acquiescement manifeste » du titulaire du titre. La « zone grise » est bien plus réduite ; l'existence du traité n'interdit pas les empiètements et un éventuel acquiescement final, mais le seuil probatoire est relevé, ce qui peut s'interpréter comme un rempart contre la mauvaise foi de l'État qui tente l'acquiescement. Le domaine juridique pertinent et le seuil probatoire imposé (acquiescement « net », univoque, fil rouge qui constitue la seule déduction raisonnable) conspirent à une exclusion *prima facie* de la mauvaise foi crasse de l'État bénéficiaire.

---

<sup>6210</sup> Voy. *supra*, Ch. 5.VII.D.3 – « Typologie, effet et rapport [de la protestation] à l'acquiescement ».

<sup>6211</sup> Voy. par ex. *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec.* 1999, pp. 1077-1078, § 55.

<sup>6212</sup> *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec.* 1955, pp. 14-19 ; J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, pp. 60-64.

<sup>6213</sup> Cf. *supra*, Ch. 5.III.A.3 et le tableau récapitulatif.

Une limitation plus immédiate, mais qui mérite d'être mentionnée, consiste à tenir compte des déclarations et admissions de l'État qui souhaiterait bénéficier de l'acquiescement. Ces admissions ne concernent pas exclusivement la mauvaise foi, elles peuvent s'étendre à l'ensemble de l'acquiescement. Il s'agit avant tout des déclarations expresses par lesquelles l'État bénéficiaire reconnaît qu'une condition de l'acquiescement n'est pas établie, ou qu'il savait que ses comportements étaient constitutifs de violations <sup>6214</sup>. Fondamentalement, la réflexion est la suivante : l'État bénéficiaire, aussi longtemps que l'acquiescement n'est pas validé, peut y faire obstacle par ses déclarations, une reconnaissance du droit de son adversaire. Deux affaires illustrent cette situation : dans *Pensions de l'UNESCO*, l'OI tentait de construire une pratique subséquente à l'accord de siège de 1954 <sup>6215</sup>. Une condition de cette pratique – qui repose en partie sur l'existence d'un acquiescement – est la cohérence des comportements des États parties au traité. Or :

« L'UNESCO reconnaît qu'une telle concordance n'a pas existé. Elle indique même qu'il ne s'agit pas de rechercher dans la pratique ultérieure l'accord des Parties à l'égard des interprétations de l'article 22 b). Elle ajoute que l'abstention des autorités fiscales françaises d'imposer les pensions, abstention qui s'est manifestée jusqu'à une date récente, explique son inaction et se suffit à elle-même sans qu'il soit nécessaire qu'elle y adhère "d'une manière ou d'une autre" » <sup>6216</sup>.

La « reconnaissance » de l'UNESCO saborde le fil rouge et coule l'acquiescement. Il faut aussi noter que le tribunal arbitral exigeait « une position sans équivoque » <sup>6217</sup> afin de retenir la pratique subséquente. Est-ce que cela signifie pour autant que l'UNESCO avait été de mauvaise foi tout au long de la période de non-imposition de ses fonctionnaires ? Rien n'est moins sûr. Toutefois, les conditions et l'analyse du tribunal indiquent comment la mauvaise foi (subjective) de l'État bénéficiaire peut

---

<sup>6214</sup> Par exemple : une borne frontière est déplacée par un particulier. Ce déplacement pourrait constituer le début d'un acquiescement, car il y a là une prétention (agrandissement du territoire). Cependant, si l'État qui a « agrandi » son territoire déclare qu'il va remettre la borne en place, l'acquiescement est coupé à la racine.

<sup>6215</sup> *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. 256, § 63.

<sup>6216</sup> *Ibid.*, p. 260, § 75.

<sup>6217</sup> *Ibid.*, p. 259, § 74.

empêcher la concrétisation de l'acquiescement (la cohérence du comportement empêche l'État d'agir à sa guise, l'*estoppel* n'est jamais très loin).

L'affaire du *Droit de passage en territoire indien* illustre plus nettement l'importance des déclarations de l'État qui pourrait bénéficier d'un acquiescement. Le Portugal avait accompli 23 passages « armés » en territoire britannique, et ce sans l'accord de ce dernier<sup>6218</sup>. Ces passages « armés » étaient en contradiction avec un traité préexistant<sup>6219</sup>. Mais le Royaume-Uni n'avait pas protesté pendant une dizaine d'années ; le Portugal aurait donc été en position de faire valoir que le droit de passage sans autorisation s'éten-dait, en plus des biens et personnes civiles<sup>6220</sup>, aux armes et aux soldats. Lorsque le Royaume-Uni protesta pour la première fois, le Portugal réaffirma la pertinence du traité, la nécessité d'exiger une autorisation préalable, et renouvela ses assurances que le traité serait respecté à l'avenir<sup>6221</sup>. L'acquiescement aurait pu survenir si le Portugal ne s'était pas attaché au traité.

Cette situation dans laquelle tant l'UNESCO que le Portugal ne vont pas jusqu'au terme de l'acquiescement peut s'analyser dans une optique plus générale. L'éventuelle « mauvaise foi » de l'État bénéficiaire passe alors au second plan, ce qui est crucial, c'est la prise en compte de leur attitude vis-à-vis de leur *propre* prétention, c'est-à-dire vis-à-vis de l'acquiescement dont il souhaiterait bénéficier :

« Visant à l'abandon d'un droit propre, la renonciation [en général] doit être distinguée de la renonciation à une prétention [le cas qui nous occupe], laquelle consiste dans le fait pour son auteur d'admettre le mal-fondé de la prétention en question, c'est-à-dire l'inexistence du droit qui en constitue le fondement. Dans cette hypothèse, il n'y a, de toute évidence, que la constatation d'une situation juridique ou reconnaissance négative, à savoir, en substance, une forme de reconnaissance dont le seul effet est une forclusion à contester la situation ainsi constatée ("estoppel"), sans effets abdicatifs, qui sont au contraire le propre de la renonciation véritable »<sup>6222</sup>.

<sup>6218</sup> *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, Rec. 1960, p. 41.

<sup>6219</sup> *Ibid.*

<sup>6220</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>6221</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.

<sup>6222</sup> G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 415.

Cet extrait de Venturini démontre le caractère précaire de l'acquiescement du côté du sujet bénéficiaire (Portugal ; UNESCO), qui peut y « renoncer » à tout moment en confirmant le droit de son adversaire. La bonne et mauvaise foi subjectives en tant que conditions de l'acquiescement se réintroduisent par la fenêtre dans ces circonstances.

Ces multiples *caveat* et précisions démontrent que la bonne foi n'est généralement pas abordée directement en tant que condition du comportement de l'État bénéficiaire de l'acquiescement. Malgré cette absence de pertinence de principe, la bonne et mauvaise foi disposent de nombreux moyens de peser sur l'issue de l'acquiescement. La prise en compte indirecte se justifie par des considérations très générales : les États sont présumés agir de bonne foi sur la scène internationale, il est extrêmement coûteux d'apporter la preuve contraire de la mauvaise foi<sup>6223</sup>. Un expédient consiste à prendre en compte la mauvaise foi via les déclarations de l'État bénéficiaire, ou encore à moduler les conditions de l'acquiescement afin de restreindre au maximum les circonstances dans lesquelles l'État pourrait profiter de sa mauvaise foi ou d'actes illicites qui composent le fil rouge.

Le temps est venu de formuler les relations entre l'acquiescement et la bonne foi du point de vue du tribunal. Les tribunaux appliquent les principes généraux de droit international. Le principe *nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*<sup>6224</sup> est pertinent, il a été défini notamment dans l'*Usine de Chorzów* :

« 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 »<sup>6225</sup>.

L'acquiescement est une concrétisation de la bonne foi. Mais que se passe-t-il lorsque l'acquiescement se heurte à un autre principe général qui lui aussi concrétise la bonne foi ? Il y a alors un « conflit de bonne foi ». Les principes généraux en opposition peuvent concrétiser des bonnes fois différentes<sup>6226</sup>.

<sup>6223</sup> La mauvaise foi « externalisée » est seule prise en compte. Si l'État est de mauvaise foi mais qu'elle reste non communiquée, interne, l'acquiescement n'est pas affecté.

<sup>6224</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 951.

<sup>6225</sup> *Usine de Chorzów*, Compétence, 26 juillet 1927, CPJI, Série A, n° 9, p. 31.

<sup>6226</sup> À propos des différentes catégories de bonne foi : R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., pp. 107 et s.

Dans les affaires *Stevenson* et *Norstar*, la question de la prescription extinctive est au premier plan. Toutefois, le tribunal tient compte des raisons du retard à présenter la demande :

« 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 » <sup>6227</sup>.

Cent ans après, le TIDM réitère le raisonnement :

« Le Panama ajoute que puisque l'Italie était consciente du fait que les dommages ne cessaient de s'aggraver et qu'elle avait préféré ne pas répondre aux demandes de réparation du Panama, elle ne peut plus prétendre à présent qu'elle subit un dommage de manière injuste » <sup>6228</sup>.

Une 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 réclamant est imputable à la partie adverse » <sup>6229</sup>.

Si, en cours d'acquiescement, des actes accomplis de mauvaise foi ont pour conséquence de renforcer le fil rouge, l'État bénéficiaire ne pourra pas en tirer parti <sup>6230</sup>. Le conflit se résout ici en faveur de l'État lésé. Le principe *nemo commodum* est très proche de l'*estoppel* mais ne contient pas l'élément du dommage (« detriment ») : il suffit d'une faute pour que l'État ne puisse pas tirer parti de certains faits et arguments juridiques <sup>6231</sup>.

Notre « solution » consiste donc à faire intervenir la bonne foi « de l'extérieur » lorsque l'opération de l'acquiescement se heurte à une autre norme protégeant également la bonne foi. Dans ces circonstances, l'acquiescement est le terrain d'affrontement de plusieurs institutions protégeant la bonne foi. Ce « conflit de bonne foi » oppose la bonne foi objective de l'acquiescement à une autre de ses nombreuses concrétisations :

« (3) Bonne foi au sens objectif (principe général de droit) : Principe général de droit dont la substance normative se décompose, sur le plan le plus général, en trois aspects : (1) sur son versant positif, la bonne

<sup>6227</sup> *Stevenson Case (interlocutory)*, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 387.

<sup>6228</sup> *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016, p. 69, § 293.

<sup>6229</sup> IDI, *La prescription libératoire en droit international public*, Session de La Haye, 1925, Règle III.2.

<sup>6230</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, op. cit., p. 951.

<sup>6231</sup> *Ibid.*

foi protège la confiance légitime qu'un comportement a fait naître chez autrui quelle que soit la volonté réelle mais non intelligible de l'auteur ; (2) sur son versant négatif, la bonne foi protège certaines finalités ancrées dans l'intérêt collectif contre des prétentions individualistes excessives (théorie de l'abus de droit) ; (3) de manière subordonnée, la bonne foi s'oppose à ce qu'un sujet puisse tirer profit d'un comportement déloyal qui enfreint la réciprocité et l'égalité (doctrine du *nemo commodum capere potest ex propria turpitudine*) »<sup>6232</sup>.

Il n'est pas exclu que la jurisprudence contienne d'autres « conflits de bonne foi » entre l'acquiescement et une concrétisation du principe général de bonne foi. D'ailleurs le conflit peut parfaitement s'ériger entre l'acquiescement et la bonne foi subjective, ou encore envers la bonne foi-standard<sup>6233</sup>. La bonne foi telle que mise en œuvre par l'acquiescement est donc susceptible de « correctifs », correctifs eux-mêmes apportés par d'autres institutions concrétisant la bonne foi. Par contre, la jurisprudence recensée ne semble pas contenir d'affaires où une prétention initiale – aussi illégale et de mauvaise foi soit-elle – ait été écartée pour ce motif<sup>6234</sup>. Le « conflit de bonne foi » ne semble pouvoir survenir qu'en *cours* d'acquiescement, pendant son développement, lorsque les comportements se multiplient, qu'actions et réactions se répondent, et que les prétentions sont *réaffirmées*<sup>6235</sup>.

En guise de conclusion, il est nécessaire de prendre du recul sur ces questions de bonne et mauvaise foi. Toutes les concrétisations de l'acquiescement ne sont pas susceptibles de donner lieu à un « conflit de bonne foi ». D'abord, il faut nécessairement que l'État bénéficiaire soit de mauvaise foi et que ce soit perceptible (à travers des déclarations, ou à travers des comportements, comme le refus de donner des renseignements dans *Stevenson* et *Norstar*). Il existe des situations où les deux États sont parfaitement de bonne foi<sup>6236</sup>. Nous notons également qu'en fonction de l'existence et de l'ampleur d'une « zone grise », l'influence des considérations de bonne foi disparaît. Si les États évoluent dans un environnement factuel et juridique empreint d'incertitudes, il en résulte une émancipation de la prise en compte de la bonne ou mauvaise foi. Par exemple

<sup>6232</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., p. 107, § 71.

<sup>6233</sup> Sur ces autres versants de la bonne foi : *ibid.*, pp. 106-107.

<sup>6234</sup> Voy. les affaires brièvement recensées dans la section précédente V.B.

<sup>6235</sup> Cette « immunité » de la prétention initiale à la mauvaise foi est somme toute logique : un conflit avec une autre institution protégeant la bonne foi ne peut survenir que si l'acquiescement se développe.

<sup>6236</sup> Voy. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., p. 118, § 114 : « La bonne foi partagée empêche qu'une sanction soit dirigée à l'encontre d'une partie déterminée ».

dans *Phosphates à Nauru*<sup>6237</sup> et dans les conflits d'effectivités contre effectivités qui s'échelonnent sur de longues périodes, les États peuvent réellement ignorer l'état du droit et la solution juridique « correcte ». Dans ces situations, il est logique que l'acquiescement s'applique à l'exclusion de toute autre institution juridique, il permet à lui seul de mettre en œuvre la bonne foi et de départager les intérêts concurrents des adversaires.

Ainsi, certains types et concrétisations de l'acquiescement sont totalement indifférents à la bonne ou mauvaise foi des participants. Dans le cadre des droits humains, l'acquiescement-attributif (*cf. supra*, Ch. 6. III.C.2.c) ne prend pas en compte les attitudes subjectives des parties, il a seulement pour but de résoudre une situation et d'établir la responsabilité de l'État et/ou la capacité d'un individu à jouir d'une protection. En droit des traités, un changement fondamental de circonstances (art. 62 CVDT) est par définition une situation qui prend place sans l'intervention d'une partie, donc sans mauvaise foi<sup>6238</sup>. Suite au changement fondamental de circonstances, la partie affectée peut faire cesser le traité ou donner son acquiescement selon les termes de l'article 45 CVDT.

## VI. Synthèse

L'opération judiciaire de reconstruction renvoie, d'une part, à la manière dont l'acquiescement est « constaté », et, d'autre part, aux influences externes qui président à ce constat. Aussi longtemps qu'un organe décisionnel ne s'empare pas de l'acquiescement, son existence est évanescente. Peu importe que l'ensemble de ses conditions et éléments soient parfaitement présents et indiscutables : l'acquiescement nécessite un prononcé judiciaire pour pleinement accéder à l'existence. Schématiquement, c'est une cour, un tribunal arbitral, voire un comité des droits humains qui constatera son existence. Si l'établissement de l'acquiescement est prononcé par les parties prenantes, il s'agit d'une autre institution (accord, acceptation, admission).

Aussi longtemps que l'acquiescement n'est pas confié à un organe décisionnel, son sort est incertain, son existence est précaire. Bien que l'acquiescement ait été défini comme un *fait juridique* (et

---

<sup>6237</sup> *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, pp. 253-255.

<sup>6238</sup> L'article 62, § 2 CVDT exclut que la violation commise par une partie donne lieu à l'invocation de l'article.

parfois un « fait juridique complexe »), et qu'à ce titre il existe dès que ses conditions intrinsèques se réalisent, un établissement en bonne et due forme est nécessaire pour le faire sortir des limbes.

D'autre part, les faits juridiques se *construisent*, ils ne sont pas *découverts*. C'est particulièrement frappant dans le cas de l'acquiescement, qui repose sur une articulation ternaire et, en sus, demande une appréciation du temps, des acteurs, des comportements. De plus l'acquiescement fait largement appel à des considérations abstraites, sur des faits qui ne sont pas tangibles (connaissance présumée, charge de réagir). La construction par le tribunal de ces « faits abstraits » confère un pouvoir étendu aux tribunaux afin de pouvoir « constater » l'acquiescement.

La mainmise du tribunal s'apparente-t-elle à une hégémonie qui échapperait à toute influence des parties ? La réponse est contrastée. S'il est vrai que la marge de manœuvre d'une cour dans le constat d'un acquiescement est étendue, ce sont principalement parce que les parties l'invoquent qu'une cour s'en saisit (d'autres garde-fous existent ; le caractère dialectique des plaidoiries assure un contrôle des arguments soumis au tribunal). Une priorité est généralement accordée à l'explicite sur le tacite, les cours se focalisent bien souvent sur la recherche d'un accord au détriment de l'acquiescement. La solution la moins onéreuse en termes de réflexion et de temps est préférée (économie de procédure), ce qui est généralement synonyme de rejet de l'acquiescement. Il n'est pas inutile de rappeler que si les parties invoquent l'acquiescement, ce n'est pas simplement par ce que les faits bruts s'y prêtent : il s'agit tout simplement d'un réflexe argumentatif. L'acquiescement permet d'aller dans le sens des conclusions, il est donc invoqué.

La bonne foi ne doit pas être tenue à l'écart de cette opération de reconstruction judiciaire. Trois remarques sont nécessaires : 1) l'acquiescement est une émanation de la bonne foi. 2) Néanmoins, la bonne foi n'est pas une condition de l'acquiescement : une situation constitutive d'un fait illicite délibéré (mauvaise foi subjective ; dol de l'article 49 CVDT) ne fait pas obstacle à l'acquiescement ultérieur (art. 45 CVDT). 3) La bonne foi se réintègre au processus d'acquiescement lorsqu'un conflit de bonne foi se fait jour. En d'autres termes, si la bonne foi que concrétise le principe d'acquiescement (protection des apparences ; bonne foi à accorder au comportement des États) se heurte à la bonne foi concrétisée par un autre principe (*nemo turpitudinem*), un arbitrage doit être effectué entre ses



différents versants. Ainsi, si l'État au bénéfice de l'acquiescement empêche par son comportement l'État lésé de protester, l'omission de l'État lésé ne peut pas être prise en compte (*cf.* la condition de la capacité à répondre). Un autre exemple a trait aux actes accomplis par des fonctionnaires en dehors de leurs prérogatives (actes « *ultra vires* »). Ces actes ne peuvent pas constituer des comportements pertinents pour l'acquiescement si le dépassement de compétence est aisément reconnaissable, c'est-à-dire par comparaison à un État objectif et de « bonne foi ».



## CONCLUSION

Depuis un arbitrage de 197 av. J.-C. entre les cités de Samos et Priène jusqu'à l'arrêt de la Cour internationale de Justice de 2021 entre la Somalie et le Kenya, l'ouvrage s'efforce de retracer le parcours de l'acquiescement. Ces deux décisions tracent les bornes jurisprudentielles qui ont encadré l'étude d'une institution discrète mais omniprésente dans l'ordre juridique international. Nombreuses étaient les routes envisageables pour présenter l'acquiescement ; voilà celle que nous avons empruntée.

Ce parcours débute dans le langage. À la différence d'un terme dont la connotation n'est que juridique, la définition de l'acquiescement fait – consciemment ou non – appel à des conceptions non juridiques. Il importait donc dans le chapitre 1<sup>er</sup> de resserrer l'étau sur cette faute originelle qui pouvait entacher le raisonnement. Les obstacles dressés par le langage à l'étude de l'acquiescement se poursuivent. Adeptes d'une conception large de l'acquiescement, la recherche ne devait pas se limiter à l'usage du terme « acquiescement » mais également englober ses manifestations anonymes. Dans cette perspective, une définition des éléments caractéristiques de l'acquiescement, de son âme juridique s'imposait. Peu importe à cet égard que le label d'acquiescement soit accolé à sa manifestation. Un bref examen de la doctrine et de la jurisprudence aboutit à formuler une définition de travail de l'institution, définition dont les grandes lignes se sont vérifiées à travers l'ouvrage. L'acquiescement est un processus, une structure articulée autour d'un noyau ternaire : une prétention (1) arrive à la connaissance d'un sujet de droit (2), ce qui déclenche une charge de réagir sous peine d'accepter la prétention (3). Autour de ces trois conditions gravitent des éléments qui imprègnent le fonctionnement de l'institution : le temps, les auteurs, la protestation, les comportements. Armé de cette définition, la recherche historique de l'acquiescement pouvait être entreprise.

Cette recherche historique consiste à recenser les attestations de l'acquiescement (sans égard pour le nom utilisé afin de le désigner) à travers les époques et les systèmes juridiques. Il ne s'agissait pas

de tracer une généalogie de l'institution dans le chapitre 2, d'ailleurs bien difficile à faire remonter au-delà du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Cet historique nécessite de reformuler l'acquiescement afin de dénicher les institutions qui remplissaient les mêmes buts ou qui s'articulaient autour de conditions similaires. Grâce à cet « historique », de nombreuses attestations ont été récoltées, et ce dans les domaines les plus divers du droit interne ou international. En tant que processus, l'acquiescement est attesté dès la plus haute Antiquité. À travers ce recensement, des problématiques communes à l'acquiescement « contemporain » se font jour, de même que la *ratio iuris* qui préside à sa formulation, les valeurs qu'il charrie et protège. Ces recensements offrent autant de directions de recherche pour appréhender l'acquiescement dans l'ordre juridique international. En tant qu'institution autonome du droit international public, solidaire de la formule *qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset*, l'acquiescement naît au début du XX<sup>e</sup> siècle.

Au terme de ce recensement historique, l'étude pouvait entrer de plain-pied dans la sphère internationale. Une approche de l'acquiescement par agrandissements successifs est privilégiée : le chapitre 3 dresse une cartographie de son environnement juridique. L'acquiescement n'est pas une institution isolée ; il existe en relation avec des concepts et principes voisins qui remplissent des buts similaires. Face à une même situation factuelle, l'opérateur juridique – qu'il s'agisse d'un tribunal, d'une auteure ou d'un plaideur – est susceptible de recourir à des habillages juridiques différents. La constellation dans laquelle l'acquiescement s'inscrit est riche en institutions qui peuvent s'appliquer à titre concurrent : consentement et accord tacites, reconnaissance, *estoppel*. Dans cette optique le chapitre 3 prend à bras-le-corps le problème de la *place* de l'acquiescement. Les principaux résultats démontrent que l'acquiescement se confond à s'y méprendre avec bon nombre d'institutions voisines. Il peut ainsi se construire à partir des mêmes faits pertinents que ceux présidant à un *estoppel*. Quand il ne participe pas à leur formation, il est en compétition avec la reconnaissance et la renonciation tacites. Il s'insère dans le processus coutumier. L'omniprésence de l'acquiescement est ainsi confirmée. Bien loin de se limiter à une application en son nom propre, sa structure fondamentale est utilisée dans de nombreuses institutions. La plus marquante étant peut-être la conversion du consentement tacite en acquiescement. Ce qui suscite immédiatement une interrogation : quelle est la nature de l'acquiescement ?

Ultime resserrement de la première partie, le chapitre 4 traque l'acquiescement dans le système des sources de l'article 38 SCIJ, et au-delà (actes unilatéraux des États et des organisations internationales, *ius cogens*, *soft law*). En accord avec une partie de la doctrine, l'acquiescement est catalogué dans les principes généraux, sans d'ailleurs trancher de manière définitive s'il s'agit d'un principe *de* ou *du* droit, voire d'un principe à valeur quasi logique. En tant que principe général, l'acquiescement est une source vive qui irrigue de multiples concrétisations sectorielles coutumières et conventionnelles. Le principe créateur d'acquiescement coexiste aux côtés de ses multiples créatures. Ces concrétisations ponctuelles sont exemplifiées par l'article 45 CVDT, l'article 45 TCDI, ou encore par la forclusion. Pourquoi ne pas collationner l'acquiescement parmi les actes juridiques unilatéraux ? Cette position connaît des défenseurs dans la doctrine et se présente comme la meilleure alternative. Cette différence s'explique par la place attribuée à la volonté dans l'acquiescement : elle en est selon nous totalement absente. Les auteurs qui incluent la volonté, l'intention ou le consentement dans l'opération de l'acquiescement sont prudents dans leur raisonnement et prennent soin d'en nuancer les conditions. Fondamentalement, la catégorisation de l'acquiescement parmi les actes unilatéraux plutôt que dans les actes juridiques unilatéraux renvoie au problème de la conception de la volonté et du consentement, qui dépasse de très loin l'enjeu de la présente thèse. Il est important de souligner qu'il n'est pas déraisonnable de considérer que l'acquiescement peut accueillir une volonté « déduite » ou « amoindrie » en tant que condition de fonctionnement : tout dépend en dernière instance de la manière de concevoir la volonté et les éléments qui permettent de la percevoir. L'acquiescement est suffisamment souple pour amalgamer une forme inférieure de volonté. Mais nous ne retenons pas cette option pour une raison simple et décisive : l'acquiescement peut se passer de la vérification et de la prise en compte juridique de toute volonté. Les conditions nécessaires et suffisantes de l'acquiescement sont celles d'un fait juridique. La lecture et l'interprétation de la jurisprudence ne sont pas réfractaires à cette conclusion.

Ces quatre chapitres forment la première partie de l'ouvrage, intitulée « La place de l'acquiescement ». L'institution a été définie, structurée, comparée, et observée dans son écosystème normatif. L'enjeu majeur était de cerner les contours d'une institution fuyante

et protéiforme. Les résultats consistent à ordonner la recherche de l'acquiescement, à énumérer des domaines d'applications de sa structure et à prouver sa vitalité dans l'ordre juridique international.

La seconde partie adopte une perspective interne à l'institution, à son fonctionnement, à ses effets, et à sa construction judiciaire. Le chapitre 5 est au cœur de l'ouvrage, véritable guide des étapes de l'acquiescement. À travers la représentation de ses conditions et éléments de fonctionnement, l'acquiescement est analysé et dis-séqué dans une perspective logique et chronologique. Les facteurs favorisant ou freinant sa réalisation sont explicités à travers chacune de ses conditions et éléments. L'« appel aux circonstances », motif récurrent lorsqu'il s'agit d'acquiescement, est illustré à travers de nombreuses concrétisations et domaines d'applications. De manière générique, les circonstances sont soit endogènes à l'acquiescement (quelle prétention est émise, quel droit concerne-t-elle, les comportements sont-ils nombreux ou épars ?), soit exogènes (dans quel domaine juridique l'acquiescement s'inscrit-il ; quelles autres institutions lui font concurrence ?). C'est ainsi un vaste panorama de l'acquiescement et de ses concrétisations ponctuelles qui se dessine. L'institution est susceptible d'application dans l'ensemble des domaines du droit international, ne serait-ce que sous sa forme de consentement de substitution. Dans sa limite supérieure, l'acquiescement ne peut pas entamer le *ius cogens*. À l'autre fin du spectre, l'acquiescement est tout simplement inutile lorsque la prétention est licite et exigible. Le terrain de jeu privilégié de l'acquiescement et de la prétention qui l'initie correspond à une « zone grise » et aux violations du droit international. En plus des « circonstances », l'acquiescement fait largement appel à des notions vagues et qui nécessitent une construction abstraite, comme la notoriété d'une situation et la connaissance présumée. Les critères pour approcher ces notions ont été explicités ; l'acquiescement s'article certes autour de conditions vagues, mais elles ne sont pas synonymes d'indétermination et d'incertitude. C'est en recourant largement à la jurisprudence qu'il a été possible d'illustrer les tenants et aboutissants de chaque élément. Parmi les éléments de l'acquiescement, la protestation mérite une attention soutenue, elle occupe une place à part dans les comportements. Elle tient lieu de véritable papier révélateur de l'acquiescement. Une assimilation abusive doit toutefois être rejetée : l'absence de protestation n'est pas synonyme d'acquiescement. La protestation tend un miroir à

l'acquiescement, elle permet d'en saisir en raccourci les conditions essentielles. Quand elle est formulée expressément, elle offre l'outil par excellence pour tenir l'acquiescement en échec.

Une fois que ces conditions sont vérifiées, l'acquiescement produit des effets de droit. Le chapitre 6 passe au crible le changement que l'acquiescement provoque dans l'ordonnancement juridique. Dans un premier mouvement, il s'agit de tirer toutes les conséquences de sa classification parmi les principes et les faits juridiques. L'assimilation au consentement est également enrichissante : l'acquiescement n'est pas limité dans ses effets, il peut tout faire, tout provoquer. Son effet fondamental est de hausser la prétention du plan des faits au plan du droit, de lui donner une consécration et un vêtement juridiques. Plus précisément, les effets se résument souvent à la création, modification, et suppression d'un droit ou d'une obligation. Cependant, pour une institution aussi plastique, il aurait été réducteur de n'énumérer que cette liste limitée. Une perspective individualiste qui prend en compte les particularités des concrétisations ponctuelles de l'acquiescement a également été développée. Cette seconde perspective fait exploser la richesse des effets : l'acquiescement peut être utilisé pour de nombreux buts, y compris dans l'optique d'attribuer un comportement à un sujet. La *due diligence* peut incorporer l'acquiescement. Le nombre de sujets qui participent à l'acquiescement est généralement de deux ; s'il dépasse ce nombre c'est alors deux « blocs » qui sont confrontés selon une logique qui demeure bilatérale. Les effets de l'acquiescement s'étendent aux participants tandis que les conséquences sont opposables aux tiers. L'acquiescement est une *res inter alios* : il ne modifie que la situation juridique des participants. Pour les tiers à l'acquiescement, des conséquences doivent cependant être supportées. En tant que cause efficiente, l'acquiescement disparaît une fois qu'il a provoqué un changement dans la situation juridique des parties. Ainsi, en cas de modification territoriale, l'acquiescement débouche sur un déplacement de la *souveraineté* entre les participants. Dès lors et pour l'avenir, c'est la souveraineté nouvelle qui sert de point de référence pour connaître les droits de l'État au bénéfice de l'acquiescement. Vis-à-vis des tiers, l'État bénéficiaire du changement provoqué par l'acquiescement dispose de l'ensemble des droits découlant de la souveraineté (ce n'est pas l'acquiescement qui est invoqué, mais le droit qu'il a créé). De cette manière, l'assimilation fautive des effets de l'acquiescement

comme constitutifs d'*estoppel*, de reconnaissance, ou de renonciation est vidée de sa substance. L'acquiescement donne naissance à une nouvelle situation juridique : cette situation tire ensuite son respect et sa justification d'elle-même, et non du processus qui l'a fait naître. Ce dernier point se comprend mieux en gardant à l'esprit que l'acquiescement nécessite un constat judiciaire.

L'acquiescement produit des effets dans la mesure où un organe décisionnel (Cour, tribunal, tiers impartial, comité de droits humains) constate son existence. Comme l'illustre le chapitre 7, le fonctionnement de l'acquiescement est étroitement dépendant des circonstances, des plaidoiries, de la sélection de l'institution choisie. Pour ces motifs, un constat (souvent judiciaire) est nécessaire pour lui donner pleinement corps. L'acquiescement est un processus *existentiel* : ses éléments s'additionnent, se multiplient, et il prend forme dans le temps, par mutation et accréition graduelles. Le travail du tribunal consiste à extirper tous les éléments pertinents de l'acquiescement et à statuer sur sa réalisation. Ce travail est une reconstruction, c'est-à-dire que la présence ou le défaut d'acquiescement n'est pas constaté de manière objective comme s'il s'agissait simplement d'enregistrer la présence d'un fait tangible. L'acquiescement repose sur des considérations abstraites, des évaluations raisonnables, des argumentations qui, nécessairement, procèdent de la dialectique juridique. L'effort dialectique s'arrête avec le jugement. La mainmise du tribunal sur cette construction est grande, mais pas totale. Les faits pertinents pour construire l'acquiescement sont apportés par les parties, les échanges d'écriture et les plaidoiries pèsent sur sa construction. En plus de l'influence des parties, il existe des considérations propres à l'activité judiciaire qui orientent, favorisent ou discréditent la réalisation de l'acquiescement : le principe d'économie de procédure, la préférence à l'explicite sur le tacite expliquent notamment pourquoi face aux mêmes faits le tribunal accorde sa préférence aux traités ou aux actes unilatéraux plutôt qu'à l'acquiescement. Au nombre des influences extérieures qui pèsent sur la réalisation de l'acquiescement, il convient pour terminer d'évoquer la place paradoxale occupée par la bonne foi. En tant qu'émanation de celle-ci, l'acquiescement ne l'utilise pas comme condition de fonctionnement. Une prétention de mauvaise foi est éligible à l'acquiescement. Néanmoins, la bonne foi parvient à s'immiscer dans le processus : en cas de conflit entre la bonne foi telle que consacrée par l'acquiescement et celle protégée



par un autre principe (*nemo auditur turpitudinem*), un arbitrage est possible. Un État ne peut tirer parti des omissions de son adversaire s'il en est à la base.

Ces trois chapitres constituent la seconde partie de l'ouvrage, intitulée « Le fonctionnement de l'acquiescement ». Deux lignes directrices ont présidé à leur rédaction : il convenait de restituer le plus fidèlement le processus d'acquiescement dans ses détails et étapes. D'autre part, il convenait de tenir compte non seulement des hypothèses victorieuses de l'acquiescement, mais également de ses (nombreuses) défaites, peu importe qu'elles surgissent tôt ou tard dans le mûrissement de l'institution. Ainsi, cette seconde partie fait à la fois office de « guide » des étapes chronologiques de l'acquiescement et de répertoire d'arguments qui permettent de favoriser ou de freiner sa réalisation.

Les résultats de cette thèse débordent sur plusieurs domaines. Ils apportent un éclairage différent sur le consentement tacite, dont les conditions sont convertibles en un acquiescement. Les actes juridiques unilatéraux sont entraînés dans des considérations similaires : les reconnaissances et renonciations tacites ne diffèrent presque pas de l'acquiescement. Quant à la coutume et la pratique subséquente (art. 31, § 3, lit. b CVDT), l'acquiescement remplace parfois jusqu'à s'y confondre leur processus. Cet ouvrage illustre les liens entre les concrétisations conventionnelles et coutumières et le principe général qui est à leur source.

Inversement, certaines directions de recherche ont été écartées – faute de temps et de connaissances. Elles mériteraient un approfondissement. La généalogie stricte de l'acquiescement et de la formule *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* n'a été qu'esquissée. Une troisième partie intitulée « Les domaines de l'acquiescement » était prévue. Elle devait énumérer exemplativement le maximum d'attestations de l'acquiescement dans l'ordre juridique contemporain (en droit de la succession d'États, en droit des investissements). L'ouvrage permet néanmoins de s'orienter dans les attestations qui ont déjà été mises au jour. La table des matières fait office de répertoire des attestations de l'acquiescement à travers l'ordre juridique international. Des ensembles jurisprudentiels n'ont été qu'effleurés ou n'ont pas été compulsés (tribunaux pénaux internationaux ; Cour européenne des droits de l'homme ; jurisprudence des comités de l'ONU ; Cour de justice de l'Union européenne). Malgré ces axes d'améliorations, nous espérons avoir

couvert l'essentiel de l'institution, en avoir donné une représentation complète, et être parvenus à identifier les principales lignes de fracture.

L'acquiescement n'est pas une institution figée. Sa souplesse, l'appel et la dépendance des circonstances sont sa plus grande force et simultanément son talon d'Achille. Les controverses doctrinales sont ouvertes. La place de la volonté dans l'acquiescement ou son absence totale, sa nature de principe ou d'acte unilatéral ne dépendent que de la dialectique juridique. Le discours se fait et se défait, s'enrichit, se gonfle, ou emprunte des raccourcis. Le temps est venu de garder le silence à propos de l'acquiescement.

« Souple est la langue des hommes, divers et de forme changeante  
Sont leurs discours, et leurs ressources fluctuent, innombrables.  
Quel que soit ton propos, il trouvera sa réplique ».

L'ILIADÉ, chant XX, vers 248-250.





## ANNEXE – PARCOURS DE LECTURE

*Nota bene* : cette annexe a été pensée exclusivement dans un esprit de service afin de faciliter une plongée dans le corps de l’ouvrage. Elle n’apporte pas de développements scientifiques. Le lecteur dont le temps est limité trouvera, en plus de la liste des synthèses intermédiaires, des indications et suggestions sous forme de « parcours de lecture ». Ce parcours consiste en une table des matières raisonnée.

La table ainsi raccourcie permet trois lectures de l’ouvrage : une synthèse de l’acquiescement ; les développements personnels et les choix opérés ; les points intéressants, cruciaux, les « curiosités juridiques » rencontrées en chemin.

Ce « parcours de lecture » contient en outre un répertoire des énumérations, figures, schémas, tableaux et formules importantes pour la compréhension de la thèse.

| N°                                                   | Parcours de lecture                             | Pages |
|------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|-------|
|                                                      | <b>Introduction</b>                             | 23    |
| <b>Première partie – La place de l’acquiescement</b> |                                                 |       |
| <b>Chapitre 1 – Introduction à l’acquiescement</b>   |                                                 |       |
| I                                                    | Considérations liminaires                       | 27    |
| II.B                                                 | Un usage équivoque et parfois incohérent        | 46    |
| III.B.2                                              | Synthèse : la définition de l’acquiescement     | 67    |
| <b>Chapitre 2 – Aux origines de l’acquiescement</b>  |                                                 |       |
| I                                                    | Introduction                                    | 71    |
| II.A                                                 | Droit antique                                   | 78    |
| II.B.1                                               | Droit romain – En général                       | 86    |
| II.B.2.a                                             | Le temps en droit romain<br>– <i>Lusucapion</i> | 94    |
| II.C                                                 | L’ère médiévale                                 | 102   |
| II.D.2.a                                             | <i>De jure belli ac pacis</i>                   | 124   |

|                                                  |                                                                             |     |
|--------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| II.E.1.c                                         | Les projets de codification – La neutralité et la responsabilité            | 135 |
| II.E.1.d                                         | Les projets de codification – Divers                                        | 137 |
| II.E.2.d                                         | Les manuels – John Westlake                                                 | 145 |
| II.E.2.f                                         | Les manuels – Lassa Francis Lawrence Oppenheim                              | 153 |
| III                                              | Synthèse du chapitre                                                        | 159 |
| <b>Chapitre 3 – La place de l’acquiescement</b>  |                                                                             |     |
| I                                                | Les valeurs de l’acquiescement                                              | 163 |
| II.A                                             | Le consentement ou l’accord tacites                                         | 167 |
| II.B                                             | <i>L'estoppel</i>                                                           | 173 |
| II.D.1                                           | Les actes unilatéraux sous forme tacite – La reconnaissance                 | 195 |
| II.D.2                                           | Les actes unilatéraux sous forme tacite – La renonciation                   | 212 |
| II.F.1                                           | La coutume – La pratique                                                    | 229 |
| II.F.2                                           | La coutume – <i>L'opinio iuris</i>                                          | 231 |
| III                                              | Synthèse du chapitre                                                        | 245 |
| <b>Chapitre 4 – La nature de l’acquiescement</b> |                                                                             |     |
| I.A.1                                            | Points communs et différences des traités et de l’acquiescement             | 250 |
| I.A.3                                            | L’acquiescement et les traités – Synthèse                                   | 267 |
| I.B.1                                            | Absence d’une coutume générale relative à l’acquiescement                   | 268 |
| I.B.2.a                                          | Concrétisations coutumières sectorielles – L’acquiescement et le territoire | 271 |
| I.B.3                                            | L’acquiescement et la coutume – Synthèse                                    | 306 |
| I.C.1                                            | Principes <i>de</i> droit, <i>du</i> droit, et principes logiques           | 307 |
| I.C.5                                            | Bilan des hypothèses                                                        | 333 |
| I.C.6.a                                          | L’affirmation de l’acquiescement comme principe général                     | 336 |

|                                                              |                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.C.7                                                        | L'acquiescement comme principe – Synthèse                                                    | 357 |
| II.A.2.b                                                     | L'acquiescement : acte juridique ou fait juridique ?                                         | 385 |
| II.A.4                                                       | La présence transversale de l'acquiescement dans les actes unilatéraux tacites et implicites | 398 |
| II.A.5                                                       | Les effets des actes unilatéraux et de l'acquiescement : points communs et distinctions      | 401 |
| II.C.4                                                       | Le <i>ius cogens</i> – Synthèse                                                              | 452 |
| III                                                          | Synthèse du chapitre                                                                         | 461 |
| <b>Seconde partie – Le fonctionnement de l'acquiescement</b> |                                                                                              |     |
| <b>Chapitre 5 – Les éléments de l'acquiescement</b>          |                                                                                              |     |
| I.A.1                                                        | Les auteurs de l'acquiescement – Le sommet de l'État                                         | 474 |
| I.A.2                                                        | L'échelon hiérarchique intermédiaire – Diplomates et ambassadeurs                            | 479 |
| I.A.3.a                                                      | Les fonctionnaires au prisme de la responsabilité internationale                             | 484 |
| I.A.3.e                                                      | Les fonctionnaires subalternes – Synthèse                                                    | 502 |
| I.A.4.e                                                      | La substitution de l'auteur aux actes effectués – Synthèse                                   | 520 |
| I.A.5                                                        | La primauté du sommet sur sa base en cas de comportements contradictoires                    | 521 |
| I.B.4                                                        | L'organisation internationale comme auteure – Synthèse                                       | 565 |
| I.C.1.d                                                      | Les autres entités et niveaux de l'acquiescement – Synthèse                                  | 582 |
| I.C.2.c                                                      | Les acteurs infra-étatiques (les divisions d'États fédéraux) – Synthèse                      | 600 |
| I.C.3.d                                                      | Les personnes physiques (individus et groupe d'individus) – Synthèse                         | 615 |

|           |                                                                                   |     |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.C.4.d   | Les personnes morales (entreprises et multinationales) – Synthèse                 | 619 |
| I.D       | Les auteurs de l'acquiescement – Synthèse                                         | 620 |
| II.A      | Le temps – Début de la ligne ou <i>dies a quo</i>                                 | 626 |
| II.A.1.d  | Les densités réconciliées : synthèse du <i>dies a quo</i>                         | 639 |
| II.B.1    | Fonctions et enjeux du temps-durée                                                | 645 |
| II.B.5    | Le temps : <i>condition, élément, ou présomption</i> de l'acquiescement ?         | 661 |
| II.B.8    | La durée de l'acquiescement – Synthèse                                            | 667 |
| II.C      | Fin de la ligne ou <i>dies ad quem</i> – Introduction générale                    | 667 |
| II.C.2    | Date critique, existence d'un différend, et interaction finale de l'acquiescement | 677 |
| II.D      | Les vicissitudes du temps : synthèse et conclusions                               | 701 |
| III.A.1   | La prétention et ses conditions – Les actes constituant une prétention            | 706 |
| III.A.3   | Les « zones grises » factuelles et juridiques                                     | 713 |
| III.A.8   | L'existence d'une prétention – Synthèse                                           | 729 |
| III.B.1   | Prétention explicite et implicite ou tacite                                       | 731 |
| III.B.2.b | Une traduction de la prétention en termes juridiques                              | 737 |
| III.B.3   | L'objet de la prétention – Synthèse                                               | 741 |
| III.D.1   | La notoriété de la prétention – Considérations générales                          | 759 |
| III.D.3.b | Les faits intrinsèquement notoires (1)                                            | 768 |
| III.D.3.c | Les faits devenant notoires (2) : renvoi à la connaissance présumée               | 771 |
| III.D.3.d | Les faits non notoires (3) : la clandestinité                                     | 772 |
| III.D.5   | Prétention notoire et ignorance excusable                                         | 780 |



|               |                                                                                                     |     |
|---------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| IV.A          | La connaissance – L’articulation de la connaissance                                                 | 785 |
| IV.B.1        | La connaissance réelle – En raison d’une notification                                               | 789 |
| IV.B.3        | La connaissance réelle obtenue par un autre biais                                                   | 791 |
| IV.D          | La connaissance présumée                                                                            | 797 |
| IV.D.1.c      | Synthèse de la connaissance présumée                                                                | 806 |
| IV.D.3.e      | Synthèse de la connaissance présumée des lois internes                                              | 855 |
| V.A           | La charge de réagir ( <i>si loqui debuisse</i> ) – Situation dans l’acquiescement                   | 867 |
| V.B.1.d       | Comparaison de la charge de réagir – Synthèse                                                       | 878 |
| V.C.9         | La charge de réagir à travers la jurisprudence – Synthèse                                           | 893 |
| V.D           | L’absence de charge de réagir                                                                       | 897 |
| V.E.2         | La violation de la charge de réagir                                                                 | 901 |
| VI            | La faculté de répondre ( <i>si loqui... potuisset</i> ) – introduction générale                     | 904 |
| VI.4          | Temporalité de la gêne et de la contrainte ; défenses possibles                                     | 911 |
| VII.A         | Le comportement : action, omission, fil rouge et protestation – Considérations générales            | 919 |
| VII.B.1       | Types des comportements : Action – Considérations générales                                         | 927 |
| VII.B.1.a.iii | Synthèse des lois internes et des sources internationales                                           | 935 |
| VII.B.1.a.iv  | Les activités étatiques (actions « simplifier »)                                                    | 936 |
| VII.B.2       | Omission : appréhender et ordonner le néant (silence, abstention, inaction) – Introduction générale | 954 |
| VII.B.2.a.i   | Le degré « 0 » de l’omission                                                                        | 956 |

|                |                                                                                                        |      |
|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| VII.B.2.a.viii | Synthèse des degrés de l'omission                                                                      | 971  |
| VII.B.2.c      | Charges et occasions de réagir                                                                         | 979  |
| VII.B.2.d.iii  | Comparaisons, distinctions, et précisions – L'inaction de l'État au bénéfice de l'acquiescement        | 983  |
| VII.B.2.d.iv   | Comparaisons, distinctions, et précisions – L'inaction et l'obligation de ne pas aggraver un différend | 984  |
| VII.C          | Le fil rouge ou noyau dur des comportements : la règle de l'univocité – Introduction                   | 986  |
| VII.C.1        | L'univocité : considérations générales                                                                 | 987  |
| VII.C.1.b.i    | Le degré d'univocité à atteindre : une question de circonstances                                       | 991  |
| VII.C.2.a      | La valorisation des comportements – Dans les affaires qui admettent l'acquiescement                    | 996  |
| VII.C.2.b      | La valorisation des comportements – Dans les affaires qui refusent l'acquiescement                     | 1003 |
| VII.C.4        | Le fil rouge ou noyau dur – Synthèse                                                                   | 1017 |
| VII.D.1        | La protestation comme anti- ou contre-comportement – Considérations générales                          | 1021 |
| VII.D.2.a      | Nature juridique et caractéristiques de la protestation – Considérations générales                     | 1027 |
| VII.D.2.b.i    | Les suites possibles d'une protestation                                                                | 1030 |
| VII.D.2.f      | Nature juridique et caractéristiques de la protestation – Synthèse                                     | 1057 |
| VII.D.3        | Typologie, effet, et rapport à l'acquiescement – Introduction générale                                 | 1060 |
| VII.D.3.a.ii   | Les protestations émises en temps opportun                                                             | 1065 |

|                                                   |                                                                                                     |      |
|---------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| VII.D.3.b.iii                                     | L'identification du contenu via la gradation de la protestation                                     | 1076 |
| VII.D.3.c.i                                       | La protestation expresse                                                                            | 1080 |
| VII.D.3.c.iii                                     | La protestation tacite                                                                              | 1081 |
| VII.D.3.d                                         | La force de la protestation (répétition, constance, vigueur et fermeté)                             | 1088 |
| VII.D.3.e                                         | La protestation et le fil rouge de l'acquiescement                                                  | 1098 |
| VII.D.3.f.iii                                     | La protestation comme critère d'examen de l'acquiescement                                           | 1104 |
| VII.D.3.f.iv                                      | La prise en compte de l'absence de protestation : théorisation                                      | 1108 |
| VII.D.3.h.ii                                      | Quels auteurs pour la protestation – Les protestations en actes                                     | 1120 |
| VII.D.4                                           | La protestation – Synthèse                                                                          | 1123 |
| VIII                                              | Synthèse du chapitre : les éléments de l'acquiescement et leur articulation                         | 1125 |
| <b>Chapitre 6 – Les effets de l'acquiescement</b> |                                                                                                     |      |
| I                                                 | Introduction                                                                                        | 1133 |
| III.A                                             | Comment aborder les effets de l'acquiescement ?                                                     | 1147 |
| III.B                                             | Les effets classifiés – Introduction                                                                | 1147 |
| III.B.4                                           | Les effets classifiés – Synthèse et mise en perspective                                             | 1163 |
| III.C.1                                           | Les effets par domaine – Introduction                                                               | 1165 |
| III.C.2.e.i                                       | Les domaines : étude de cas – Varia – Les effets probatoires de l'acquiescement                     | 1202 |
| III.C.2.e.ii                                      | Les domaines : étude de cas – Varia – L'influence d'un acquiescement refusé                         | 1204 |
| III.D                                             | Les effets de l'acquiescement entre universalisme et nominalisme – Synthèse                         | 1207 |
| IV.A                                              | Les effets de l'acquiescement et les conséquences de la nouvelle situation juridique – Introduction | 1208 |

|                                                              |                                                                                                             |      |
|--------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| IV.B.2                                                       | Distinction des effets et des conséquences de l'acquiescement – Synthèse                                    | 1218 |
| IV.C.4                                                       | L'opposabilité et l'acquiescement – Constat judiciaire et opposabilité de la décision                       | 1227 |
| IV.E.4                                                       | Rétroactivité et responsabilité : quels liens avec les conséquences de l'acquiescement ? – Synthèse         | 1249 |
| V                                                            | Synthèse du chapitre : effets et conséquences de l'acquiescement                                            | 1249 |
| <b>Chapitre 7 – L'opération de reconstruction judiciaire</b> |                                                                                                             |      |
| I                                                            | L'opération de reconstruction judiciaire – Introduction                                                     | 1253 |
| III.A                                                        | L'acquiescement comme fait juridique – La construction du fait                                              | 1263 |
| III.B.1                                                      | Un « fait juridique complexe » – Un agrégat « efficace »                                                    | 1271 |
| IV.A.1                                                       | Une création prétorienne – Introduction                                                                     | 1274 |
| IV.A.2                                                       | Une création prétorienne – Le rôle créateur ou l'influence directe du juge                                  | 1274 |
| IV.A.2.a.ii                                                  | Le rôle créateur ou l'influence directe du juge – Faits tangibles et faits abstraits                        | 1278 |
| IV.A.2.e                                                     | Le rôle créateur ou l'influence directe du juge – Synthèse                                                  | 1287 |
| IV.B                                                         | Une création « tripartite » ?                                                                               | 1289 |
| IV.C.1                                                       | Les principes et influences guidant la reconstruction – Le choix entre différentes institutions             | 1294 |
| IV.C.3                                                       | Les principes et influences guidant la reconstruction – L'économie de procédure                             | 1297 |
| IV.C.4                                                       | Les principes et influences guidant la reconstruction – La priorité à l'exprès sur le tacite et l'implicite | 1300 |
| IV.C.5.b.v                                                   | Le fardeau de la preuve – Synthèse                                                                          | 1309 |

|      |                                                                                          |      |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| IV.D | La part du juge, le rôle des parties, l'influence des principes de procédures – Synthèse | 1316 |
| V    | La bonne foi dans la reconstruction de l'acquiescement                                   | 1318 |
| VI   | L'opération de reconstruction judiciaire – Synthèse                                      | 1331 |
|      | <b>Conclusion générale</b>                                                               | 1335 |

| N°                                                           | Liste raisonnée des énumérations, figures, formules et tableaux                    | Pages |
|--------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>Première partie – La place de l'acquiescement</b>         |                                                                                    |       |
| <b>Chapitre 1 – Introduction à l'acquiescement</b>           |                                                                                    |       |
| II.B                                                         | Grille de lecture des apparitions essentialistes et nominaliste de l'acquiescement | 46    |
| III.B.2                                                      | Énumération des éléments et des effets de l'acquiescement                          | 68    |
| <b>Chapitre 4 – La nature de l'acquiescement</b>             |                                                                                    |       |
| II.A.2.b                                                     | Équation (ou équivalence) de l'acte juridique et du fait juridique                 | 388   |
| II.A.3                                                       | Équation (ou équivalence) de l'acceptation expresse et de l'acceptation tacite     | 397   |
| <b>Seconde partie – Le fonctionnement de l'acquiescement</b> |                                                                                    |       |
| <b>Chapitre 5 – Les éléments de l'acquiescement</b>          |                                                                                    |       |
| II.B.2.a                                                     | Tableau des durées et du destin de l'acquiescement dans une sélection d'affaires   | 649   |
| II.C                                                         | Énumération des différents moments concrétisant la fin de l'acquiescement          | 668   |
| II.C.2                                                       | Énumération des différentes dates critiques envisageables                          | 677   |
| III.A.3                                                      | Tableau de la prétention et des « zones grises » factuelles et juridiques          | 711   |
| III.D.1.b                                                    | Schéma et étapes de la prétention, de la notoriété, et de la connaissance          | 760   |
| VII.A.2                                                      | Six tableaux présentant la conjonction d'acquiescement                             | 922   |

|               |                                                                                   |      |
|---------------|-----------------------------------------------------------------------------------|------|
| VII.B.1.a.iii | Tableau des lois internes et des sources internationales en tant que comportement | 935  |
| VII.D.3.b.iii | Énumération des protestations et de leur gradation                                | 1076 |

## BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

### Doctrine

#### OUVRAGES

- F. AL-DÎN ATTAR, *Le Cantique des Oiseaux*, trad. L. ANVAR, Paris, Diane de Selliers, 2012, 430 p.
- A. ALTMAN, *Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, 254 p.
- O. AMMANN, *Domestic Courts and the Interpretation of International Law*, Leyde, Brill, 2019, 383 p. (accès en ligne ; <https://brill.com/view/title/55800>).
- C. ANTONOPOULOS, *Non-Participation in Armed Conflict. Continuity and Modern Challenges to the Law of Neutrality*, Cambridge, CUP, 2022, 272 p.
- D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, 4<sup>e</sup> éd., 1955, CEDAM, Padova, 1955, 438 p.
- D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, trad. G. GIDEL, Paris, Sirey, 1929, 534 p.
- S. BESSON, *La due diligence en droit international*, La Haye, Brill, 2021, 368 p.
- S. BESSON et O. AMMAN, *La pratique suisse relative au droit international coutumier*, Fribourg, Institut de droit européen, 2016, 179 p.
- B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 4<sup>e</sup> éd., Milan, A. Giuffrè, 1965, 778 p.
- Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1965, 360 p.
- N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Turin, G. Giapichelli, 2010, 100 p.
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, La proprietà*, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, Milan, A. Giuffrè, 1966, 552 p.
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, La proprietà*, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, Milan, A. Giuffrè, 1966, 490 p.
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, Diritti reali*, vol. III, Milan, A. Giuffrè, 1972, 516 p.
- E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law Publishing, 1919, 988 p.
- S. EL BOUDOUHI, *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 384 p.

- W. W. BUCKLAND et A. D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, CUP, 1952, 439 p.
- I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 418 p.
- G. P. BUZZINI, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*, Thèse (manuscrit), Genève, I.U.H.E.I., 2007, 335 p.
- G. CAHIN, *La Coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, 782 p.
- Ch. CALVO, *Le droit international théorique et pratique. Tome premier*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 1887, 605 p.
- G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1943, 307 p.
- A. C. CAPORN, *Selected cases illustrating the law of contracts*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens & Sons, 1914, 823 p.
- J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2002, 312 p.
- A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 442 p.
- L. CHAN-TUNG, *L'opposabilité en droit international*, Paris, Mare & Martin, 2016, 627 p.
- B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, CUP, 2006, 490 p.
- E. CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome*, Paris, De Boccard, 2006, 353 p.
- A. CLAPHAM, *Brierly's Law of Nations*, 7<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2012, 520 p.
- J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2014, 830 p.
- O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, 291 p.
- O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *The Vienna Conventions on the law of treaties*, 1<sup>re</sup> éd., Oxford, OUP, 2011, 2 vol.
- M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, 478 p.
- G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2011, 541 p.
- F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 718 p.
- J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2012, 888 p.



- J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, CUP, 2013, 825 p.
- J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2006, 870 p.
- A. D'ALIA, *Colonie, protettorati, mandati*, Rome, Paolo Cremonese, 1934, 203 p.
- G. M. DANILENKO, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 344 p.
- H. DE BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae. On the laws and customs of England*, 4 vol., Cambridge, Belknap Press, 1968-1977.
- F. DE CORNOT, *Dictionnaire ou Manuel-lexique du diplomate et du consul*, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1846, 800 p. (accès en ligne : <https://archive.org/details/dictionnaireoum01cussgoog>).
- M. DECLEVA, *Gli accordi taciti internazionali*, Padoue, A. Milani, 1957, 157 p.
- V.-D. DEGAN, *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, 580 p.
- G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law*, Leyde, Brill/Nijhoff, 2019, 954 p.
- G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité*, Paris, Pedone, 2001 [version online], 491 p.
- G. DISTEFANO, G. GAGGIOLI et A. HÊCHE (éds), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 2 vol.
- G. DISTEFANO, *Le titre juridique dans le contentieux territorial : le juge entre légalité et effectivité dans l'ordre juridique international*, Genève, IHEID, 2000, 392 p.
- R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2012, 417 p.
- F. DI DONATO, *La "costruzione giudiziaria" del fatto*, Thèse [Manuscrit], Naples/Neuchâtel, Università degli studi di Napoli « Federico II »/Université de Neuchâtel, 2007, 269 p. (accès en ligne : <http://www.fedoa.unina.it/1396/>).
- M. ĐORDESKA, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)*, Leyde, Brill/Nijhoff, 2018, 684 p.
- O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlin, Springer, 2012, 1423 p.
- P. DUMBERRY, *State Succession to International Responsibility*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, 517 p.
- P. DUMBERRY et M. G. KOHEN, *The Institute of International Law's Resolution on State Succession and State Responsibility*, Cambridge, CUP, 2019, 178 p.
- J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 173 p.
- P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, 880 p.

- Ch. ECKART, *Promises of states under international law*, Oxford, Hart, 2012, 335 p.
- A. X. FELLMETH et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, Oxford, OUP, 2011, édition online.
- A. X. FELLMETH et M. HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, Oxford, OUP, 2009, 298 p.
- P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, Paris, Pedone, 1914, 893 p.
- 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, 307 p.
- Lady H. FOX et Ph. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2013, 651 p.
- E. H. FRANEY, *Immunity, Individuals and International Law*, Londres, London School of Economics, 2009, 296 p.
- B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2007, 696 p.
- P. GAETA (éd.), *Cassese's International Criminal Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2013, 414 p.
- F. J. GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional*, Madrid, Dilex, 312 p.
- R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, 1<sup>re</sup> éd., Oxford, OUP, 2008, 409 p.
- D. GAURIER, *Histoire du droit international*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, 1138 p.
- A. GESLIN, *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005, 380 p.
- F. M. GOMEZ PULISICH, *La désuétude en droit international public*, Thèse, Genève, IHEI, 2016, 551 p.
- M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milan, Giuffrè, 1982, 232 p.
- A.-L. GRAF-BRUGÈRE, *La menace contre la paix dans la pratique du conseil de sécurité des Nations Unies*, Genève, Schulthess, 2019, 301 p.
- J. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, OUP, 2016, 317 p.
- J.-M. GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, Thèse, Neuchâtel, 1954, 189 p.
- H. GROTIUS, *La liberté des mers. Mare Liberum*, trad. A. GUICHON DE GRANDPONT, Paris, Panthéon Assas, 2013, 153 p.
- H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. PRADIER-FODÉRE, Paris, PUF, 2012, 888 p.
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 9<sup>e</sup> éd., Naples, Jovene, 1992, 1108 p.
- G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU (éds), *La pratique des États concernant les immunités des États*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, 751 p.

- H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Law Series, 2012, 333 p.
- W. HASTINGS et N. RASSEY HALHED, *A Code of Gentoo Laws*, Londres, East India Company, 1776, 322 p.
- J. C. HATHAWAY et M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, CUP, 2014, 693 p.
- M. HÉBÉ, *Souveraineté territoriale par traité : une étude des accords entre puissances coloniales et entités politiques locales*, Paris, PUF, 2015, 710 p.
- J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 879 p.
- R. HIGGINS, Ph. WEBB, D. AKANDE, S. SIVAKUMARAN et J. SLOAN, *Oppenheim's International Law: United Nations*, Oxford, OUP, 2017, 1600 p.
- K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Uppsala, Iustus Förlag, 2001, 459 p.
- H. A. HOFFNER JR., *Letters from the Hittite Kingdom*, Atlanta, Society of Biblical Literature, 2009, 450 p.
- HOMÈRE, *L'Iliade*, trad. Ph. BRUNET, Paris, Seuil, 2010, 560 p.
- H. HULOT (trad.), *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, Aalen, Scientia Verlag, 1979, 257 p. (accès en ligne : [https://www.histoiredudroit.fr/corpus\\_iuris\\_civilis.html](https://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html)).
- H. HULOT et M. BERTHELOT (trad.), *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien*, Aalen, Scientia Verlag, 1979, 7 vol. (accès en ligne : [https://www.histoiredudroit.fr/corpus\\_iuris\\_civilis.html](https://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html)).
- J. INTERNOSCIA, *Nouveau code de droit international*, 1<sup>re</sup> éd., New York, The International Code Company, 1910, 1005 p.
- R. ISLAM, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, Berlin, Springer, 2018, 202 p.
- J.-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, 511 p.
- R. Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, New York, Oceana Publications, 1963, 130 p.
- R. Y. JENNINGS et A. WATTS (éds), *Oppenheim's International Law*, vol. 1, *Peace*, 9<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2008, 2887 p.
- J. JOLLY, *The Minor Law Books*, Oxford, Clarendon Press, 1889, 422 p.
- E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leyde, Brill, 2015, 240 p.
- J. KENT, *Kent's commentary on international law. Revised by J. T. Abdy*, 2<sup>e</sup> éd., Londres/Cambridge, Deighton/Stevens and Sons, 1878, 525 p.
- J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge, CUP, 388 p.

- M. KLAMBERG (éd.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Bruxelles, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017, 775 p.
- R. KLÄGER, *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2011, 365 p.
- M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Genève, I.H.E.I., 1997 [version online], 517 p.
- M. G. KOHEN et M. HÉBIÉ (éds), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 484 p.
- R. KOLB (éd.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 1410 p.
- R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 959 p.
- R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Genève, Graduate Institute Publications, [version online] 2000, 724 p. (<http://books.openedition.org/iheid/2253>).
- R. KOLB, *The International Court of Justice*, Oxford, Hart, 2013, 1309 p.
- R. KOLB, *The International Law of State Responsibility*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 285 p.
- R. KOLB, *The Law of Treaties*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 296 p.
- R. KOLB, *Théorie du Ius Cogens international. Essai de relecture du concept*, Genève, Graduate Institute Publications, [version online] 2001, 337 p. (<http://books.openedition.org/iheid/4834>).
- K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 7<sup>e</sup> éd., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1989.
- J. KULEZA, *Due Diligence in International Law*, Leyde/Boston, Brill/Martinus Nijhoff, 2016, 315 p.
- M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1939, 530 p.
- A. LAGERWALL, *Le principe « ex injuria jus non oritur » en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 608 p.
- V. LAMM, *Compulsory Jurisdiction in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, 330 p.
- J. LAUNGER, *Following the Man of Yamhad. Settlement and Territory at Old Babylonian Alalah*, Leyde/Boston, Brill, 2015, 447 p.
- H. LAUTERPACHT, *Private Law Analogies in International Law*, Londres, Longman Green, 1927, 326 p.
- H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, CUP, 1948, 442 p.
- H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons Ltd, 1958, 408 p.

- H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, OUP, 2011, 477 p.
- R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2016, 583 p.
- M. F. LINDLEY, *The acquisition and government of backward territory in international law*, Londres, Longmans Green and Co Ltd, 1926, 392 p.
- M. LIVERANI, *International Relations in the Ancient Near East. 1690-1100 BC*, New York, Palgrave, 2001, 242 p.
- A. LOISEUR DESLONGCHAMPS, *Lois de Manou, comprenant les institutions civiles et religieuses des indiens*, Paris, Imprimerie de Crapelet, 1833, 483 p.
- A. MAGNETTO, *L'arbitrato di Rodi fra Samo e Priene*, Pise, Edizioni della Normale, 2008, 263 p.
- P. MAHON, *Droit constitutionnel I. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Neuchâtel, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2008, 276 p.
- P. MAHON, *Droit constitutionnel II. Droits fondamentaux*, Neuchâtel, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2008, 190 p.
- A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Paris, Pedone, 2018, 719 p.
- A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, 384 p.
- P. MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, Thèse [Manuscrit], Paris, Université Panthéon-Assas, 1992, 344 p.
- P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMANN et M. WU, *The Law of the World Trade Organisation (WTO). Documents, Cases & Analysis*, Saint Paul, West, 2010, 1241 p.
- A. MÉRIGNHAC, *Traité de législation et d'économie coloniales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1925, 887 p.
- R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 606 p.
- M. H. NORDQUIST (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. IV, Dordrecht, Nijhoff, 1990, 812 p.
- L. OPPENHEIM, *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres/New York, Longmans Green, 1921, 3 vol.
- L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, vol. I, *Peace*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Longmans, Green and Co, 1920, 800 p.
- A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, 622 p.
- A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, OUP, 2008, 596 p.
- R. O'KEEFE, *International criminal law*, Oxford, OUP, 2017, 608 p.
- F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Berlin, Springer, 2018, 189 p.

- J.-P. PANCRACTIO, *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, 520 p.
- M. PANIZZON, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Oxford/Portland, Hart, 2006, 399 p.
- A. PAREIN-REYMOND, *La prescription extinctive. Étude de droit romain et de droit suisse*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014, 256 p.
- V. PERGANTIS, *The Paradigm of State Consent in the Law of Treaties. Challenges and Perspectives: A Critical Approach*, Thèse [Manuscrit], Genève, IHEI, 2012, 572 p.
- J.-F.-A. PEYRÉ (trad.), *Lois des Bourguignons*, Lyon, Librairie Auguste Brun, 1855, 144 p.
- J.-F.-A. PEYRÉ (trad.), *Lois des Francs*, Paris, Firmin Didot, 1828, 427 p.
- R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Buttersworth, 1879-1889, 4 vol.
- J. PICTET (éd.), *Commentaire. III. La Convention de Genève relative à la protection des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1958, 729 p.
- J. PICTET (éd.), *Commentaire. IV. La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956, 729 p.
- U. PIEPER, *Neutralität von Staaten*, Francfort-sur-le-Main, P. Lang, 1997, 581 p.
- F. VON LISZT, *Das Völkerrecht*, 12<sup>e</sup> éd., Berlin, Julius Springer, 1925, 740 p.
- S. VON PUFENDORF, *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence*, trad. W. ABBOTT OLDFATHER, rev. Th. BEHME, Indianapolis, Liberty Fund, 2009, 426 p. (accès en ligne : <https://oll.libertyfund.org/title/behme-two-books-of-the-elements-of-universal-jurisprudence>).
- S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, 5<sup>e</sup> éd., trad. J. BARBEYRAC, Amsterdam, Pierre de Coup, 1734, 2 tomes.
- S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. BARBEYRAC, Nouvelle édition, Londres, Jean Nours, 1740, 3 tomes.
- R. QUADRI, *Diritto coloniale*, 2<sup>e</sup> éd., Padoue, Cedam, 1953, 180 p.
- N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1994, 1317 p.
- J. H. RALSTON, *International Arbitral Law and Procedure*, Boston/Londres, Ginn and Company, 1910, 352 p.
- R. REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, 600 p.
- W. M. REISMAN et Ch. SKINNER, *Fraudulent Evidence before Public International Tribunals*, Cambridge, CUP, 2014, 222 p.
- P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3<sup>e</sup> éd., Rev. Ph. CAHIER, Paris, PUF, 1995, 251 p.
- R. ROBAYE, *Le droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, 335 p.

- D.-S. ROBIN, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2019, 706 p. (accès en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02046466>).
- S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, 174 p.
- D. R. ROTHWELL et T. STEPHENS, *The international law of the sea*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 500 p.
- P. SAGANEK, *Unilateral acts of states in public international law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2016, 662 p.
- Ch. SALOMON, *L'occupation des territoires sans maître*, Paris, A. Giard, 1889, 401 p.
- P. SANDONATO DE LEÓN, *Les présomptions judiciaires en droit international public*, Paris, Pedone, 2015, 437 p.
- C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2005, 584 p.
- M. P. SCHARF, *Customary International Law in times of Fundamental Change*, Cambridge, CUP, 2013, 228 p.
- M. SHAW, *Titles to Territory in Africa*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 428 p.
- H. G. SCHERMERS et N. BLOKKER, *International Institutional Law*, 5<sup>e</sup> éd., Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, 1273 p.
- T. SCOVAZZI et G. CITRONI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leyde/Boston, Brill/Nijhoff, 2007, 434 p.
- A. P. SERENI, *Diritto internazionale. 3. Relazioni internazionali*, Milan, Giuffrè, 1962, pp. 1228-1565.
- M. SIGRON, *Legitimate expectations under articles 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2014, 314 p.
- J. C. SMITH et J. A. C. THOMAS, *A Casebook on Contract*, 5<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1973, 592 p.
- A. H. A. SOONS, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1982, 383 p.
- F. SUAREZ, *De legibus ac deo legislatore. Selections from three works of Francisco Suarez*, Oxford, Clarendon Press, 1944, 2 vol.
- E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, 290 p.
- C. R. SYMONS, *Historic Waters and Historic Rights in the Law of the Sea*, 2<sup>e</sup> éd., Leyde, Brill, 2019, 455 p.
- C. J. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, CUP, 2005, 365 p.
- Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, 1<sup>re</sup> éd., Cambridge, CUP, 2012, 435 p.

- H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Oxford, OUP, 2013, 2 vol.
- H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014, 239 p.
- M. TISSIER, *La qualité de réfugié de l'article 1 de la Convention de Genève à la lumière des jurisprudences occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 813 p.
- A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, Padoue, Cedam, 1960, 181 p.
- G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 9<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, 973 p.
- O. TRIFFTERER et K. AMBOS (éds), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Bloomsbury T&T Clark, 2016, 2351 p.
- UNIVERSITÉ PANTHÉON ASSAS, *Les fondateurs du droit international*, Paris, Panthéon Assas, 2014, 457 p.
- J. UPCHER, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford, OUP, 2020, 297 p.
- A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985, 325 p.
- 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*, Washington, Carnegie Institution, vol. 1, Livres I et II, 1916, 541 p.
- J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975, 861 p.
- M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, Cambridge, Intersentia, 2012, 594 p.
- G. VICO, *De l'antique sagesse de l'Italie*, trad. J. MICHELET, Paris, GF-Flammarion, 1993, 185 p.
- G. VICO, *La Science nouvelle*, trad. A. PONS, Paris, Fayard, 2001, 560 p.
- M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013, 640 p.
- M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, 339 p.
- S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Genève, Graduate Institute Publications, 2005, 466 p. (accès en ligne : <http://books.openedition.org/iheid/1154>).
- M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, 1057 p.
- J. VINCENT, *Procédure civile*, 19<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1978, 1140 p.
- M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, Panthéon Assas, 2010, 225 p.
- Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953, 467 p.
- F. DE VITORIA, *De Indis De Jure Belli* (1532), New York/Londres, Oceana Publications Inc./Wildy & Sons Ltd., 1964.



- F. VOEFFRAY, *L'« actio popularis » ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Genève, Graduate Institute Publications, 2004, 353 p. (accès en ligne : <http://books.openedition.org/iheid/1185>).
- 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, 168 p. (accès en ligne : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/24782670>).
- C. G. WEERAMANTRY, *Islamic Jurisprudence. An international perspective*, The Macmillan Press Ltd, Houndmills, 1988, 209 p.
- R. WESTBROOK (éd.), *A History of Ancient Near Eastern Law*, Leyde, Brill, 2003, 2 vol.
- J. WESTLAKE, *International Law. Part I. – Peace*, Cambridge, CUP, 1904, 356 p.
- J. WESTLAKE, *International Law. Part II. – War*, Cambridge, CUP, 1907, 336 p.
- Ch. WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractum. Pars Tertia. De Modo Derivatio Acquirendi Dominium*, Magdebourg, Libraria Rengeriana, 1743, 732 p.
- K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, Wrocław, 1964, 185 p.
- T. WONGKAEW, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration*, Cambridge, CUP, 2019, 306 p.
- X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge, CUP, 2012, 761 p.
- A. R. ZIEGLER, *La jurisprudence suisse du droit international public*, Zurich/St-Gall, Dike, 2015, 266 p.
- RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE
- G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987-VII, pp. 9-463.
- H. ACCIOLY, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *RCADI*, vol. 96, 1959-I, pp. 349-441.
- R. AGO, « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956-II, pp. 851-958.
- D. BARDONNET, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *RCADI*, vol. 153, 1976-V, pp. 9-166.
- Ph. CAHIER, « Changements et continuité du droit international », *RCADI*, vol. 195, 1985-VI, pp. 9-374.
- A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 26, 1929-I, pp. 311-585.
- Ch. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970-I, pp. 333-527.
- L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, vol. 189, 1984-VI, pp. 9-221.

- Ch. DUPUIS, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 32, 1930-II, pp. 1-290.
- P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 9-489.
- P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *RCADI*, vol. 188, 1984-V, pp. 9-133.
- G. FITZMAURICE, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, vol. 92, 1957-II, pp. 1-227.
- L. LE FUR, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 54, 1935-IV, pp. 1-307.
- P. GUGGENHEIM, « Contribution à l'étude de l'histoire du droit des gens », *RCADI*, vol. 94, 1958-II, pp. 1-94.
- G. HARASZTI, « Treaties and the fundamental change of circumstances », *RCADI*, vol. 146, 1975-III, pp. 1-94.
- J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, vol. 227, 1991-II, pp. 357-417.
- R. Y. JENNINGS, « General course on principles of international law », *RCADI*, vol. 121, 1967-II, pp. 323-605.
- M. KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, vol. 310, 2004, pp. 9-428.
- H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926-IV, pp. 227-331.
- H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 84, 1953-III, pp. 1-203.
- M. LACHS, « Teachings and Teaching of International Law », *RCADI*, vol. 151, 1976-III, pp. 161-252.
- J.-F. LALIVE, « L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales », *RCADI*, vol. 84, 1953-III, pp. 205-396.
- H. LAUTERPACHT, « La théorie des différends non justiciables en droit international », *RCADI*, vol. 34, 1930-IV, pp. 493-654.
- H. LAUTERPACHT, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 62, 1937-IV, pp. 95-422.
- E. LAUTERPACHT, « The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals », *RCADI*, vol. 152, 1976-IV, pp. 377-478.
- Sir A. McNAIR, « La terminaison et la dissolution des traités », *RCADI*, vol. 22, 1928-II, pp. 459-538.
- M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *RCADI*, vol. 272, 1998, pp. 155-410.
- R. MONACO, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 125, 1968-III, pp. 93-336.

- G. MORELLI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 89, 1956-I, pp. 437-604.
- S. ODA, « The International Court of Justice viewed from the Bench (1976-1993) », *RCADI*, vol. 244, 1993-VII, pp. 9-190.
- J. A. PASTOR RIDRUEJO, « Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs », *RCADI*, vol. 274, 1998, pp. 9-308.
- R. PINTO, « La prescription en droit international », *RCADI*, vol. 87, 1955-I, pp. 387-455.
- A. G. ROBLEDÓ, « Le *Ius Cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, vol. 172, 1981-III, pp. 9-218.
- E. ROUCOUNAS, « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, vol. 206, 1987-VI, pp. 9-288.
- J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, vol. 175, 1982-II, pp. 257-414.
- L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, « *Luti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *RCADI*, vol. 263, 1997, pp. 149-382.
- G. SCELLE, « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *RCADI*, vol. 55, 1936-I, pp. 87-202.
- G. SCHWARZENBERGER, « The Fundamental Principles of International Law », *RCADI*, vol. 87, 1955-I, pp. 191-395.
- O. SCHACHTER, « International law in theory and practice: general course in public international law », *RCADI*, vol. 178, 1982-V, pp. 1-395.
- M. SØRENSEN, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 101, 1960-III, pp. 1-254.
- S. SUCHARTIKUL, « Immunities of foreign states before national authorities », *RCADI*, vol. 149, 1976, pp. 85-215.
- M. DE TAUBE, « Les origines de l'arbitrage international : antiquité et Moyen Âge », *RCADI*, vol. 42, 1932-IV, pp. 1-115.
- Ch. TOMUSCHAT, « Obligations arising for states with or against their will », *RCADI*, vol. 241, 1993-IV, pp. 195-374.
- G. VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *RCADI*, 1964, vol. 112, pp. 363-467.
- M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *RCADI*, vol. 183, 1983-V, pp. 9-382.
- Ch. DE VISSCHER, « Cours général de principes de droit international public », *RCADI*, vol. 86, 1954-II, pp. 445-556.
- P. DE VISSCHER, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 136, 1972-II, pp. 1-202.
- P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, pp. 9-370.

- J.-C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 56, 1936-I, pp. 1-105.
- K. WOLFF, « Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 36, 1931-II, pp. 479-554.

## ARTICLES

- R. ABELLO GALVIS, « Eaux et baies historiques en droit international », *Estud. Socio-Juríd.*, vol. 5 (1), 2003, pp. 35-76.
- 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*, Paris, PUF, 2013, pp. 97-106.
- 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, pp. 209-220.
- 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*, Paris, PUF, 2013, pp. 93-95.
- N. ARAJÄRVI, « The Requisite Rigour in the Identification of Customary Law », *International Community Law Review*, vol. 19, 2017, pp. 9-46.
- 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. 281-321.
- J. D'ASPREMONT, « The International Court of Justice and tacit conventionality », *QIL*, Zoom-in 18, 2015, pp. 3-17.
- H. AUFRICHT, « Extrinsic Evidence in International Law », *Cornell Law Review*, vol. 35 (2), 1950, pp. 327-348.
- M. J. AZNAR, « The human factor in territorial disputes », in M. G. KOHEN et M. HÉBIÉ (éds), *Research Handbook on territorial disputes in international law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 291-342.
- J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *AFDI*, vol. 11, 1965, pp. 389-417.
- J. BARBERIS, « La liberté de traiter des États et le jus cogens », *ZaöRV*, vol. 30, 1970, pp. 19-45.
- J. BARBERIS, « Réflexions sur la coutume internationale », *AFDI*, vol. 36, 1990, pp. 9-46.
- 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. 53-78.
- O. BARSALOU, « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *RQDI*, vol. 19 (1), 2006, pp. 1-18.

- A. BELLAL et E. HEFFES, « "Yes, I Do": Binding Armed Non-State Actors to IHL and Human Rights Norms Through their Consent », *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 12 (1), 2018, pp. 120-136.
- J. BENTZ, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *RGDIP*, vol. 67, 1963, pp. 44-91.
- S. BESSON, « State Consent and International Law-Making. Dissolving the Paradox », *LJIL*, 2016, vol. 29, pp. 289-316.
- G. H. BLAKE et D. TOPALOVIC, *The Maritime Boundaries of the Adriatic Sea*, *IBRU*, vol. 1 (8), 1996, 67 p.
- D. W. BOWETT, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *BYBIL*, vol. 33, 1957, pp. 176-202.
- CH. BROWN, « A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law », *University of Miami Law Review*, 1996, vol. 50, pp. 369-412.
- G. P. BUZZINI, « Les comportements passifs des États et leur incidence sur la réglementation de l'emploi de la force en droit international général », in E. CANNIZZARO et P. PALCHETTI (éds), *Customary International Law on the Use of Force*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 79-117.
- 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.
- 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, Rome, Università della Sapienza, 2015, pp. 135-144.
- J. CAZALA, « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *RIEJ*, vol. 66, 2011 (1), pp. 41-84.
- G. COHEN-JONATHAN, « La coutume locale », *AFDI*, vol. 7, 1961, pp. 119-140.
- G. COHEN-JONATHAN, « Les îles Falkland (Malouines) », *AFDI*, vol. 18, 1972, pp. 235-262.
- J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105.
- J. COMBACAU, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203.
- O. CORTEN, « The Prohibition of the Use of Force », in J. E. VIÑUALES (éd.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50*, Cambridge, CUP, 2020, pp. 51-71.
- E. CORTHAY, « Operation Trip to Atlantic City in Light of the Right of Self-Defense », *Journal of Sharia and Law*, vol. 63, 2015, pp. 23-63.
- J. CRAWFORD et A. PELLET, « Anglo Saxon and Continental Approaches to Pleadings Before the ICJ », in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET et S. WITTICH (éds),

- International Law between Universalism and Fragmentation*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 831-867.
- W. CZAPLIŃSKI, « Jus Cogens and the Law of Treaties », in C. TOMUSCHAT et J.-M. THOUVENIN (éds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 83-97.
- H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *RBDI*, 1997/2, pp. 607-634.
- J. DEHAUSSY, « La déclaration égyptienne de 1957 sur le Canal de Suez », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 169-184.
- K. DEL MAR, « The International Court of Justice and standards of proof », in K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS et S. HEATHCOTE (éds), *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case*, Londres/New York, Routledge, 2012, pp. 98-123.
- G. DISTEFANO, « Article 22 », in R. KOLB (éd.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 841-1001.
- G. DISTEFANO, « Article 51 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1835-1862.
- G. DISTEFANO, *Droit international des espaces. Morceaux choisis*, Paris, Pedone, 2017, 294 p.
- G. DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp. 1-54.
- G. DISTEFANO, « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *QIL*, Zoom-in 18, 2015, pp. 17-37.
- G. DISTEFANO, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *RGDIP*, vol. 115, 2011 (2), pp. 374-396.
- G. DISTEFANO, « La crise libanaise de l'été 2006 à l'aune du *ius contra bellum* », *Journal of Sharia and Law*, vol. 36, 2008, pp. 25-62.
- G. DISTEFANO et A. HÊCHE, « L'organe *de facto* dans la responsabilité internationale : *Curia, quo vadis ?* », *AFDI*, vol. 61, 2015, pp. 3-33.
- G. DISTEFANO et A. HÊCHE, « Optional Clause Declarations: International Court of Justice (ICJ) », in H. RUIZ FABRI (éd.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Online Encyclopedia, 2018, 36 p.
- G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 41-71.
- G. DISTEFANO, « Time factor and territorial dispute », in M. G. KOHEN et M. HÉBIE (éds), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 397-416.
- 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*, Genève, 1968, pp. 327-365.

- P. DUMBERRY, « Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited », *ICLQ*, vol. 59, 2010, pp. 779-802.
- 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.
- P.-M. DUPUY, « Formation of customary international law and general principles », in D. BODANSKY, J. BRUNNÉE et E. HEY (éds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, OUP, 2010, pp. 449-466.
- P.-M. DUPUY, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *AFDI*, 1977, vol. 23, pp. 837-860.
- J.-M. DURAND, « Zimrî-Lîm achète la ville d'Alahtum », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 2002, vol. 146 (1), pp. 11-30.
- P.-M. EISEMANN, « Le statut d'Okinawa : de la souveraineté résiduelle à la restitution au Japon », *AFDI*, vol. 17, 1971, pp. 255-278.
- O. ELIAS, « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law », *ICLQ*, vol. 44 (3), 1995, pp. 501-520.
- J.-P. FERRIER, « Le conflit des Îles Paracels et le problème de la souveraineté sur les îles non habitées », *AFDI*, vol. 21, 1975, pp. 175-196.
- G. LE FLOCH, « La désuétude en droit international public », *RGDIP*, vol. 111, 2007, pp. 609-642.
- F. FRANCONI, « The Status of the Gulf of Sirte in International Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 11 (2), 1984, pp. 311-326.
- Ph. GAUTIER, « Conduite, accord tacite et délimitation maritime », in SFDI, *Droit des frontières internationales*, Paris, Pedone, 2016, pp. 145-161.
- Ph. GAUTIER, « Le plateau continental de la Belgique et sa délimitation », *RBDI*, 1995-I, pp. 109-122.
- Ph. GODDING, « Thomas More, de procès en procès », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. 13, n<sup>os</sup> 1-6, 2002, pp. 73-88.
- C. GOODMAN, « *Acta sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *Austr. YBIL*, vol. 25, 2006, pp. 43-73.
- P. GRAGL, « Marine Scientific Research », in M. FITZMAURICE et N. A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (éds), *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. 1, *The Law of the Sea*, Oxford, OUP, 2014, pp. 396-429.
- 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, pp. 695-719.
- K. GULIYEV, « Local Custom in International Law », *ICLR*, vol. 19, 2017, pp. 47-67.
- I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *RIEJ*, vol. 65, 2010 (2), pp. 1-64.
- P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, vol. 90, 1986, pp. 1-125.

- A. HÊCHE, « 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.
- 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.
- W. N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, vol. 23 (1), 1913, pp. 16-59.
- A. R. IBRAHIM, « The Doctrine of Laches in International Law », *Virginia Law Review*, vol. 83 (3), 1997, pp. 647-692.
- O. ILLY, « "L'État en faillite" en droit international », *RQDI*, vol. 28-II, 2015, pp. 53-80.
- M. T. INFANTE CAFFI, « L'affaire de Belize », *AFDI*, vol. 28, 1982, pp. 249-263.
- D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive prescription in international law », *BYBIL*, vol. 27, 1950, pp. 332-346.
- H. JONES, « Le silence utilisé comme réponse en droit romain », *LaTomus*, vol. 48 (1), 1989, pp. 3-18.
- B. E. KING, « Prescription of Claims in International Law », *BYBIL*, vol. 15, 1934, pp. 82-96.
- J. K. KLEFFNER, « The applicability of international humanitarian law to organized armed groups », *RICR*, vol. 93 (882), 2011, pp. 443-461.
- M. G. KOHEN, « Article 45 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1667-1697.
- M. G. KOHEN, « Desuetude and Obsolescence of Treaties », in E. CANNIZZARO (éd.), *The law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, pp. 350-359.
- M. G. KOHEN, « La pratique et la théorie des sources du droit international », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. G. KOHEN et G. P. BUZZINI (éds), *La pratique et le droit international*, Actes du colloque de la SFDI, Paris, Pedone, 2004, pp. 81-111.
- M. G. KOHEN, « Titles and *effectivités* in territorial disputes », in M. G. KOHEN et M. HÉBIÉ (éds), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 145-168.
- R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *RGDIP*, vol. 111, 2007, pp. 577-608.
- 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), pp. 84-136.
- R. KOLB, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », *RSDIE*, 2004, pp. 9-32.



- R. KOLB, « La prescription acquisitive en droit international public », in P. ZEN-RUFFINEN (éd.), *Le temps et le droit : recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes*, Neuchâtel/Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2008, pp. 149-175.
- R. KOLB, « Les maximes juridiques en droit international public : questions historiques et théoriques », *RBDI*, 1999 (2), pp. 407-434.
- R. KOLB, « Note sur un problème particulier de “ratification imparfaite” (article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969) », *RSDIE*, 2011, pp. 429-437.
- R. KOLB, « Principles as sources of international law », *NILR*, vol. 53 (1), 2006, pp. 1-36.
- 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, Wolters Kluwer, 2023, pp. 55-82.
- S. KOPELA, « The Legal Value of Silence as State Conduct in the Jurisprudence of International Tribunals », *Austr. YBIL*, vol. 29, 2010, pp. 87-134.
- 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. 107-128.
- A. KULICK, « Let's (Not) (Dis)Agree to Disagree!? Some Thoughts on the “Dispute” Requirement in International Adjudication », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 19 (1), 2020, pp. 79-106.
- 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, pp. 57-72.
- R. LESAFFER, « Argument from Roman Law in Current international Law: Occupation and Acquisitive Prescription », *EJIL*, vol. 16 (1), 2005, pp. 25-58.
- M. LONGOBARDO, « States' Mouthpieces or Independent Practitioners? The Role of Counsel before the ICJ from the Perspective of the Legal Value of Their Oral Pleadings », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 20 (1), 2021, pp. 54-76.
- L. LUCCHINI, « Aspects juridiques de la frontière sino-indienne », *AFDI*, vol. 9, 1963, pp. 267-299.
- A. MAGNETTO, « La querelle entre Samos et Priène : propositions pour un débat », *Topoi*, vol. 16 (1), 2009, pp. 7-17.
- 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. 142-171.
- T. MANU, « Interpreting the doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence in its application to compulsory licences », *Trade, Law and Development*, vol. 8 (1), 2016, pp. 63-116.

- A. MARIE, « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (Arrigo Cavaglieri) », in *Grandes pages du droit international. Les sources*, Paris, Pedone, 2016, pp. 371-381.
- N. S. MARQUES ANTUNES, « Acquiescence », in R. WOLFRUM (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, OUP, 2012, pp. 53-58.
- N. S. MARQUES ANTUNES, « Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement », *Boundary & Territory Briefing*, vol. 2 (8), 2000, pp. 1-42.
- G. MARSTON, « The British Acquisition of the Nicobar Islands, 1869: A Possible Example of Abandonment of Territorial Sovereignty », *BYBIL*, vol. 69 (1), 1998, pp. 245-265.
- J. A. MARTÍNEZ VELA, « Algunas claves sobre el valor juridico del silencio », *Revista de Derecho UNED*, vol. 10, 2012, pp. 395-422.
- P. C. MAVROIDIS, « No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts », *AJIL*, vol. 102 (3), 2008, pp. 421-474.
- N. McDONALD, « The Role of Due Diligence in International Law », *ICLQ*, vol. 68, 2019, pp. 1041-1054.
- I. MCGIBBON, « Estoppel in International Law », *ICLQ*, vol. 7 (3), 1958, pp. 468-512.
- I. MCGIBBON, « Customary International Law and Acquiescence », *BYBIL*, vol. XXXIII, 1957, pp. 115-145.
- I. MCGIBBON, « Some observations on the part of protest in international law », *BYBIL*, vol. XXX, 1953, pp. 293-319.
- I. MCGIBBON, « The scope of Acquiescence in international law », *BYBIL*, vol. XXXI, 1954, pp. 143-186.
- M. MENDELSON et S. HULTON, « Les décisions de la Commission de démarcation de la frontière entre l'Iraq et le Koweït », *AFDI*, vol. 39, 1993, pp. 178-231.
- P. MERKOURIS, « Interpreting the Customary Rules on Interpretation », *ICLR*, vol. 19, 2017, pp. 126-155.
- A. MESOUDI, A. WHITEN et K. N. LALAND, « Perspective: is human cultural evolution Darwinian? Evidence reviewed from the perspective of the Origin of Species », *Evolution*, vol. 58 (1), 2004, pp. 1-11.
- C. MIK, « *Jus Cogens* in contemporary international law », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33, 2013, pp. 27-93.
- J. P. MÜLLER et T. COTTIER, « Acquiescence », in R. BERNHARDT (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 7, 1984, pp. 5-7.
- M. NASH LEICH, « Denial of Liability: Ex Gratia Compensation on a Humanitarian Basis », *AJIL*, 1989, vol. 83 (2), pp. 319-324.
- G. NESI, « Boundaries », in M. G. KOHEN et M. HÉBÉ (éds), *Research Handbook on territorial disputes in international law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 193-233.

- K. ODENDAHL, « Article 39 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlin, Springer, 2012, pp. 699-707.
- K. ODENDAHL, « Article 45 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlin, Springer, 2012, pp. 765-772.
- A. ORAISON, « À propos du différend franco-malgache sur les îles Éparses du canal de Mozambique », *RGDIP*, vol. 85, 1981, pp. 465-513.
- 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.
- A. ORAISON, « Réflexions sur “la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations” », *RBDI*, 1991 (2), pp. 507-580.
- 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, pp. 344-377.
- P. PALCHETTI, « La rilevanza dell’atteggiamento degli Stati parti nell’accertamento del diritto internazionale generale da parte della Corte internazionale di Giustizia », *RDI*, vol. 82 (3), 1999, pp. 647-679.
- 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? », in *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, Rome, Gaetano Morelli Lectures Series, vol. 2, 2018, pp. 107-121.
- K. PAN, « A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence », *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, 2017, pp. 751-786.
- K. PARLETT, « State conduct in territorial disputes beyond *effectivités*: recognition, acquiescence, renunciation and estoppel », in M. G. KOHEN et M. HÉBÉIE (éds), *Research Handbook on territorial disputes in international law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 169-192.
- 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. 92-131.
- 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, pp. 136-161.
- 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<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2012, pp. 731-870.
- Ch. PERELMAN, « Évidence et preuve », in Ch. PERELMAN, *Rhétoriques*, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l’Université de Bruxelles, 1989, pp. 181-196.
- 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<sup>re</sup> partie, 2017, pp. 537-557.

- P. PICHONNAZ, « Quelques remarques sur la *relocatio tacita* », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, vol. 49, 2002, pp. 147-163.
- PNUE, *Manuel de mise en œuvre de la Convention de Bâle*, Genève, Nations Unies, 2016, 36 p.
- M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review*, vol. 28 (1), 2013, pp. 88-122.
- G. PROTÈRE, « 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'Étranger*, 2008, pp. 259-292.
- N. RONZITTI, « Is the Gulf of Taranto an Historic Bay? », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 11 (2), 1984, pp. 275-296.
- J. SALMON, « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, vol. 10, 1964, pp. 225-266.
- J. SALMON, « Les accords non formalisés ou *solo consensu* », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 1-28.
- C. SCHENKER, « Dépositaire : une impartialité sous surveillance. L'exemple de la Suisse », *RSDIE*, vol. 28 (1), 2018, pp. 25-58.
- S. P. SHARMA, « The India-China Border Dispute: An Indian Perspective », *AJIL*, vol. 59-I, 1965, pp. 14-67.
- 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, pp. 104-120.
- K. SKUBISZEWSKI, « Unilateral Acts of States », in M. BEDJAoui (éd.), *International Law: Achievements or Prospects*, Unesco, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 221-240.
- J. M. SOBRINO HEREDIA, « L'approche nationale en matière des zones maritimes en Méditerranée », *AFDUDC*, vol. 13, 2009, pp. 753-771.
- 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 », *RQDI*, vol. 30 (1), 2017, pp. 65-88.
- G. SPERDUTI, « Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale », *RDI*, vol. 44, 1961, pp. 3-15.
- C. A. STAVROPOULOS, « The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council Under Article 27, Paragraph 3, of the Charter of the United Nations », *AJIL*, vol. 61 (3), 1967, pp. 737-752.
- K. STEFANIK, « Rise of the Corporation and Corporate Social Responsibility: The Case for Corporate Customary International Law », *Annuaire canadien de droit international*, vol. 54, 2016, pp. 276-308.
- C. STEVENSON, « Hans Off! The Struggle for Hans Island and the Potential Ramifications for International Border Dispute Resolution », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30 (1), 2007, pp. 263-265.

- C. TAMS, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », in J. CRAWFORD, A. PELLET et S. OLLESON (éds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 1035-1049.
- Y. TANAKA, « Passing of sovereignty: The Malaysia/Singapore Territorial Dispute before the ICJ », *Hague Justice Journal*, vol. 3 (2), 2008, pp. 5-15.
- H. THIRLWAY, « Territorial Disputes and Their resolution in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice », *LJIL*, vol. 31, 2018, pp. 117-146.
- H. THIRLWAY, « The Role of the International Law Concepts of Acquiescence and Estoppel », in S. DOUMA et F. ENGELEN (éds), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, 2008, pp. 29-49.
- 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, pp. 383-399.
- H. VAN DER WILT, « Srebrenica: On Joint Criminal Enterprise, Aiding and Abetting and Command Responsibility », *Netherlands International Law Review*, vol. 62, 2015, pp. 229-241.
- D. VIGNES, « La Conférence européenne sur la pêche et le droit de la mer », *AFDI*, vol. 10, 1964, pp. 670-688.
- F. VILLAGRÁN KRAMER, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », in *Le droit international à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, New York, Nations Unies, 1997, pp. 137-161.
- M. WAIBEL, « Fair and Equitable Treatment as Boilerplate », *American Review of International Arbitration*, vol. 30 (1), 2019 pp. 85-111 (Cambridge Research Paper Series, 29 p., consulté le 13 juin 2019 sur <https://ssrn.com/abstract=3401770>).
- J. WASS, « Jurisdiction by Estoppel and Acquiescence in International Courts and Tribunals », *BYBIL*, vol. 86, 2016 (1), pp. 155-195 (41 p.).
- J.-C. WITENBERG, « L'Estoppel. Un aspect juridique du problème des créances américaines », *Journal du droit international*, vol. 60, 1933, pp. 529-538.
- W. T. WORSTER, « The Frailties of Maps as Evidence in International Law », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, 2018, pp. 570-589.
- Z. ZHANG, « A Deconstruction of the Notion of Acquisitive Prescription and Its Implications for the Diaoyu Islands Dispute », *AsianJIL*, vol. 2 (2), 2012, pp. 323-338.
- Z. YIN, « Heavenly Principles? The Translation of International Law in 19th-century China and the Constitution of Universality », *EJIL*, vol. 27 (4), 2017, pp. 1005-1023.

## Documents et études

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL  
(CLASSEMENT CHRONOLOGIQUE PAR SUJETS)

CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, ACIDI, vol. II, 1966, pp. 203-298.

- CDI, 3<sup>e</sup> *Rapport sur la responsabilité des États*, Rapporteur spécial J. Crawford, Doc. A/CN.4/507 et Add. 1 à 4, *ACDI*, 2000.
- CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *ACDI*, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2001, pp. 60-393.
- 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.
- CDI, 1<sup>er</sup> *rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/486.
- CDI, 2<sup>e</sup> *rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/500 et Add.1.
- CDI, 3<sup>e</sup> *rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/505.
- CDI, 5<sup>e</sup> *rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/525 et Add.1 et 2.
- CDI, 6<sup>e</sup> *rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/453.
- CDI, 7<sup>e</sup> *rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/542.
- CDI, 8<sup>e</sup> *rapport sur les actes unilatéraux des États*, Rapporteur spécial M. Cedeño, Doc. A/CN.4/557.
- CDI, *Actes unilatéraux des États. Rapport du groupe de travail*, Doc. A/CN.4/L.703, 20 juillet 2006, 5 p.
- CDI, *Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-huitième session*, Doc. A/CN.4/SR.2906, 2906<sup>e</sup> séance, 4 août 2006, *ACDI*, 2006, vol. 1, pp. 280-286.
- Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, *ACDI*, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie.
- Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, *ACDI*, 2006, vol. II, 2<sup>e</sup> partie.
- CDI, *Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*, Mémoire du secrétariat, Doc. A/CN.4/596, 31 mars 2008, 216 p.
- CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités et commentaires*, Doc. A/66/10/Add.1, 2011, 660 p.
- CDI, *Guide sur la pratique sur les réserves aux traités*, *ACDI*, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2011, 32 p.
- CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, *ACDI*, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2011, 114 p.
- CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, *ACDI*, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2011, pp. 44-106.

- CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, ACDI, 2011, vol. II, 2<sup>e</sup> partie.
- CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, ACDI, 2011, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, pp. 109-132.
- CDI, *Projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2016, 52 p.
- CDI, 2<sup>e</sup> rapport sur la détermination du droit international coutumier, Rapporteur spécial M. Wood, Doc. A/CN.4/672, ACDI, 2014.
- CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur la détermination du droit international coutumier, Rapporteur spécial M. Wood, Doc. A/CN.4/682, ACDI, 2015.
- 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, ACDI, 17 mai 2018.
- CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018.
- CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018.
- CDI, 2<sup>e</sup> rapport sur les Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, Rapporteur spécial M. Nolte, Doc. A/CN.4/671, ACDI, 2014, 76 p.
- CDI, *Compte rendu analytique de la 3215<sup>e</sup> séance*, 5 juin 2014, 66<sup>e</sup> session, Doc. A/CN.4/SR.3215, ACDI, vol. I, 2014, pp. 78-81.
- CDI, *Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Commentaires et observations reçus des gouvernements*, Doc. A/CN.4/712, ACDI, 2018, 39 p.
- 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, ACDI, 11 mai 2018.
- CDI, *Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités*, ACDI, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 2018.
- 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<sup>e</sup> partie, 2018.
- CDI, 1<sup>er</sup> rapport sur l'application à titre provisoire des traités, Rapporteur spécial M. Gómez-Robledo, Doc. A/CN/664, 2013.
- CDI, 2<sup>e</sup> rapport sur l'application à titre provisoire des traités, Rapporteur spécial M. Gómez-Robledo, Doc. A/CN/675, 2014.
- CDI, 3<sup>e</sup> rapport sur l'application à titre provisoire des traités, Rapporteur spécial M. Gómez-Robledo, Doc. A/CN/687, 2015.

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.

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.

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.

#### INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

IDI, *La prescription libératoire en droit international public*, Session de La Haye, 1925.

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, 5 p.

IDI, *Annuaire*, vol. 66, t. II, 1995, 518 p.

IDI, *La succession d'États en matière de responsabilité internationale*, Projet de résolution, Session de Tokyo, 2013, 13 p.

#### INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION

ILA, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Final Report of the Committee* (en ligne), London Conference 2000, 66 p.

#### RÉSOLUTIONS ET TEXTES OFFICIELS DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES ET DE SES ORGANES

AG, *Rapport annuel de la Cour internationale de Justice*, 1<sup>er</sup> août 2018 – 31 juillet 2019, Doc. A/74/4, 69 p.

AG, *Rapport du groupe de planification de la Commission du droit international*, Doc. A/CN.4/L.704, 2 août 2006, 9 p.

*Charte des Nations Unies et Statut de la Cour internationale de Justice*, Nations Unies, New York/Genève, DPI/SALES/2002/1.

CIJ, *Annuaire de la Cour internationale de Justice*, 2013-2014, 216 p.

ONU, *Manuel des traités*, 3<sup>e</sup> éd., New York, 2013, 73 p.

ONU, *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, New York, 1999, Doc. ST/LEG/7/Rev.1, 159 p.

ONU, *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 102, Supplément n° 2, 1955-1959, vol. 3.



ONU, *The Work of the International Law Commission*, 8<sup>e</sup> éd., vol. 1, New York, Nations Unies, 2012, 315 p.

Résolution 174 (II) de l'AG du 21 novembre 1947.

Résolution 181 (II) de l'AG du 29 novembre 1947.

Résolution 2625 (XXV) de l'AG du 24 octobre 1970.

Résolution 1591 (2005) du CS du 29 mars 2005.

UNHCR, *Agents of Persecution – UNHCR Position*, 14 mars 1995, 3 p.

UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (Reissued), Genève, 2011, 191 p.

UNHCR, *Statement relating to Appeal Case UM 12033-09 before the Stockholm Migration Court*, janvier 2010, 6 p.

#### RECUEIL DE DOCUMENTS DIPLOMATIQUES ET NATIONAUX

Confédération Suisse, *Compilation des chroniques de la pratique suisse en matière de droit international public*, Compilée par L. CAFLISCH, Berne, 2018, 612 p.

Confédération suisse, *Guide de la pratique en matière de traités internationaux*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 2015, 57 p.

Istituto di studi giuridici internazionali, *Prassi italiana di diritto internazionale*, édition online, ISGI, [www.prassi.cnr.it](http://www.prassi.cnr.it).

République française, Cour de cassation, Rapport annuel 2009, Assemblée plénière, 27 février 2009, Bulletin 2009, n° 1, pourvoi n° 07-19.841, p. 419.

### Jurisprudence

#### COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE

*Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, 12 juillet 1929, CPJI, *Série A*, n° 14, p. 5.

*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, Exceptions préliminaires, 25 août 1925, CPJI, *Série A*, n° 6, p. 4.

*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne)*, fond, 25 mai 1926, CPJI, *Série A*, n° 7, p. 4.

*Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, Avis consultatif, 12 août 1922, CPJI, *Série B*, n° 2, p. 8.

*Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Avis consultatif, 8 décembre 1927, CPJI, *Série B*, n° 14, p. 5.

*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt, 30 août 1924, CPJI, *Série A*, n° 2, p. 4.

*Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Avis consultatif, 7 février 1923, CPJI, *Série B*, n° 4, p. 7.

*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. 365.

*Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, Opinion dissidente de M. Anzilotti, 15 novembre 1932, CPJI, *Série A/B*, n° 50, p. 383.

*Lotus (France c. Turquie)*, fond, 7 septembre 1927, CPJI, *Série A*, n° 10, p. 4.

*Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, arrêt, 28 juin 1937, CPJI, *Série A/B*, n° 70, p. 4.

*Opinion individuelle de M. Hudson*, 28 juin 1937, CPJI, *Série A/B*, n° 70, pp. 73-80.

*Statut juridique du Groënland oriental*, arrêt, 5 avril 1933, CPJI, *Série A/B*, n° 53, p. 22.

*Usine de Chorzów*, Compétence, 26 juillet 1927, CPJI, *Série A*, n° 9, p. 4.

*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt, 7 juin 1932, CPJI, *Série A/B*, n° 46, p. 96.

#### COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, CIJ, *Rec. 2005*, p. 168.

*Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002), Compétence et recevabilité, arrêt, 3 février 2006, CIJ, *Rec. 2006*, p. 6.

*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. 392.

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, 27 juin 1986, CIJ, *Rec. 1986*, p. 14.

*Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 31 mars 2004, CIJ, *Rec. 2004*, p. 12.

*Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, 26 juin 1992, CIJ, *Rec. 1992*, p. 240.

*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, Exceptions préliminaires, arrêt, 22 juillet 1952, CIJ, *Rec. 1952*, p. 93.

*Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, 14 juin 1993, CIJ, *Rec. 1993*, p. 38.

*Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Opinion individuelle de M. Weeramantry, CIJ, *Rec. 1993*, p. 211.

*Affaire des Minquiers et des Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, arrêt, 17 novembre 1953, CIJ, *Rec. 1953*, p. 47.

- Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, 18 décembre 1951, CIJ, *Rec. 1951*, p. 116.
- Affaire du différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, 12 juillet 2005, CIJ, *Rec. 2005*, p. 90.
- Affaire du différend territorial (Jamahiriya Arabe Libyenne/Tchad)*, arrêt, 3 février 1994, CIJ, *Rec. 1994*, p. 6.
- Affaire du différend territorial*, CIJ, *Rec. 1994*, Opinion individuelle de M. Ajibola, p. 51.
- Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, arrêt, 24 février 1982, CIJ, *Rec. 1982*, p. 18.
- Affaire du plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte)*, arrêt, 3 juin 1985, CIJ, *Rec. 1985*, p. 13.
- Affaire du plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, CIJ, *Rec. 1978*, p. 3.
- Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*, arrêt, 17 juillet 2019, CIJ, *Rec. 2019*, p. 418.
- Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, 4 juin 2008, CIJ, *Rec. 2008*, p. 177.
- Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, arrêt, 12 novembre 1991, CIJ, *Rec. 1991*, p. 53.
- 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. 1.
- Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 février 2007, CIJ, *Rec. 2007*, p. 43.
- Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, 3 février 2015, CIJ, *Rec. 2015*, p. 3.
- Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, CIJ, *Rec. 2015*, p. 202.
- Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, Ordonnance, 23 janvier 2020, CIJ, *Rec. 2020*, p. 3.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), Exceptions préliminaires, arrêt, 24 juillet 1964, CIJ, *Rec. 1964*, p. 6.
- Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, 16 décembre 2015, CIJ, *Rec. 2015*, p. 665.
- Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Exceptions préliminaires, 13 février 2019, CIJ, *Rec. 2019*, p. 7.

- Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, Exceptions préliminaires, 26 juillet 1957, CIJ, *Rec. 1957*, p. 9.
- Certains emprunts norvégiens*, Opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht, CIJ, *Rec. 1957*, p. 34.
- Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, Compétence, arrêt, 2 février 1973, CIJ, *Rec. 1973*, p. 3.
- Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, 25 juillet 1974, CIJ, *Rec. 1974*, p. 3.
- Compromis entre le Guatemala et le Belize visant à soumettre à la Cour internationale de Justice la revendication territoriale, insulaire et maritime du Guatemala*, 7 juin 2019, CIJ, *Rec. 2019*, 11 p.
- Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ, *Rec. 2004*, p. 136.
- 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*, p. 16.
- Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Exceptions préliminaires, 2 février 2017, CIJ, *Rec. 2017*, p. 3.
- Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Audience publique, 15 mars 2021, CR 2021/2, pp. 1-67.
- Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, *Rec. 2021*, p. 206.
- Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 139.
- Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Requête introductive d'instance, 16 janvier 2017, CIJ, *Rec. 2017*, 23 p.
- Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Déclaration de M. le juge Gevorgian, CIJ, *Rec. 2018*, pp. 262-267.
- Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, Compétence et recevabilité, 1<sup>er</sup> juillet 1994, CIJ, *Rec. 1994*, p. 112.
- Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, 16 mars 2001, CIJ, *Rec. 2001*, p. 40.
- Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, 11 novembre 2013, CIJ, *Rec. 2013*, p. 281.

- Demande en interprétation de l'arrêt du 23 mai 2008 (Malaisie c. Singapour)*, Requête introductive d'instance, 30 juin 2017, CIJ, *Rec.* 2017, 35 p.
- Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, 10 décembre 1985, CIJ, *Rec.* 1985, p. 192.
- Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Exceptions préliminaires, 25 mars 1948, CIJ, *Rec.* 1948, p. 15.
- Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt, fond, 9 avril 1949, CIJ, *Rec.* 1949, p. 4.
- Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, CIJ, *Rec.* 1986, p. 554.
- Différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, *Opinion individuelle du juge M. Luchaire*, CIJ, *Rec.* 1986, p. 652.
- Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, 12 juillet 2005, CIJ, *Rec.* 2005, p. 90.
- Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, Requête à fin d'intervention, 13 septembre 1990, CIJ, *Rec.* 1990, p. 92.
- Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, arrêt, 11 septembre 1992, CIJ, *Rec.* 1992, p. 351.
- Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec.* 2014, p. 1.
- Différend maritime (Pérou c. Chili)*, 24 janvier 2014, CIJ, *Rec.* 2014, *Opinion individuelle du juge Owada*, p. 86.
- Différend maritime (Pérou c. Chili)*, Compte rendu, Audience publique, 7 décembre 2012, CR 2012/32.
- Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, CIJ, *Rec.* 2009, p. 213.
- Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, 19 novembre 2012, CIJ, *Rec.* 2012, p. 624.
- 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, p. 659.
- Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, 20 novembre 1950, CIJ, *Rec.* 1950, p. 266.
- Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, Exceptions préliminaires, 26 novembre 1957, CIJ, *Rec.* 1957, p. 125.
- Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, 12 avril 1960, CIJ, *Rec.* 1960, p. 6.
- Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 août 1952, CIJ, *Rec.* 1952, p. 176.
- Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Avis consultatif, 25 février 2019, CIJ, *Rec.* 2019, p. 95.
- Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice*, Exposé écrit de la France, 28 février 2018, CIJ, *Rec.* 2018, 7 p.

- Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, 20 décembre 1974, CIJ, *Rec. 1974*, p. 457.
- Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, 11 juin 1998, CIJ, *Rec. 1998*, p. 275.
- Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, fond, 10 octobre 2002, CIJ, *Rec. 2002*, p. 303.
- Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale intervenant)*, CIJ, *Rec. 2002*, Opinion dissidente de M. le juge Koroma, p. 474.
- Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 12 octobre 1984, CIJ, *Rec. 1984*, p. 246.
- Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, 13 décembre 1999, CIJ, *Rec. 1999*, p. 1045.
- Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, 28 février 1997, Mémoire de la République de Namibie, vol. 1.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, *Rec. 2020*, p. 300.
- 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*, p. 77.
- LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, CIJ, *Rec. 2001*, p. 466.
- Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ, *Rec. 1996*, p. 66.
- Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase), 6 avril 1955, CIJ, *Rec. 1955*, p. 4.
- Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1<sup>er</sup> octobre 2018, CIJ, *Rec. 2018*, p. 507.
- 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, 5 octobre 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 833.
- Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, Déclaration de M. le juge Gaja, 2016, CIJ, *Rec. 2016*, p. 1038.
- Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni, et États-Unis d'Amérique)*, arrêt (question préliminaire), 15 juin 1954, CIJ, *Rec. 1954*, p. 19.
- 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. 3.
- Plateau continental de la mer du Nord*, Opinion individuelle du juge Fouad Amoun, CIJ, *Rec. 1969*, p. 101.

- Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, 25 septembre 1997, CIJ, *Rec.* 1997, p. 7.
- Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Opinion individuelle de M. Weeramantry, 25 septembre 1997, CIJ, *Rec.* 1997, pp. 88-119.
- Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, 18 novembre 1960, CIJ, *Rec.* 1960, p. 192.
- Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, Opinion dissidente de M. Urrutia Hologuín, CIJ, *Rec.* 1960, pp. 221-239.
- Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt, 20 juin 1959, CIJ, *Rec.* 1959, p. 209.
- Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, arrêt, 23 mai 2008, CIJ, *Rec.* 2008, p. 12.
- 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. 116-127.
- id.*, Opinion dissidente de M. le juge *ad hoc* Dugard, pp. 133-152.
- Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, fond, 17 décembre 2002, CIJ, *Rec.* 2002, p. 625.
- Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Exceptions préliminaires, 26 mai 1961, CIJ, *Rec.* 1961, p. 17.
- Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, 15 juin 1962, CIJ, *Rec.* 1962, p. 6.
- Temple de Préah Vihéar*, Opinion séparée de M. Alfaro, vice-président, CIJ, *Rec.* 1962, p. 39.
- Temple de Préah Vihéar*, Opinion séparée du juge Fitzmaurice, CIJ, *Rec.* 1962, p. 52.
- Temple de Préah Vihéar*, Opinion dissidente du juge Spender, CIJ, *Rec.* 1962, p. 101.
- 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, 19 p.
- Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, 20 avril 2010, CIJ, *Rec.* 2010, p. 14.

## TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER

- Affaire du « Hoshinmaru » (Japon c. Fédération de Russie)*, TIDM, arrêt, 6 août 2007.
- Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt, Exceptions préliminaires, 4 novembre 2016.

*Affaire du navire « Saiga » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, TIDM, arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, p. 1.

*Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, TIDM, arrêt, 14 mars 2012, p. 1.

*Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, TIDM, arrêt, 23 septembre 2017, p. 1.

#### COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

*Affaire Chypre c. Turquie*, Cour eur. D.H., Gde ch., Requête n° 25781/94, 12 mai 2014.

#### COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

*Masacre de Mapiripán v. Colombia*, CIADH, Jugement, 15 septembre 2005, Sér. C, n° 134.

#### TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

*Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, IT-95-14.

#### ORGANE D'APPEL DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

*Japan-Alcoholic Beverages II (États-Unis c. Japon)*, OMC, Rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, AB-1996-2, 33 p.

#### TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

*Affaire Nistle*, 26 avril 1955, TAOIT, 5<sup>e</sup> session, Jugement n° 16, 4 p.

*Affaire Waghorn*, 12 juillet 1957, TAOIT, 6<sup>e</sup> session, Jugement n° 28, 5 p.

*Affaire De Buck*, 4 octobre 1976, TAOIT, 37<sup>e</sup> session, Jugement n° 279, 3 p.

*Affaire De Villegas*, 24 avril 1980, TAOIT, 43<sup>e</sup> session, Jugement n° 404, 8 p.

*Affaire Bonneau*, 19 juin 1985, TAOIT, 56<sup>e</sup> session, Jugement n° 671, 5 p.

*Affaire Meyler*, 27 juin 1989, TAOIT, 66<sup>e</sup> session, Jugement n° 978, 8 p.

*Affaire Villalobos Basurto*, 23 janvier 1990, TAOIT, 68<sup>e</sup> session, Jugement n° 1006, 4 p.

*Affaire Quraishi*, 14 juillet 1993, TAOIT, 75<sup>e</sup> session, Jugement n° 1267, 5 p.

*Affaire Zhu*, 11 juillet 1996, TAOIT, 81<sup>e</sup> session, Jugement n° 1509, 4 p.

*Affaire Milicua de Rabino*, 10 juillet 1997, TAOIT, 93<sup>e</sup> session, Jugement n° 1643, 3 p.

*Affaire M. C. P. c. CPI*, 9 juillet 2008, TAOIT, 105<sup>e</sup> session, Jugement n° 2757, 8 p.



- Affaire L. N. c. OIT*, 11 février 2015, TAOIT, 119<sup>e</sup> session, Jugement n° 3450, 13 p.
- Affaire L. (n° 3) c. OMC*, 28 juin 2017, TAOIT, 124<sup>e</sup> session, Jugement n° 3815, 6 p.
- Affaire V. c. UNESCO*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3942, 11 p.
- Affaire G. (n° 5) c. ONUDI*, 24 janvier 2018, TAOIT, 125<sup>e</sup> session, Jugement n° 3950, 7 p.
- Affaire G. M. c. IAEA*, 10 février 2020, TAOIT, 129<sup>e</sup> session, Jugement n° 4207, 17 p.
- Affaire A (n° 2) v. IAEA*, 7 décembre 2020, TAOIT, 131<sup>e</sup> session, Jugement 4344, 10 p.

## COMITÉ CONTRE LA TORTURE

- H. M. H. I. c. Australie*, CAT/C/28/D/177/201, Requête n° 177/2001, 28<sup>e</sup> session, Décision du 1<sup>er</sup> mai 2002, 9 p.

## SENTENCES ARBITRALES

- 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, pp. 293-298.
- 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.
- Affaire concernant Pacific Mail Steamship Company c. Colombia*, décision du surarbitre, 8 août 1865, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXIX, pp. 117-120.
- Affaire de l'indemnité russe* (Russie, Turquie), Sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XI, pp. 421-447.
- 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. 155-269.
- 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, 15 décembre 1997, RBDI, 1997 (1), pp. 381-407.
- Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, Sentence, 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, pp. 417-493.
- 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, 11 avril 2006, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXVII, pp. 145-251.

- Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area (The Republika Srpska v. The Federation of Bosnia and Herzegovina)*, arrêt, 14 février 1997, UN Doc. S/1997/126 (disponible en français) (36 ILM 396, pp. 396-437).
- Argentine-Chile Frontier Case (Lago Palena)*, Sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, pp. 109-182.
- Atlantic and Hope Insurance Companies c. Ecuador* (affaire de la goélette *Mechanic*), Opinion du Commissaire Hassaurek, 25 janvier 1862, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 108-114.
- Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)*, Sentence du 24 mars 1982, 21 ILM 976.
- 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. 189-236.
- Canada (Brésil c. États-Unis)*, Sentence du 11 juillet 1870, Lapradelle-Politis II, pp. 622-636.
- Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Taba*, Sentence, 29 septembre 1988, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, pp. 1-118.
- 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.
- Cayugas Indians (Great Britain) v. United States*, 11 janvier 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, pp. 173-190.
- The Chamizal Case (Mexique, États-Unis)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, pp. 309-347.
- Compagnie d'électricité de Varsovie (fond) (quantum) (France contre Pologne)*, Sentence, 23 mars 1936, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pp. 1689-1699.
- Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica (litige portant sur un recouvrement de crédit)*, Sentence arbitrale, 26 juin 1998, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXV, pp. 21-82.
- Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, Procedural Order no. 5 on Document Production, 5 mai 2017, ICSID Case No.ARB/15/29, 429 p.
- Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, Award, 22 octobre 2018, ICSID Case No.ARB/15/29, 146 p.
- Costa Rica v. Nicaragua*, Central American Court of Justice, arrêt, 30 septembre 1916, *AJIL*, vol. 11 (1), 1917, pp. 181-229.

- Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, pp. 83-195.
- Décision d'arbitrage relative à la délimitation définitive de la frontière italo-suisse, à l'endroit dénommé Alpe de Cravairola*, Sentence, 23 septembre 1874, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXVIII, pp. 141-156.
- Decision of the arbitral tribunal established to settle the dispute concerning the course of the boundary between Austria and Hungary near the lake called the "Meerauge"*, 13 septembre 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, pp. 379-396.
- Délimitation de la frontière entre la République Sud-Africaine (Transvaal) et l'État libre d'Orange*, Sentence, 19 février 1870, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXVIII, pp. 125-130.
- Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, pp. 119-213.
- Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, Sentence, 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XX, Opinion dissidente de M. Mohammed Bedjaoui, pp. 154-213.
- Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, Sentence, 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIX, pp. 149-196.
- Delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*, Sentence, 17 septembre 2007, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. XXX, pp. 1-144.
- Différend entre Maurice et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'aire marine protégée des Chagos*, Sentence, 18 mars 2015, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, pp. 359-606.
- Différend Società Mineraria et Metallurgica di Pertusola – Décisions nos 47, 95 et 121*, Sentences du 11 mai 1950, 8 mars 1951, et 3 mars 1952, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XIII, pp. 174-201.
- Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, Sentence arbitrale, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, pp. 53-264.
- Dubai-Sharjah Border Arbitration*, Sentence, 19 octobre 1981, 91 ILR 543, pp. 543-701.
- Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga (Pakistan c. Inde)*, Sentence partielle, 18 février 2013, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, pp. 55-245.
- European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, Sentence, 29 juin 1990, 105 ILR 1, pp. 1-74.

- Gentini Case*, Sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 551-561.
- George W. Cook (U.S.A.) v. United Mexican States*, 3 juin 1927, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, pp. 213-217.
- Giacopini Case*, Sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 594-596.
- Grisbadarna (Norvège, Suède)*, Sentence, 23 octobre 1909, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXI, pp. 147-166.
- Honduras borders (Guatemala, Honduras)*, Sentence, 23 janvier 1933, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1307-1366.
- Île de Clipperton (Mexique contre France)*, Sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 1105-1111.
- Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, Sentence, 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XVI, pp. 5-74.
- Irene Roberts Case*, Sentence, 1903-1905, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pp. 204-208.
- Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence, 16 novembre 1925, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. IV, pp. 82-98.
- Louis Brand (États-Unis c. Pérou)*, Sentence, 27 novembre 1863, Lapradelle-Politis II, pp. 269-270.
- Macedonian (Chili c. États-Unis)*, Sentence, 15 mai 1863, Lapradelle-Politis II, pp. 182-229.
- Marvin Feldman c. Mexico*, Award, 16 décembre 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, pp. 488-572.
- Nicolae Bratu v. Upper Silesian Steel Works Company and German State*, Sentence, 5 janvier 1929, 5 ILR 194, Case n° 120, pp. 194-196.
- Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, Sentence du 19 octobre 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pp. 466-508.
- Postal Claim*, Sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. IX, pp. 328-329.
- Railway Land Arbitration (Malaysia/Singapore)*, Sentence arbitrale, 20 octobre 2014, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XXXIV, pp. 125-203.
- 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.
- Sentence arbitrale relative à la frontière entre la colonie de Guyane britannique et les États-Unis du Venezuela*, Décision, 3 octobre 1899, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, pp. 331-340.

*Sentence arbitrale relative aux requêtes de la Grande-Bretagne et du Portugal sur certains territoires de la côte Est de l'Afrique appartenant autrefois aux Rois de Tembe et Mapoota, incluant les îles de Inyack et Éléphant (Baie de Delagoa ou Lorenzo Marques)*, Sentence, 24 juillet 1875, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, pp. 157-162.

*Sentence austrégale dans l'affaire entre les maisons princières de Lippe-Detmold, et Schaumbourg-Lippe (2<sup>e</sup> Sentence)*, 25 janvier 1839, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, pp. 63-72.

*Shufeldt Claim (Guatemala, USA)*, Sentence, 1930, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 1079-1120.

*Souveraineté territoriale et portée du différend (Érythrée et Yémen)*, Première étape, 9 octobre 1998, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, pp. 209-332.

*Spader et al. Case*, Sentence, 1903-1905, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pp. 223-224.

*Stevenson Case (interlocutory)*, Sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pp. 385-387.

*Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, Sentence, 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, pp. 231-266.

*Tagliaferro Case*, Sentence, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 592-594.

*Territorial and maritime dispute between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, Sentence arbitrale, 29 juin 2017, CPA, cas n° 2012-04, pp. 1-373.

*The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States)*, Sentence du 20 octobre 1903, Nations Unies, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. XV, pp. 481-540.

*The Ambatielos claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, pp. 83-153.

*The Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (The People's Republic of Bangladesh and the Republic of India)*, Sentence, 7 juillet 2014, CPA, p. 3.

*The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Sentence, 18 mars 2015, CPA, p. 1.

*The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, Sentence, 6 juin 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, pp. 11-23.

*The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan*, Sentence, 19 février 1968, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII, p. 1.

*The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, Sentence, 4 avril 1928, CPA, p. 831/1.

*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.

*The Republic of El Salvador v. the Republic of Nicaragua*, Sentence du 9 mars 1917, *AJIL*, 1917, vol. 11 (3), pp. 674-730.

*The Savarkar Case (Great Britain, France)*, Sentence du 24 février 1911, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, pp. 243-255.

*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, CPA, Cas n° 2013-19.

*The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China)*, arrêt, 12 juillet 2016, CPA, Cas n° 2013-19.

*The Venezuelan Preferential Case (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al.)*, Sentence, 22 février 1904, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pp. 99-110.

*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 19 décembre 2012, ICSID Case No. ARB/07/26, 111 p.

*Yuille, Shortridge & Cie (Grande-Bretagne c. Portugal)*, Sentence du 21 octobre 1861, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, pp. 57-71.

#### JURIDICTIONS ET SENTENCES NATIONALES

*Arbitration Newfoundland and Labrador and Nova Scotia concerning portions of the limit of theirs offshore areas*, Award, Second Phase, 26 mars 2002, p. 1.

*Arkansas v. Tennessee* (United States Supreme Court), arrêt, 3 juin 1940, 9 ILR 112, cas n° 43, pp. 112-116.

*Arrêt n° 573*, pourvoi n° 07-19.841, Cour de cassation (France), Assemblée plénière, 27 février 2009.

*Georgia v. South Carolina* (United States Supreme Court), 25 juin 1990, 91 ILR 439, pp. 439-466.

*Land Sale to Alien*, Cour constitutionnelle autrichienne, 13 mars 1973, 77 ILR 433, pp. 433-440.

*Russian-German Commercial Treaty Case*, German Reichsgericht, 23 mai 1925, 3 ILR 262, Case n° 267, pp. 354-355.

*Sarropoulos v. Bulgarian State*, 14 février 1927, 4 ILR 245, Case n° 173, pp. 263-264.

*Sorkis v. Amed*, Cour de cassation italienne, 26 août 1950, 17 ILR 101, Case n° 24, pp. 101-107.

*The Elida*, Imperial Supreme Prize Court, Berlin, 18 mai 1915, *AJIL*, vol. 10 (4), 1916, pp. 916-921.

*The Queen v. Seven Named Accused*, Pitcairn Island, Supreme Court, 19 avril 2004 ; Court of Appeal, 5 août 2004, 127 ILR 232, pp. 232-309.

*United States v. California* (United States Supreme Court), 14 octobre 1952, 57 ILR 54, pp. 54-89.

*United States v. Louisiana and Others* (United States Supreme Court), 26 février 1985, 91 ILR 411, pp. 411-427.

*United States v. State of Maine and Others* (United States Supreme Court), 25 février 1986, 91 ILR 427, pp. 427-438.

*Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*, United Kingdom Supreme Court, Judgement, 10 avril 2019, 2019 UKSC 20, 37 p.

#### JURIDICTIONS SUISSES

*Canton of Valais v. Canton of Tessin* (Switzerland, Federal Tribunal), 2 juillet 1980, 75 ILR 114, pp. 114-121.

ATF 106 Ib 154, 2 juillet 1980, *Canton du Valais c. Canton du Tessin* (trad. partielle dans 75 ILR 114 et A. R. ZIEGLER, *La jurisprudence suisse du droit international public*, Zurich/St-Gall, Dike, 2015).

ATF 120 Ib 512, 14 décembre 1994, *Canton du Valais c. Canton de Berne*.

JICRA 2006/18, Commission suisse de recours en matière d'asile, décision du 8 juin 2006 (accès en ligne : <https://ark-cra.rekurskommissionen.ch/assets/resources/ark/emark/index.htm>).





## TABLE DES MATIÈRES

|                                         |    |
|-----------------------------------------|----|
| <b>REMERCIEMENTS</b> . . . . .          | 11 |
| <b>PRÉFACE</b> . . . . .                | 13 |
| <b>LISTE DES ABRÉVIATIONS</b> . . . . . | 17 |
| <b>INTRODUCTION</b> . . . . .           | 23 |

### PREMIÈRE PARTIE La place de l'acquiescement

|                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>CHAPITRE I. – Introduction à l'acquiescement</b> . . . . .                                                 | 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<br/>        aux fins de comparaison</i> . . . . . | 53 |
| A. Position du problème et enjeux . . . . .                                                                   | 53 |
| B. Définition par les éléments et les effets<br>de l'acquiescement . . . . .                                  | 55 |
| 1. Les définitions doctrinales . . . . .                                                                      | 55 |
| 2. Synthèse : la définition de l'acquiescement<br>(éléments, articulation interne, effets) . . . . .          | 67 |
| <b>CHAPITRE II. – Aux origines de l'acquiescement</b> . . . . .                                               | 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,<br>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

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| <b>public</b> . . . . .                                    | 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. – <b>La nature de l'acquiescement</b> . . . . .                                              | 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</i> droit, <i>du</i> droit, et principes logiques . . . . .                            | 307 |
| 2. L'acquiescement comme principe général <i>de</i> droit ? . . . . .                                     | 311 |
| 3. L'acquiescement comme principe général <i>du</i> droit ? . . . .                                       | 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<br>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<br/>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 :<br>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<br>dans les actes juridiques unilatéraux tacites et implicites . . .        | 398 |
| 5. Les effets des actes unilatéraux et de l'acquiescement :<br>points communs et distinctions . . . . .                    | 401 |
| B. Excursus – Les actes unilatéraux des organisations<br>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<br/>et paramilitaires (1984)</i> . . . . .                                        | 424 |
| b. <i>La déclaration facultative d'acceptation de Djibouti<br/>(2005-2010)</i> . . . . .                                   | 427 |

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Synthèse .....                                                               | 431 |
| C. Le <i>ius cogens</i> .....                                                   | 433 |
| 1. Caractéristiques .....                                                       | 433 |
| 2. L'acquiescement comme exception à des normes<br>de <i>ius cogens</i> .....   | 439 |
| 3. L'acquiescement comme guérison d'une violation<br>du <i>ius cogens</i> ..... | 442 |
| 4. Synthèse .....                                                               | 452 |
| D. Excursus – la <i>soft law</i> .....                                          | 454 |
| III. Synthèse .....                                                             | 461 |

## DEUXIÈME PARTIE

### Le fonctionnement de l'acquiescement

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE V. – Les éléments de l'acquiescement .....                                                        | 473 |
| I. Les auteurs de l'acquiescement .....                                                                    | 473 |
| A. L'État comme auteur. ....                                                                               | 474 |
| 1. Le sommet de l'État – Chefs d'État, chefs de gouvernement<br>et ministres des Affaires étrangères ..... | 474 |
| 2. L'échelon hiérarchique intermédiaire – Diplomates<br>et ambassadeurs .....                              | 479 |
| 3. Les fonctionnaires subalternes – Responsables<br>techniques, commissions, et agents de terrain .....    | 484 |
| a. Les fonctionnaires au prisme de la responsabilité<br>internationale .....                               | 484 |
| b. Les actes accomplis par les fonctionnaires .....                                                        | 491 |
| c. L'exemple de la « lettre Hoffman » .....                                                                | 492 |
| d. Autres exemples jurisprudentiels et développements<br>théoriques .....                                  | 496 |
| e. Synthèse. ....                                                                                          | 502 |
| 4. La substitution de l'auteur aux actes effectués .....                                                   | 505 |
| a. Attribution d'une action. ....                                                                          | 506 |
| b. Remarques sur l'activité législative et l'action .....                                                  | 508 |
| c. Effectivités versus actes diplomatiques dans le cadre<br>de l'action .....                              | 512 |
| d. Attribution d'une omission. ....                                                                        | 515 |
| e. Synthèse. ....                                                                                          | 520 |
| 5. La primauté du sommet de l'État sur sa base<br>en cas de comportements contradictoires .....            | 521 |
| B. L'organisation internationale comme auteure. ....                                                       | 530 |

|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Acquiescements entre organisations internationales . . . . .                                                       | 534 |
| 2. Acquiescements entre une Organisation et un État,<br>indépendamment de sa qualité de membre . . . . .              | 534 |
| a. <i>Compétence de la Commission européenne<br/>        du Danube entre Galatz et Braïla</i> . . . . .               | 534 |
| b. <i>European Molecular Biology Laboratory Arbitration</i> . . . . .                                                 | 539 |
| c. <i>Pensions versées aux fonctionnaires retraités<br/>        de l'UNESCO</i> . . . . .                             | 542 |
| 3. Acquiescements internes à une organisation . . . . .                                                               | 545 |
| a. <i>Entre l'organisation et un État membre</i> . . . . .                                                            | 545 |
| b. <i>Entre l'organisation, un organe, et un État membre</i> . . . . .                                                | 547 |
| c. <i>Entre l'organisation et un organe</i> . . . . .                                                                 | 551 |
| (i) La modification de la Charte des Nations Unies . . . . .                                                          | 551 |
| (ii) La modification du traité constitutif<br>de l'organisation : l'OIT et l'OMC . . . . .                            | 558 |
| (iii) Les relations entre l'organisation<br>et les fonctionnaires internationaux . . . . .                            | 560 |
| 4. Synthèse . . . . .                                                                                                 | 565 |
| C. Les autres entités et niveaux de l'acquiescement . . . . .                                                         | 566 |
| 1. Colonies, protectorats, mandats et tutelles . . . . .                                                              | 566 |
| a. <i>Contexte d'acquiescement dans les colonies,<br/>        les protectorats, mandats et tutelles</i> . . . . .     | 567 |
| b. <i>Autorités coloniales principales ou sommet<br/>        de la hiérarchie</i> . . . . .                           | 572 |
| c. <i>Autorités coloniales subalternes</i> . . . . .                                                                  | 577 |
| d. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                                          | 582 |
| 2. Acteurs infra-étatiques (les divisions d'États fédéraux) . . . . .                                                 | 582 |
| a. <i>Acquiescement entre divisions fédérales</i> . . . . .                                                           | 583 |
| (i) Aux États-Unis . . . . .                                                                                          | 583 |
| (ii) Au Canada . . . . .                                                                                              | 585 |
| (iii) En Suisse . . . . .                                                                                             | 587 |
| b. <i>Les effets internes de l'acquiescement à l'égard<br/>        d'une division fédérale ou d'un État</i> . . . . . | 592 |
| (i) <i>United States v. California</i> . . . . .                                                                      | 592 |
| (ii) <i>United States v. Louisiana and Others</i> . . . . .                                                           | 594 |
| (iii) <i>United States v. State of Maine and Others</i> . . . . .                                                     | 598 |
| (iv) Bilan des affaires américaines . . . . .                                                                         | 598 |
| c. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                                          | 600 |
| 3. Les personnes physiques (individus et groupe d'individus) . . . . .                                                | 601 |
| a. <i>L'individu dans les différends territoriaux</i> . . . . .                                                       | 601 |
| b. <i>La protection diplomatique</i> . . . . .                                                                        | 604 |
| c. <i>Droits humains, droit international humanitaire,<br/>        droit international pénal</i> . . . . .            | 605 |
| (i) Le droit international pénal . . . . .                                                                            | 605 |

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (ii) Le droit international humanitaire . . . . .                                                 | 608 |
| (iii) Les droits humains . . . . .                                                                | 611 |
| (iv) Les immunités . . . . .                                                                      | 612 |
| (v) Excursus – Les révoltés du Bounty . . . . .                                                   | 613 |
| d. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                      | 615 |
| 4. Les personnes morales (entreprises et multinationales) . . .                                   | 615 |
| a. <i>Droit des investissements</i> . . . . .                                                     | 615 |
| b. <i>Droits humains et immunités</i> . . . . .                                                   | 617 |
| c. <i>Responsabilité sociétale des entreprises</i><br>(corporate social responsibility) . . . . . | 618 |
| d. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                      | 619 |
| D. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                      | 620 |
| II. <i>Le temps</i> . . . . .                                                                     | 624 |
| A. Début de la ligne ou <i>dies a quo</i> . . . . .                                               | 626 |
| 1. Le <i>dies a quo</i> comme dynamique d'action<br>et de réaction . . . . .                      | 626 |
| a. <i>Densité élevée</i> : Golfe du Maine . . . . .                                               | 627 |
| b. <i>Densité moyenne</i> : Pêcheries norvégiennes . . . . .                                      | 633 |
| c. <i>Densité faible</i> : Différend territorial et maritime<br>(Nicaragua c. Colombie) . . . . . | 635 |
| d. <i>Les densités réconciliées</i> : <i>synthèse du dies a quo</i> . . . . .                     | 639 |
| 2. L'identification du <i>dies a quo</i> dans un cas limite :<br>Activités militaires . . . . .   | 640 |
| B. Extension de la ligne ou temps proprement dit . . . . .                                        | 645 |
| 1. Fonctions et enjeux du temps-durée . . . . .                                                   | 645 |
| 2. Approche empirique de la durée de l'acquiescement . . . .                                      | 647 |
| a. <i>Tableau</i> . . . . .                                                                       | 648 |
| b. <i>Interprétation du tableau</i> . . . . .                                                     | 652 |
| 3. L'influence du domaine sur la durée de l'acquiescement . .                                     | 656 |
| 4. La durée comme facteur de rejet de l'acquiescement . . .                                       | 659 |
| 5. Le temps : condition, élément, ou présomption<br>de l'acquiescement ? . . . . .                | 661 |
| 6. L'importance de choisir son moment . . . . .                                                   | 663 |
| 7. Le temps codifié . . . . .                                                                     | 664 |
| 8. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                      | 667 |
| C. Fin de la ligne ou <i>dies ad quem</i> . . . . .                                               | 667 |
| 1. L'identification de l'interaction finale<br>dans l'acquiescement . . . . .                     | 668 |
| a. <i>La protestation comme indice</i> . . . . .                                                  | 669 |
| b. <i>Les négociations comme indice</i> . . . . .                                                 | 672 |
| c. <i>Le mode de saisine comme indice</i> . . . . .                                               | 674 |

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Date critique, existence d'un différend, et interaction finale de l'acquiescement. ....                | 677 |
| a. <i>L'acquiescement comme point principal ou accessoire du différend</i> . ....                         | 681 |
| (i) Simultanéité de l'interaction finale et de la date critique. ....                                     | 681 |
| (ii) Déconnexion de la date critique et de l'interaction finale de l'acquiescement. ....                  | 683 |
| (iii) Synthèse. ....                                                                                      | 684 |
| b. <i>L'interaction finale en question</i> . ....                                                         | 686 |
| (i) L'interaction finale antérieure à la cristallisation du différend. ....                               | 686 |
| (ii) La valeur des comportements postérieurs à l'interaction finale. ....                                 | 689 |
| (iii) L'interaction finale en l'absence de date critique ou de date de cristallisation du différend. .... | 692 |
| 3. Le <i>dies ad quem</i> dans les manifestations conventionnelles de l'acquiescement. ....               | 694 |
| 4. La prescription extinctive : assimilation et différences ...                                           | 698 |
| D. Les vicissitudes du temps : synthèse et conclusions. ....                                              | 701 |
| III. <i>La prétention et ses conditions (existence et identification, notoriété)</i> . ....               | 704 |
| A. L'existence d'une prétention. ....                                                                     | 705 |
| 1. Les actes constituant une prétention. ....                                                             | 706 |
| 2. Prétention et protestation. ....                                                                       | 708 |
| 3. La prétention entre violation, empiètement et « zone grise ». ....                                     | 710 |
| a. <i>Les « zones grises » factuelles et juridiques</i> . ....                                            | 713 |
| b. <i>« Zone grise » et mitigation de la responsabilité internationale</i> . ....                         | 717 |
| 4. L'identification d'une prétention. ....                                                                | 720 |
| 5. La prétention : un acte juridique unilatéral ? ....                                                    | 723 |
| 6. Les formes de la prétention. ....                                                                      | 726 |
| 7. Les émissaires de la prétention. ....                                                                  | 727 |
| 8. Synthèse. ....                                                                                         | 729 |
| B. L'objet de la prétention. ....                                                                         | 731 |
| 1. Prétention explicite et implicite ou tacite. ....                                                      | 731 |
| a. <i>Explicite</i> . ....                                                                                | 731 |
| b. <i>Implicite et tacite</i> . ....                                                                      | 732 |
| 2. L'objet <i>stricto sensu</i> . ....                                                                    | 736 |
| a. <i>Considérations générales</i> . ....                                                                 | 736 |



|                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b. <i>Une traduction de la prétention en termes juridiques</i> . . .                           | 737 |
| c. <i>Un droit susceptible de création, de transfert, ou d'extinction</i> . . . . .            | 740 |
| 3. Synthèse . . . . .                                                                          | 741 |
| C. La prétention, ses illustrations et son évolution :                                         |     |
| du début à la fin de la ligne d'acquiescement . . . . .                                        | 742 |
| 1. L'évolution d'une prétention . . . . .                                                      | 742 |
| 2. Illustrations jurisprudentielles . . . . .                                                  | 744 |
| a. <i>Pêcheries norvégiennes</i> . . . . .                                                     | 744 |
| b. <i>Plateau continental Tunisie/Libye</i> . . . . .                                          | 747 |
| c. <i>Droit de passage en territoire indien</i> . . . . .                                      | 749 |
| d. <i>Arbitrage Aminoil</i> . . . . .                                                          | 751 |
| (i) Les faits . . . . .                                                                        | 751 |
| (ii) La sentence . . . . .                                                                     | 752 |
| (iii) Analyse juridique et interprétation de la sentence . . .                                 | 753 |
| D. La notoriété de la prétention . . . . .                                                     | 759 |
| 1. Considérations générales . . . . .                                                          | 759 |
| a. <i>Hypothèse de départ</i> . . . . .                                                        | 759 |
| b. <i>Chronologie et schéma</i> . . . . .                                                      | 760 |
| 2. Notoriété et notification . . . . .                                                         | 762 |
| 3. La notoriété : contours de la notion . . . . .                                              | 763 |
| a. <i>Le flottement entre les catégories 1 et 2 : illustration jurisprudentielle</i> . . . . . | 766 |
| b. <i>Les faits intrinsèquement notoires (1)</i> . . . . .                                     | 768 |
| c. <i>Les faits devenant notoires (2) : renvoi à la connaissance présumée</i> . . . . .        | 771 |
| d. <i>Les faits non notoires (3) : la clandestinité</i> . . . . .                              | 772 |
| (i) Dans le cadre territorial . . . . .                                                        | 772 |
| (ii) En général . . . . .                                                                      | 775 |
| (iii) Les documents internes et l'absence de notoriété . . .                                   | 777 |
| 4. Obtention d'une connaissance réelle malgré l'absence de notoriété . . . . .                 | 779 |
| 5. Prétention notoire et ignorance excusable . . . . .                                         | 780 |
| IV. <i>La connaissance</i> . . . . .                                                           | 785 |
| A. L'articulation de la connaissance . . . . .                                                 | 785 |
| B. La connaissance réelle . . . . .                                                            | 789 |
| 1. En raison d'une notification . . . . .                                                      | 789 |
| 2. En raison d'une prétention intrinsèquement notoire (renvoi) . . . . .                       | 790 |
| 3. La connaissance réelle obtenue par un autre biais . . . . .                                 | 791 |
| C. Connaissance contre ignorance . . . . .                                                     | 794 |

|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| D. La connaissance présumée . . . . .                                                                         | 797 |
| 1. Panorama de la connaissance présumée. . . . .                                                              | 798 |
| a. <i>La diligence requise : l'affaire du Détroit de Corfou</i> . . . . .                                     | 798 |
| b. <i>La comparaison avec un standard de comportement :<br/>        l'article 28 CPI</i> . . . . .            | 803 |
| c. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                                  | 806 |
| 2. La connaissance présumée dans l'acquiescement . . . . .                                                    | 806 |
| a. <i>Pêcheries norvégiennes</i> . . . . .                                                                    | 807 |
| b. <i>Temple de Préah Vihear</i> . . . . .                                                                    | 812 |
| (i) La connaissance établie en relation avec la carte . . . . .                                               | 814 |
| (ii) La connaissance de la situation territoriale<br>postérieurement à l'établissement de la carte. . . . .   | 821 |
| c. <i>Désarmement nucléaire : connaissance présumée<br/>        et existence d'un différend</i> . . . . .     | 826 |
| d. <i>Saiga : connaissance présumée et diligence</i> . . . . .                                                | 830 |
| e. <i>Parcelles frontalières : connaissance présumée<br/>        contre négligence caractérisée</i> . . . . . | 832 |
| 3. Une connaissance présumée des lois internes ? . . . . .                                                    | 834 |
| a. <i>Les lois internes : de « simples faits » ?</i> . . . . .                                                | 835 |
| b. <i>Les lois internes mettant en œuvre une faculté<br/>        ou un droit international</i> . . . . .      | 840 |
| c. <i>Essai de tripartition des lois internes<br/>        et de leur connaissance</i> . . . . .               | 843 |
| (i) Loi interne en lien étroit avec le droit international :<br>« a » . . . . .                               | 845 |
| (ii) Loi interne, concessions, et lien possible avec le droit<br>international : « b » . . . . .              | 846 |
| (iii) Loi interne présentant un lien faible<br>ou inexistant avec le droit international : « c » . . . . .    | 851 |
| d. <i>Type de lois internes et mise en œuvre dans les litiges<br/>        territoriaux</i> . . . . .          | 854 |
| e. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                                  | 855 |
| 4. La connaissance codifiée . . . . .                                                                         | 856 |
| a. <i>Articles 20 et 45 CVDT ; article 252 UNCLOS</i> . . . . .                                               | 857 |
| b. <i>Article 28 SCPI</i> . . . . .                                                                           | 861 |
| c. <i>Article 2 de la Convention contre les disparitions<br/>        forcées</i> . . . . .                    | 863 |
| V. <i>La charge de réagir (si loqui debuisse)</i> . . . . .                                                   | 867 |
| A. Situation dans l'acquiescement. . . . .                                                                    | 867 |
| B. La démarche du crabe : la comparaison avec la coutume<br>et la responsabilité internationale . . . . .     | 869 |
| 1. L'objection persistante dans le processus coutumier . . . . .                                              | 870 |
| a. <i>Cadre général</i> . . . . .                                                                             | 870 |
| (i) Le sauf-conduit de la volonté : la pratique subséquente. . .                                              | 872 |

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (ii) L'argument de la conscience ou de la réflexivité . . . . .                                              | 874 |
| b. <i>Une objection publique et manifestée</i> . . . . .                                                     | 875 |
| c. <i>Charge de la preuve de l'objection</i> . . . . .                                                       | 876 |
| d. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                                 | 878 |
| 2. Charge de réagir et responsabilité internationale . . . . .                                               | 879 |
| a. <i>Le droit à la réparation et son abandon</i> . . . . .                                                  | 879 |
| b. <i>La qualification du fait : illicite international<br/>        ou empiètement incertain ?</i> . . . . . | 880 |
| (i) Article 39 TCDI : contribution au préjudice . . . . .                                                    | 881 |
| (ii) Article 55 TCDI : <i>lex specialis</i> . . . . .                                                        | 882 |
| C. La charge de réagir à travers la jurisprudence ;<br>ses enseignements . . . . .                           | 884 |
| 1. Temple de Préah Vihear . . . . .                                                                          | 884 |
| 2. Pêcheries norvégiennes . . . . .                                                                          | 886 |
| 3. Golfe du Maine . . . . .                                                                                  | 887 |
| 4. Île de Palmas . . . . .                                                                                   | 889 |
| 5. Pulau Litigan et Pulau Sipadan . . . . .                                                                  | 890 |
| 6. Pedra Branca . . . . .                                                                                    | 891 |
| 7. Croatie/Slovénie . . . . .                                                                                | 892 |
| 8. Isla Portillos . . . . .                                                                                  | 892 |
| 9. Synthèse . . . . .                                                                                        | 893 |
| D. L'absence de charge de réagir . . . . .                                                                   | 897 |
| 1. La prétention insuffisante ou insuffisamment notoire . . . . .                                            | 897 |
| 2. Réaction, zone grise, et influence du domaine juridique . . . . .                                         | 898 |
| E. La gradation de la charge de réagir – différentes<br>réactions . . . . .                                  | 900 |
| 1. Charge de réagir satisfaite . . . . .                                                                     | 900 |
| 2. La violation de la charge de réagir . . . . .                                                             | 901 |
| VI. <i>La faculté de répondre</i> (si loqui ... potuisset) . . . . .                                         | 904 |
| 1. L'article 45 CVDT et la contrainte . . . . .                                                              | 907 |
| 2. Les acquiescements « coloniaux » . . . . .                                                                | 908 |
| 3. La notion de « gêne » . . . . .                                                                           | 911 |
| 4. Temporalité de la gêne et de la contrainte ;<br>défenses possibles . . . . .                              | 911 |
| 5. La rupture des relations diplomatiques : une situation<br>de gêne ? . . . . .                             | 916 |
| 6. Les conflits armés comme cause de gêne . . . . .                                                          | 917 |
| 7. Distinction . . . . .                                                                                     | 918 |
| VII. <i>Le comportement : action, omission, fil rouge,<br/>      et protestation</i> . . . . .               | 919 |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Considérations générales.....                                                                 | 919 |
| 1. Quel(s) auteur(s) et quel(s) comportement(s) ? .....                                          | 920 |
| 2. La conjonction d'acquiescement.....                                                           | 922 |
| B. Typologie des comportements .....                                                             | 927 |
| 1. Action .....                                                                                  | 927 |
| a. <i>L'énumération des effectivités territoriales</i><br><i>comme point de départ</i> .....     | 928 |
| (i) Les actes internes législatifs :<br>lois internes générales et spécifiques.....              | 928 |
| (ii) Le droit international comme un comportement .....                                          | 933 |
| (iii) Synthèse des lois internes<br>et des sources internationales.....                          | 935 |
| (iv) Les activités étatiques (actions « simplicité »).....                                       | 936 |
| (v) Les activités discrétionnaires .....                                                         | 941 |
| (vi) Les activités des particuliers.....                                                         | 942 |
| (vii) Des activités purement internes participant<br>à l'acquiescement .....                     | 945 |
| b. <i>Comparaison avec la classification de Martin-Bidou</i> ....                                | 947 |
| (i) Une division différente mais compatible .....                                                | 947 |
| (ii) L'addition de la partition explicite/implicite<br>comme modalité finale des activités ..... | 949 |
| c. <i>Les cartes</i> .....                                                                       | 951 |
| 2. Omission : appréhender et ordonner le néant<br>(silence, abstention, inaction).....           | 954 |
| a. <i>Les degrés de l'omission</i> .....                                                         | 956 |
| (i) Le degré « 0 » de l'omission .....                                                           | 956 |
| (ii) Le silence.....                                                                             | 960 |
| (iii) L'inaction au sens strict.....                                                             | 961 |
| (iv) L'abstention.....                                                                           | 962 |
| (v) L'omission au sens strict.....                                                               | 964 |
| (vi) La tolérance, la courtoisie et le <i>modus vivendi</i> .....                                | 966 |
| (vii) L'inaction dans les conventions .....                                                      | 970 |
| (viii) Synthèse des degrés de l'omission .....                                                   | 971 |
| b. <i>L'omission et son auteur</i> .....                                                         | 972 |
| (i) L'inutile identification d'un auteur de l'omission.....                                      | 973 |
| (ii) L'unité de l'État et la dissonance<br>des strates hiérarchiques .....                       | 974 |
| (iii) L'activité des privés<br>comme révélatrice d'une omission.....                             | 976 |
| c. <i>Charges et occasions de réagir</i> .....                                                   | 979 |
| d. <i>Comparaisons, distinctions, et précisions</i> .....                                        | 981 |
| (i) Comparaison avec Martin-Bidou.....                                                           | 981 |
| (ii) Comparaison avec Marie .....                                                                | 982 |
| (iii) L'inaction de l'État au bénéfice de l'acquiescement .....                                  | 983 |
| (iv) L'inaction et l'obligation de ne pas aggraver un différend. .                               | 984 |

|                                                                                                                       |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| C. Le fil rouge ou noyau dur des comportements :                                                                      |      |
| la règle de l'univocité . . . . .                                                                                     | 986  |
| 1. L'univocité : considérations générales . . . . .                                                                   | 987  |
| a. <i>Les enseignements du droit international pénal</i> . . . . .                                                    | 988  |
| b. <i>L'univocité dans l'acquiescement</i> . . . . .                                                                  | 990  |
| (i) Le degré d'univocité à atteindre :<br>une question de circonstances . . . . .                                     | 991  |
| (ii) La valorisation des comportements distinguée<br>de l'univocité : tentative de gradation . . . . .                | 992  |
| 2. La valorisation des comportements . . . . .                                                                        | 996  |
| a. <i>Dans les affaires qui admettent l'acquiescement</i> . . . . .                                                   | 996  |
| b. <i>Dans les affaires qui refusent l'acquiescement</i> . . . . .                                                    | 1003 |
| 3. Fil rouge, univocité, valorisation et comparaisons . . . . .                                                       | 1011 |
| a. <i>La pratique subséquente</i> . . . . .                                                                           | 1011 |
| b. <i>La coutume</i> . . . . .                                                                                        | 1014 |
| c. <i>La perte du droit d'invoquer une cause de nullité,<br/>            d'extinction (article 45 CVDT)</i> . . . . . | 1017 |
| 4. Synthèse . . . . .                                                                                                 | 1017 |
| D. La protestation comme anti- ou contre-comportement . . . .                                                         | 1021 |
| 1. Considérations générales . . . . .                                                                                 | 1021 |
| a. <i>Comparaison avec la coutume :</i><br><i>la règle de l'objecteur persistant</i> . . . . .                        | 1022 |
| (i) Période d'objection . . . . .                                                                                     | 1022 |
| (ii) Persistance de l'objection . . . . .                                                                             | 1023 |
| (iii) Contenu et forme de l'objection . . . . .                                                                       | 1025 |
| (iv) Communication et publicité de l'objection . . . . .                                                              | 1026 |
| b. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                                          | 1027 |
| 2. Nature juridique et caractéristiques de la protestation . .                                                        | 1027 |
| a. <i>Considérations générales et distinctions</i> . . . . .                                                          | 1027 |
| b. <i>Caractéristiques de la protestation : le 7<sup>e</sup> rapport<br/>            de la CDI</i> . . . . .          | 1029 |
| (i) Les suites possibles d'une protestation . . . . .                                                                 | 1030 |
| (ii) Le double paradoxe de la volonté de protester<br>et de l'absence d'autonomie de la protestation . . . . .        | 1032 |
| (iii) Les auteurs de la protestation . . . . .                                                                        | 1034 |
| (iv) Protestation explicite ou implicite, tacite . . . . .                                                            | 1038 |
| (v) La non-reconnaissance comme synonyme<br>de la protestation . . . . .                                              | 1039 |
| c. <i>La protestation dans la doctrine : un survol</i> . . . . .                                                      | 1040 |
| (i) Kassoti – The Juridical Nature of Unilateral Acts<br>of States (2015) . . . . .                                   | 1041 |
| (ii) Saganek – Unilateral acts of states<br>in public international law (2016) . . . . .                              | 1043 |
| (iii) Skubiszewski – Unilateral Acts of States (1991) . . . .                                                         | 1048 |
| (iv) Goodman – Acta sunt Servanda ? (2006) . . . . .                                                                  | 1049 |

|                                                                                                         |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| d. <i>La protestation et les espaces</i> . . . . .                                                      | 1051 |
| (i) Le territoire terrestre . . . . .                                                                   | 1051 |
| (ii) Espaces maritimes : l'exemple des titres historiques . . .                                         | 1053 |
| e. <i>L'approche de Venturini</i> . . . . .                                                             | 1054 |
| f. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                                            | 1057 |
| 3. Typologie, effet, et rapport à l'acquiescement . . . . .                                             | 1060 |
| a. <i>La protestation dans la chronologie de l'acquiescement</i> . .                                    | 1061 |
| (i) La protestation anticipée . . . . .                                                                 | 1061 |
| (ii) Les protestations émises en temps opportun . . . . .                                               | 1065 |
| (iii) La protestation tardive . . . . .                                                                 | 1068 |
| b. <i>Le contenu de la protestation</i> . . . . .                                                       | 1069 |
| (i) Protestation englobante, partielle, inefficace . . . . .                                            | 1069 |
| (ii) L'identification du contenu via la forme . . . . .                                                 | 1072 |
| (iii) L'identification du contenu via la gradation<br>de la protestation . . . . .                      | 1076 |
| c. <i>La forme de la protestation</i> . . . . .                                                         | 1079 |
| (i) La protestation expresse . . . . .                                                                  | 1080 |
| (ii) La protestation par actes concluants . . . . .                                                     | 1081 |
| (iii) La protestation tacite . . . . .                                                                  | 1081 |
| d. <i>La force de la protestation (répétition, constance,<br/>        vigueur et fermeté)</i> . . . . . | 1088 |
| (i) Les protestations inexistantes ou faibles . . . . .                                                 | 1090 |
| (ii) Les protestations existantes mais insuffisantes . . . . .                                          | 1090 |
| (iii) Les protestations victorieuses . . . . .                                                          | 1094 |
| e. <i>La protestation et le « fil rouge » de l'acquiescement</i> . . .                                  | 1098 |
| f. <i>L'absence de protestation, un synonyme d'acquiescement ?</i> . .                                  | 1102 |
| (i) L'acquiescement validé malgré la protestation . . . . .                                             | 1102 |
| (ii) Le rejet de l'acquiescement en l'absence<br>de toute protestation . . . . .                        | 1103 |
| (iii) La protestation comme critère d'examen<br>de l'acquiescement . . . . .                            | 1104 |
| (iv) La prise en compte de l'absence de protestation :<br>théorisation . . . . .                        | 1108 |
| g. <i>La protestation en dehors du domaine territorial<br/>        et maritime</i> . . . . .            | 1109 |
| (i) La pratique subséquente . . . . .                                                                   | 1109 |
| (ii) L'accord tacite . . . . .                                                                          | 1111 |
| (iii) La notion « d'objection » dans le droit des traités . . .                                         | 1112 |
| (iv) Dans la cristallisation d'un différend<br>auprès de la Cour internationale de Justice . . . . .    | 1113 |
| h. <i>Quels auteurs pour la protestation ?</i> . . . . .                                                | 1114 |
| (i) Les protestations diplomatiques . . . . .                                                           | 1115 |
| (ii) Les protestations en actes . . . . .                                                               | 1120 |
| 4. Synthèse . . . . .                                                                                   | 1123 |

|                                                                                        |      |
|----------------------------------------------------------------------------------------|------|
| VIII. <i>Synthèse : les éléments de l'acquiescement et leur articulation</i> . . . . . | 1125 |
| CHAPITRE VI. – <b>Les effets de l'acquiescement</b> . . . . .                          | 1133 |
| I. <i>Introduction</i> . . . . .                                                       | 1133 |
| II. <i>Considérations générales et cadre théorique</i> . . . . .                       | 1134 |
| A. L'acquiescement comme principe général du/de droit . . . . .                        | 1134 |
| 1. La diversité des principes généraux . . . . .                                       | 1134 |
| 2. La concrétisation finale des principes généraux . . . . .                           | 1135 |
| B. L'acquiescement en tant que fait juridique . . . . .                                | 1137 |
| C. L'assimilation à un consentement . . . . .                                          | 1142 |
| III. <i>Les effets de l'acquiescement</i> . . . . .                                    | 1147 |
| A. Comment aborder les effets de l'acquiescement ? . . . . .                           | 1147 |
| B. Les effets classifiés . . . . .                                                     | 1147 |
| 1. Création d'un droit ou d'une obligation . . . . .                                   | 1148 |
| 2. Modification d'un droit ou d'une obligation . . . . .                               | 1151 |
| 3. Suppression d'un droit ou d'une obligation . . . . .                                | 1156 |
| a. <i>Cadre théorique</i> . . . . .                                                    | 1156 |
| (i) La disparition du « droit d'exercer » . . . . .                                    | 1156 |
| (ii) La disparition totale d'un droit ou d'une obligation . . . . .                    | 1157 |
| b. <i>Exemples jurisprudentiels, conventionnels et coutumiers</i> . . . . .            | 1157 |
| c. <i>Synthèse</i> . . . . .                                                           | 1161 |
| 4. Synthèse et mise en perspective . . . . .                                           | 1163 |
| C. Les effets par domaine . . . . .                                                    | 1165 |
| 1. Introduction . . . . .                                                              | 1165 |
| 2. Les domaines : étude de cas . . . . .                                               | 1165 |
| a. <i>Les espaces (terrestres et maritimes)</i> . . . . .                              | 1165 |
| b. <i>Les traités</i> . . . . .                                                        | 1171 |
| c. <i>La responsabilité</i> . . . . .                                                  | 1187 |
| d. <i>Le droit de procédure ou le droit judiciaire</i> . . . . .                       | 1194 |
| (i) L'acquiescement dans la cristallisation d'un différend . . . . .                   | 1194 |
| (ii) L'acquiescement dans la forclusion . . . . .                                      | 1195 |
| (iii) L'acquiescement dans le forum <i>prorogatum</i> . . . . .                        | 1197 |
| (iv) L'acquiescement « d'instance » . . . . .                                          | 1198 |
| (v) L'acquiescement dans le désistement d'instance (renvoi) . . . . .                  | 1200 |
| (vi) L'acquiescement à la validité d'une sentence arbitrale . . . . .                  | 1201 |
| e. <i>Varia</i> . . . . .                                                              | 1202 |
| (i) L'effet probatoire de l'acquiescement . . . . .                                    | 1202 |
| (ii) L'influence d'un acquiescement refusé . . . . .                                   | 1204 |

|                                                                                                              |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| D. Les effets entre universalisme et nominalisme : synthèse..                                                | 1207 |
| IV. <i>Les effets de l'acquiescement et les conséquences de la nouvelle situation.</i> .....                 | 1208 |
| A. Introduction .....                                                                                        | 1208 |
| B. Distinction des effets et des conséquences de l'acquiescement .....                                       | 1210 |
| 1. Illustrations .....                                                                                       | 1210 |
| a. <i>Temple de Préah Vihear (1962) et arrêt en interprétation (2013).</i> .....                             | 1210 |
| b. <i>Services aériens (1963)</i> .....                                                                      | 1215 |
| c. <i>Saiga (1999)</i> .....                                                                                 | 1217 |
| 2. Synthèse .....                                                                                            | 1218 |
| C. L'opposabilité et l'acquiescement .....                                                                   | 1219 |
| 1. Opposabilité et validité. ....                                                                            | 1219 |
| 2. Opposabilité et conséquences de la nouvelle situation juridique .....                                     | 1221 |
| 3. L'opposabilité des actes unilatéraux .....                                                                | 1224 |
| 4. Constat judiciaire et opposabilité de la décision. ....                                                   | 1227 |
| a. <i>Effet obligatoire de la décision.</i> .....                                                            | 1227 |
| b. <i>Les droits des tiers</i> .....                                                                         | 1228 |
| (i) La notification de la requête .....                                                                      | 1229 |
| (ii) Le droit d'intervention .....                                                                           | 1229 |
| (iii) Le principe « Or monétaire » .....                                                                     | 1230 |
| (iv) Prise en compte de la position du tiers .....                                                           | 1231 |
| c. <i>Synthèse.</i> .....                                                                                    | 1231 |
| D. <i>L'estoppel</i> , la reconnaissance, et la renonciation comme « conséquences » de l'acquiescement ..... | 1232 |
| 1. La reconnaissance .....                                                                                   | 1233 |
| 2. La renonciation .....                                                                                     | 1234 |
| 3. <i>L'estoppel.</i> .....                                                                                  | 1234 |
| E. Rétroactivité et responsabilité : quels liens avec les conséquences de l'acquiescement ? .....            | 1241 |
| 1. <i>L'estoppel</i> comme conséquence de l'acquiescement .....                                              | 1241 |
| 2. La période intermédiaire entre la fin de l'acquiescement et la décision judiciaire .....                  | 1243 |
| 3. « Zone grise » et responsabilité. ....                                                                    | 1244 |
| a. <i>Dans les différends territoriaux</i> .....                                                             | 1245 |
| b. <i>Hors des différends territoriaux</i> .....                                                             | 1247 |
| 4. Synthèse .....                                                                                            | 1249 |
| V. <i>Synthèse : effets et conséquences de l'acquiescement</i> . . . .                                       | 1249 |



|                                                                                                              |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| CHAPITRE VII. – <b>L'opération judiciaire de reconstruction.</b> . . . . .                                   | 1253 |
| I. <i>Introduction.</i> . . . . .                                                                            | 1253 |
| II. <i>Le constat intra- et extra- judiciaire</i><br><i>de l'acquiescement.</i> . . . . .                    | 1254 |
| A. La « décision » . . . . .                                                                                 | 1255 |
| B. L'acquiescement « en puissance » . . . . .                                                                | 1258 |
| III. <i>L'acquiescement comme fait juridique.</i> . . . . .                                                  | 1263 |
| A. La construction du fait. . . . .                                                                          | 1263 |
| B. Un « fait juridique complexe » . . . . .                                                                  | 1270 |
| 1. Un agrégat « efficace » . . . . .                                                                         | 1271 |
| 2. Le rôle du juge et des parties . . . . .                                                                  | 1272 |
| IV. <i>La part du juge, le rôle des parties, l'influence</i><br><i>des principes de procédures</i> . . . . . | 1274 |
| A. Une création prétorienne. . . . .                                                                         | 1274 |
| 1. Introduction . . . . .                                                                                    | 1274 |
| 2. Le rôle créateur ou l'influence directe du juge . . . . .                                                 | 1274 |
| a. <i>L'établissement des faits.</i> . . . . .                                                               | 1276 |
| (i) La sélection des bornes temporelles. . . . .                                                             | 1276 |
| (ii) Faits tangibles et faits abstraits. . . . .                                                             | 1278 |
| b. <i>L'établissement du droit.</i> . . . . .                                                                | 1280 |
| c. <i>La conclusion : l'application du droit aux faits.</i> . . . . .                                        | 1284 |
| d. <i>La concurrence avec d'autres institutions</i> . . . . .                                                | 1285 |
| e. <i>Synthèse.</i> . . . . .                                                                                | 1287 |
| 3. Excursus : l'influence indirecte du tribunal . . . . .                                                    | 1287 |
| B. Une création « tripartite » ? . . . . .                                                                   | 1289 |
| C. Les principes et influences guidant la reconstruction . . . . .                                           | 1293 |
| 1. Le choix entre différentes institutions. . . . .                                                          | 1294 |
| 2. La bonne administration de la justice . . . . .                                                           | 1296 |
| 3. L'économie de procédure. . . . .                                                                          | 1297 |
| 4. La priorité à l'exprès sur le tacite et l'implicite. . . . .                                              | 1300 |
| 5. Le fardeau de la preuve . . . . .                                                                         | 1304 |
| a. <i>La notion de preuve</i> . . . . .                                                                      | 1304 |
| b. <i>Le fardeau de la preuve</i> . . . . .                                                                  | 1305 |
| (i) Les présomptions. . . . .                                                                                | 1306 |
| (ii) Les fictions. . . . .                                                                                   | 1307 |
| (iii) Les limites du fardeau de la preuve . . . . .                                                          | 1307 |
| (iv) L'objet de la preuve . . . . .                                                                          | 1308 |
| (v) Synthèse pour l'acquiescement . . . . .                                                                  | 1309 |
| c. <i>Le devoir de collaborer des parties</i> . . . . .                                                      | 1310 |
| d. <i>Les preuves : documents, cartes, témoignages</i> . . . . .                                             | 1310 |
| e. <i>L'appréciation du tribunal.</i> . . . . .                                                              | 1311 |

f. *Synthèse* . . . . . 1312

6. Les conclusions demandées et l'importance  
de l'acquiescement . . . . . 1314

D. Synthèse . . . . . 1316

V. *La bonne foi dans la reconstruction de l'acquiescement* . . . . 1318

A. La comparaison avec l'*estoppel* . . . . . 1318

B. Un paradoxe : l'acquiescement comme émanation  
de la bonne foi . . . . . 1322

C. Une bonne foi internalisée et à géométrie variable . . . . . 1324

VI. *Synthèse* . . . . . 1331

CONCLUSION. . . . . 1335

ANNEXE – PARCOURS DE LECTURE . . . . . 1345

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE . . . . . 1355

## DANS LA MÊME COLLECTION

1. *Grotius and the Law of the Sea*, Frans De Pauw, 1965.
2. *L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales*. (Actes du Colloque conjoint des 6-7 mai 1965).
3. *La Belgique et le droit de la mer*. (Actes du Colloque conjoint des 21-22 avril 1967).
4. *L'immunité de juridiction et d'exécution des États*. (Actes du Colloque conjoint des 30-31 janvier 1969).
5. *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*. (Actes du Colloque des 19 et 20 mars 1973).
6. *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Pierre Mertens, 1974.
7. *Droit humanitaire et conflits armés*. (Actes du Colloque du 28 au 30 janvier 1970), 1976.
8. *La protection internationale des droits de l'homme*, Varia, 1977.
9. *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens* – Prix Henri Rolin 1977, Éric David, 1978.
10. *Le principe de non-intervention : Théorie et pratique dans les relations inter-américaines*, Jacques Noël, 1981.
11. *L'effet en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier – De directe werking in het Belgisch recht van de internationale verdragen in het algemeen, en van de internationale instrumenten inzake mensenrechten in het bijzonder*. (Studiebijeenkomst te – Réunion d'étude à Wilrijk, 7 novembre 1980), 1981.
12. *La conclusion des traités en droit constitutionnel zaïrois*. Étude de droit international et de droit interne, Lunda-Bululu, 1984.
13. *Les États fédéraux dans les relations internationales*. (Actes du Colloque des 26-27 février 1982), 1984.
14. *Exportation d'armes et droit des peuples*, Michel Vincineau, 1984.
15. *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc euro-sibérien*, Rusen Ergec, 1984.
16. *Les conséquences juridiques de l'installation éventuelle des missiles Cruise et Pershing en Europe*. (Actes du Colloque de Bruxelles, 1<sup>er</sup>-2 octobre 1983).
17. *Les moyens de pression économiques et le droit international*. (Actes du Colloque de la S.B.D.I. – Palais des Académies de Bruxelles, 26-27 octobre 1984), 1985.

18. *Le statut juridique des prêts interétatiques dans la pratique belge*, Luisa Léon Gomez, 1986.
19. *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Rusen Ergec, 1987.
20. *Colloque international sur la militarisation de l'espace extra-atmosphérique*. (Bruxelles, 28-29 juin 1986) – *International Colloquium on the Militarisation of Outer Space*. (Brussels, June 28-29, 1986), 1988.
21. *Henri Rolin et la sécurité collective dans l'entre-deux-guerres*. Textes choisis et présentés par Michel Waelbroeck et publiés par les « Amis d'Amis d'Henri Rolin a.s.b.l. », 1988.
22. *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*. (Actes du Colloque international, Université libre de Bruxelles, 24 mars 1987), 1988.
23. *La protection des journalistes en mission périlleuse dans les zones de conflit armé*, Sylvie Boiton-Malherbe, 1989.
24. *Colloque international sur les satellites de télécommunication et le droit international*. (Bruxelles, 8 novembre 1988). *International Colloquium on the Telecommunications Satellites and International Law*. (Brussels, November 8, 1988), 1989.
25. *La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*. (Actes de la journée d'études du 21 avril 1989).
26. *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ?*, Olivier Corten et Pierre Klein, 1992.
27. *La part du droit dans l'organisation économique internationale contemporaine. Essai d'évaluation*, Ghassan Al-Khatib, 1994.
28. *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Lucie Lamarche, 1995.
29. *Droit d'asile, de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, François Crépeau, 1995.
30. *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Catherine Haguénau, 1995.
- 30bis. *Colloque sur la Belgique et la nouvelle Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*. (Actes de la journée du 25 novembre 1994, publiés par J. Salmon et E. Franckx), 1995.
31. *Sauve qui veut ? Le droit international face aux crises humanitaires*, Olivier Paye, 1996.
32. *Le droit communautaire de l'environnement depuis l'Acte unique européen jusqu'à la Conférence intergouvernementale*, Sophie Baziadoly, 1996.
33. *L'Union européenne et les organisations internationales*, Réseau Vitoria, sous la direction de Daniel Dormoy, 1997.
34. *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et Contradictions*, Olivier Corten, 1997.
35. *(Ex-)Yougoslavie : droit international, politique et idéologie*, Barbara Delcourt et Olivier Corten, 1997.

36. *Les immunités des États en droit international*, Isabelle Pingel-Lenuzza, 1997.
37. *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Pierre Klein, 1997.
38. *Œuvres d'Henri Rolin, tome II : Henri Rolin et les droits de l'homme*. Textes sélectionnés et présentés par Philippe Frumer. Les Amis d'Henri Rolin A.S.B.L., 1998.
39. *La protection internationale de la faune et de la flore sauvages*, Josette Beer-Gabel et Bernard Labat, 1999.
40. *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Sylvain Vité, 1999.
41. *Démembrements d'États et délimitations territoriales : l'Uti possidetis en question(s)*, Olivier Corten, Barbara Delcourt, Pierre Klein et Nicolas Levrat, 1999.
42. *Génocide(s)*, Réseau Vitoria, sous la direction de Katia Boustany et Daniel Dormoy, 1999.
43. *Le droit international de la pêche maritime*, Daniel Vignes, Rafael Casado Raigon et Giuseppe Cataldi, 2000.
44. *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, édité par Olivier Corten et Barbara Delcourt, 2000.
45. *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Nicolas Ligneul, 2001.
46. *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la direction de Charles-Albert Morand, 2001.
47. *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'éditeur de la volonté individuelle*, Philippe Frumer, 2001.
48. *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Leila Lankarani El-Zein, 2001.
49. *L'offense aux souverains et chefs de gouvernement étrangers par la voie de la presse*, Jean-François Marinus, 2002.
50. *Le rôle des civilisations dans le système international (droit et relations internationales)*, Yadh Ben Achour, 2003.
51. *Perspectives humanitaires. Entre conflits, droit(s) et action*, Réseau Vitoria, sous la direction de Katia Boustany et Daniel Dormoy, 2003.
52. *Les commissions de pêche et leur droit. La conservation et la gestion des ressources marines vivantes*, Josette Beer-Gabel et Véronique Lestang, 2003.
53. *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, Aïda Azar, 2003.
54. *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Robert Kolb, 2003.

55. *Les cours généraux de l'Académie de droit international de La Haye*, Robert Kolb, 2003.
56. *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public. Le rôle des juridictions pénales internationales*, Rafaëlle Maison, 2003.
57. *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, édité par Laurence Boisson de Chazournes, Jean-François Quéguiner et Santiago Villalpando, 2004.
58. *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité des Nations Unies : portée et limites*, Catherine Denis, 2004.
59. *La violation du traité*, Caroline Laly Chevalier, 2004.
60. *La preuve devant les juridictions internationales*, Gérard Niyungeko, 2004.
61. *L'Europe et la mer (pêche, navigation et environnement marin) – Europe and the sea (fisheries, navigation and marine environment)*, sous la direction de Rafael Casado Raigón, 2005.
62. *Délimitation maritime sur la côte Atlantique africaine*, Maurice K. Kamga, 2006.
63. *Interprétation et création du droit international. Le développement dû par des modalités non-législatives. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Robert Kolb, 2006.
64. *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'États*, Hélène Hamant, 2007.
65. *Réfugies, immigration clandestine et centres de rétention des immigrés clandestins en droit international*, Réseau Vitoria, sous la direction de Daniel Dormoy et Habib Slim, 2008.
66. *L'évolution du statut international d'Allemagne depuis 1945*, Irène Couzigou, 2009.
67. *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de Maurice Kamto, 2011.
68. *Sûreté maritime et violence en mer / Maritime Security and Violence at Sea*, sous la direction de José Manuel Sobrino Heredia, 2011.
69. *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Emmanuelle Jouannet, 2011.
70. *Le principe de précaution et la responsabilité internationale dans le mouvement transfrontière des organismes génétiquement modifiés*, Georges Nakseu Nguefang, 2011.
71. *Force, ONU et organisations régionales*, Ana Peyro Llopis, 2012.
72. *Le droit international de l'eau douce au Moyen-Orient. Entre souveraineté et coopération*, Rana Kharouf-Gaudig, 2012.
73. *Théorie du droit international*, 2<sup>e</sup> éd., Robert Kolb, 2013.
74. *L'adaptation des traités dans le temps*, Athina Chanaki, 2013.
75. *Théorie et pratique de la Reconnaissance d'État*, Éric Wyler, 2013.

76. *L'élément factuel dans le contentieux international*, Saïda El Boudouhi, 2013.
77. *La responsabilité de protéger*, Nabil Najjami, 2014.
78. *Droit international et argumentation*, Jean Salmon, 2014.
79. *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Anne-Charlotte Martineau, 2015.
80. *Droit des organisations internationales*, Éric David, 2015.
81. *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, Anne Lagerwall, 2015.
82. *La convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, sous la direction de Giovanni Distefano, Gloria Gaggioli et Aymeric Hêche, 2015 (2 volumes).
83. *L'applicabilité des droits humains à l'action de la cour pénale internationale*, Christophe Deprez, 2016.
84. *La lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre en droit international*, Julien Ancelin, 2017.
85. *La construction du « droit à la vérité » en droit international*, Patricia Naftali, 2017.
86. *The international criminal court and the right to interim release*, Maïté Van Regemorter, 2018.
87. *Éléments de droit pénal international et européen*, 2<sup>e</sup> éd., Éric David, 2018 (2 volumes).
88. *La responsabilité du juriste face aux manifestations de la crise dans la société contemporaine. Un regard croisé autour de la pratique du droit par le professeur Auguste Mampuya*, sous la direction d'Ivon Mingashang, 2018.
89. *Principes de droit des conflits armés*, 6<sup>e</sup> éd., Éric David, 2018.
90. *La protection des intérêts juridiques de l'État tiers dans le procès de délimitation maritime*, Lorenzo Palestini, 2020.
91. *Le constitutionnalisme d'occupation en Iraq*, Michael Hennessy Picard, 2020.
92. *Droit de la mer*, Philippe Vincent, 2020.
93. *Le droit international, le capitalisme et la terre. Histoire des accaparements de terres d'hier à aujourd'hui*, Emmanuelle Tourme Jouannet, 2021.
94. *Business et droit de l'homme dans des conflits armés*, Jelena Aparac, 2021.
95. *Théorie du droit international*, 3<sup>e</sup> éd., Robert Kolb, 2022.
96. *Le régime des îles, rochers et hauts-fonds découvrants en droit international*, Christine Pichel, 2022.
97. *Le cadre juridique international pour la réduction des émissions résultant de la déforestation tropicale (REDD+). Contribution à l'étude des nouvelles formes du droit*, Julien Dellaux, 2022.





---

## L'ACQUIESCEMENT

---

### EN DROIT INTERNATIONAL

---

**A**cquiescer 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](http://www.larcier-interSENTIA.com) • [www.stradaLEX.com](http://www.stradaLEX.com)

Ouvrage en deux volumes qui ne  
peuvent être acquis séparément.



**Fonds national  
suisse**

ACQDRINPU  
ISBN 978-2-8027-7303-0



9 782802 773030