

Université Panthéon Assas (Paris II)

Institut des Hautes Etudes internationales de Paris

Cours et Travaux

– 18 –

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

MORCEAUX CHOISIS

Deuxième édition revue et augmentée

Giovanni DISTEFANO

*Professeur à l'Université de Neuchâtel
et à l'Académie de droit international humanitaire
et de droits humains (Genève)*

Editions Pedone

2022

Epreuves du 22 septembre 2022

DANS LA MÊME COLLECTION

« COURS ET TRAVAUX »

- Fondements du droit constitutionnel européen, I. PERNICE, 2004
- Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie, Th. W. WALDE, 2004
- La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la liberté religieuse, Y. BEN ACHOUR, 2005
- Le droit relatif au maintien de la paix internationale, R. KOLB, 2005
- Le droit international face au défi américain, G. NOLTE, 2005
- La protection internationale des minorités nationales aux alentours du millénaire, P. KOVACS, 2005
- La répression pénale des crimes internationaux, Ph. PAZARTZIS, 2007
- International Law and Global War on Terror, M. O'CONNELL 2007
- La non-reconnaissance collective des Etats, S. TALMON, 2007
- L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme, M. PINTO, 2007
- Recent Developments in International Investment Law, A. REINISCH, 2009
- Le droit international des échanges entre unité et pluralité, J. MATRINGE, 2009
- The European Union in International Law, J. KLABBERS, 2012
- Intégration européenne. Idées et alternatives, D. THÜRER, P.Y. MARRO, 2015
- Cinq problématiques d'actualité en droit des investissements, Z. DOUGLAS, 2015
- Les théories critiques de droit international aux Etats-Unis et dans le monde anglophone, R. BACHAND, n° 16, 2015
- Emerging Economies and International Trade and Investment Law L. CHOUKROUNE, n° 17, 2017
- Droit international des espaces morceaux choisis G. DISTEFANO, n° 18, 2017
- L'eau dans tous ses états juridiques, perspectives hydrauliques internationales F. QUILLERÉ-MAJZOUB, n°19, 2017
- La protection des droits fondamentaux en matière de concurrence dans le droit de l'Union européenne : quelques éléments de réflexion K. KOWALIK-BAŃCZYK, n°20, 2018
- Les droits de l'homme dans l'Europe en crise, Ed. DUBOUT, n°21, 2018
- « A la paix comme à la guerre ? »
Le droit international face aux exécutions extrajudiciaires ciblées O. CORTEN, n°22, 2021
- Le nouveau droit de l'arbitrage et la médiation OHADA G. KENFACK DOUJANI, n° 23, 2021
- La coopération structurée permanente (CSP). Enjeux politiques, juridiques et capacitaires n°24, 2022, A. DUMOULIN et Q. LOIEZ

Tous droits, Tous pays

© Editions A. PEDONE – PARIS – 20XX

I.S.B.N. 978-2-233-00

Epreuves du 22 septembre 2022

L'intitulé de ce cours, quelque peu syncrétique, voire caléidoscopique, peut paraître abusif, voire présomptueux, mais, j'étais à la recherche d'une désignation suffisamment neutre et large dans laquelle j'aurais pu enchâsser toutes les thématiques qui me passionnent depuis deux décennies. L'objet de ce cours se résume à la triade suivante : Etat, territoire (terrestre) et droit international public. Cet intitulé englobe ainsi des domaines disparates mais qui partagent un dénominateur commun, c'est-à-dire l'espace conçu, comme nous le rappellent Jean Combacau et Serge Sur¹, à la fois comme étendue et comme chose².

Peut-on cependant considérer le « droit international des espaces » comme une branche du droit international public ? Il n'est certainement pas un ordre juridique à part³, notamment parce qu'il ne se distingue pas de l'ordre juridique international⁴, en tant que sous-système, par la présence d'institutions qui lui seraient propres. Mais il est assurément une branche du droit international public, mieux, il s'agit d'une des branches qui traditionnellement contribuent à la formation du généraliste du droit international public (ci-après : DIP), à l'instar de l'interniste en médecine. Non seulement par son importance dans la doctrine, mais aussi parce que le généraliste peut y mettre à profit ses connaissances et forger sa propre boîte à outils analytique.

Le fragment après le « : » est un raccourci dicté par la brièveté de cet enseignement alors que le mot « morceaux » reflète le degré différent d'approfondissement des différentes thématiques qui émaillent ce cours puisque je vous amènerai à tour de rôle à vous proposer des nocturnes, des préludes, des impromptus voire des études.

¹ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 1^{ère} éd., Paris, 1993, p. 396.

² Voy. *infra* I.I.A.

³ Au regard de la différence entre « branche » et « ordre juridique » en droit international, voir G. Balladore-Pallieri, « Le droit interne des organisations internationales », *RCADI*, vol. 127 (1969-II), pp. 1-36.

⁴ Voy. S. Romano, *L'ordre juridique*, 2^{ème} éd. (trad. de l'italien), Paris, 1975, §§ 33-34, pp. 102-106.

Compte tenu de ces spécificités⁵, j'ai opté pour une approche à vol d'oiseau essayant ainsi d'embrasser le nombre le plus élevé de phénomènes, bref un panorama souvent hélas quelque peu superficiel voire banal. Toutefois, en brochant cette fresque, j'espère attirer l'attention du lecteur sur l'un ou l'autre des thèmes discutés et pourquoi pas susciter des passions dans ce domaine.

Le terme « espaces » (en anglais on pourrait dire « spatial law », voire « international law of spaces »⁶ à ne pas confondre avec « space law »)⁷ a été préféré à celui plus restrictif de « territoires »; en effet ces derniers ne désignent généralement que les espaces – terrestres et maritimes – où un Etat, voire un groupe d'Etats ou même une organisation internationale, exerce la souveraineté ou des droits souverains (par exemple : territoire terrestre, la mer intérieure, la mer territoriale, *etc.*), alors que dans d'autres espaces, où l'Etat ne jouit pas de la souveraineté – territoriale, justement – on parle de « zones » (EEZ, la Zone, *etc.*). Dans la même veine, et suivant une tradition doctrinale ancienne qui s'inspire du droit romain, le terme « territoire » n'inclurait que les espaces susceptibles d'appropriation étatique sous forme de souveraineté, c'est-à-dire en droit romain, *res habilis*.

Dans cette perspective, on pourrait sous-diviser les espaces selon leur statut en termes d'appropriation étatique : a) *res nullius*, c'est-à-dire n'étant pas soumis à la souveraineté territoriale d'un Etat donc susceptible d'appropriation ; b) *res domini*, c'est-à-dire soumis à la souveraineté territoriale d'un Etat ou d'un groupe d'Etats ; c) *res omnium*, c'est-à-dire les espaces qui ne sont pas susceptibles d'appropriation étatique, donc *extra commercium*, et sur lesquelles, partant, seule la dimension personnelle de la souveraineté de l'Etat peut être exercée (par exemple, la Haute Mer) ; d) *res communis*, soumis à la souveraineté de tous les Etats ou d'un groupe d'Etats (tel que dans le cas du « condominium ») ; e) *patrimoine commun de l'Humanité*, c'est-à-dire des espaces appartenant non seulement à l'Humanité tout entière mais devant être exploités uniquement pour son bien-être (la Lune, les objets célestes et l'espace cosmique ainsi que l'Antarctique et la Zone), bref la *res publica*.

La structure de ce cours s'articule en trois parties, à l'instar d'une sonate pour piano ; ces trois parties correspondent à ce qu'on pourrait appeler respectivement : la physiologie, la pathologie et la thérapie dans l'appréhension de l'espace par le DIP. Dans un premier temps nous nous pencherons sur les techniques usuelles de création, extinction et modification

⁵ Dans la mesure du possible, j'ai essayé, dans cet écrit, de ne pas trahir l'approche ainsi que l'origine « orale » du cours dispensé à Paris pour l'IHEI en mars 2016.

⁶ C'est par ailleurs le titre anglais d'un colloque s'étant déroulé en mai 2016 au Graduate Institute (Genève) en l'honneur du Professeur Lucius Caflisch.

⁷ Qui serait le droit international de l'espace ou le « droit international cosmique », selon la belle expression de Rolando Quadri (1959).

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

des titres territoriaux. Cette partie se révèle aujourd'hui surtout utile aux fins du règlement de différends territoriaux classiques ; on y trouve notamment les ustensiles essentiels de l'internationaliste – conseil ou juge – appelé à résoudre un conflit territorial.

En revanche, dans la deuxième et troisième partie, nous nous efforcerons d'examiner l'espace respectivement comme objet de différends (la polémologie territoriale) et comme moyen de résolution des différends (l'irénisme territorial). Ces deux parties reflètent grosso modo la bipartition de Wolfgang Friedmann entre *droit de coexistence et droit de coopération*⁸. L'espace n'est plus source de différends mais devient un moyen de règlement de ceux-ci : d'objet de conflits d'intérêts à objet où se concrétise la notion de « communauté d'intérêts » dégagée pour la première fois par la CPIJ dans l'affaire de la *Commission de l'Oder* (en 1929). L'espace, et je ne parle pas que des fleuves, des lacs, de l'espace cosmique, de fonds marins, etc, – qui ne seront d'ailleurs pas étudiés dans le cadre de ce cours – devient donc un moyen par lequel se réalise la coopération entre Etats pour atteindre des finalités communes comme la paix et la sécurité internationales⁹. En guise de slogan, on pourrait parler, dans la troisième partie, de souveraineté éclatée alors que la deuxième partie assiste au triomphe de la souveraineté éclatante.

En d'autres termes et plus concrètement, l'internationaliste n'est guère désarmé face aux besoins de la politique internationale et aux attentes techniques de la diplomatie ; il y a suffisamment d'inventivité¹⁰ en droit international public pour trouver la solution (ou le régime) juridique adéquate permettant de résoudre ou de désamorcer les conflits territoriaux ou de souveraineté au sens large. Cette approche qui sous-tend le « droit de coopération » en matière territoriale forme l'objet de la troisième et dernière partie, l'irénisme territorial.

A ce propos, on pourrait parler de « désacralisation » du territoire, mais nous avons préféré, avec moins d'emphase et plus correctement, employer le terme de « déterritorialisation » des espaces, c'est-à-dire la soustraction de ceux-ci à l'exercice exclusif de la souveraineté d'un Etat. A ce titre on a pu observer à partir de la fin du XIX^{ème} siècle l'émergence de régimes juridiques qui petit à petit finirent par transcender l'*exclusivité*, en tant qu'élément distinctif de la souveraineté comme le dit très bien Huber dans l'affaire de Palmas. Dans le désordre on pourrait mentionner : le protectorat collectif (sur mandat du

⁸ W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964.

⁹ Ce sont les buts qui figurent au premier rang dans l'article 1^{er} de la Charte des Nations Unies.

¹⁰ En apostille historique, il y a lieu d'observer que la Question d'Orient, en particulier après l'éclatement de quatre empires à l'issue de la Première Guerre mondiale, a fourni aux juristes des chancelleries européennes un matériel susceptible d'aiguiser leurs talents dans le but de concocter des solutions originales destinées à désamorcer, voire à prévenir des conflits territoriaux sanglants. Voy, *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations* (sous la dir. de R. Kolb), Bruxelles, 2015.

Concert européen, comme ce fut le cas pour l'île de Crète), la neutralisation de certaines îles ioniennes d'abord sous protectorat britannique, transférées ensuite à la Grèce ; les Mandats de la Société des Nations (ci-après : S.d.N.), les villes et territoires internationaux que seront, avec toutes leurs différences, Dantzig, Tanger et le territoire de Memel ; ou encore, et plus éloquemment, l'administration internationale directe par la S.d.N. du territoire de la Sarre et de la région de Leticia. Après la Seconde Guerre mondiale, nous retrouvons ces mêmes figures juridiques : des villes internationales (certes avortées) comme Trieste et Jérusalem, à l'administration fiduciaire de Nations Unies en passant par l'administration internationale directe dans le cadre du Chapitre VII de la Charte de l'ONU¹¹. Dès lors, la représentation de l'espace en tant qu'abcès de fixation des convoitises d'Etats et de conflits entre eux, se révèle réductrice voire trompeuse. Elle n'illustre que l'une des parties de ce cours, la dimension polémologique¹² du droit international des espaces, c'est-à-dire l'« obsession du territoire » décriée, et finalement relativisée, par George Scelle¹³, qu'incarne la « droit de coexistence » selon la typologie binaire de W. Friedmann¹⁴. Cet attachement viscéral au territoire, comme lieu d'exercice de la souveraineté dans sa dimension presque ancestrale et animale¹⁵ a été, c'est une lapalissade, la cause majeure de tous les conflits qu'a connus l'Humanité jusqu'à aujourd'hui¹⁶. Faut-il rappeler, si besoin en est, le conflit en Ukraine déclenchée le 24 février 2022 par l'agression de la Fédération de Russie qui

¹¹ Petite glose en note de bas de page : en dépit d'une certaine vulgate (coriace), l'expérience de la S.d.N. en la matière n'a pas été aussi désastreuse qu'on aime parfois la dépeindre.

¹² « 'This place is mine; I am of this place', says the albatross, the patas monkey, the green sunfish, the Spaniard, the great horned owl, the wolf, the Venetian, the prairie dog, the three spined stickleback, the Scotsman, the skua, the man from La Crosse, Wisconsin, the Alsatian, the little-ringed plover, the Argentine, the lungfish, the lion, the Chinook salmon, the Persian », R. Ardrey, *The Territorial Imperative*, 1966, p. 274.

¹³ G. Scelle, « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste de droit international », in *Symbolæ J.H.W. Verzijl*, Leiden, 1958, pp. 347-361.

¹⁴ W. Friedmann, « General course in public international law », *RCADI*, Vol. 127 (1969-II), p. 80.

¹⁵ Voy. la magnifique étude de R. Ardrey (p. 286) : « An finally we must know that the territorial imperative – just one, it is true, of the evolutionary forces playing upon our lives - is the biological law on which we have founded our edifices of human morality [...] Whether morality without territory is possible in man must remain as our final, unanswerable question ».

¹⁶ Heureusement, qu'il y a encore aujourd'hui des conflits qui, tout en étant irrésolus, présentent un caractère pittoresque. Il suffit de penser à la dispute territoriale entre le Danemark et le Canada concernant un îlot (dénommé « Hans ») de 1,2 km² sur lequel on assiste périodiquement (de part et d'autre, à des moments bien évidemment différents) à la cérémonie suivante : « retirer le drapeau du voisin d'en face et de remplacer la bouteille de schnaps par du whisky, ou vice-versa » (*La Presse*, Canada, 11 novembre 2015), d'où le surnom de « Guerre du whisky » attribué à ce conflit. Ce différend curieux a finalement été réglé le 14 juin 2022 par le partage de l'îlot entériné par un traité conclu à Ottawa. Ou, encore, peut-être un poil plus révélateur des – bonnes et mauvaises – passions que suscite l'écorce terrestre, l'offre de cadeau faite en 2016 par le gouvernement norvégien à la Finlande du sommet – qui se trouve sur le territoire du premier – de la montagne (au nom de « Halti ») la plus élevée dont la plupart se trouve sur le territoire du deuxième. Cet ajustement de frontière aurait été le « cadeau » destiné à célébrer le 100^{ème} anniversaire de la déclaration d'indépendance de la Finlande s'émancipant de l'Empire Russe. Les proposants d'un tel cadeau d'anniversaire semblent néanmoins ne pas en démordre (*The Independent*, 16 octobre 2016).

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

fait encore aujourd'hui rage et qui ne manquera de perturber et d'envenimer les relations internationales dans les décennies à venir. Dès lors, les Etats doivent tout mettre en œuvre, d'où l'irénisme territorial, en vue de « guérir les cicatrices de l'Histoire »¹⁷ que sont les frontières¹⁸ interétatiques dont le droit international nous offre, en revanche, une définition aseptique :

« La conception générale selon laquelle une frontière marque la séparation des souverainetés étatiques, autant sur la surface terrestre que dans le sous-sol et l'espace atmosphérique surjacent »¹⁹

Une dernière mise en garde ; le lecteur ne manquera pas de remarquer que certains exemples ou situations historiques / concrètes peuvent être appréhendés à travers différents prismes à la fois. Par exemple : la question de la « République Turque de Chypre Nord » sera examinée à la fois sous l'angle de l'Etat fantoche, de la non-reconnaissance collective, du titre juridique / usage de la force, voire même du droit à l'autodétermination des peuples ; celle du Kosovo sera examinée à la fois sous l'angle de l'administration internationale indirecte, de la sécession, sécession / remède, de l'administration internationale directe ; celle de la Palestine sous l'angle du droit à l'autodétermination des peuples, de la non-reconnaissance collective, de l'usage de la force / titre juridique ; le Somaliland à l'aune de la sécession ainsi que de l'Etat *de facto*. Je pourrai multiplier les exemples, mais je risquerai d'être particulièrement rébarbatif. Mais peut-être ceci nous indique que, en dépit de mes appréhensions initiales quant au bien-fondé de l'intitulé de ce cours, les liens entre les différentes thématiques semblent être suffisamment forts pour assurer la cohérence conceptuelle de la matière, résumée par l'étiquette « droit international des espaces » (ci-après : DIE).

¹⁷ D. De Rougemont, « Aspects culturels de la coopération dans les régions frontalières, texte présenté lors de la Première confrontation européennes des régions frontalières, 29 juin-1er juillet 1972 », in Institut universitaire d'études européennes (dir.), *L'Europe des Régions III*, Genève, 1972, p. 71.

¹⁸ Faut-il rappeler que l'étymologie du mot « frontière » (du latin *frons, frontis*), dans les langues latines, renvoie à la ligne de front militaire, opposant deux armées adverses : « *faire frontière*, signifie se mettre en bataille pour combattre, se défendre », *Littre* (<https://www.littre.org/definition/frontiere>). Dans la Grèce antique : « Qu'est-ce qu'un espace entre deux armées, marqué – de façon totalement volontaire – par une borne ? Un espace-temps d'équilibre au milieu d'une guerre, un espace intermédiaire autour duquel le temps s'est immobilisé. Une pause à prolonger, un lieu que personne ne doit envahir, car tout combat entraînerait une victoire, donc le contrôle du terrain par l'armée des vainqueurs », N. Loraux, *La tragédie d'Athènes. La politique entre l'ombre et l'utopie*, Paris, 2005, pp. 156-157.

¹⁹ CIJ, Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt du 12 juillet 2005 : *CIJ Recueil* 2005, § 124, p. 142.

NOTE LIMINAIRE
À LA PRÉSENTE EDITION

Cette deuxième livraison – revue et augmentée – répond à la fois au besoin de corriger les quelques imprécisions qui s'étaient incrustées mordicus dans la première édition et à la nécessité de la mettre à jour. Toutefois, non seulement l'approche qui la sous-tend est restée la même, mais nous avons surtout voulu maintenir le souffle qui l'a originellement animée, c'est-à-dire celui d'un enseignement dispensé à un parterre d'étudiant.e.s. passionné.e.s. Dans ce contexte, je tiens à exprimer ma gratitude à Mme Océane Gerber, étudiante de Master à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel qui a contribué avec un zèle bénédictin à la révision de la présente édition.

Epreuves du 22 septembre 2022

PROLÉGOMÈNES :
ETAT, SOUVERAINETÉ ET ESPACE

Compte tenu des finalités de ce volume, il ne s'agira nullement d'enquêter en profondeur sur ces trois concepts phares du droit international public ; bien plus modestement et utilement, nous nous bornerons à esquisser des définitions instrumentales de ces trois *dramatis personae* du DIE. En commençant par l'Etat, force est de préciser d'entrée de jeu que, comme nous le verrons plus loin, le droit international, fors certains cas particuliers¹, s'incline la plupart du temps devant son existence effective. Il nous fournit néanmoins les critères de vérification de son existence en tant que sujet primaire de l'ordre international moderne. En quête de ces critères, il convient de se référer à l'article premier de la Convention sur les droits et devoirs des Etats signé à Montevideo le 26 décembre 1933 :

« L'Etat comme personne de Droit international doit réunir les conditions suivantes : I. Population permanente ; II. Territoire déterminé ; III. Gouvernement ; IV. Capacité d'entrer en relations avec les autres Etats »².

Trois éléments, donc, enveloppés par un quatrième, décisif, la souveraineté qui est succinctement exprimée par la capacité d'entrer en relations juridiques internationales avec d'autres Etats et autres sujets de l'ordre international, c'est-à-dire le *treaty-making power*. Cette dernière implique deux autres capacités tout aussi importantes, à savoir la capacité de participer aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale ainsi que celle de représentation diplomatique (active et passive)³. La réunion de ces trois capacités auprès d'une organisation politique d'un groupement humain ayant une base territoriale nous permet de parler d'Etat au sens du droit international. Le papier de tournesol de l'Etat est donc bel et bien la souveraineté, le deuxième personnage de ces prolégomènes et véritable concept caméléonesque, malléable et ductile eu égard aux circonstances. Selon le dictum incontournable de l'arbitre Max Huber dans l'affaire de l'Ile de Palmas : « La souveraineté, dans les relations entre Etats, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie de la surface

¹ Voy. *infra* Partie II.

² Certes, il s'agit d'un traité international à vocation régionale, mais il incarne à ce jour l'unique tentative conventionnelle de définition de l'Etat.

³ G. Distefano, *Fundamentals of Public International Law. A Sketch of the International Legal Order*, Leiden, 2019, pp. 60-68.

terrestre, est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions relatives à la puissance publique »⁴.

Dans un langage proche de la logique formelle et dans un rigoureux enchaînement conceptuel, Max Huber identifie la souveraineté à l'indépendance et assimile celle-ci à deux qualités : la *plénitude* et l'exclusivité de l'exercice des fonctions étatiques sur une partie du territoire terrestre. Un espace terrestre qui se caractérise par ces deux attributs est donc un territoire de l'Etat souverain. En remontant plus haut dans cette équation, on retrouve l'indépendance, qui signifie à la fois la soumission directe de l'Etat au droit international (c'est-à-dire l'*immédiateté*) et son *égalité vis-à-vis* des autres Etats. La première constitue ainsi la limite verticale de la souveraineté, incarnée par l'article 2 § 7 de la Charte des Nations Unies (ci-après CNU) alors que la seconde exprime sa limite horizontale, sanctifiée par l'article 2 § 1 de la CNU.

S'il est vrai que « territoire »⁵ est une espèce du concept plus général qu'est l'« espace », caractérisé, comme on l'a vu par le rayonnement de la souveraineté (territoriale) d'un (voire plusieurs) Etat(s), il y a lieu de définir celui-ci. Or, l'espace, troisième personnage de ces prolégomènes, « peut être appréhendé de deux manières, comme étendue et comme chose, et se prête respectivement à deux sortes de pouvoirs, personnels et réels. C'est de cette distinction fondamentale qu'on doit partir pour identifier les deux genres entre lesquels se répartit l'espace »⁶.

Cette définition de l'espace, que nous épousons ici, a le grand mérite, en sus de sa précision conceptuelle, d'expliquer un très large éventail de situations et régimes territoriaux qui seront examinés plus loin dans le présent volume⁷. D'une part, en tant qu'espace, elle permet d'appréhender la dimension internationale de la souveraineté, puisqu'elle y voit une de ses dimensions,

⁴ Affaire de l'Ile de Palmas (Pays-Bas/Etats-Unis), sentence arbitrale du 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, p. 838 (notre traduction). Que la souveraineté soit bridée par le droit international et ne lui est pas antinomique est révélé par le passage suivant dans cette sentence : « Territorial sovereignty ... has a corollary duty : the obligation to protect within the territory the right of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights each State may claim for its nationals in foreign territory », *ibid.*, p. 839.

⁵ Il n'est pas anodin de relever que, contrairement à la vulgate acceptée, le terme « territoire » pourrait ne pas dériver de « terre » (*terra*), mais du verbe « *terrere* », c'est-à-dire exercer la terreur (M. de Vaan, *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages*, Leiden, 2008, p. 616). En conséquence « *territorium* » indiquerait l'espace où l'Etat exerce son monopole de la violence légale ou, si l'on préfère, sa souveraineté. Dans le même sens, l'*Oxford English Dictionary* retiendrait l'acception dérivant de « *terrere* » (effrayer) : un registre voisin, selon Isidore de Seville, le territoire (*territorium*) a ainsi été appelé presque pour dire *tauritorium* c'est-à-dire les espaces piétinés et écrasés par la charrue et les bœufs : « les anciens, en effet, délimitaient les territoires et les possessions en traçant un sillon » (*Etymologiae* (624-636), Livre XIV, V, 22).

⁶ J. Combacau, S. Sur, p. 396.

⁷ Voy. *infra* Partie III.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

la spatiale justement, à côté de la personnelle⁸. D'autre part, elle prend en compte les aspects de droit réel de la souveraineté, dans la mesure où cette dernière est un droit nécessairement *erga omnes*, c'est-à-dire un droit sur une chose opposable à tout autre sujet de l'ordre juridique international⁹. En d'autres termes, et sous cet angle, la souveraineté territoriale est une situation juridique objective qui, si elle est conforme au droit, est opposable *ipso jure* à tout autre sujet de droit international.

⁸ « [L]a souveraineté recouvre ces deux éléments d'allégeance personnelle et de territorialité », CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), arrêt du 23 mai 2008 : *CIJ Recueil* 2008, § 79 (p. 40).

⁹ « [P]ar droits réels il faut entendre ici comme en droit civil, les droits qui sont opposables à toute autre personne, par opposition aux droits simplement conventionnels, qui n'existent qu'à l'égard des autres parties à la convention. La propriété, les servitudes, les hypothèques, en droit civil, sont des droits réels. En droit international ... la souveraineté territoriale, en tout cas, a aussi ce caractère », CPJI, Affaire des Zones Franches, 1929, Plaidoirie de M. Logoz (Suisse), C 17-I (I), p. 949. Comme on le verra plus loin, l'acquisition du titre de souveraineté territoriale par fait juridique ressemble furieusement, jusqu'à s'y méprendre, au processus coutumier (voy. *infra* I.III.D). Dans l'affaire relative à la Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), §§ 137 (p. 56), 139 (p. 57), 222-223 (p. 80), la Cour s'empresse néanmoins de distinguer en droit international la souveraineté de la propriété (étatique).

Epreuves du 22 septembre 2022

PARTIE I.
LA TECHNIQUE :
CRÉATION, EXTINCTION ET MODIFICATION
DU TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE

De quelle manière un Etat peut-il acquérir ou perdre son titre de souveraineté territoriale ? Du point de vue méthodologique, l'approche épousée sera éminemment jurisprudentielle non seulement en vue de brosser un portrait vivant du droit applicable, mais aussi parce que cette partie du droit international des espaces a été profondément façonnée par les tribunaux internationaux de sorte qu'à certains égards, le corps de règles applicable en est finalement un distillé savant du DIP au fil des décennies.

I. LE CONCEPT DE TITRE JURIDIQUE

La centralité de cette notion polysémique et protéiforme est évidente¹. Il n'est pas question ici de s'attarder sur l'étymologie, pourtant passionnante, du terme et du concept de titre dans la science juridique². Nous nous concentrerons en revanche sur les caractéristiques de cette espèce particulière de titre juridique qu'est le titre territorial. Pour ce faire, il est utile de distinguer deux couples définitionnels du titre territorial, articulés en cascade. Tout d'abord, la dichotomie entre titre/droit subjectif (en anglais « title/right ») et titre/fondement du titre (en anglais « title/entitlement »). Le deuxième élément de ce concept renvoie au titre en tant que racine du droit subjectif dans la mesure où elle met l'accent sur les conditions (« entitlement ») qui doivent être satisfaites par un sujet de droit en vue de devenir titulaire d'un droit subjectif. En dépit d'un usage parfois imprécis, c'est cette signification du titre qui doit ici retenir notre attention et sur laquelle se greffe la deuxième dichotomie, à savoir celle entre titre/source et titre/preuve. Par le premier élément on entend « tout fait, acte ou situation qui est la cause et fondement d'un droit »³ alors que par le second on se réfère à tout « [d]ocument invoqué

¹ Comme l'observa le juge Georges Abi-Saab dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Chambre de la CIJ dans l'affaire du différend frontalier (Burkina Faso/Mali), « [c]ette quête effrénée d'un 'titre juridique écrit', au prix de faire flèche de tout bois », arrêt du 23 décembre 1986, *Recueil de la CIJ* 1986, § 13, p. 111.

² Voy. à ce propos nos considérations dans : *L'ordre international entre légalité et effectivité*, Paris, 2002, pp. 58-91.

³ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, sous la dir. de Jules Basdevant, Paris, 1960, p. 604.

en vue d'établir l'existence d'un droit ou d'une qualité »⁴. Ces deux significations du concept de titre acquièrent tout leur sens au moment de leur constatation par le juge⁵, c'est-à-dire au stade phénoménologique alors que la première dichotomie – titre/source et titre/droit – se situe au niveau de la construction du titre juridique, c'est-à-dire au stade ontologique. Laisant de côté l'aspect phénoménologique⁶, il convient de s'attarder sur cette dernière dichotomie, et plus précisément sur la notion de titre/source, qui seule doit retenir notre attention ici. Celle-ci est « the source or ground of possession »⁷, ou, en d'autres termes, « *titulus est iusta causa possidendi quod nostrum est ; or, it is the means whereby the owner of lands hath the just of his property* »⁸. L'accent est mis à la fois sur la manière dont le propriétaire a pris possession de la chose en question et sur la licéité de cette possession, le *just* faisant ici clairement référence à la *iusta causa*, c'est-à-dire de conforme (*ius-tus*) au droit. D'ailleurs, le *just title* en droit anglo-saxon désigne, dans le sillon du droit romain, le titre en vertu duquel on acquiert une chose par le biais de la prescription (l'*usucapio* du droit romain)⁹. Le seul et vrai titre juridique serait donc celui qui réunit chez le même sujet de droit tant le droit à posséder une certaine chose que sa possession effective¹⁰. Nous avons donc établi que le titre juridique est la *justification* (au sens étymologique), la *causa*, le fait, le présupposé de l'acquisition légale de la part d'une personne juridique du droit de propriété.

Si l'on parcourt rapidement les textes normatifs qui composent le *Corpus iuris civilis*, on se rend compte que tout transfert de propriété exigeant la prise de possession effective de la chose ou du fonds, connaît la distinction entre le *titulus adquirendi* et le *modus adquirendi*. Le 'fait' qui est à l'origine de l'obligation personnelle est libellé : *iustus titulus, iusta causa, iustum initium*. C'est justement celle-ci la fonction du 'titulus', d'être la 'iusta causa' qui justifierait juridiquement la création ou l'extinction du droit subjectif. *Iusta,*

⁴ *Ibid.*, p. 605.

⁵ « [L]a notion de titre peut également et plus généralement viser aussi bien tout moyen de preuve susceptible d'établir l'existence d'un droit que la source même de ce droit », CIJ, Affaire du différend frontalier, 1986, § 18, p. 564.

⁶ Voy. G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, 2002, pp. 393-434.

⁷ *Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, 1990, p. 1487

⁸ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, London, 1765-1769, p. 195 [les italiques sont de nous].

⁹ *Black's Law Dictionary*, p. 866.

¹⁰ Voy. le Fama Case (High Court of Admiralty, 1804), in *Cases on International Law Principally Selected from Decisions of English and American Courts* (ed. by J. B. Scott [ci-après: *Scott*]), St. Paul, 1922, p. 183 : « [T]o complete the right of property, the right to the thing, and the possession of the thing itself, should be united...that there should be both the jus in rem, and the jus in re. ».

donc, dans le sens que le droit civil romain attribuait à ce terme¹¹, à savoir de « conforme au droit »¹². En revanche, le « *modus* » sert à indiquer la manière dont s'effectue le transfert de propriété, c'est-à-dire la prise de possession effective. Les deux éléments sont donc requis pour que ce genre de transfert de souveraineté puisse valablement avoir lieu et puisse engendrer des effets juridiques *erga omnes*, propres aux droits territoriaux¹³. Cette distinction entre les deux conditions ou éléments est capitale si l'on veut parvenir à une conceptualisation satisfaisante du titre territorial. Austin exprime bien à la fois la fâcheuse confusion entre les concepts, mais également la nécessité de la précision terminologique :

*« I shall use indifferently, 'mode of acquisition, title, cause, investitive event,' etc... : unless I attach specially a more special meaning... By Roman Lawyers, and in the language of the derivative systems, titulus never means a title in the sense of mode of acquisition... In the sense in which the term 'Titulus' is used by the Roman Lawyers, it denotes, not a mode of acquisition, but a condition necessary to the efficacy of a mode of acquisition... »*¹⁴.

Sous l'éclairage de ce qui précède nous pouvons conclure que le terme 'titulus' duquel dérivent les formes actuelles dans les langues indo-européennes, avait, en droit romain, une signification bien restreinte. Il constituait une des deux conditions requises pour effectuer le transfert de propriété dans la stricte légalité. En conséquence, il importe de distinguer aussi nettement que faire se peut, la détention de la chose (ou *l'adprehensio physica*) du titre à cette chose (*titulus acquisitionis*), lors des changements de propriété. Cette nécessité d'allier le droit de posséder une chose (ou d'occuper un fonds) à la possession (ou *occupatio*) même (ou les actes physiques qui la rendent

¹¹ Au sens strict, l'adjectif *iustus* désignait une chose qui était légitime (*Lexicon Totius Latinitatis*, Vol. II, p. 972) : « *Iustus est legitimus* » ; mais aussi, et cette acception se révèle fort intéressante, il peut qualifier, au sens strict, une chose qui est (ou qui se fait) selon le droit : *secunda certa iura* ; *Thesaurus Linguae Latinae*, 1970, Vol. VII, 2, fasc. V, p. 721. L'expression *iustus titulus* semblerait être, selon certains (par ex. : J.-L. Ortolan, *Explication historique des Instituts de Justinien*, 4^{ème} éd., Tome 1^{er}, Paris, 1850, p. 459 et note 4), moins récente que celle de *iusta causa*. Le doute néanmoins plane à cet égard et l'analyse minutieuse des textes ne permet pas de le dissiper. Sur l'archétype grec de la notion pré-juridique de « causa », cf. « aition » et « faute » chez Anaximandre. La justice cosmique d'Anaximandre nous rappelle que le concept grec de « cause » est à l'origine le même que celui de « faute » [H. Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin, 1903, 12 B1], déplaçant ainsi la perspective de l'imputation juridique à la causalité physique.

¹² D'ailleurs le philosophe et juriste du XVIII^{ème}, Giovanbattista Vico, sous la rubrique « *Formae, modi, caussae*. Cur 'Caussae' dictae ? » (*Universi iuris uno principio et fine uno* (1720), caput CXVII, in *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Florence, 1974, p. 137), se base sur l'étymologie de « causa », dérive de « cavere », pour conclure que les lois et les juristes sont souvent dénommés « cavere », puisqu'ils protègent les droits subjectifs... conformément au droit objectif en vigueur, d'où l'appellation de « modi, caussae, cavissae ».

¹³ Voy. G. Carnazza Amari, *Elementi di diritto internazionale*, Vol. 2, Milan, 1874, pp. 186-187.

¹⁴ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law* (1863), Lect. LV, London, 1885, pp. 885, 886 : « Certain classes of titles, or of modes of acquisition, have concise names : as, for example, 'occupancy', 'alienation', 'praescription' and so on. », p. 896 : la coïncidence entre 'titres' et 'modes d'acquisition' ne pourrait être plus évidente.

possible) représente l'assise même de tout ordre juridique¹⁵. Toutefois, certains auteurs¹⁶ débattent encore dans ces brumes et ne parviennent pas à déceler cette exigence fondamentale de l'ordre juridique : la myopie conceptuelle est ainsi perpétuée.

C'est à partir de ces termes que nous allons bâtir notre concept de titre juridique. Le premier représente la légalité de la mutation territoriale alors que le deuxième fait allusion à l'exigence de l'effectivité du transfert territorial. Il y aura titre juridique lorsque ces deux conditions (ou volets, composantes) constitutifs se trouveront réunis auprès du même Etat. Dans ce concept de titre juridique confluent partant la légalité et l'effectivité.

A. Les prétendus « modes d'acquisition » du titre au territoire

D'entrée de jeu, force est d'alerter le lecteur que l'expression « modus acquirendi » n'est guère d'origine romaniste, mais qu'elle fut développée par les civilistes modernes ; les jurisconsultes romains préférèrent ne pas construire un système unifié, mais parlèrent à chaque fois, et selon les cas, de *solutio*, de *redemptio*, d'*adquisitio* de droits ou d'obligations. Le droit civil moderne connaît cette même différenciation capitale et y construit l'édifice du droit privé en matière de transfert de propriété. En effet, l'acquisition s'appelle « à titre originaire »¹⁷ lorsque le droit subjectif (la propriété) surgit en tant que droit nouveau chez le titulaire. La caractéristique saillante de ce type d'acquisition est son *indépendance* par rapport à la volonté d'acquérir chez l'acquéreur ; la volonté de ce dernier peut éventuellement entrer en ligne de compte seulement s'il a l'intention de renoncer à l'acquisition. Parmi les exemples de ce « mode d'acquisition », on dénombre l'occupation, l'accession, l'usucapion, la « possession d'un tiers en bonne foi », relativement aux biens mobiliers¹⁸. En revanche, on parle d'acquisition à titre dérivé quand les deux conditions suivantes sont réunies : a) l'existence d'un

¹⁵ « [L']occupation n'est pas par elle-même un titre suffisant et légitime pour acquérir la propriété, car, pour occuper, il faut, avant tout, avoir le droit de le faire. », P. Fioré, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, 1^{re} partie, Paris, (trad. de l'italien par P. Pradier-Rodière), 1868, pp. 378-379.

¹⁶ Voy., entre autres auteurs : T.J. Lawrence, *Les principes du droit international* (trad. de l'anglais, 5^{ème} éd.), Oxford, 1920, p. 169, selon lequel il y aurait autant de titres que de modes d'acquisition et sources de titre ; A. Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* vol. 26 (1929-I), p. 413, qui soutient l'identité conceptuelle et fonctionnelle entre titre juridique et mode d'acquisition de territoire ; P. Fiore, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, 5^{ème} éd., Torino, 1915, pp. 444-459.

¹⁷ Voy. : CIJ, Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), arrêt du 16 mars 2001, *Recueil de la CIJ* 2001, §§ 99 et suiv.

¹⁸ Il faut également remarquer que l'acquisition à titre originaire entretient quelques rapports, mais ne coïncide pas, avec l'acquisition a *non domino*, où le cédant n'est pas pourvu du pouvoir de disposition sur le droit en question. On fait ici référence à l'usucapion abrégée, à l'acquisition de la possession mobilière par un tiers en bonne foi. Voy. plus loin note 40.

*rapport*¹⁹ entre l'acquéreur (le titulaire *in fieri*) et un autre sujet (le titulaire précédent) ; b) la titularité (chez le cédant) du droit sur la chose ou, tout au plus, le pouvoir de disposition. Au cas où l'un des deux éléments devrait faire défaut, l'acquisition en faveur de l'acquéreur, n'aura pas lieu. Les cas de figure typiques de l'acquisition à titre dérivé sont le contrat de transfert de propriété et la succession *mortis causa*. Enfin, des droits subjectifs peuvent être créés par la loi²⁰. Par conséquent, dire que des droits subjectifs sont créés *ope legis*, veut dire que le titre (la causa juridique) du transfert de droits réside ailleurs que dans la volonté d'un sujet de céder un droit et dans la volonté réciproque d'un autre sujet de l'acquérir.

La doctrine internationaliste ruisselle et change de pente, mais elle finit par se situer dans le sillage de l'héritage du droit romain, d'autant plus que l'un des « pères fondateurs » de la discipline, Grotius²¹, conserve cette distinction, et que Pufendorf lui emboîte le pas²². La littérature doctrinale subséquente se borne à recevoir ce legs et dès lors, cette systématisation constitue un passage obligé dans tout manuel ou dans toute œuvre sur le sujet : on perpétue, en signe de révérence, cette tradition (au sens latin du mot...)²³ et on ne rompt que très

¹⁹ « Une chose devient nôtre par une acquisition dérivée, soit en conséquence d'un fait de l'homme, soit en vertu de la loi », (H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. par P. Pradier-Fodéré (1867), Livre II, Ch. VI, § I.1, p. 251).

²⁰ On peut citer : l'usufruit légal, les servitudes (actives), l'hypothèque, les droits de créance d'obligation *ex lege* (p.ex. le droit aux aliments), etc...

²¹ H. Grotius, Livre II, Ch. III, VI-VII. Selon C. Schmitt, *Le Nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum* (trad. de l'allemand, 1950), Paris, 2001, Ch. II.3, pp. 137-138, cette distinction du droit privé n'est point ancienne. Ledit auteur la ferait justement remonter au chapitre susvisé de l'œuvre de Grotius.

²² S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672 [réimprimé in *Classics of International Law*, N°17, Washington, 1934], Livre IV, Ch. IV, § 1.

²³ On citera en particulier : Sir Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927, § 104 (en toute cohérence avec l'esprit de l'œuvre, cet auteur ne s'écartant nullement de l'analogie avec le droit privé romain) ; C.G. Raggi, « Diritti reali (diritto internazionale pubblico) », in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. 5 (Appendice), pp. 757-758 ; G. Fusinato, *Le mutazioni territoriali, il loro fondamento giuridico e le loro conseguenze*, Parte Prima, Lanciano, 1885, pp. 26-42 (modes originaires) et pp. 43-48 (dérivés) ; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 8^{ème} éd., Milan, 1962, p. 450 ; E. Nys, « L'acquisition du territoire et le droit international », *RDILC*, Vol. 36 (1904), pp. 365-406 ; M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, pp. 1-3 (un paradigme de cette tradition; liste exhaustive) ; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6^{ème} éd. (par H. Waldock), Oxford, 1963, pp. 163-173 ; P. Fiore, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione*, 5^{ème} éd., Turin, 1916, Livre III, Titre III ; F. von Liszt, *Le droit international. Exposé systématique* (trad. de l'allemand, d'après la 9^{ème} éd. allemande), Paris, 1928, § 10, pp. 99-100 ; K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, 1989, pp. 10-11 ; Sir Robert Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963, pp. 3, 7 ; G. Barile, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milan, 1951, p. 197 ; G. Diena, *Diritto internazionale pubblico*, Parte prima (Diritto internazionale pubblico), 3^{ème} éd., Naples, 1930, p. 255 ; T.J. Lawrence, § 74, pp. 140-150 ; G. Audinet, « Annexion, cession et démembrement de territoires », in *Répertoire de droit international*, Paris, 1929-1931, Vol. 1, § 3-7 (modes originaires) ; § 8-15 (modes dérivés) ; J. Austin, pp. 899-905 ; G. De Dominicis, *Gli acquisti originari e derivativi di territorio*, Milano, 1914 ; S. Verosta, « Gebietshoheit und Gebietserwerb in Völkerrecht », *ÖJZ*, 1954, pp. 241-280 ; G. Abi-Saab, « La pérennité des frontières en droit international », *Relations*

difficilement avec elle. Et ceci nonobstant que ni la pratique des Etats ni celle des tribunaux internationaux et internes ne corroborent cette distinction.

Telle une boule de neige, la répétition a-critique de cette classification devient par là même apodictique et ne se prête plus à controverse. Toutefois, même chez certains auteurs qui la défendent, le doute s'insinue. Or, maintes questions restent entières au regard de la plausibilité et de la cohérence même de cette classification²⁴. A cet égard, cette classification ne jette pas davantage de lumière, elle contribue même à épaissir les brumes et pousse la doctrine à observer, sans *a priori*, que :

« *That the traditional modes of acquiring State territory – discovery, occupation, prescription, accretion, cession, and subjugation (or conquest) – together with their correspondent modes of losing State territory are insufficient to do more than provide theoretical explanations of the holding of unchallenged territory has been demonstrated frequently... »²⁵.*

C'est donc pour des raisons qui tiennent aux caractères propres de la société internationale que le droit international s'éloigne²⁶ des préceptes du droit romain. Il est d'ailleurs assez logique qu'il en soit ainsi, car c'est dans un système juridique qui se référerait à la propriété et non à la souveraineté que ces « modes » ont été élaborés et puisés. Or l'analogie entre ces deux concepts normatifs n'est pas et ne doit pas être parfaite. Car, le rapport juridique qui existe entre l'Etat et son territoire n'est pas entièrement assimilable (et ne peut pas être réduit) à celui entre la *res* et l'individu. Ce dernier pourrait exister sans la première alors que l'Etat ne peut pas *être* sans territoire (du moins à moyen ou à long terme)²⁷.

Non seulement cette classification ne résiste pas à la critique naguère évoquée, mais elle n'est pas non plus corroborée par la pratique des Etats, des tribunaux internationaux et internes et par la doctrine la plus qualifiée. Commençons par les arguments avancés par cette dernière.

internationales, vol. 64 (1990), p. 343 ; P. Fedozzi, *Introduzione al diritto internazionale e Parte generale*, in *Trattato di diritto internazionale*, Vol. 1, Padoue, 1938, pp. 413-422 ; A. Cavaglieri (1929), p. 402 ; S. Torres Bernardez, « Territory, Acquisition », in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 10, Amsterdam, 1987, pp. 496 et suiv. ; G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 207 (1987-VII), p. 70.

²⁴ « In any case the dual classification *oversimplifies* the situation, and the modes described as 'derivative' are so in rather different ways. », I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1990, p. 132 [les italiques sont de nous].

²⁵ A. Munkman, « Adjudication and Adjustment -International Judicial Decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes », *BYIL*, Vol. 46 (1972-1973), pp. 93-94.

²⁶ Comme il a été sagement observé par un éminent juriste : « The law of international dominion – or perhaps it would be better to say international 'seisin' -is not the law of anyone civilized country or a *quintessence* of the land laws of all civilized countries. », Sir John Fischer Williams, « Sovereignty, Seisin, and the League », *BYIL*, Vol. 17 (1926), p. 32 [les italiques sont de nous].

²⁷ La question des « Etats en voie de submersion » reste entière et totalement inexplorée, pour l'instant. Voy. *infra* II.III.D.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

Selon certains, cette classification représenterait un des reliquats de la théorie patrimonialiste de la souveraineté territoriale²⁸. En fait, la réalité de l'acquisition (ou de la perte) du titre à la souveraineté territoriale est trop complexe et multiforme pour qu'elle puisse être figée²⁹ dans des schémas patrimoniaux qui sont tirés, par analogie, du droit privé, et qui ont été conçus et répondent à des exigences fort différentes. De fait, d'autres éléments concourent à la dynamique de la création et de l'extinction de titres, à savoir le comportement des Etats tiers, des Etats directement concernés par la mutation territoriale, l'analyse du fait juridique, l'effectivité, *etc.*

C'est justement sur ces aspects-là que le juriste doit concentrer son attention, cette classification ne représentant qu'un subterfuge qui induit au laxisme investigatif et à la frilosité spéculative³⁰. D'où le rôle important joué par l'étude de la pratique des Etats³¹ et de l'histoire des relations internationales. Il importe donc de donner davantage de poids aux caractères propres à chaque mutation territoriale en essayant de n'en extrapoler des règles générales qu'avec beaucoup de précaution :

« The analysis of the problem in historical perspective puts the emphasis on consolidation of title as a process. Moreover, it underlines the two typical characteristics of titles to territory. It brings out their initial relativity and the growing multiplicity of their constituent elements in their movement towards absolute operation. Such an historical analysis also explains the unsatisfactory character of any attempt to put the operative rules into the strait jacket of private law analogies »³².

²⁸ S. Romano, S. « Clipperton » (1930), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milan, 1983, p. 37 (de manière toutefois plus nuancée). Voy. aussi G. Distefano (2002), pp. 33-37.

²⁹ Voy. Ch. De Visscher, « Observations sur l'effectivité en droit international public », *RGDIP*, Vol. 62 (1958), p. 604.

³⁰ « Many of the standard textbooks, and particularly those in English, classify the modes of acquisition in a stereotyped way which reflects the preoccupation of writers in the period before the First World War. According to this analysis (if the term is deserved) there are five modes of acquisition... Labels are never a substitute for analysis...A tribunal will concern itself with proof of the exercise of sovereignty at the critical date or dates, and in doing so will not apply the orthodox analysis to describe its process of decision...The orthodox analysis does not prepare the student for the interaction of principles of acquiescence and recognition with the other rules... »: I. Brownlie, pp. 131-132 [les italiques sont de nous]. Il est à signaler que l'« orthodox analysis » a et fait encore des adeptes [voy. *supra* note 23].

³¹ D'ailleurs, cette classification est corroborée par l'examen de la pratique des Etats : « *Gli assunti che stanno alla base di tale distinzione appaiono, tuttavia, assolutamente estranei agli elementi ricavabili da una analisi spregiudicata della prassi internazionale* », M. Giuliano, « I diritti e gli obblighi degli Stati », in *Trattato di diritto internazionale*, Vol. III, Tome 1^{er}, section 1^{ère}, Padoue, 1956, p. 96.

³² G. Schwarzenberger, G. « Title to territory: response to a challenge », in *International Law in the Twentieth Century*, New York, 1969, p. 290. Dans le même sens : D.H.N. Johnson, « Consolidation as a root of title in international law », *Cambridge Law Journal*, Vol. 13 (1955), p. 217.

Ce passage illustre par-dessus le marché le *credo* de la doctrine qui voit dans la création du titre juridique ce phénomène spécifique qu'est le « fait juridique complexe »³³. Cette « individualisation » des cas de figure ne signifie point la reddition de la théorie et de la conceptualisation. Bien au contraire il s'agit d'employer les outils appropriés.

La pratique des tribunaux internes et internationaux³⁴ étaye cette conclusion, ces derniers préférant fonder leur *ratio decidendi* sur d'autres éléments (qu'on a brièvement énoncés plus haut) plutôt que de se référer à des 'modèles' ou « modes » dont la faiblesse théorique a déjà été mise en exergue³⁵. Il nous plaît également de signaler que dans la dernière édition d'Oppenheim, on assiste à un revirement significatif, opéré en sourdine il est vrai, à l'égard de la valeur et de la portée de ces « modes d'acquisition » :

« *When Grotius laid the foundations of modern international law, state territory was still, as in the Middle Ages, more or less identified with the private property of the monarch of the State. Grotius and his followers applied, therefore, the rules of Roman law concerning the acquisition of private property to the acquisition of territory by states.*³⁶ *Nowadays, however, the acquisition of territory by a state normally means the acquisition of sovereignty over such territory. In these circumstances the Roman law scheme of 'modes' concerning the acquisition of private property are no longer wholly appropriate. It is still necessary, however to expound these 'modes' of acquisition because they are still relevant to explain titles that go back in history, as so many titles to territory do; and because the new law has developed out of the old, so that the old is necessary to an understanding of the new law* »³⁷.

³³ « Dans la pratique jurisprudentielle internationale, le comportement des Etats est grandement pris en compte. Le silence d'un Etat, son consentement, son acquiescement, sa renonciation, sa protestation, l'estoppel qui peut frapper ses actes, constituent des éléments importants dans la création ou l'extinction d'un titre sur un territoire », CIJ, Délimitation et questions territoriales, 2001, § 69, p. 168 (op. dissidente commune des juges Bedjaoui, Ranjeva et Koroma). Voy. *infra* I.III.D.

³⁴ Voy. affaire de la Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil (Brésil c. Royaume-Uni), sentence rendue le 6 juin 1904 par Sa Majesté le Roi d'Italie Victor Emmanuel III, *RSA*, Vol. XI, p. 68 ; Affaire de l'Île de Palmas, p. 829 ; affaire de la Frontière entre la Galicie et la Hongrie près du lac dit de 'Meerauge' (Autriche c. Hongrie), sentence rendue le 13 septembre 1902 par les juges Winkler (Président), de Mniszek-Tschoznicki, Lehoczeki, in Baron Descamps et C. Renault, *Recueil international des traités du XX^{ème} siècle*, Paris, 1902, pp. 730-752 ; CPJI, affaire du Statut juridique du Groënland oriental (Norvège c. Danemark), arrêt du 5 avril 1933, *Recueil de la CPJI* A/B 53, pp. 45-47 ; CIJ, affaire des Minquiers et Ecréhous (Royaume-Uni c. France), arrêt du 17 novembre 1953 : *CIJ Recueil* 1953, p. 47 ; The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) (India / Pakistan) , sentence arbitrale du 19 février 1968, *RSA*, vol. XVII, pp. 528, 563.

³⁵ « ...[T]he importation of the *niceties* from the law of property into the field of international law confuses rather than aids in resolving the instant problem. », United States v. Ushi Shirama, p. 85 [les italiques sont de nous]. De même : affaire du Canton du Valais c. Canton du Tessin (Suisse, Tribunal Fédéral, Chambre de droit public), arrêt du 2 juillet 1980, *ASDI*, Vol. 37 (1981), p. 231.

³⁶ Voy. *supra* notes 21 et 22.

³⁷ *Oppenheim's International Law*, 9^{ème} éd. (par Sir Robert Jennings et Arthur Watts), Vol. 1, Oxford, § 242, p. 679 [les italiques sont de nous]. Pour mieux apprécier le changement doctrinal : Sir Robert Jennings, (1963) ; dans le même sens, à savoir les 'modes d'acquisition' en tant que règles matérielles, et partant, leur évolution et application historiques aux mutations territoriales du passé : J. Combacau, S. Sur, p. 408.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

Ce « revirement » est révélateur et nous intéresse à maints égards. On soutient en effet que les « modes » d'acquisition, bien que désormais désuets et remplacés par le nouveau corps de règles en la matière, doivent être utilisés en vertu du principe du droit intertemporel.³⁸ Ce principe implique que, afin d'apprécier la situation juridique, il faut recourir aux règles qui étaient applicables au moment où les faits se sont produits et non pas à celles qui seraient en vigueur au moment où le différend s'élève ou est réglé. Les deux principes du droit intertemporels ont été délinéés par Max Huber dans la cause célèbre qu'est l'affaire de l'Ile de Palmas :

« The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises [1er principe], demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law »³⁹.

Or si l'application du principe du droit intertemporel en droit international ne pose aucun problème, il n'en va pas forcément de même pour son application aux prétendus « modes » territoriaux. Car, l'application de ce principe relève d'une conception erronée de la nature et de la portée normatives de ces « modes ». De fait, ces derniers ne sont que des catégories cognitives et ne constituent pas des règles de droit international et comme tels ils ne peuvent pas bénéficier du jeu du principe du droit intertemporel. Ils ne représentent que des catégories logico-historiques auxquelles le juriste avait accoutumé de faire recours suivant l'enseignement romaniste qu'il avait reçu, dans le dessein d'asseoir en droit les mutations territoriales. Ces « modes d'acquisition » sont constamment écartés, nous l'avons constaté, par les tribunaux internationaux, et ils l'ont toujours été. On n'y a fait référence que de manière liminaire et les tribunaux internationaux n'y ont pas bâti leur *ratio decidendi*. Nous avons déjà observé comment ils ont été « parachutés » dans la doctrine du droit international, mais ils n'ont pas joui du même succès dans les fora internationaux et dans la pratique des Etats. Ces « modes » ne sont donc pas des catégories normatives, mais au mieux ils permettent au juge international d'« appréhender » et de « construire » juridiquement les « faits » qui sont en conséquence amalgamés par le titre juridique.

Le juriste se sert de ces « modes » en guise de « lunettes kantienne » ; ce sont donc des catégories descriptives dérivées par analogie du droit privé, alors qu'ils représentent en droit interne des catégories normatives du fait qu'ils sont consacrés par des textes de loi et non seulement par la doctrine, comme c'est en revanche le cas en droit international. Les codes civils énumèrent en effet les

³⁸ Voy. G. Distefano, « Time Factor and Territorial Disputes », in *Research Handbook on Territorial Disputes*, ed. by M. Kohen et M. Hebie, Elgar, 2017.

³⁹ Affaire de l'Ile de Palmas, p. 845. De même : CIJ, Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale, intervenant), arrêt du 10 octobre 2002, *Recueil de la CIJ* 2002, § 205, p. 405.

« modes » par le biais desquels les sujets de droit acquièrent la propriété sur les choses⁴⁰. Or rien de tel n'existe en droit international, qu'il soit conventionnel ou coutumier. Et la pratique jurisprudentielle fait état de cette absence. Ces modes sont, partant, des catégories descriptives dans l'ordre international cependant qu'ils sont des catégories prescriptives dans les ordres internes⁴¹. D'autres éléments, que nous verrons plus loin et qui peuvent être inclus sous le libellé de « perfection du titre », sont et demeurent fondamentaux aux fins de l'appréhension normative des phénomènes territoriaux.

Au lieu de faire recours aux « modes » d'acquisition (du territoire, de la souveraineté territoriale, *etc.*) nous préférons parler de certains faits juridiques [*lato sensu*]⁴² dont l'évaluation, l'appréciation, qui ne peut être que juridique, est à chercher dans l'ordre juridique où ces faits sont censés produire les effets juridiques prédéterminés. Ainsi, maintes considérations viennent à l'esprit concernant l'acquisition du titre à l'*extension*⁴³ de la souveraineté territoriale, des considérations qu'il serait oiseux de vouloir encastrer à tout prix dans de rigides schémas patrimoniaux. Car ceci les priverait de leur flexibilité vis-à-vis de situations spécifiques qui se présentent au juriste et au juge en droit international. Ces faits que nous examinerons plus tard dans cette étude,

⁴⁰ Voy. par ex. les arts. 711-717 du Code civil français (ci-après : CCF) ; arts.655 et suiv. du Code civil suisse (ci-après : CCS) ; art. 922 du Code civil italien (ci-après : CCI).

⁴¹ Nous pouvons donc dire des « modes » d'acquisition ce qui a été affirmé à propos de la distinction entre normes juridiques et propositions juridiques : « Contre la thèse que les normes juridiques constituent l'objet de la science du droit on a fait valoir que ces normes sont seulement l'instrument utilisé par les juristes pour décrire le droit. De même que les sciences de la nature recourent aux lois causales pour expliquer les phénomènes naturels, la science du droit expliquerait la conduite des hommes à l'aide des normes juridiques. Cette objection provient d'une confusion entre, d'une part, les normes juridiques (*Rechtsnormen*), telles qu'elles sont créées dans le cadre d'un ordre juridique, et d'autre part, les propositions (*Rechtssätze*) par lesquelles la science du droit décrit lesdites normes. Sans doute les propositions formulées par la science du droit se présentent-elles aussi sous la forme de normes, mais elles ont un caractère purement descriptif. Elles n'ont pas été créées dans le cadre d'un ordre juridique, mais simplement formulées par des juristes désireux de décrire les normes en vigueur dans un tel ordre », H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (revue, mise à jour, traduite et adaptée de la 2^{ème} édition allemande, 1953), Neuchâtel, 1988, p. 51 [les italiques sont de nous]. La paternité de la distinction entre catégorie prescriptive et catégorie descriptive semble échoir à John Stuart Mill, « *Essays on Nature* », in *Three Essays on Religion*, New York, 1874, pp. 11-15 : « Those who say that we ought to act according to Nature do not mean the mere identical proposition that we ought to do what we ought to do » (p.12).

⁴² Voy. *infra* I.III.

⁴³ C'est là une expression que nous privilégions et qui sera dorénavant fréquemment utilisée, car elle met en exergue l'*irradiation* de la souveraineté territoriale au-delà de la sphère spatiale originelle. Nous verrons en effet plus loin que ce n'est pas la souveraineté territoriale qui est transférée d'un Etat à l'autre relativement à une assiette territoriale mais bien plutôt le retrait de l'une et l'extension *immédiate* de l'autre. Cette heureuse formulation se retrouve également dans la pratique des Etats, comme il ressort de la note diplomatique envoyée le 19 août 1887 par M. Barros Gomes, ministre portugais pour les Affaires étrangères, à M. Maurice de Bunsen, plénipotentiaire français à Lisbonne, au sujet de la controverse sur le bassin du fleuve Zambèze, in H.A. Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, Londres, 1935, p. 10 : « ... such a country has acquired or legalized its titles to extend its sovereignty and civilizing influence throughout the immensely vast regions of Africa, to the benefits of all nations in general » [les italiques sont de nous].

constituent la description factuelle du processus matériel reconnu par le droit international comme susceptible de créer (et d'éteindre) un titre juridique.

Nous avons donc cru bon de procéder à la substitution des « modes » d'acquisition par des figures juridiques qui sont déjà bien établies en droit international et auxquelles nous ferons recours pour appréhender les mutations territoriales.

Le mode dit de la « cession » se réduit à la figure juridique du traité (territorial) qui sera examinée ci-après [Partie I.II] ; le mode dit de la 'prescription acquisitive' peut être expliqué à l'aide de certaines figures telles que l'acquiescement, l'estoppel, la renonciation ou l'absence de protestation, le caractère paisible du « fait matériel » de l'occupation, *etc.* [Partie I.IV.B.iii] ; le mode dit de l'occupation est cerné à travers la figure de l'effectivité du fait matériel engendré conjointement à l'*animus occupandi* et au caractère *nullius* du territoire [Partie I.IV.A] ; le mode dit de l'accession est appréhendé par la figure du transfert de titre *ope naturae*⁴⁴ ; les modes dits de l'annexion forcée et de la conquête, peuvent alternativement être appréhendés en droit grâce aux figures de la nullité et, exceptionnellement, du consentement et de la reconnaissance de la reconnaissance [Partie II.I.] ; le mode dit de l'attribution juridictionnelle (i.e. adjudication)⁴⁵ est remplacé par la simple analyse de la valeur et des effets de la décision juridictionnelle. Tous les autres phénomènes de transfert de souveraineté territoriale qui sont soit écartés soit englobés dans les « modes » trouvent leur explication par le truchement de l'analyse du comportement des Etats et de la construction d'un fait juridique complexe [Partie I.III.D].

Les « modes » d'acquisition traditionnels représentent donc des redondances théoriques, superflues et nuisibles par la même occasion. Ils ne sont tout au plus que des icônes, des expressions verbales, voire des représentations de l'esprit. Par surcroît, ils ne décrivent pas certains phénomènes qui demeurent inexplicables : la naissance de nouveaux Etats, le comportement des Etats en tant que source de titre juridique, l'annexion et la conquête⁴⁶, *etc.* A cet égard, leur portée normative est donc extrêmement réduite. Il n'en va pas moins, cependant, que ces « modes » représentent des commodes raccourcis afin de *décrire* certains cas de figure de mutation territoriale : des images permettant d'exprimer intellectuellement certains phénomènes territoriaux. Nous ne saurions nier que, envisagés sous cette optique, ils peuvent être d'une certaine utilité. Mais, force est de le constater, l'on finit toujours par en télescoper la portée normative glissant ainsi du niveau descriptif à celui prescriptif.

⁴⁴ Les cas de figure qui relèvent de cette catégorie ne seront pas abordés dans la présente investigation du fait de leur utilité marginale par rapport à notre objet d'étude.

⁴⁵ Dont la présence, en tant que « mode » autonome (à part entière) dans la classification traditionnelle, est loin d'être unanimement admise par la doctrine.

⁴⁶ N. Davies, *Vanished Kingdoms*, London, 2011, pp. 729-739.

Cette dérive, qu'elle soit volontaire ou involontaire, induit en erreur le lecteur qui s'approche à la thématique des mutations territoriales.

B. Vers une nouvelle articulation du concept de titre de souveraineté territoriale

Nous avons déjà eu la possibilité d'investiguer sur les différentes significations du terme de 'titre'. Dans le cadre de ce chapitre, il convient d'aller plus loin dans le dessein de construire véritablement, à l'aide de certaines contributions théoriques et jurisprudentielles, le concept de titre juridique. La science anglaise du droit, empreinte du proverbial pragmatisme a creusé dans cette direction et des découvertes fort intéressantes ont pu être faites. Selon Austin, le concept de titre, *stricto sensu*, ne se réfère qu'aux droits subjectifs qui sont créés par le biais d'un fait et non pas directement par la loi, à savoir *ipso iure*⁴⁷ :

« I apply the term *title* to every fact whatever, *through* which the law confers or extinguishes a right, or imposes and exonerates from a duty »⁴⁸ ;

« ... the right arises of necessity through a *title* : through a fact distinguishable from the law conferring the right, and to which the law annexes the right as a consequence or effect »⁴⁹.

On doit faire recours au concept de titre parce que peu de droits subjectifs sont créés directement par le seul effet de la loi, ou de la règle de droit, c'est-à-dire *ipso iure*. Il s'ensuit que le concept de titre revêt une fonction capitale car il permet de discerner, dans telle ou telle autre situation, lequel des faits (ou événements)⁵⁰ est apte, conformément au droit, à créer un droit subjectif en faveur d'un sujet de droit. Le titre permet donc de sélectionner certains faits, au détriment d'autres, en vue de la création (ou de l'extinction) d'un droit (ou d'une obligation). Il est le prisme à travers (« *through* ») lequel, le faisceau de droits et d'obligations émanant de la loi (en l'occurrence, le droit international public) atteint les divers sujets destinataires, créant à leur bénéfice des droits et des obligations, qui deviennent ainsi titulaires de ces droits.

On peut conclure que tout droit subjectif⁵¹, toute obligation doit toujours avoir un *titre*, ou fondement juridique, dont il dépend et auquel il se rattache. Le titre est donc la *justification* du droit subjectif ou de l'obligation. L'appartenance, le ressort (imputation), du droit subjectif au sujet de droit est

⁴⁷ Par exemple, les droits souverains dont l'Etat côtier jouit sur 'son' plateau continental existent *ope legis*, c'est-à-dire par la seule existence d'une règle juridique internationale qui les prévoit (article 76 de la CNUDM). Aucun autre fait n'est requis par le Droit pour que ces droits subjectifs lui soient conférés.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 880.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 879.

⁵⁰ J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Tome 1^{er}, Ch. XV, Paris-Genève, 1802, p. 281.

⁵¹ Dans notre cas, par l'expression de droit de souveraineté territoriale on fait allusion à un faisceau de compétences, droits, facultés, pouvoirs et obligations qu'on a accoutumés de subsumer sous ce libellé.

communément appelée *titularité* (« entitlement »). Cette étroite corrélation entre le(s) fait(s), le titre et le droit qui en jaillit est élégamment mise en relief par Salmond : « ...every right involves a title or a source from which it is derived. The title is the *de facto* antecedent, of which the right is the *de iure* consequent. »⁵². Le droit (objectif) attribué à certains faits, à travers ce prisme qu'est le titre, certains effets juridiques qui peuvent être soit des droits (subjectifs)⁵³ soit des obligations⁵⁴. Inversement, de tels droits ou obligations peuvent par ce même biais être éteintes ou encore modifiées⁵⁵ : on parlera alors, selon les cas, du droit de souveraineté territoriale ou encore de certains droits territoriaux mineurs [*infra* III.I.A-C]. Il importe donc de bien distinguer le titre du droit subjectif auquel il sert de fondement, sous peine sinon de confondre la cause et l'effet⁵⁶. On ne le répétera jamais assez, au vu d'une doctrine⁵⁷ et d'un langage jurisprudentiel très peu attentifs à cet égard. En conséquence, lors des controverses territoriales le titre (par sa présence, absence et 'poids) acquiert une importance fondamentale. Le bien-fondé d'une revendication d'un droit territorial dépend bien évidemment de la qualité du titre⁵⁸ : présenter un titre à l'appui de ses revendications, d'où l'équation : fait – titre – revendication.

⁵² Sir John Salmond, *Jurisprudence*, 9^{ème} éd. (par J.L. Parker), London, 1937, § 120, p. 473.

⁵³ « A title: that is to say, certain facts or events by reason of which the right has become vested on its owner », Sir John Salmond, § 73, p. 293.

⁵⁴ Voy. G. W. Paton, *A Textbook of Jurisprudence*, Oxford, 1946, p. 231, § 60.

⁵⁵ On parle alors justement de 'gradation' du titre juridique [voy. *infra* I.I.C]

⁵⁶ « Though employed in various ways, it [the title] is generally used to describe the manner in which a right of real property is acquired, or the real right itself. In the first sense, it refers to the conditions necessary to acquire a valid claim to land; in the second it refers to the legal consequences of such conditions. *These two senses are not only interrelated but inseparable: given the requisite conditions, the legal consequences or rights follow as of course; given the rights, conditions necessary for the creation of those rights must have been satisfied. Thus, when the word 'title' is used in one sense, the other sense is necessarily implied...When necessary to distinguish between these two aspects of title, the former will be referred to as 'entitling conditions' and the latter simply as 'rights'* », K. McNeil, p. 10 [les italiques sont de nous]; J. Austin, p. 977 ; I. Brownlie, p. 123.

⁵⁷ Voy. A. Gioia, *Titoli storici e linee di base del mare territoriale*, Padova, 1990, pp. 19, 95, 147.

⁵⁸ « The claimant...tries to prove that a right of possession is and has been with him. He uses the rule of international law, together with a factual evidence, in support of his case », N. Hill, *Claims to Territory in International Law and Relations*, London, 1945, p. 26 ; Emer de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (1758), Livre I, Ch. XXIII, Genève, 1983, § 283, p. 245 ; Sir Humphrey Waldock's Third Report on the Law of Treaties, *YILC*, Vol. II, p. 32 ; V. Gowlland-Debbas, « Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine: An Application of the Legitimizing Function of the United Nations », *BYIL*, Vol. 67 (1990), p. 152 ; A. M. Honoré, « Ownership », in *Oxford Essays in Jurisprudence* (dir. par A.G. Guest), Oxford, 1961, p. 134, « a title to a thing is a claim [*stricto sensu*] » ; G. Ballardore-Pallieri, p. 455 ; J.H.W., Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Vol. III, Leiden, 1970, p. 297.

C. Force ou poids relatif du titre territorial : les « gradations » du titre juridique

Etant donné que le titre à la souveraineté territoriale constitue le fondement d'un droit *erga omnes*, les Etats concernés concourent, de ce fait, par les moyens les plus variés (*acta* ou *facta concludenti*), à la perfection du titre⁵⁹, étendant par là son opposabilité⁶⁰. Dans cette perspective, on parle justement de titre absolu et de titre relatif⁶¹ : cette « gradation »⁶² est fonction du concours (actif et/ou passif) des Etats par rapport à la création (ou à l'extinction) du titre territorial.

Dans la gradation du titre juridique on fait référence ici au « critère formel » par opposition au « critère matériel » dont nous discuterons plus loin⁶³. En effet, nous tournons notre regard non plus vers le contenu du droit subjectif dont le titre juridique est le fondement, mais vers le titre juridique lui-même dont nous mesurons le degré de perfection. On se penche donc sur le degré de capacité du titre (critère formel) à engendrer un droit subjectif, quel que soit le contenu de ce dernier (critère matériel). Par exemple un traité de concession en administration (droit territorial mineur) ne constitue un titre juridique complet (critère formel) que lorsque l'Etat administrateur exerce effectivement les droits et les compétences qui lui sont dévolus par l'accord et conformément à celui-ci.

⁵⁹ « [I]mperfect title is made *absolute* », Ward v. Broadwell (1854), in *AILC* (1783-1968, DEAK), Vol. 4, p. 30 [les italiques sont de nous] ; « [the title invoked] has been perfected into a complete title », United States c. Arredondo, Cour suprême des Etats-Unis, *AILC* (1783-1968, DEAK), Vol. 3, p. 195.

⁶⁰ « [I]l doit être de principe, en matière internationale comme en toute autre...qu'on ne peut se créer de titre à soi même[...] », affaire de l'île de Lamu (Allemagne c. Royaume-Uni), décision rendue le 17 août 1889 par le Baron Lambermant, in *Pasicrisie internationale : Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (par H. La Fontaine), Berne, 1902, p. 338. L'archétype de ce principe peut être retracé dans la règle de droit romain, relativement à la possession : *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (Paulus, L.3 § 19 de acq. vel am. poss. 41). Comme il a été très justement remarqué : « ... le fait qu'un Etat intéressé avance une certaine interprétation ou *qualification juridique* comporte son *acceptation des conséquences juridiques* de cette interprétation, y compris celles qui sont à son détriment. De plus, *l'auto-interprétation d'aujourd'hui hypothèque celle de demain*. », G. Abi-Saab, « 'Interprétation' et 'auto-interprétation'. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, 1995, p. 19 [les italiques sont de nous]. Une de ces conséquences juridiques est justement l'opposabilité de la situation dont l'Etat qui a donné la qualification. Ainsi, ce dernier ne pourra plus revenir sur sa validité (l'opposabilité à son égard), contribuant ainsi par la même occasion à la perfection de cette situation car il en étend l'opposabilité à son encontre. La validité, reposant sur la quantité et la qualité du concours des divers Etats, en vient ainsi à être étayée.

⁶¹ « [T]he more absolute a title becomes, the more it rests on multiple foundations », G. Schwarzenberger, « Titles to Territory: response to a challenge », in *International Law in the Twentieth Century*, New York, 1969, p. 290. De même : V. Bellini, « Il principio generale dell'effettività nell'ordinamento internazionale », *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Vol. 27 (1957), pp. 225-369.

⁶² En droit anglo-saxon, par exemple, on distingue nettement les diverses *gradations* du titre juridique : « There are several stages or degrees requisite to form a complete title to lands and tenements. », W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England* (1765-1769), Livre II, Ch. 13, Chicago, 1978, p. 195. Voy. aussi : A. D. Hargreaves (« Terminology and Title in Ejectment », *Law Quarterly Review*, 1940, p. 392) qui parle de « perfect title ».

⁶³ Voy. *infra* III.1.

Sous l'angle du « critère formel », on parle donc de titre absolu⁶⁴, de titre relatif⁶⁵ et d'*inchoate title*. Désignant par le premier un titre quasi inattaquable qui engendre un droit subjectif et par le deuxième un titre dont le degré de perfection doit être jaugé par rapport à un autre titre concurrent pour le même droit subjectif. Enfin, par le terme de titre incomplet ou déficient, on fait référence à un titre juridique auquel un ou plusieurs éléments font défaut pour qu'il puisse finalement engendrer un droit subjectif⁶⁶.

Un titre qui, par sa nature même, est inachevé et demande à être perfectionné, est le « *inchoate title* »⁶⁷ (du latin « *inchoare* » : commencer, débiter), c'est-à-dire un titre naissant, en devenir. Dans l'affaire de l'Île de Palmas, l'Arbitre unique Max Huber y fit référence en ces termes : « an 'inchoate title', a *ius ad rem*, to be completed eventually by an actual and durable taking of possession within a reasonable time »⁶⁸. Il s'agit donc d'un titre déficitaire dont le droit international exige qu'il soit parachevé dans un délai raisonnable par le truchement de la prise de possession effective du territoire⁶⁹. Et puisqu'un

⁶⁴ M. F. Lindley, p. 27. Ou de titre « parfait », « perfect title » : Jones v. United States (1890), in *AILC*, (1783-1968, Déak), Vol. 3, p. 259 ; ou de « full title », Protocole de la Commission mixte (Allemagne et Grande-Bretagne) établi le 15 juillet 1886, in *Pasicriste*, p. 280.

⁶⁵ « [R]elative or lesser title », K. McNeil, p. 13.

⁶⁶ « The terme « incomplete title » has been used interchangeably with « imperfect title », « equitable title » and « inchoate title », Chichimacha Tribe of Louisiana v. Harry L. Laws Co. (1982), in *AILC* (1979-1986, Reams), Vol. 2 (Second Series), p. 17.

⁶⁷ Sous l'entrée « inchoate » le *Black's Law Dictionary* (p. 761) donne les acceptions suivantes : « Imperfect; partial; unfinished; begun but not completed... ». Le caractère d'inachèvement est donc particulièrement manifeste.

⁶⁸ Affaire de l'Île de Palmas, p. 845. Toutefois, l'expression *ius ad rem* employée par le juriste suisse ne se révèle pas très heureuse. Car la notion de « inchoate title » fait référence à un droit dont le titulaire bénéficie sur un territoire *nullius*. Par conséquent, on ne se trouve pas face à un Etat qui exige d'un autre Etat la cession d'une parcelle de son territoire, mais face à l'obligation incombant aux autres Etats de respecter ce droit que l'Etat a de prendre possession, dans un délai raisonnable, de ce territoire sans maître. Donc, à la protection du droit à procéder à la prise de possession effective et à l'achever. C'est justement la précision (non seulement terminologique) qui nous est fournie par Barile (1951, p. 227, note 217). Il s'agirait en revanche, à la stricte rigueur des termes et des concepts, d'un *ius in re* déficitaire, incomplet. Jadis, Barbeyrac évoquait les « faits (investitifs) » qui pouvaient générer, au bénéfice de l'Etat en question, un titre embryonnaire, imparfait. Tel est le cas, écrivit-il, lorsque ledit Etat manifeste, par des actes concluants, son intention d'étendre sa Puissance publique sur des territoires sans maître, bref qu'il affiche, par des mesures concrètes, son *animus occupandi* [voy. *infra* I.IV.A] : « Une autre chose qu'il faut remarquer c'est que l'effet que nous attribuons ici à une simple déclaration de volonté se réduit à prévenir ceux qui ne pourroient avoir la même intention. Mais on n'a jamais prétendu que cela suffit pour acquérir un plein droit de Propriété qui exclue désormais toute prétention d'autrui. Si étant à portée de se mettre en possession corporelle de la chose dont on a témoigné vouloir s'emparer, on ne le faisoit pas, on donneroit à croire qu'on ne s'en soucie point et qu'on a changé de sentiment. Le désir de s'approprier, et les signes qu'on en donne pour exclure les concurrents, tendent par eux-mêmes à la jouissance du droit, qu'on ne peut avoir sans la possession. Ainsi dès-là qu'on néglige de procurer cette jouissance, on renonce au droit qu'on venoit d'acquérir ; et les autres, qui s'étoient laissés prévenir, recouvrent le leur. », C. Barbeyrac, *Notes à la traduction de l'œuvre de Pufendorf : Le droit de la nature et des gens ou système général des Principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, Vol. 1^{er}, Ch. IV, § 2, Bâle, 1771, p. 580 (note 2).

⁶⁹ Déjà Vattel avait mentionné ce type de titre : « Lors donc qu'une Nation trouve un pays inhabité & sans maître, elle peut légitimement s'en emparer. Et après qu'elle a suffisamment marqué sa volonté à cet

« *inchoate title* » n'est pas suffisant à lui seul pour engendrer un droit subjectif, il s'ensuit tout naturellement que le titre juridique qui sera finalement parachevé ne sera composé qu'en partie par l'« *inchoate title* ». D'autres faits « investitifs » s'y seront agrégés donnant ainsi lieu à un fait 'complexe' capable d'atteindre le résultat visé. L'« *inchoate title* » illustre donc à merveille la notion de perfectionnement du titre juridique, et partant, sa structure « composite ». Un « proto-titre » (*inchoate title*) n'est pas, nous venons de le voir, « aussi bon » qu'un titre absolu, voire qu'un titre relatif, pourvu que ce dernier soit caractérisé par un minimum d'effectivité⁷⁰. Mais quels sont donc les faits juridiques que le droit international reconnaît comme capables de créer un *inchoate title* ? Quels sont les effets juridiques produits par la survenance d'un tel titre ? Comment ce titre imparfait se concrétise-t-il ? Quels sont les droits dont l'Etat titulaire de l'*inchoate title* jouit en vertu dudit titre ? La doctrine est unanime quant aux faits qui peuvent générer un *inchoate title* : découverte⁷¹, prise de possession symbolique et/ou formelle⁷², bénédiction des lieux, hissage du drapeau, accords sur les « sphères d'influence »⁷³. En d'autres termes, ce qui fait défaut c'est l'occupation effective ; l'*inchoate title* désigne un début de prise de possession⁷⁴ qui est en

égard, une autre ne peut l'en dépouiller. C'est ainsi que des Navigateurs, allant à la découverte, munis d'une Commission de leur Souverain, & rencontrant des Isles, ou d'autres terres désertes, en ont pris possession au nom de leur Nation : Et communément ce titre a été respecté, *pourvu qu'une possession réelle l'ait suivi de près.* », Emer de Vattel, Livre 1, Ch. XVIII, § 207 [les italiques sont de nous]. La doctrine dans son sillage n'hésita guère à adopter une telle figure embryonnaire de titre ; on retiendra en particulier : M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, pp. 9-16 ; J. Fisch, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, Stuttgart, 1984, pp. 444, 447-490 (qui parle de 'Titel a priori und a posteriori') ; G. Fusinato, p. 37 ; J. De Louter, *Le droit international public positif*, vol. 1, Oxford, 1920, p. 348 ; J. L. Brierly (1963), pp. 165-166.

⁷⁰ « An inchoate title however cannot prevail over a definitive title founded on continuous and peaceful display of sovereignty », Affaire de l'Île de Palmas, p. 869.

⁷¹ « Title by settlement, like title by discovery, is of itself an *imperfect title*, and its *validity will be conditional* upon the territory being vacant at the time of the settlement, either as never having been occupied, or has having been abandoned by the previous occupant. », Sir Travers Twiss, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities : on the Rights and Duties of Nations in Time of Peace*, Oxford, 1884, p. 123 [les italiques sont de nous].

⁷² « [T]he mere fact of seeing a land, without any act, even symbolical », Affaire de l'Île de Palmas, p. 843 ; « En effet, lorsque des Navigateurs ont rencontré des pays déserts, dans lesquels ceux des autres Nations avaient dressé en passant quelque Monument, pour marquer leur prise de possession; ils ne se sont pas plus mis en peine de cette vaine Cérémonie, que de la disposition des Papes, qui partagèrent une grande partie du Monde, entre les Couronnes de Castille et de Portugal. », Emer de Vattel, Livre 1, Ch. XVIII, § 208.

⁷³ Voy. aussi *infra* III.I.E.

⁷⁴ « [D]ei territori sui quali gli Stati pretendevano soltanto di avere un *inchoate title* derivante dalla scoperta e dalla presa di possesso formale », R. Ago, *Il requisito dell'effettività dell'occupazione nel diritto internazionale*, Rome, 1934, p. 116 [les italiques sont de nous]. La pratique étatique semble confirmer cette manière de voir. A cet égard il est utile de reproduire ici la réponse de M. Gallatin, plénipotentiaire des Etats-Unis d'Amérique, à son homologue anglais, M. Addington, au moment du différend territorial opposant les deux Etats au sujet de la validité du titre de souveraineté dans la région de l'Oregon: « Prior discovery gave a right to occupy, provided that occupancy took place within a reasonable time and was ultimately followed by permanent settlement, and by the cultivation of the soil. », Sir Travers Twiss, p. 168.

train de se parachever : une situation juridique encore fluctuante (*schwebende Rechtslage*)⁷⁵. Toutefois, le droit international protège certains droits de l'Etat titulaire ; ce dernier jouit notamment d'une sorte de droit de préemption⁷⁶ sur le territoire en question⁷⁷. Ceci vise précisément à permettre à l'Etat de procéder au parachèvement de son titre, ce qui ne peut s'effectuer que grâce à une prise de possession effective⁷⁸. Ainsi, l'Etat est tenu de s'y établir et d'y manifester une présence étatique⁷⁹ dans un délai raisonnable :

« [W]hatever rights Spain may have had to the sovereignty of Sulu and its dependencies, those rights must be considered as having lapsed owing to the complete failure of Spain to attain a de facto control over the territory claimed »⁸⁰.

En l'espèce, l'Espagne, par le biais de certains accords de protectorat⁸¹ (avec le Sultan de Sulu) et de sphères d'influence⁸² (avec les autres Puissances européennes, ayant des intérêts dans la région) avait su se créer un *inchoate title* à l'égard de cet archipel. Toutefois, elle ne sut ou elle ne put le parachever, faute d'occupation *animo imperii*, et, donc, les autres Puissances (notamment

⁷⁵ Voy. S. Romano, « Clipperton » (1930), p. 38 : « [U]no stato di pendenza e di aspettativa »; M. Giuliano, « I diritti e gli obblighi degli Stati », in *Trattato di diritto internazionale*, Vol. III, Padoue, 1956, p. 209.

⁷⁶ Ce droit de préemption lui est garanti par le droit international, et les autres Etats doivent s'abstenir, toujours pour un délai raisonnable, d'entreprendre des actes de possession ou d'occupation du territoire en question, qui pourraient entraver la prise de possession du territoire de la part de l'Etat titulaire dudit droit.

⁷⁷ La pratique des Etats abonde de ces exemples, survenus notamment lors de l'apogée de la colonisation de terres lointaines (p.ex. le *Scramble for Africa*). Des règles étaient nécessaires afin de délimiter aussi nettement que faire se peut les terres sans maître, avant même justement qu'une occupation effective pût s'établir. La Conférence de Berlin de 1885 répondit précisément à ce besoin en instaurant un système conventionnel de création de l'« inchoate title » par le biais notamment de la « notification » et d'autres procédures de « préemption ». Il convient toutefois de souligner que bien avant cette date, les Etats, par le truchement des accords dits des sphères d'influence et par les accords avec les chefs indigènes, avaient su parer aux conflits qui naissaient de l'application de la règle fondamentale dans ces cas qu'est *prius in tempore potior in iure* (Codex 54 *De Regulis Iuris* in 6 to 5, 12). Une découverte ou un début d'occupation ne pouvaient donc pas être entachés par des actes analogues successifs. C'est ce que le ministre des Affaires étrangères et illustre juriste italien, M. Mancini, eut à affirmer dans une dépêche adressée au plénipotentiaire italien à Berlin pour la Conférence précitée, M. De Launay, cité in *La prassi italiana di diritto internazionale* [ci-après : *Prassi italiana*], Prima serie (1861-1887), Vol. II, New York, 1970, § 841.

⁷⁸ Voy. par ex. l'affaire de l'île de Clipperton (France c. Mexique), sentence rendue le 28 janvier 1931 par le Roi d'Italie Victor Emmanuel III, *RSA*, Vol. II, p. 1109.

⁷⁹ A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3ème éd., Berlin, 1984, p. 672. « Prominent British writers on international law agree that an inchoate title cannot for an indefinite time constitute a bar to the occupation by another State », G. Marston, « Abandonment of Territorial Claims: the Cases of Bouvet and Spratly Islands », vol. 57 (1986), p. 342. A titre d'exemple pour la détermination de ce « délai raisonnable », l'éminent juriste italien Fiore ((1916), pp. 444-459) proposa une période de 25 ans. Ce laps de temps trahit l'influence des codifications de droit civil des pays occidentaux relativement à la durée de temps nécessaire au recouvrement de l'acquisition de la propriété par voie de l'usucapion [voy. *infra* I.IV.B.iii].

⁸⁰ Dépêche de Earl of Derby à l'ambassadeur anglais à Berlin, Lord Odo Russell, du 17 janvier 1876, in *Fontes Iuris Gentium, Répertoire de la Correspondance diplomatique des Etats Européens (1856-1878)*, Berlin, 1937, B.1.2 (1871-1878), § 602 [ci-après *Bruns*].

⁸¹ Traité de 1836. Il faut également souligner en passant que le Sultan de Sulu conclura successivement un accord analogue avec l'Angleterre engendrant de nombreux problèmes quant à la portée de ces actes et à sa crédibilité en tant que Partie contractante. Sur la notion de protectorat international, voy. *infra* III.I.G.i.

⁸² Protocole de 1885.

l'Angleterre) s'estimèrent libérées de l'obligation de s'abstenir d'effectuer, à leur tour, des actes d'occupation.

Dans l'affaire de l'île de Bulama, l'Arbitre unique fut confronté à une situation bien particulière, qui à deux égards, notamment, nous sert d'introduction à deux aspects relatifs au titre juridique que nous étudierons ci-après : a) le poids relatif de chaque titre avancé par les Parties et b) le caractère 'multititulaire' de l'ordre juridique international relativement à la création et à l'extinction des titres juridiques. Or, selon les conclusions du Tribunal :

« L'île de Bulama et le continent qui lui fait face ont été découverts par un navigateur portugais, en 1446 ; longtemps avant 1792⁸³, il y a eu à Bissao sur la rivière Jeba un établissement portugais qui, depuis lors, est toujours resté sous la souveraineté portugaise...; cette île est adjacente au continent et si proche que les animaux traversent à marée basse⁸⁴ ; en 1752, le Portugal a officiellement revendiqué l'île de Bulama et, depuis lors cette revendication a toujours été maintenue ; ... le titre britannique dérive d'une prétendue cession consentie par des chefs indigènes en 1792, époque où la souveraineté du Portugal avait été établie sur le continent et l'île de Bulama ; le gouvernement portugais n'a pas abandonné sa prétention et occupe actuellement l'île avec un établissement portugais d'environ 700 personnes... ; le Portugal n'a acquiescé à aucun des faits à l'appui du titre britannique »⁸⁵.

La souveraineté portugaise fut finalement reconnue par le Tribunal qui étaya sa *ratio decidendi* sur les faits suivants : a) *inchoate title* portugais dérivant de la découverte ; b) *inchoate title* portugais dérivant de la contiguïté ; c) maintien de la revendication et occupation effective au moment du règlement arbitral ; d) ces faits corroborent l'absence d'acquiescement de la part du Portugal. Le gouvernement anglais ne pouvait faire valoir pour sa part que l'*inchoate title* issu d'un accord avec les chefs indigènes⁸⁶. Mais ce titre n'était pas opposable au Portugal car il intervenait au moment où le titre portugais était déjà parachevé ou, à tout le moins, était en cours de perfectionnement. Par conséquent et si l'on suit Max Huber⁸⁷, l'*inchoate title* anglais (pourvu qu'il y en eût un) ne pouvait guère prévaloir sur le titre, peut-être très relatif, du Portugal. Il s'ensuit donc que le juge, appelé à régler le différend est nécessairement amené à déterminer les poids des titres en lice. C'est-à-dire leurs capacités *respectives* à engendrer le droit subjectif pour lequel ils concourent.

La perfection du titre juridique lors de transferts territoriaux s'effectuant sans acte conventionnel, ou, en tout cas, lorsque ce dernier ne constitue pas la seule cause juridique de la mutation territoriale, se présente sous la forme d'un fait

⁸³ Date de la première revendication anglaise.

⁸⁴ Argument supplémentaire de contiguïté, pouvant donner naissance à un *autre* *inchoate title*, indépendant de celui issu de la découverte, au bénéfice du Portugal.

⁸⁵ Affaire de l'île de Bulama (Grande-Bretagne c. Portugal), sentence arbitrale rendue le 21 avril 1870, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Vol. II, p. 613 [les italiques sont de nous].

⁸⁶ Voy. *supra* note 71.

⁸⁷ Voy. *supra* note 70.

juridique complexe. Par exemple, en cas de découverte d'une île sans maître, l'Etat se trouve en possession d'un *inchoate title*, c'est-à-dire d'un *ius in re* déficitaire⁸⁸. Si l'Etat 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.

Il nous reste à affronter une problématique corollaire à celle du titre absolu/relatif, à savoir celle du poids relatif des titres juridiques. Cette notion, si essentielle dans ce domaine du droit international public, est la suite logique du caractère « multitulaire » de ce système juridique relativement à l'établissement de titres territoriaux. Elle ne serait en effet pas intelligible dans un système « unitulaire ».

Par « multitulaire », la science juridique du « *Common Law* » entend une pluralité de « sources » de titres à la propriété (et donc de revendications qui s'y fondent), sources de titres qui sont différentes et indépendantes les unes des autres. On envisage donc que plusieurs « *roots of title* » (racines de titre) se développent de manière distincte et concurrente, donnant ainsi naissance à des revendications également légitimes, du moins au départ. Par un procédé comparable à la parthénogenèse, le titre juridique peut engendrer d'autres titres juridiques qui se départent de ce « tronc » commun. Il en découle que plusieurs « *roots of title* » concurrents peuvent jaillir du même tronc commun. Dans ce système, des « titres absolus » ou des « meilleurs titres » ne peuvent émerger (ou apparaître, ou être engendrés) qu'à la suite de l'affrontement entre titres concurrents et à la *catharsis* qu'est le règlement juridictionnel des différends. Honoré décrit ainsi le fonctionnement d'un système « multitular » relativement à la création (et à l'extinction) de droits subjectifs :

« [T]hat several persons may have titles to the same thing; thus a new possessor has, under some systems of law, a better right to possess than any later possessor of the thing not deriving the title from an earlier possessor...Hence there may be problems of priority of title. »⁸⁹

Il s'ensuit que la possibilité d'acquérir un titre sans le consentement, exprès ou tacite, du précédent titulaire peut conduire à la situation où des titres continuent d'exister de manière indépendante et de se fortifier ou s'affaiblir au fil du temps⁹⁰.

⁸⁸ Voy. *supra* note 68.

⁸⁹ A. M. Honoré, p. 135 [les italiques sont de nous]. H. W. Ballantine, « Title by Adverse Possession », *Harvard Law Review*, Vol. 32 (1918), pp. 135-152.

⁹⁰ « [T]he later acquisition may have the effect either of divesting the earlier or of creating a second, concurrent title; in the latter event, the two titles may continue indefinitely to run concurrently, or the earlier may lapse or become unenforceable after a period of time », A. M. Honoré, p. 136 [les italiques sont de nous].

Les « inconvénients » liés au caractère dia-chronique des systèmes « multititular » conduisent tout naturellement à la problématique de la « date critique »⁹¹, dont le rôle y est particulièrement important. Cette dynamique inhérente au conflit des titres juridiques, à leur maintien et extinction respectifs a été clairement décrite dans l'affaire des Minquiers et Ecréhous par le juge Levi Carneiro dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt :

« A mon avis, tandis que dépérissait et s'évanouissait le titre originaire français – consistant tout au plus dans la simple institution d'une suzeraineté non prouvée et douteuse, ... le titre originaire anglais – provenant de la conquête, probablement inconditionnelle, par les Normands – se fortifiait, se consolidait, se légitimait, au cours des traités successifs et de l'occupation presque ininterrompue de l'ensemble des îles de la Manche et, finalement, par l'affirmation de la souveraineté nationale quand disparut la féodalité politique »⁹².

Nous observons donc que non seulement le droit international est un système « multititulaire »⁹³, mais que le titre juridique n'est pas quelque chose d'immuable, figé à jamais. En revanche, le titre territorial évolue, se modifie, interagit avec des faits nouveaux et des titres concurrents⁹⁴. De surcroît, il est comme une éponge car des faits ou actes juridiques nouveaux s'y incrustent, s'y greffent dans le dessein de l'affaiblir ou de le renforcer, toujours eu égard à d'autres titres rivaux ; d'où l'adjectif « relatif ». Le titre juridique est ainsi composé de plusieurs éléments tenus ensemble par le fait qu'ils tendent tous vers la réalisation d'un certain but. C'est un agrégat d'actes et faits concluants, une

⁹¹ Sur cette notion-clef du règlement juridictionnel des différends territoriaux, voy. G. Distefano, « Time Factor and Territorial Disputes », in *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham, 2018, pp. 397-416.

⁹² CIJ, Affaire des Minquiers et Ecréhous, pp. 96-97. « Les événements postérieurs à 1925 ou 1937, suivant le cas, ont donc essentiellement pour but de montrer que, devant les prétentions argentines [relativement à certains espaces antarctiques], le Royaume-Uni n'a pas abandonné, mais a maintenu de manière active ses titres sur les territoires en question. », affaires relatives à l'Antarctique (Royaume-Uni c. Argentine; Royaume-Uni c. Chili) : *CIJ Mémoires* 1956, § 35 (Requête introductive d'instance contre la République argentine; les italiques sont de nous) ; « 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. », affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt du 18 décembre 1951 : *CIJ Recueil* 1951, p. 139 [les italiques sont de nous]. « Ainsi à Qatar, l'autorité des Al-Thani s'étendait progressivement, pendant que celle des Al-Khalifa se contractait graduellement », opinion dissidente commune des juges Bedjaoui, Korova et Ranjeva jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, 2001, § 104. De même : CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), 2008, § 290.

⁹³ « [L']invocation de la prescription reviendrait dès lors à retenir un fondement totalement différent pour déterminer la frontière », Affaire de l'Île de Kasikili / Sedudu (Botswana / Namibie), arrêt du 13 décembre 1999, *Recueil de la CIJ* 1999, § 91, p. 1101.

⁹⁴ Il convient de souligner à cet égard que les rapports entre le « temps » et le titre territorial sont au moins au nombre de quatre : a) évolution des règles composant le DIE ; b) création et maintien du titre territorial dans le temps ; c) conflits de titres territoriaux à travers le temps dans un système « multititulaire » ; d) date critique. Les deux premières dimensions peuvent être subsumées sous le libellé unique de « droit intertemporel » et seule la troisième sera plus spécifiquement étudiée dans cet ouvrage, alors que les trois autres ont fait l'objet d'une autre étude (*supra* note 91).

cause efficiente au sens aristotélicien dont la raison d'être est précisément l'accomplissement d'un résultat, d'une situation juridique, à savoir la création ou l'extinction d'un droit subjectif. L'affaire précitée illustre à bien d'égards ces caractéristiques et indubitablement elle a été réglée en faisant recours au concept du « meilleur titre » et au concept germain de la « force relative » du titre⁹⁵.

Tout au contraire, dans les systèmes de droit « unititaire », on ne peut concevoir qu'une seule source commune par rapport à la légalité de la possession (et à la revendication du titre de propriété). Le conflit entre les titres n'est ici envisageable que de manière dia-chronique, c'est-à-dire que le titre le plus récent en litige ne peut s'imposer qu'en effaçant le titre dont il est issu. Le titre antécédent est donc effacé par son succédané qui est le fruit, si l'on nous permet cette expression, de son sein. Dans ce système le titre devient donc immédiatement 'absolu' ou le 'meilleur titre' à la suite de l'effacement du titre précédent. Ainsi, et contrairement au système *multitulaire*, des titres absolus peuvent se créer dont l'opposabilité et la validité *erga omnes* sont immédiatement et automatiquement établies⁹⁶. Bien évidemment, les systèmes dits « unititaires » renvoient à une conception primitive de l'ordre juridique et, notamment, des mécanismes de création et d'extinction des droits subjectifs. C'est pourquoi tant les ordres juridiques internes que l'ordre juridique international sont des systèmes « multitulaires ».

Ces considérations se révèlent essentielles aux fins de la compréhension des notions de « *better title* » (le titre le plus « fort ») et de « *relative strength / weight* » (poids relatif du titre): concepts dont se nourrissent les tribunaux internationaux au moment de trancher les conflits territoriaux qui sont, donc, des conflits entre titres⁹⁷. De fait, l'ordre international, imprégné de flexibilité⁹⁸ quant à son fonctionnement, ne peut être qu'un système juridique « multitulaire ». Le lien conceptuel entre la « multitularité » du droit international⁹⁹ et le concept du « meilleur titre » se révèle ainsi :

« [T]he concept of title employed to solve disputes approximates to the notion of the better right to possess familiar in common law. The operation of the doctrines of

⁹⁵ Voy. en ce sens : Sir Gerald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice. Points of Substantive Law. Part II », *BYLL*, Vol. 32 (1955-1956), pp. 64-65 ; The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, pp. 528-569. Voy. la correspondance diplomatique échangée entre le Brésil et la Grande-Bretagne au sujet de la question de l'île de la Trinité du 20 au 22 juillet 1895, in *NRG*, 2^{ème} série, Vol. 21, p. 637, où l'on observe l'enchevêtrement de ces deux concepts.

⁹⁶ « [I]f the title to a thing is in A, no title to it can be acquired (independently) by B, except by a process which divests A. There is only one 'root of title' for each thing... and the present title can ultimately be traced back to that root. », A. M. Honoré, p. 137.

⁹⁷ CIJ, Affaire de l'île de Kasikili / Sedudu (Botswana / Namibie), § 91 (p. 1101).

⁹⁸ « [I]t emerges that multitular systems are more flexible than unititular systems... », A. M. Honoré, p. 141.

⁹⁹ La figure juridique de la 'possession contestée' si typique du droit international (et du Common Law) trouve son fondement et sa plausibilité dans le caractère « multitular » de l'ordre juridique international [voy. *infra* I.IV.B.ii].

prescription, acquiescence, and recognition makes this type of approach inevitable, but in any case tribunals will surely favour an approach which reckons with the limitations inherent in a procedure dominated by the presentation of evidence by two claimants, the result of which is not automatically opposable to third states »¹⁰⁰.

Les différends territoriaux surgissent, en général, dès qu'au moins deux titres concourent pour la même assiette territoriale, un conflit territorial (ou de délimitation) n'étant rien d'autre qu'un conflit entre titres juridiques par rapport à leurs poids respectifs, en premier lieu, et à leurs étendues spatiales respectives, ensuite¹⁰¹.

Si le règlement du différend territorial est confié à un organe juridictionnel, celui-ci appréciera le poids, la force (« *strength* ») d'un titre par rapport à l'autre¹⁰². A cet égard il convient de relater un passage de ce Livre Sacré en la matière qu'est la sentence dans l'affaire de l'Île de Palmas :

*« If a dispute arises as to the sovereignty over a portion of territory, it is customary to examine which of the States claiming sovereignty possesses a title -cession, conquest, occupation, etc.- superior to that which the other State might possibly bring forward against it. »*¹⁰³

Il faut dire d'emblée que le « poids » de chaque titre n'est mesuré que par rapport à celui du titre concurrent, d'où justement l'attribut « relatif »¹⁰⁴.

¹⁰⁰ I. Brownlie, p. 124. La problématique de l'effet relatif de la chose jugée ne sera pas ici étudiée. Il suffit de souligner que cette relativité est davantage mise en exergue par la relativité inhérente au caractère des titres en présence [G. Distefano (2002), pp. 435-451].

¹⁰¹ « If the *relative strength* of these different claims may be *tested* by the result of that remarkable contest, that of continuity westward must be pronounced to be *the stronger of two*. », dépêche diplomatique du Secrétaire d'Etat américain, N. Calhoun, envoyée le 3 septembre 1844 à l'ambassadeur britannique à Washington, M. Pakenham, au sujet de la controverse sur les territoires de l'Oregon, citée in *A Digest of International Law as Embodied in Diplomatic Discussions, Treaties and other International Awards, the Decisions of Municipal Courts and the Writing of Jurists* [ci-après *Moore*], Vol. 1, Washington, 1906, pp. 264-265 [les italiques sont de nous] ; la plaidoirie de M. Volterra (Bahreïn) dans l'affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales, 2001, CR 2000/13 (séance du 13 juin 2000), § 144.

¹⁰² « ...[S]overeignty should be accorded to that Party which has demonstrated in its own conduct the *greater degree* of continuous effective control, jurisdiction or possession. », The Dubai-Sharjah Border Arbitration (CPA), sentence arbitrale du 19 octobre 1981, *ILR*, Vol. 91, § 9 [les italiques sont de nous]. Dans le même sens : Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), arrêt du 15 juin 1962 (fond), Plaidoirie, Documents, Correspondance, 1962, Vol. II, p. 525.

¹⁰³ Affaire de l'Île de Palmas, pp. 838-839 [les italiques sont de nous]. La pratique des tribunaux internationaux nous prodigue une riche moisson de précédents : affaire de la Délimitation de frontière (Etats-Unis d'Amérique c. Royaume-Uni), sentence rendue le 10 janvier 1831 par le Roi des Pays-Bas Guillaume 1^{er}, in *Pasicrisie*, p. 14 ; The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, p. 528 : « a judgement has to be rendered on the relative strength of the cases made out by two parties » ; CIJ, Temple de Préah Vihéar, p. 30 ; affaire du Partage des Etats de Seyid-Saïd (Zanzibar c. Mascate), sentence arbitrale du 2 avril 1861, in *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. 2, p. 68 ; Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), sentence arbitrale du 9 octobre 1998, *RSA*, vol. XXII, §§ 455, 496, 509 ; CIJ, Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, 2001, § 203 [bien que la Cour se soit défendue de l'appliquer *in specie*].

¹⁰⁴ « [I]l s'agit assez souvent, moins d'établir le bien-fondé absolu de l'une des thèses en présence - chacun offrant fréquemment des points forts et des faiblesses- que d'apprécier la valeur relative des

Encore, la réalité à laquelle un tribunal international est confronté et sur laquelle il est appelé à se prononcer est souvent complexe, et ici plus que dans les ordres juridiques internes on ne peut guère établir une casuistique rigide des précédents, du fait du caractère unique de chaque affaire (« *einzigartig und einmalig* »)¹⁰⁵. D'autant moins qu'on ne peut pas faire recours à la classification privatiste et patrimonialiste des modes d'acquisitions du territoire¹⁰⁶. A la lumière de cet aspect du titre juridique, nous sommes en mesure de formuler une critique de la rigide orthodoxie doctrinale dans la classification des modes d'acquisition du titre à la souveraineté territoriale, dont la pertinence, aux fins de *la ratio decidendi*, est dérisoire.

Le principe clef qui est à l'origine du concept de la « force relative » du titre découle de la structure horizontale et « anarchique » de la Communauté internationale, où, en l'absence d'une entité supérieure (« absolue »), les conflits territoriaux se règlent généralement sur une base relative strictement circonscrite par les Parties en litige¹⁰⁷. On peut avancer que ceci est souvent dû à la teneur du compromis par le biais duquel les Parties soumettent leur différend ; en effet, c'est le compromis d'arbitrage même (qui fonde et délimite la compétence et les pouvoirs de l'organe) qui spécifie que le territoire controversé ne puisse appartenir qu'à l'une ou à l'autre des Parties devant l'instance¹⁰⁸. Il n'est donc pas étonnant que le tribunal international, astreint aux seuls titres juridiques en présence, se trouve dans l'obligation de régler le

prétentions par la recherche du 'titre meilleur' », Ch. De Visscher (1958), p. 604. Dans l'affaire du statut juridique du Groënland oriental, p. 46, la CPJI eut à s'exprimer en ces termes, fort éloquentes : « Dans la plupart des cas comportant des prétentions de souveraineté territoriale sur lesquelles un Tribunal international ait eu auparavant à se prononcer, deux prétentions concurrentes à la souveraineté ont été soumises au Tribunal, et ce dernier avait à décider quelle était celle des deux qui était fondée... ; [la] prétention supérieure » ; voir aussi : Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area (Sprska Republic v. Federation of Bosnia and Herzegovina), award delivered the 14 February 1997, *ILM*, Vol. 36 (1997-2), p. 421 (§ 75).

¹⁰⁵ « [E]ach territorial problem has its own specific characteristics... », The Dubai-Sharjah Border Arbitration, § 190. Cela est encore plus évident lors des controverses de délimitation maritime. Voy. à cet effet les affirmations du Tribunal arbitral dans la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, sentence rendue le 14 février 1985, *RGDIP*, Vol. 89 (1985), p. 521.

¹⁰⁶ « [T]he importance of showing a better right to possess in contentious cases, i.e. of relative title, is obscured if too much credit is given to the five 'models' », I. Brownlie, p. 132 [les italiques sont de nous]. La prise de position de l'éminent juriste anglais (que nous partageons pleinement) est d'autant plus significative qu'elle demeure une voix isolée au sein de la doctrine anglo-saxonne qui accorde une importance disproportionnée à ces « models ». Toutefois il nous plaît de signaler que dans la dernière (9^{ème}) édition de l'influent manuel d'Oppenheim (1992), on assiste à un revirement, certes opéré en sourdine et de manière extrêmement prudente, mais qui est assurément significatif (§ 242, p. 679, voir *supra* note 37, le passage relevant cité à p. 86). Voy. aussi A.L.W. Munkman, p. 37.

¹⁰⁷ Voy. par ex. le compromis d'arbitrage du 1^{er} mars 1895 par lequel le Guatemala et le Honduras déférèrent leur controverse territoriale à un tribunal arbitral. On y fait clairement référence au concept de force relative des titres invoqués et à leurs valeurs respectives : « las líneas demarcadas en documentos públicos no contradictos por otros de *igual clase y de mayor fuerza*, dando a cada uno el *valor* que le corresponda según su antigüedad y *eficacia jurídica*... » (Art.VI), in *Pacificrie*, p. 506. Dans le même sens : CIJ, Temple de Préah Vihear, Plaidoirie, Documents, Correspondance, 1962, Vol. II, p. 525.

¹⁰⁸ Voy. l'opinion individuelle du juge Koojimens dans l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, 2001, § 77.

différend sur une base relative. Il y est tenu par le compromis d'où il puise ses pouvoirs et duquel il ne peut pas s'écarter. D'ailleurs, s'il est, comme certains auteurs le prétendent¹⁰⁹, un simple organe des Parties, il doit exécuter fidèlement les obligations auxquelles il est soumis en vertu du compromis. C'est donc là une autre raison qui fait que les controverses territoriales soient tranchées sur une base relative. Et cet aspect avait été clairement relevé par Huber dans l'omniprésente affaire de l'Ile de Palmas :

« *The possibility for the Arbitrator to found his decision on the relative strength of the titles invoked on either side must have been envisaged by the Parties to the Special Agreement, because it was foreseen that the evidence produced as regards sovereignty over a territory in the circumstances of the island in dispute might prove not to be sufficient to lead to a clear conclusion as to the existence of sovereignty* »¹¹⁰.

Le principe de la relativité de la *res iudicata* (sanctifié du reste par l'article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice) inextricablement apparenté à celui de la « force relative » du titre juridique, s'érige dans l'ordre juridique international en valeur absolue¹¹¹.

En raison, donc, de la construction particulière de la Communauté internationale, la participation de ses membres (Etats directement concernés ainsi que, le cas échéant, des Etats tiers)¹¹² à la *perfection* des mutations

¹⁰⁹ M. Miele, *L'aggiudicazione di territori nel diritto internazionale*, Milan, 1940 (et *passim*).

¹¹⁰ Affaire de l'Ile de Palmas, p. 869. Dans l'affaire de la Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil (Brésil c. Royaume-Uni), sentence arbitrale du 6 juin 1904 (*RGDIP*, 1904), l'Arbitre fut confronté, dans divers secteurs de la frontière, à la faiblesse fort relative des titres en présence, voire même à leur quasi inexistence et se trouva donc dans l'impossibilité d'établir lequel des deux était le 'meilleur titre' (p.19): « [L]es documents qui nous ont été exhibés et qui ont été dûment appréciés et évalués, ne fournissent des titres historiques et juridiques, sur lesquels on puisse fonder des droits de souveraineté bien précisés et bien définis, en faveur de l'une ou de l'autre des deux puissances en litige, que pour ce qui concerne quelques portions du territoire contesté, et non pour ce qui concerne la totalité de ce même territoire; que la limite elle-même de la zone de territoire sur laquelle les droits de souveraineté de l'une ou de l'autre des deux Hautes Parties doivent être regardés comme établis, ne peut pas être fixée avec précision; que l'on ne peut, non plus, *décider sûrement si le droit prépondérant est celui du Brésil, ou celui de la Grande-Bretagne.* » [les italiques sont de nous]. Comme quoi il s'avère que le seuil minimum du « meilleur titre », même modéré par le caractère « relatif », n'est pas toujours atteint.

¹¹¹ Voy. l'affaire du Plateau continental (Libye c. Malte), arrêt du 3 juin 1985 : *CIJ Recueil* 1985, § 21. En matière de différend territorial terrestre, le principe a depuis longtemps été consacré : voir par ex. l'affaire de la Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil (1904), p. 18. Finalement, il est utile de rappeler que jusqu'à la décision du 13 septembre 1990, ni la CIJ, ni sa devancière n'avaient accueilli une demande d'intervention en vertu de l'article 62 du Statut. Dans l'arrêt précité, le Nicaragua avait été autorisé à intervenir dans l'instance. Toutefois, même dans ce cas le principe de la relativité de la chose jugée est toujours valable, comme la Chambre eut à l'affirmer dans l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire, 1990, p. 423 : « [L]e droit d'être entendu, que l'intervenant acquiert effectivement, n'importe pas nécessairement l'obligation d'être lié par la décision », mais ce principe ne joue pas seulement dans ce sens: en effet si l'intervenant n'est pas lié par la décision, il ne peut pas non plus l'opposer aux Parties devant l'instance (§ 424 et § 102 de l'arrêt de la Chambre de la CIJ sur l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire..., requête du Nicaragua à fin d'intervention, le 13 septembre 1990 : *CIJ Recueil* 1990).

¹¹² « [B]ien qu'elle [la reconnaissance par les Etats tiers] ne puisse être considérée comme valant reconnaissance de la souveraineté de la Colombie sur ..., elle tend à conforter l'argumentation de la

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

territoriales se révèle essentielle aux fins de leur validité en droit et le seul rempart au principe de l'effectivité nu et cru.

Nous examinerons, à tour de rôle, la signification de la dichotomie titre relatif/titre absolu d'une part dans les situations émanant d'un rapport juridique (*acte juridique*) entre deux Etats (traité de cession ou de vente) et, d'autre part, dans les situations où la *causa* de la mutation de souveraineté territoriale réside dans un *fait juridique* (transfert de territoire en l'absence d'acte conventionnel)¹¹³. Car, toute mutation territoriale successive à l'établissement de la Puissance publique sur le territoire dit originel doit reposer sur un titre juridique qui peut varier de cas en cas.

II. ACQUISITION ET PERTE DU TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE PAR ACTE JURIDIQUE CONVENTIONNEL : LE TRAITÉ TERRITORIAL ET SES SPÉCIFICITÉS

Grosso modo, les mutations territoriales peuvent avoir lieu par les moyens suivants : a) par acte juridique unilatéral (occupation de *terra nullius*, renonciation, *etc.*) ; b) par acte juridique conventionnel (traité de cession ou de vente) ; c) par fait juridique ; d) ou encore par la simple opération de la règle de droit (*ipso iure*) en concomitance avec des événements naturels (*ope naturae*)¹¹⁴.

La théorie générale du droit connaît depuis longtemps la distinction entre acte et fait juridiques. Le premier est une manifestation de volonté émanant d'un ou plusieurs sujets d'un ordre juridique donné (d'où la sous-distinction entre acte unilatéral et conventionnel) visant à produire des effets de droit voulus par les auteurs.

Le fait juridique représente tout événement – qui ne soit pas le fait de la Nature – à laquelle une norme (en vigueur dans l'ordre juridique en examen) *attribue* un effet juridique. Par exclusion, le fait juridique serait donc tout ce qui n'est pas un acte juridique. On fait référence à tous ces phénomènes qui ne sont pas des activités volontaires de l'homme : « J'appelle *faits juridiques* les

Colombie », Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt du 19 novembre 2012 : *CIJ Recueil* 2012, § 95, p. 660. De même : Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt du 8 octobre 2007, *CIJ Recueil* 2007, §§ 220-226 (pp. 724-727).

¹¹³ Les éléments constitutifs de la situation à laquelle nous faisons ici référence peuvent être (et sont souvent) des actes juridiques qui à eux seuls ne seraient pas considérés comme susceptibles de créer (ou éteindre) un titre territorial, mais qui, pris dans leur ensemble, constituent le « fait juridique » fondement du titre. En conséquence, il s'agit bien souvent d'un fait juridique « complexe » (la « cause efficiente ») qui puise son efficacité dans l'existence et la synergie de ses diverses composantes.

¹¹⁴ Voy. *supra* note 44.

événements en vertu desquels les rapports de droit commencent ou finissent »¹¹⁵.

Néanmoins pour d'aucuns, dont l'insigne juriste italien Bobbio¹¹⁶, cette deuxième signification ne constituerait qu'une simple spécification de la première. C'est-à-dire : au sein du fait juridique au sens large – c'est-à-dire en tant que cause d'effets juridiques – on distinguerait l'acte juridique du fait juridique au sens strict, c'est-à-dire le fait juridique qui n'est pas acte juridique.

Dans la présente section, nous étudierons le traité territorial en tant qu'exemple d'acte juridique conventionnel véhiculant des titres territoriaux. La disposition de titres territoriaux par le biais d'actes juridiques conventionnels ne pose pas, à vrai dire, d'insurmontables problèmes du point de vue théorique¹¹⁷. Cependant, ce genre particulier de traités présente des particularités qui méritent d'être examinées de plus près.

A. Le principe de la stabilité et de la finalité des frontières

A cet égard, la Cour internationale de Justice fut confrontée il y a quelques années à un problème fort intéressant. Il s'agissait de savoir si le traité et la frontière qu'il posait partageaient la même existence et en souffraient les mêmes vicissitudes. En d'autres termes, la question était de savoir si le traité s'étant éteint (en l'espèce), ou ayant été dénoncé, la frontière en viendrait à pâtir les conséquences sur son existence. L'organe judiciaire principal des Nations Unies eut à s'exprimer en ces termes fort éloquentes :

« Une frontière établie par traité acquiert ainsi une permanence que le traité lui-même ne connaît pas nécessairement. Un traité peut cesser d'être en vigueur sans que la pérennité de la frontière en soit affectée ... lorsqu'une frontière a fait l'objet

¹¹⁵ F. K. von Savigny, *Traité de droit romain*, (trad. de l'allemand), 2^{ème} éd., tome III, Paris, 1856, § 104, p. 3 [italiques dans le texte].

¹¹⁶ Voy. notamment : N. Bobbio, « Fatto normativo », in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVI, Milan, 1967, pp. 988-995. « [I]l termine fatto giuridico è nome di genere e anche nome di specie, cioè comprende tanto la categoria generale dei fatti non volontari e dei fatti volontari, quanto la specie dei fatti non volontari distinta da quella degli atti. Dalla distinzione tra fatti e atti normativi deriva una definizione di fonte del diritto più articolata di quella già data : fonti del diritto sono quei fatti o atti cui l'ordinamento giuridico attribuisce l'idoneità o la capacità (dove 'idoneità' si riferisce a 'fatti' e 'capacità' a atti) di produrre norme valide del sistema » (p. 991 ; les italiques sont de nous). Ce même auteur a encore raison lorsqu'il affirme ailleurs que même cette distinction entre acte et fait ne nous permet pas de résoudre la question majeure qu'est celle de la naturalité ou de la spiritualité du droit (*La consuetudine come fatto normativo*, Padoue, 1942, p. 23).

¹¹⁷ Mais on ne saurait pour autant partager cet avis doctrinal : « Titles based upon cession are usually so clear that legal disputes regarding them are not frequent. There have been controversies over the extent of the ceded area. », N. Hill, *Claims to Territory in International Law*, London, p. 159. Car, comme nous le verrons sur le champ, maintes controverses ont surgi et surgissent à propos de l'application d'un traité véhiculant un titre territorial, ne fût-ce que par sa simple interprétation. Voy. G. Distefano (2002), pp. 419-434.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

d'un accord, sa persistance ne dépend pas de la survie du traité par lequel ladite frontière a été convenue »¹¹⁸.

A cet égard la Cour internationale de Justice fit intervenir en guise de *deus ex machina* le principe de la stabilité et finalité des frontières qui constitue assurément un des principes de la politique judiciaire les plus puissants. Il convient néanmoins ici de relever que ce principe, *ratio legis* de l'ordre juridique international en matière de situations territoriales, est assurément à l'origine de certaines caractéristiques spécifiques du traité territorial. Par exemple, dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités [ci-après CVDT 1969] – et le droit international général en la matière qu'elle codifie sûrement en ce point précis¹¹⁹ – le changement fondamental de circonstances en tant que motif pour mettre fin à un traité ne peut pas être invoqué « s'il s'agit d'un traité établissant une frontière » (art. 62)¹²⁰. Par conséquent, la fameuse « *clausula rebus sic stantibus* »¹²¹ n'a pas lieu de s'appliquer en cas de traités de frontières ou de limites¹²². La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités [ci-après : CVSE 1978] va encore plus loin puisqu'elle étend l'application du principe de la stabilité et finalité des frontières à tous les traités établissant des régimes territoriaux (art. 12 « Autres régimes territoriaux »)¹²³. La pratique diplomatique et des tribunaux internationaux¹²⁴, unanimes en ce sens, ne peuvent que corroborer la vigueur de cette règle si essentielle dans les rapports conventionnels entre Etats : dans le souci bien évidemment de la sécurité des relations internationales. Quant à la nature de cette règle, que certains affirment d'origine coutumière, bornons-nous à

¹¹⁸ Affaire du Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/ Tchad), arrêt du 4 février 1994 : *Recueil de la CIJ* 1994, § 73. De surcroît, il convient de rappeler que l'extinction du traité n'a pas d'effets rétroactifs, ne portant donc « atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties créées par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin » (Article 70 § 1 b) CVDT 1969).

¹¹⁹ Voy. Affaire de la Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), arrêt du 2 février 1973 (compétence) : *CIJ Recueil* 1973, § 36-43 ; Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997 : *CIJ Recueil* 1997, § 95, 104.

¹²⁰ Pour la portée (extension) du terme « frontière », voir *ACDI*, 1982, Vol. II, 2^{ème} partie, p. 62, § 5 : « Le terme 'frontière' désigne habituellement la limite du territoire terrestre d'un Etat, mais on peut concevoir qu'il soit pris dans un sens plus large désignant des lignes diverses qui fixent les limites spatiales de l'exercice des diverses compétences ». Il suffit de songer à cet égard aux régimes juridiques spatiaux tels que la mer territoriale, la zone contiguë, le plateau continental, la Zone Economique Exclusive, etc.

¹²¹ Voy. A. Hêche, « Les conditions d'application de la *clausula rebus sic stantibus* », *RBDI*, 2014/1, pp. 322-354 ; G. Distefano (2019), pp. 538-542.

¹²² Voy. entre autres auteurs : T. Jasudowicz, « The Prohibition to Apply the *rebus sic stantibus* Norm with Respect to Treaties Establishing National Frontiers », *PYIL*, Vol. 8 (1976), pp. 155-181 ; L. Gelberg, « The Warsaw Treaty of 1970 and the Western Boundary of Poland », *AJIL*, Vol. 76 (1982), p. 128.

¹²³ Voy. aussi *infra* III.I.B-C.

¹²⁴ « Qu'il s'agisse d'une frontière terrestre ou d'une limite de plateau continental, l'opération est essentiellement la même : elle comporte le même élément inhérent de stabilité et de permanence et est soumise à la règle qui veut qu'un traité de limites ne soit pas affecté par un changement fondamental de circonstances. », affaire du Plateau continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie), arrêt du 19 décembre 1978 (compétence) : *Recueil de la CIJ* 1978, § 85, p. 36.

supposer qu'il s'agit là d'un principe logico-historique inhérent à la construction même de l'ordre juridique international. Un principe général de droit international qui « irradierait » certaines règles de cet ordre juridique, parmi lesquelles figure précisément celle du changement fondamental de circonstances, et en modifie le champ opératoire ainsi que les modalités d'application.

B. *Nemo plus iuris ad alium transferre quam ipse habet*

Cette formule du droit privé romain connue aussi sous d'autres formulations légèrement différentes par suite des vulgarisations successives, pose une limite incontournable au champ d'efficacité du traité de cession ; un Etat ne peut céder (à un autre Etat) que ce qu'il possède à titre de souverain. Cette règle qu'on retrouve bien évidemment dans les droits civils modernes ne souffre point de discussion et elle forme rarement l'objet d'un litige. C'est plutôt son application dans le détail, à savoir la détermination exacte de ce qu'on possède qui se prête à controverse mais pas le principe lui-même. Comme il fut affirmé en des termes péremptoires : « *It is evident that Spain could not transfer more rights than she herself possessed* »¹²⁵. Mieux, un Etat cède son *titulus* avec toutes ses richesses et ses faiblesses (causes d'invalidité, son extension territoriale et ses ambiguïtés) de même que toutes les prétentions qu'il pourrait faire valoir à cet égard ; l'Etat qui le reçoit lui succède donc entièrement.

Il s'impose en effet vigoureusement à l'esprit que toute cession effectuée par celui qui n'est pas le propriétaire de la chose (*a non domino*) est nulle. On peut envisager cette règle dans l'optique qui nous intéresse, c'est-à-dire celle du *titulus acquirendi* et du *modus acquirendi*. Le fait de transférer à un autre Etat un territoire, alors que le titre juridique (*titulus acquisitionis*) fait cruellement défaut, ne constitue aucunement une entorse à la forme du transfert (*modus acquirendi*). L'absence du titre juridique, censé être véhiculé par le traité, rend toutefois inefficace et inopposable en droit le prétendu transfert territorial. Par souci d'homogénéité avec les autres sections de cet écrit je ne peux pas me soustraire à indiquer que la pratique des Etats¹²⁶ et celle des tribunaux internationaux¹²⁷ et internes¹²⁸ ainsi que la doctrine¹²⁹ corroborent, si besoin en est, ce qu'on peut appeler un truisme, ô combien important.

¹²⁵ Affaire de l'île de Palmas, p. 857.

¹²⁶ Voy. la dépêche de Earl of Malmesbury au Baron Brunnow, datant du 29 octobre 1858, relativement aux droits territoriaux cédés par la Sublime Porte à la Russie par les Traités de Carlowitz (1699) et Passarowitz (1718), citée in *Bruns*, FB11 § 984.

¹²⁷ Affaire du Partage des Etats de Seyid-Saïd, p. 65 ; affaire des Pêcheries de phoques (Grande-Bretagne c. Etats-Unis d'Amérique), sentence arbitrale rendue le 15 août 1893, *Pasicrisie*, p. 428 ; Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic, sentence arbitrale du 13 avril 1977, *ILR*, Vol. 62, p. 200 ; Affaire de l'île de Palmas, p. 842.

¹²⁸ Chichimacha Tribe of Louisiana, p. 18 ; American Insurance Co. & al. V. Canter (US Supreme Court, 1828), in *Scott*, p. 189.

¹²⁹ Voy. entre autres auteurs : G. Abi-Saab (1990), p. 347 ; A. M. Honoré (1961) p. 118.

C. Le principe de l'effet relatif des traités

Nous nous intéressons ici à une question qui entretient des liens fort étroits avec la précédente. Le principe de l'effet relatif des traités, que désigne l'adage « *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* », peut être fondé sur le principe de l'indépendance et l'égalité des Etats : un des principes fondateurs de l'édifice actuel de l'ordre juridique international. Que l'on envisage la force normative de l'accord sous l'angle subjectif (« la volonté comme source de droits et d'obligations ») ou sous l'angle objectif (« les attentes créées auprès du cercle des destinataires des règles contenues dans le traité »), la réponse est la même : le traité ne crée ni de droits ni d'obligations vis-à-vis des tiers. Ce principe fait partie du patrimoine commun de la science juridique et du droit positif, de sorte qu'on le retrouve dans toutes les législations¹³⁰. Le droit international n'y fait pas exception et la Cour permanente de justice internationale réitéra ce principe en ces termes : « Un traité ne fait droit qu'entre les Etats qui y sont Parties ; dans le doute, des droits n'en découlent pas en faveur d'autres Etats »¹³¹.

Le fondement (la *ratio iuris*) dudit principe peut non seulement être recherché, dans le principe de l'égalité et de l'indépendance des Etats mais aussi dans une règle coutumière, ou, par analogie, dans les principes généraux de droit « reconnus par les nations civilisées » [au sens de l'article 38 § 1 litt.c du Statut de la Cour internationale de Justice]. La question relative à sa nature n'entrant de loin pas dans notre champ d'investigation, il nous suffit de dire que ce principe, *naturellement* codifié à l'article 34 CVDT 1969¹³², ne souffre d'aucune contestation. Il est plus intéressant, en revanche, de voir de quelle manière ce principe affecte les mutations territoriales et la création de titres juridiques.

Il y a à cet égard, comme nous l'avons annoncé plus haut, une certaine affinité entre la question précédente et la présente. En effet, s'il est vrai que par le biais d'un accord on ne peut transférer que ce qu'on possède légalement, il n'en est pas moins vrai qu'au cas où on disposerait de quelque chose dont on ne bénéficie pas la propriété, les droits des tiers ne seraient pas affectés. Dans l'affaire de l'île de Palmas, l'arbitre unique Max Huber rejeta assez facilement l'argument américain consistant à dire que puisque l'île de Palmas était mentionnée dans le Traité de paix (par lequel les Etats-Unis d'Amérique recevaient tous les titres espagnols sur ladite île), les Pays-Bas auraient dû

¹³⁰ « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne leur profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121 », art. 1165 CCF ; voy. aussi art. 1372 CCI.

¹³¹ Affaire relative à Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (Allemande c. Pologne), arrêt du 25 mai 1926 : *C.P.J.I. Recueil A 7*, p. 29. En ce sens, et *expressis verbis* : Gulf of Fonseca Case (Costa-Rica v. Nicaragua), Central American Court of Justice, award delivered the 30 September 1916, *AJIL*, Vol. 11 (1917), p. 199.

¹³² Voy. G. Distefano (2019), pp. 452-461.

protester s'ils estimaient que l'île leur appartenait ou que leurs intérêts étaient lésés. L'arbitre opère la jonction entre les deux principes lorsqu'il affirme que :

« ... *The cessionary Power never envisaged that the cession, in spite of the sweeping terms of Article III, should comprise territories on which Spain had not a valid title, though falling within the limits traced by the Treaty. It is evident that whatever may be the right construction of a treaty, it cannot be interpreted as disposing of the rights of independent third Powers.* »¹³³

En effet, les dispositions de ce traité ne pouvaient « véhiculer » aucun titre puisque si la forme du transfert ne posait aucun problème et était valide, la substance du droit territorial cependant faisait défaut. L'Espagne ne pouvait pas céder un *titulus acquisitionis* aux Etats-Unis d'Amérique puisqu'elle-même n'en avait point sur le territoire en question. Sous l'éclairage du concept de titre juridique, on peut dire que si la forme du transfert (i.e. le traité en l'espèce) est valable en droit, le *titulus acquirendi*, la cause du *negotium* fait défaut car elle porte sur des droits (de souveraineté) inexistantes chez le cédant¹³⁴.

C'est ce qu'on désigne par la locution *res inter alios acta* qui n'appelle donc pas de réaction chez tous ceux qui pourraient jouir (et jouissent) des droits absolus sur la chose, objet du transfert¹³⁵. En conséquence, on peut imaginer les deux principes qu'on vient de passer rapidement en revue (l'effet relatif des traités et l'impossibilité de céder quelque chose dont on n'a pas la souveraineté) comme les deux aspects de la même question. Tous deux constituent des limites infranchissables à l'efficacité du traité aux fins de la mutation territoriale, que la pratique des tribunaux internationaux et internes a bien soulignées, comme il ressort de cette affaire portée devant une cour néerlandaise :

« *The Munich Pact of September 29, 1938, between Germany, Italy, Great Britain and France, which provided for the transfer by Czechoslovakia of part of her territory to Germany, was void under international law, since the four Powers*

¹³³ Affaire de l'île de Palmas, p. 857 [les italiennes sont de nous]. De même : Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaisie/Singapour), § 64 ; CIJ, Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), 2012, § 162 (p. 685).

¹³⁴ Le traité est donc frappé de « nullité absolue » au sens que lui attribue le droit civil moderne (CCF 1111 ; CCI 1418). Dans l'affaire de la Baie de Delagoa, les arbitres conclurent en ce sens puisque les traités dont l'Angleterre entendait se prévaloir « portaient cession de la chose d'autrui ; les territoires en question appartenaient depuis trois siècles au Portugal » (p. 620).

¹³⁵ C'est la signification que Max Huber attribua pertinemment au silence des Pays-Bas à la suite de la conclusion du Traité de paix de Madrid, que les Etats-Unis d'Amérique s'efforcèrent en vain de faire passer pour un « acquiescement » aux revendications espagnoles et américaines. Toutefois, c'était une *res inter alios acta* et, en conséquence, rien ne pouvait être disposé des éventuels droits ou prétentions des Etats tiers sans leur consentement ou leur approbation sous quelque forme que ce fût. En d'autres termes, si l'île appartenait aux Pays-Bas, le traité ne pouvait pas la leur enlever ; si, au contraire, elle ne leur appartenait pas, rien ne pouvait la leur céder : « *Id quod nostrum esse sine facto nostro ad alium transferri non potest* » (D.50, 17, 11 Pomponius V ad Sabinum). Bluntschli, en revanche, soumet la condition de l'invalidité du traité à la protestation de « l'Etat dont les droits antérieurs sont menacés » (p. 97).

purported to dispose of territory and subjects of a State which was not a party to that agreement »¹³⁶.

Les titres territoriaux des Etats tiers peuvent aussi être aussi lésés si, par un traité, un Etat A cède des territoires à l'Etat B au regard desquels un autre Etat C jouissait, en vertu d'un précédent traité, d'un droit de préemption : une sorte d'*inchoate title*¹³⁷. Or, ce titre embryonnaire d'un *ius ad rem* (car il s'agit toujours d'un droit personnel et pas encore d'un droit absolu) peut être violé par la conclusion subséquente d'un traité portant cession du territoire en question. Il en découlerait une violation du premier traité par l'Etat cédant, alors que si l'occupation par l'Etat B devait s'avérer effective, elle n'en serait pas moins valable, c'est-à-dire opposable *erga omnes*. Puisque l'Etat B réunirait et le *titulus acquisitionis* (i.e. le traité de cession avec l'Etat A) et le *modus acquirendi* (i.e. l'occupation effective) ; il jouirait ainsi d'un titre juridique complet et parfait.

D. Les accords avec les « chefs indigènes »

La question que nous allons aborder à présent peut être résumée dans les termes suivants : quelle est la valeur juridique d'un traité conclu entre une Puissance coloniale et le potentat local aux fins de l'établissement de titres territoriaux au bénéfice de la première ?¹³⁸ Quelle était sa valeur juridique au moment de la conclusion et, successivement, dans une perspective de droit intertemporel – suite notamment à l'émergence de certains principes tels que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ?

Il importe d'emblée de poser quelques jalons afin de délimiter le champ d'investigation mais surtout d'indiquer les extrêmes entre lesquels oscillent les diverses positions doctrinales et jurisprudentielles. Comme il s'avère souvent, les prises de position les plus radicales s'observent dans la doctrine, la jurisprudence préférant s'en tenir, généralement, à des propos plus nuancés. Une vision clairement euro-centrique est affichée par Liszt :

« Les tribus nomades nègres ne constituent pas des Etats, au sens du droit international, même lorsqu'elles se trouvent sous la domination héréditaire de leurs chefs ; par suite les traités passés avec ceux-ci ne peuvent pas fonder des acquisitions de territoire dérivées, mais peuvent être utilisés exclusivement comme témoignage ou comme indice qu'un Etat s'est établi plus tôt qu'un autre dans le territoire

¹³⁶ *Nederlands Beheers-Instituut v. Nimwegen and Männer*, District Court of Arnhem, award delivered the 17 January 1952 (Court of Appeal, 18 November 1952), *ILR*, Vol. 18, p. 250 [les italiques sont de nous]. Les mêmes observations s'appliquent au Pacte Molotov-Ribbentrop du 23 août 1939 : A.P. Gureckas, « Lithuania's Boundaries and Territorial Claims between Lithuania and Neighbouring States », *New York Law School of International and Comparative Law Journal*, Vol. 12 (1991), pp. 123-124. Sur ce traité, concernant la fonction de la non-reconnaissance, voy. *infra* II.I.B.i.

¹³⁷ *Oppenheim's International Law* (1992), § 247 ; M. F. Lindley, pp. 168-169.

¹³⁸ La question plus spécifique qui s'inscrit dans la présente thématique, à savoir celle du protectorat colonial, sera étudiée plus loin dans ce volume : III.I.G.

mentionné par ces traités, et, que, par suite, il a acquis pour lui-même ce territoire par voie d'occupation »¹³⁹.

Ce point de vue semble encore refléter l'*opinio iuris communis* au début du siècle dernier si l'on en croit Max Huber qui, dans l'affaire de l'île de Palmas, attribue la même signification aux « contrats » conclus entre l'East India Company et les chefs locaux. Ces « contrats » n'ont qu'une valeur probante aux fins de l'établissement de l'effectivité ; ils ne constituent qu'un argument de preuve de l'effectivité de la présence néerlandaise sur ce territoire : *prius in tempore potior in iure*¹⁴⁰.

A l'aune de la construction du concept de titre juridique on peut maintenir que, selon Max Huber, le *titulus acquisitionis* fait défaut à ces accords. En revanche, ces derniers étaient considérés comme des preuves du *modus*, c'est-à-dire de l'effectivité de la possession, car, aux yeux de la Communauté internationale d'antan, ces peuplades n'étaient guère considérées comme des Etats indépendants¹⁴¹. C'est-à-dire des sujets de droit qui pouvaient jouir du titre à la souveraineté territoriale et qui pouvaient donc établir des liens conventionnels avec les Etats européens (« treaty-making power »)¹⁴². De même, lors de l'affaire du Statut juridique du Groënland oriental, la Cour permanente de Justice internationale refusa, implicitement, la personnalité juridique internationale aux populations indigènes lorsqu'elle déclara :

« La conquête n'agit comme cause provoquant la perte de la souveraineté que lorsqu'il y a guerre entre deux Etats et que, à la suite de la défaite de l'un d'eux, la souveraineté sur le territoire passe de l'Etat vaincu à l'Etat victorieux. *Le principe ne s'applique pas dans le cas où une colonie a été établie dans un pays éloigné et où ses habitants sont massacrés par la population aborigène* »¹⁴³.

¹³⁹ F. von Liszt, p. 106. D'aucuns n'y verraient tout au plus que de la morale : T. J. Lawrence, p. 162.

¹⁴⁰ « The fact that these contracts were renewed from time to time and appear to indicate an extension of the influence of the suzerain, seems to show that the regime of suzerainty has been effective. », Affaire de l'île de Palmas, p. 856.

¹⁴¹ Voy., dans la longue controverse qui voit s'opposer les Etats-Unis d'Amérique et l'Angleterre relativement aux titres et aux revendications territoriaux de celle-ci sur le littoral peuplé par les « Mosquito Indiens », la note diplomatique de M. Marcy, du Département d'Etat américain, au Représentant des Etats-Unis d'Amérique à Londres, M. Dallas, du 24 mai 1856 : « It cannot be alleged by her [Londres] that those Indians constitute, or are competent to constitute, an independent State, admissible as such into the family of Sovereign Powers. », citée in Bruns, FB11 § 979 [les italiques sont de nous]. Les Britanniques avaient en effet conclu un accord de protectorat avec les chefs indigènes du pays ; ce qui ne manqua pas de susciter la réaction des Etats-Unis d'Amérique qui l'estimaient contraire aux stipulations précédemment passées avec la Grande-Bretagne.

¹⁴² La « capacité de conclure des traités » (Article 6 CVDT 1969) est précisément l'une des trois capacités juridiques dont la possession permet de qualifier une entité comme étant un sujet de droit international (G. Distefano (2019), pp. 60-68).

¹⁴³ CPJI, Statut juridique du Groënland oriental, pp. 46-47 [les italiques sont de nous].

Selon certains auteurs, la pratique des Etats aurait été en effet peu encline à reconnaître à ces « accords » une autre valeur que celle de la preuve de l'effectivité de la présence étatique (ou d'une quelconque autorité)¹⁴⁴.

Toutefois, même au XIX^{ème} siècle, on recense des prises de position doctrinales qui vont au-delà de ces argumentations. Certains auteurs rangent les accords avec les chefs indigènes dans la catégorie de faits juridiques susceptibles d'engendrer un *inchoate title*. Mais c'est surtout en termes relatifs qu'il s'agit de pondérer la valeur d'un tel accord avec d'autres « faits ou actes » qui peuvent constituer des présupposés à l'établissement des titres territoriaux. Un organe arbitral est donc appelé à sopeser la valeur relative de ces accords en regard d'autres agissements étatiques concurrents. Par exemple, il s'avérait assez fréquemment qu'une revendication fondée sur ce type d'accord s'opposait à une autre prétention concurrente étayée sur la théorie dite de l'*hinterland* (ou des « sphères d'influence ») :

« ... La plupart des traités conclus avec les souverainetés barbares n'ont qu'une fort médiocre valeur en tant que conventions du droit des gens [...cependant ils donnent] une priorité d'occupation sur des territoires auxquels un règlement d'*hinterland* entre deux puissances ne peut enlever le caractère *res nullius* par rapport à un tiers occupant »¹⁴⁵.

Par conséquent, selon cette manière de voir, ces accords ne constituent toujours que des moyens de preuve de l'effectivité ; bref, au point de vue « formel » ils ne sont point assimilables aux traités conclus entre Etats. En revanche, ce qui change c'est le « poids » (quantitatif), en termes d'effectivité, attribué à ces accords, tout en ne les qualifiant pas de conventions entre Etats indépendants. La pratique diplomatique et celle des tribunaux internationaux¹⁴⁶, ne sont pas dissonantes par rapport à ce courant doctrinal, puisque on décèle nombre d'exemples où ces accords sont assimilés à la découverte ou encore à l'occupation symbolique¹⁴⁷, aux fins de la création d'un titre embryonnaire, imparfait¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Dans la controverse relative aux droits territoriaux sur l'île de Saint-Domingue, voir la note diplomatique de José Fabio Melgar, ministre espagnol des Affaires étrangères, envoyée le 24 août 1861 à toutes les Républiques latino-américaines : « Le cabinet de Madrid a accepté les propositions à lui faites par le Général Santa-Ana, et se fondant sur un *prétendu contrat qui manque de la valeur d'un pacte international...* », citée in *Bruns*, FB11 § § 1049 [les italiques sont de nous].

¹⁴⁵ F. Despagnet, *Cours de droit international public*, 3^{ème} éd., Paris, 1905, pp. 117, 123. Sur la nature et les effets juridiques des accords établissant des sphères d'influence, voy. *infra* III.I.E.

¹⁴⁶ P.ex. dans l'affaire de l'île de Bulama (p. 613), l'Angleterre avait fait valoir parmi ses « titres », celui fondé sur la « prétendue cession consentie par des chefs indigènes en 1792 ». Or, la valeur de l'*inchoate title* ne fut nullement contestée, mais ce titre embryonnaire dut s'effacer face à l'effectivité manifestée précédemment par le Portugal sur l'île. Le Tribunal arbitral dans l'affaire entre l'Erythrée et le Yémen considéra les accords avec les chefs indigènes comme une « evidence of title » (1998, § 468).

¹⁴⁷ Voy. *infra* I.IV.A.

¹⁴⁸ Voy. par ex., les « instructions diplomatiques » données le 21 novembre 1884 par le ministre italien des Affaires étrangères – et éminent juriste –, M. Mancini, au Plénipotentiaire italien à la Conférence de Berlin de 1885, M. de Launay, relativement aux intérêts et revendications italiens dans la baie

Toutefois, dans une perspective intertemporelle du droit on peut arguer que ces accords, pourvu qu'ils remplissent les mêmes exigences imposées aux traités entre Etats¹⁴⁹, sont considérés par les publicistes les plus qualifiés comme des véritables conventions entre Etats indépendants créant des droits et des obligations. Certes, la doctrine la plus éclairée ruisselle et change de pente continûment, mais cette tendance s'amorce dans la littérature déjà vers la fin du XIX^{ème} siècle, au moment même où commence le Congrès de Berlin de 1878 qui consacrera le *Scramble for Africa* :

« *D'altronde anche le popolazioni selvagge, per quanto rozamente costituite, pure possiedono regolarmente sempre una certa organizzazione, che a loro concede il diritto di essere trattate, almeno in tale riguardo, come associazioni politiche indipendenti* »¹⁵⁰.

Cette opinion est au demeurant largement corroborée par l'affaire des Gisements diamantifères, dans laquelle le surarbitre ne vit aucune difficulté à considérer certaines tribus de l'Afrique australe comme des groupements organisés ayant conscience de la notion de souveraineté. Ce qui impliquait à la fois un régime d'ordre, maintenu au moyen d'une force et d'une justice organisées, et le *ius disponendi*, soit le droit, découlant de la souveraineté territoriale, de disposer du territoire, un des attributs de la personnalité juridique internationale¹⁵¹. Dès lors, la pratique des tribunaux internationaux¹⁵² et des

d'Assab: « 2° alla scoperta o prima occupazione potersi ritenere equipollente il titolo di contratto stipulato coi capi indigeni aventi, senza contrasto, la pienezza del diritto sovrano sopra il territorio di cui trattisi; 3° essere necessario che entro un certo termine si aggiunga il titolo della esplicazione effettiva del lavoro agricolo, o di una industria civile », cité in *Prassi italiana*, Prima serie (1861-1886), Vol. II, § 840 [les italiques sont de nous]. Voy. aussi la note diplomatique du ministre des Affaires étrangères italien, M. Blanc, à l'ambassadeur britannique à Rome, M. Clare Ford, envoyée le 19 octobre 1894, concernant la proposition française faite au Négus Ménélik de neutraliser l'Ethiopie et de la placer sous protectorat. Le ministre parle indifféremment à cet égard de « titre diplomatique » et de « paper title », cité in *Prassi italiana*, Seconda serie (1887-1918), Vol. II, § 2328. On a également évoqué la notion de « paper title » dans l'affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales (Qatar c. Bahrein), CIJ, 2001, CR 2000/22 (séance du 28 juin 2000), § 10 (plaidoirie de M. Volterra (Bahreïn)).

¹⁴⁹ C'est ce qui fut soutenu par le Tribunal arbitral dans l'affaire de l'Île de Lamu (p. 337).

¹⁵⁰ « D'ailleurs, même les populations sauvages, quoique structurées de manière rudimentaire, possèdent toujours et régulièrement une certaine organisation, en vertu de laquelle elles jouissent du droit à être considérées tout au moins à cet égard, comme des associations politiques indépendantes » [notre traduction], G. Fusinato, p. 31 [les italiques sont de nous]. De même : J. Combacau, S. Sur, p. 409 ; A. Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, Paris, 1995), p. 110, qui soutient que ces traités comportaient également une reconnaissance de la personnalité juridique internationale des peuplades indigènes. « De tout ce qui précède, il résulte donc que, sans aucun doute, les barbares avaient, tout comme les chrétiens, un pouvoir véritable tant public [i.e. l'imperium] que privé [i.e. le dominium] », F. de Vitória, *De Indiis*, Première partie, § 100.

¹⁵¹ Affaire des Gisements diamantifères du Griquiland occidental, (République Sud-Africaine c. Tribus des Griquas et des Betchouananas), sentence arbitrale rendue le 17 octobre 1871, in *Recueil des Arbitrages internationaux*, vol. II, p. 692.

¹⁵² P.ex. dans l'affaire de la Baie de Delagoa, où les conventions stipulées entre l'Angleterre et certains roitelets (« regule ») de la côte furent placées sur le même plan que les traités entre Etats, le Tribunal arbitral y appliqua les mêmes règles de droit international général relatives au droit des traités (p. 626) ; CIJ, Sahara occidental, avis consultatif du 16 octobre 1975 : *Recueil de la CIJ* 1975, p. 92 (Déclaration du juge Gros) ; p. 103 (Op. individuelle du juge Ammoun) ; p. 131 (Op. individuelle du juge Petren).

Etats¹⁵³ reflète ce revirement théorique, culturel et de civilisation. Ainsi, sous l'angle de la construction du concept de titre juridique, on peut maintenir que les populations indigènes disposaient bel et bien du *titulus acquisitionis* qui pouvait être régulièrement transféré par le biais d'accords conclus avec les Puissances occidentales. Comme la Cour internationale de Justice n'eut aucune peine à le déclarer :

« Au contraire, on voyait dans ces accords avec les chefs locaux, interprétés ou non comme opérant une cession effective du territoire, un mode d'acquisition dérivé et non pas des titres originaux acquis par l'occupation d'une *terra nullius* »¹⁵⁴.

Sous l'angle du droit intertemporel, on peut affirmer que si la question de la valeur juridique de ce type d'accords, aux fins de l'établissement du titre juridique, est peut-être encore sujette à discussion,

« le principe du droit intertemporel impose de donner effet aujourd'hui, dans la présente instance, aux conséquences juridiques des traités alors intervenus dans le delta du Niger [à la fin du XIX^{ème} siècle] »¹⁵⁵.

Ces engagements conventionnels sont désormais considérés, par certaines autorités¹⁵⁶, à la même guise des conventions entre Etats européens, créant ainsi des droits et des obligations. On a même avancé, de certains côtés, leur nullité sur la base du caractère inégal des Parties contractantes : bref, c'étaient, soutient-on, des « traités léonins »¹⁵⁷. En tous cas, les traités de cession, de soumission ou de vassalité avec les Puissances européennes ont été considérés

¹⁵³ Voy. par ex. la note diplomatique portugaise relativement aux droits territoriaux dont le Portugal entendait se prévaloir suite, entre autres « causes », de la conclusion de traités avec les chefs locaux des populations qui habitaient les côtes de la baie de Lourenço Marques : « 3^o Nas convenções e actos de reconhecimento successivamente reiterados, desde seculos, por parte dos chefes das povoações que habitavam aquella costa, e que tinham sempre reconhecido a soberania da corôa de Portugal. », citée in *Bruns*, FB12 § 594 [les italiques sont de nous]. Dans l'interminable différend qui vit se confronter l'Espagne aux autres Puissances européennes (notamment l'Angleterre), il était question de plusieurs traités conclus par ces dernières, à des moments différents, avec le Sultan de Sulu (autorité suprême de l'entité politique dénommée « Archipel de Sulu »). Lesdites conventions, tantôt de protectorat, tantôt de pure et simple soumission à la Puissance étrangère, étaient bien évidemment en contradiction les unes avec les autres. Ces engagements parallèles, et leur portée effective, furent au centre des correspondances diplomatiques pendant au moins une trentaine d'années durant lesquelles toutefois l'Espagne chercha, en vain, d'affirmer sa présence effective sur les îles. Mais, ce qui nous intéresse c'est que la valeur juridique des accords dont il est question ne fit jamais l'objet de controverses, et leur validité en droit international ne fut jamais contestée. Voy. à cet égard : *Bruns*, FB12 § 602-607 ; H. A. Smith, § 4 (pp.35-45), *supra* note 81.

¹⁵⁴ CIJ, Affaire du Sahara occidental, 1975, § 80 (p. 39). De même : CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, § 201 (p. 402).

¹⁵⁵ CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, § 205 (p. 405).

¹⁵⁶ Une thèse cyclopéenne vient d'être consacrée à cette question, dont la lecture est hautement suggérée au lecteur désireux d'approfondir la thématique : M. Hébié, *Souveraineté territoriale par traité. Une étude des accords entre puissances coloniales et entités politiques locales*, Paris, 2015.

¹⁵⁷ W. Morse Bradford, A. Hamid Kazi, « American Annexation of Hawaii : an Example of the Unequal Treaty Doctrine », *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 5 (1990), pp. 407-456 ; A. Pulvirenti, « The overthrow of the Hawaiian Kingdom: Did international law permit the threat of the use of force? », *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 26 (2016), pp. 581-604.

à tous égards valables par les Tribunaux de ces Etats¹⁵⁸ ; d'autant plus que ces conventions figuraient dans les Recueils de traités de ces Grandes puissances¹⁵⁹. On peut donc conclure qu'en aucun cas ces traités n'aient constitué qu'un subterfuge afin d'obvier à un manque (ou à une insuffisance) d'effectivité dans l'occupation des territoires¹⁶⁰. Ces accords ont donc été considérés, en tout cas par les chancelleries des Etats européens, comme de véritables traités susceptibles de véhiculer des titres territoriaux sur le plan international¹⁶¹. Il est en revanche certain que les Puissances européennes, confrontées à une autorité bien établie sur les territoires qu'elles entendaient conquérir, aient employé des moyens plus « feutrés » dans le dessein d'atteindre leur objectif. Il n'était en effet pas rare de constater que ces traités, souvent rédigés dans la seule langue de la Grande puissance, dissimulaient sous une terminologie obscure (parfois impénétrable et souvent mal traduite) de véritables annexions sous le couvert d'accords de représentation internationale, voire même d'amitié¹⁶².

E. Le « plébiscite » en tant que condition de la validité de la mutation territoriale

Les « plébiscites » s'inspirent du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui figure parmi les buts et principes énoncés au deuxième paragraphe de l'article 1^{er} de la CNU¹⁶³. Il importe néanmoins de souligner qu'au point de vue historique, le plébiscite a assurément constitué une des premières manifestations du susdit principe, voire même qu'il en a été l'archétype, surtout dans la version originelle du principe des nationalités¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Voy. aussi, pour le protectorat colonial, *infra* III.I.G.

¹⁵⁹ « [N]el secolo scorso e anche in precedenza, le potenze europee e gli Stati Uniti conclusero centinaia di trattati con le popolazioni indigene. Essi erano considerati come produttivi di diritti (soprattutto se si trattava di diritti a vantaggio della parte di civiltà europea) e venivano inseriti nelle raccolte ufficiali dei trattati conclusi dagli Stati in questione. », T. Scovazzi, « *Kawanatanga e Rangatiratanga*: a proposito del trattato di Waitangi », *RDI*, Vol. 77 (1994), p. 732. De même : E. Raftopoulos, *The Inadequacy of the Contractual Analogy*, Athens, 1990, p. 136. *Contra* : R. R. Robbins, « The Legal Status of Aden Colony and the Aden Protectorate », *AJIL*, Vol. 33 (1939), p. 705.

¹⁶⁰ « In none of these cases does the status of the territory even appear to have been questioned on the ground that the ruler lacked international personality and therefore did not have the capacity to make a cession. », K. McNeil, p. 119.

¹⁶¹ [S]uch rulers [d'Afrique] were accepted as being capable in international law not only of holding title to territory, but of transferring it to other Parties », M. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986, p. 45.

¹⁶² Voy., par ex., le Traité de Uccialli du 2 mai 1889 conclu entre l'Ethiopie et l'Italie, qui est encore porté comme exemple de « dol » en tant que cause de nullité en droit des traités. La question tourne autour de la traduction exacte d'un terme amharique, dont l'ambivalence sémantique crée un conflit herméneutique entre les deux Parties contractantes : T. Scovazzi, « *Iccialacciual*: sulla divergenza fra i testi del Trattato di Uccialli », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 76 (1993), pp. 5-25.

¹⁶³ Sur la question du droit à l'autodétermination des peuples en droit international des espaces, voir plus loin : Partie II.II.

¹⁶⁴ *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini* (sous la dir. de E. Jayme), Turin, 1994.

La pratique des plébiscites remonte *grosso modo* à la Révolution française¹⁶⁵ bien qu'on puisse recenser des exemples antérieurs. En effet, l'argument du plébiscite permit de concilier la doctrine de la Constituante (décret du 22 mai 1790 par lequel la France renonçait aux conquêtes territoriales) avec la prétendue volonté des populations des territoires conquis. Cet argument fut ensuite abandonné par la France qui préféra lui substituer la politique des « frontières naturelles »¹⁶⁶ qui seyait mieux aux nouvelles visées expansionnistes du Gouvernement révolutionnaire. Cet argument de politique diplomatique fut repris en Italie pendant le « Risorgimento » dans le dessein de donner une consécration populaire aux annexions effectuées par le Royaume de Sardaigne¹⁶⁷. En effet, les diplomates ne lésinèrent pas sur les arguments et les beaux mots afin d'asseoir la politique de Puissance de leurs Etats sur ce nouveau principe ; ils s'efforcèrent en somme d'intégrer ce principe, considéré à l'époque comme fort dangereux pour la stabilité des régimes étatiques¹⁶⁸, en tant que nouvel instrument de politique étrangère, dans le but, finalement de le neutraliser. A cet effet, il est utile de reproduire la dépêche diplomatique envoyée par le ministre français des Affaires étrangères, M. Drouyn de Lhuys, à l'ambassadeur français à Londres, le Prince de La Tour d'Auvergne (6 avril 1864), au regard de la question des duchés du Schleswig et Holstein : « Quelle que soit la forme dans laquelle il se manifeste, *l'assentiment national est à l'origine de toutes les souverainetés*. Il en fait la force et la stabilité »¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Plébiscites du Comté d'Avignon (1791) ainsi que de la Savoie, de Mulhouse, du Hainaut et de la Rhénanie (1792).

¹⁶⁶ Rapport Merlin de Douai du 30 septembre 1795 sur l'annexion de la Belgique.

¹⁶⁷ On peut à cet égard distinguer les plébiscites qui se tinrent en Emilie, Toscane (11-12 mars 1860), Sicile (21 octobre 1860), dans les Marches et en Ombrie (4-5 novembre 1860) et finalement à Rome (2 octobre 1870), qui ne furent que des actes juridiques internes (et, donc, pas d'« international concern »), des plébiscites des provinces vénitiennes et de Mantoue cédées à la France et ensuite rétrocédées à l'Italie « sous réserve du consentement des populations dûment consultées ». Ces derniers plébiscites étaient en effet prévus par le Traité de Prague de 1866 (*NRG*, Vol. 18, p. 344).

¹⁶⁸ Il ne faut point oublier qu'au nom du principe des nationalités, prodrome du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, les populations de Palerme, Naples, Madrid, Cadix (1820) se révoltèrent contre les oppresseurs : prélude aux insurrections de 1848 qui embrasèrent l'Europe entière. A cet égard il n'est pas oiseux de reproduire le passage d'une note diplomatique du Comte de Rechberg (Vienne) au Prince de Metternich, ambassadeur autrichien à Paris, au sujet des Duchés du Schleswig et Holstein, où l'on manifeste des craintes, absolument *légitimes*, concernant l'application du principe des nationalités : « Il est superflu, je pense, de vous développer les motifs qui nous font redouter toute nouvelle application du principe que le vœu populaire doit constituer la base du droit public de l'Europe. Vous connaissez tous les dangers auxquels l'Autriche serait exposée si on admettait comme règle que les Etats doivent être formés ou décomposés selon la doctrine des nationalités et les arrêts du suffrage universel. Nous avons toujours évité d'envisager le différend dano-allemand comme une querelle de nationalités. C'est une question de droit international qu'il s'agit, selon nous de résoudre, en cherchant à concilier des droits divers et des intérêts opposés. », citée in *Brunns*, FB11 § 1061.

¹⁶⁹ Citée in *Brunns*, FB11 § 1062 [les italiques sont de nous].

A laquelle faisait écho la note diplomatique de l'ambassadeur français à Berlin au précité ministre des Affaires étrangères, qui rapportait les propos du Chancelier prussien Bismarck, à ce sujet :

« ... Toute solution de l'affaire des Duchés devait être envisagée sous plusieurs points de vue : les droits des Maisons princières litigantes, les convenances politiques européennes, et enfin, *the last but no the least*, les vœux des habitants »¹⁷⁰.

Le principe des nationalités sous sa forme du plébiscite vit ses premières applications en Grèce (1^{er} janvier 1822) et en Belgique (25 août 1830)¹⁷¹. Encore, la cession de Nice et de la Savoie par le Royaume de Sardaigne à la France fut sanctionnée par un plébiscite (15-22 avril 1860) conformément à l'article premier du Traité de Turin du 24 mars 1860 aux termes duquel les Hautes Parties avaient stipulé que la cession devait s'effectuer « sans nulle contrainte de la volonté des populations »¹⁷².

Après la Première Guerre mondiale il convient de rappeler les plébiscites prescrits par le Traité de Versailles du 28 juin 1919 : dans le Schleswig (1920), en Haute Silésie (1921) et dans la Sarre (1935). Eu égard aux résultats de ce référendum, une partie du Schleswig et de la Haute Silésie furent respectivement attribuées au Danemark et à la Pologne, alors que la Sarre, administrée par la Société des Nations, fut réintégré à l'Allemagne¹⁷³.

En revanche, les traités qui mirent fin à la Deuxième Guerre mondiale ne prévirent qu'un seul plébiscite : celui relatif aux territoires italiens de Tende et de La Brigue (Art.2 du Traité de paix du 10 février 1947 avec l'Italie). Ces territoires, à la suite du référendum du 12 octobre 1947, passèrent à la France. L'accord du 12 décembre 1953 entre la Grande-Bretagne et l'Egypte prévoyait un plébiscite dans le Soudan¹⁷⁴, dans le but de déterminer le sort dudit territoire, qui était administré conjointement¹⁷⁵ par les deux Etats susvisés – en réalité surtout par le premier – sur la base d'un traité de 1899 : son rattachement à l'Egypte ou la constitution d'un Etat indépendant. Finalement, bien que le plébiscite n'eût pas lieu, le Soudan se constitua en Etat indépendant (1^{er} janvier 1956).

¹⁷⁰ Citée in *Bruns*, FB11 § 1063. Voy. aussi § 1003.

¹⁷¹ « Quelle est, en effet, la règle de conduite qui a été suivie par les Puissances dans les affaires de Grèce et dans celles de la Belgique ? Comment les Cabinets ont-ils procédé dans les Principautés Moldo-Valaques, et tout récemment encore dans la question des Iles Ioniennes ? Ne sont-ils pas convenus d'interroger le vœu national, et ne sont-ils pas tombés d'accord pour le consacrer ? », dépêche diplomatique de M. Drouyn de Lhuys à l'ambassadeur français à Vienne, le Duc de Gramont, envoyée le 8 avril 1864 (au sujet toujours des Duchés du Schleswig et Holstein).

¹⁷² Voy. à ce propos *Bruns*, FB11 § 1042.

¹⁷³ Sur la Sarre pendant l'administration internationale directe, voy. *infra* III.III.A.i.

¹⁷⁴ *RTNU*, Vol. 161, p. 157.

¹⁷⁵ Au sujet du *condominium* anglo-égyptien sur le Soudan, voy. *infra* III.I.D.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

Le rattachement de Tende et de La Brigue à la France nous permet de souligner que cette dernière était tenue à organiser ce plébiscite non seulement au point de vue du droit international, mais aussi par la Constitution française du 27 octobre 1946 qui, à son article 27 § 2, disposait : « nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées »¹⁷⁶. Encore, conformément à cette disposition, la cession des Etablissements français de Chandernagor, perfectionnée par le traité du 2 février 1951, fut précédée par un plébiscite qui se tint le 19 juin 1949 et dont l'issue fut favorable au rattachement à l'Inde¹⁷⁷.

Dans ce cas, si l'obligation d'organiser un plébiscite est consacrée par la Constitution d'une des Parties affectées par la mutation territoriale, le défaut d'y obtempérer peut engendrer deux effets juridiques majeurs. D'une part, au regard du droit interne, cela constituerait un fait illicite, d'autre part, au regard du droit international – et notamment du droit des traités – cela pourrait représenter un motif de nullité « relative » du traité de cession au sens de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Sous l'angle du concept de titre juridique on peut arguer que dans ce cas le *titulus acquisitionis* qu'est le traité ne sera pas perfectionné tant que le plébiscite n'aura pas eu lieu¹⁷⁸.

La doctrine a longtemps débattu si, à défaut d'une norme interne ou d'un engagement conventionnel, il existait une règle de droit international général enjoignant aux Etats de procéder au plébiscite avant d'effectuer des mutations territoriales par le biais d'actes juridiques conventionnels. Grotius eut à affirmer que, à la suite d'une guerre :

« Donc, pour que tout un Etat soit valablement aliéné, il est besoin du consentement de tout le peuple, qui peut être donné par des députés des parties de peuple, qu'on appelle les *ordres*. Pour que quelque portion d'un Etat soit aliénée valablement, il est besoin d'un double consentement : celui du Corps, et spécialement celui de la partie dont il s'agit, comme ne pouvant être séparée malgré elle du Corps auquel elle a été attachée »¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Voy. S. Bastid, « *Le rattachement de Tende et de la Brigue* », *RGDIP*, Vol. 53 (1949), p. 321-340.

¹⁷⁷ La cession à l'Inde des autres Etablissements français s'effectua cependant sans plébiscite. Voy. à ce sujet : A. Coret, « La cession de l'Inde française », *Revue juridique et politique de l'Union française*, 1955, pp. 577 et suiv. et 697 et suiv. Voy. aussi : Re Georger and Teivassigamany (France, Conseil d'Etat), décision du 27 juin 1958, *ILR*, Vol. 26, pp. 114-115.

¹⁷⁸ Voy. à cet égard: Kazi Mukhlesm Rahman v. Bangladesh and Another (Bangladesh Supreme Court, Appellate Division), décision du 3 septembre 1974, *ILR*, Vol. 70, p. 48.

¹⁷⁹ Livre III, Ch. XX, § V.2.

Toutefois, selon certains auteurs, la pratique des Etats ne pourrait pas étayer la vigueur d'une telle norme en droit international général¹⁸⁰, alors qu'un autre courant, minoritaire, affirme, dans le sillage du juriste de Delft, que refuser à la population de se prononcer sur son sort équivaut à enfreindre le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹⁸¹.

Sans s'étendre davantage là-dessus et dans le silence des tribunaux internationaux et internes¹⁸², on ne peut que suivre l'opinion de deux insignes juristes lorsqu'ils affirment :

« ... *It cannot be said that international law makes it [le plebiscite] a condition of every cession that it should be ratified by a plebiscite. In the modern law, however, the plebiscite has to be seen rather as a device for securing compliance with the principle of self-determination enshrined in the Charter of the United Nations* »¹⁸³.

A la lumière du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹⁸⁴, il me paraît qu'il soit aujourd'hui inconcevable, donc invalide en droit international, qu'un Etat puisse céder une partie (habitée) de son territoire sans consulter la population concernée (par le transfert), voire l'ensemble de sa population.

III. ACQUISITION ET PERTE DU TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE PAR « FAIT JURIDIQUE »

L'absorption du fait dans le titre juridique (« fact-in-law »)¹⁸⁵ s'effectue justement par le truchement de ces règles de droit qui prévoient la création (l'extinction ou la modification) des titres territoriaux¹⁸⁶. Par rapport à cette

¹⁸⁰ M. N. Shaw, « Territory in International Law », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 13 (1982), pp. 87-88 ; J. De Louter, p. 329 : « ...si, par traité international, ces Etats ont disposé légalement de leur territoire, les sujets ne peuvent, ni individuellement, ni collectivement, se révolter contre ce fait. » ; F. von Liszt, p. 103 : « La validité d'une acquisition de territoire n'est pas soumise à l'assentiment des habitants de ce territoire (plebiscite). » ; « The principle that the wishes of a population are to be consulted when the territory which they inhabit is ceded has not been adopted into international law, and can no be adopted into it until title by conquest has disappeared. », W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8^{ème} éd., Oxford, 1924, p. 49 [les italiques sont de nous]. Toutefois, même si la conquête en tant que telle ne constitue plus un fait susceptible de créer un titre juridique, il n'empêche que l'exigence du plébiscite n'est pour l'instant pas requise par le droit international général.

¹⁸¹ Voy. (*ante litteram*): G. Fusinato, pp. 47-48 : selon qui l'exigence du plébiscite, tant auprès des citoyens affectés par la « mutation territoriale », qu'auprès des anciens concitoyens, était requise par le droit international ; Z. Meriboute, « L'annexion en droit international contemporain », *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*, Vol. 64 (1986), p. 38 : « transferts licites de territoires, ce qui supposerait qu'il y ait un accord de transfert entre les Etats concernés et surtout l'exercice du droit à l'autodétermination des populations du territoire qui change de souveraineté. ».

¹⁸² Voy. The Berubari Union and Exchange of Enclaves (Supreme Court, India), award delivered the 14 March 1960, *ILR*, Vol. 53, pp. 201-203.

¹⁸³ *Oppenheim's International Law* (1992), § 248.

¹⁸⁴ Voy. *infra* II.II.A.

¹⁸⁵ « ... [Les] vastes marées que le milieu social lance à l'assaut du droit », J. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, 1964, p. V. Voy. aussi, en sus de ce chapitre, *infra* I.IV.

¹⁸⁶ Voy. : CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), 2008, §§ 120-122 (pp. 50-51).

phase de création du droit, le juriste (notamment le juge) n'est toutefois pas étranger. Il y contribue et même de manière décisive, et ceci en raison de la nature même du « fait juridique »¹⁸⁷. Vu sous cet angle, il ne nous est pas possible de taire l'extrême affinité que cette problématique révèle avec le phénomène du droit coutumier. Ce que, si l'on veut reprendre une citation fameuse, fut décrit en ces termes, empreints d'un pragmatisme bien anglais : « One precedent creates another. They soon accumulate and constitute law. What yesterday was fact, today is doctrine »¹⁸⁸.

En effet, les points de contact entre la création (ou l'extinction, ou la modification) d'un titre territorial par fait juridique et le phénomène d'émergence d'une règle coutumière sont nombreux. Le « mystère » de leur création, ou bien leur caractère réfractaire à toute systématisation, sont le dénominateur commun des « règles coutumières » et des « faits juridiques ». La « difficulté » consiste précisément à leur trouver une « place »¹⁸⁹ et une explication qui satisfasse l'esprit. Ces deux phénomènes restent pour la plupart du temps cachés à l'investigation théorique, et le juriste ne peut que se borner, mais c'est là une moindre limitation, à en constater la vigueur¹⁹⁰. C'est-à-dire la présence effective de la règle ou du titre territorial, suite à la survenance de certains « faits qualificatifs », choisis et ordonnés par l'« observateur »¹⁹¹.

Cette introduction servait l'objectif de fournir le cadre conceptuel au sein duquel seront développées les réflexions suivantes : les éléments (ou « faits ») qui seront étudiés ci-après sont les éléments qui, tour à tour et à chaque fois de

¹⁸⁷ « [L]e fait est moins une *constatation* qu'une *construction* de l'esprit. A rigoureusement parler, les faits n'existent pas tout faits dans la nature comme les vêtements dans une maison de confection et le rôle du savant ne se trouve 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 », A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13^{ème} éd., Paris, 1980, p. 339. De même : P. Nerhot, « Le fait du droit », *Archives de philosophie du droit*, Vol. 31 (1986), p. 272 ; N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, Turin, 1971, p. 380.

¹⁸⁸ S. Junius, « Dedication to the English Nation », in *The Letters of Junius*, 1769-1771 (cité in *Bartlett's Familiar Quotations*, 14^{ème} éd., 1968, 1091a).

¹⁸⁹ « Sa démarche ne reproduit en rien celle des acteurs censés avoir engendré la règle. Leurs actes poursuivaient des fins concrètes, mais n'entendaient guère promouvoir des normes et des principes. C'est l'interprète, après-coup, qui en dégage cette composante insoupçonnée des acteurs ; et il le fait en fonction d'un problème présent qui, tel un éclairage inattendu, imprime aux faits épars du passé une signification nouvelle », P. Haggemacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale », *RGDIP*, Vol. 90 (1986), p. 114 [les italiques sont de nous]. Pour que cela ait un sens, il faut que la théorie dite des deux éléments de la coutume soit dépassée ou, tout au moins, mise de côté. C'est ce que proposent les tenants de la théorie du « droit spontané », selon lesquels, « [La] coutume est véritablement un procédé de *production spontanée* et dans une certaine mesure *mystérieuse* du droit », G. Sperduti, *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milan, 1946, p. 201 [notre traduction ; les italiques sont de nous]. Voy. aussi : G. Distefano (2019), pp. 306-318.

¹⁹⁰ R. Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milan, 1950, p. 81 [de même: « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90 (1956-II), pp. 851-958].

¹⁹¹ Voy. les études brillantes de G. Barile : « La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice », *Comunicazioni e studi*, Vol. 5 (1953), pp. 141-229 ; « Interpretazione del giudice e interpretazione di parte del diritto internazionale non scritto », in *Scritti in onore di Tommaso Perassi*, Vol. 1, Milan, 1947, pp. 137-172.

manière et à des degrés différents, pris isolément ou ensemble, composent le *fait juridique investitif* du *titulus*. Ce dernier sera donc un *fait juridique complexe* à travers lequel ont lieu la création, l'extinction et la modification de titres territoriaux¹⁹². Ces « faits juridiques » seront étudiés sous la loupe des différentes figures que la science juridique a élaborées aux fins de l'appréhension des phénomènes de création du droit autres que ceux induits par la volonté [voy. *supra* I.II] ; c'est-à-dire les comportements des Etats qui ne peuvent pas être subsumés sous la catégorie d'actes juridiques conventionnels¹⁹³.

Il ne s'agit donc pas, répétons-le, d'étudier les faits ou les catégories de faits susceptibles de créer un titre juridique, mais d'étudier les différentes modalités par lesquelles certains « faits juridiques » des Etats sont *habillés* par la science du droit. Ainsi, par exemple, l'acquiescement, l'estoppel, ne sont pas des faits juridiques, mais des « modèles narratifs », c'est-à-dire des « catégories normatives » utilisées dans le dessein de donner un sens et une signification à certains comportements des Etats¹⁹⁴.

Dans le domaine qui nous concerne ici, ces différentes catégories et institutions normatives que nous étudierons ci-dessous (A-D) sont pour le juriste (notamment le juge) autant d'ustensiles, d'habits différents qui lui permettent d'appréhender certains comportements et attitudes des Etats pour en faire découler des effets juridiques aux fins de la création ou de l'extinction d'un *titulus acquisitionis*¹⁹⁵. Le *modus acquisitionis*, quant à lui, est toujours le même, à savoir l'occupation effective du territoire concerné.

¹⁹² « A title may consist of a fact which is deemed *one and invisible*, and is said to be simple. Or a title may consist of a fact which is *not* deemed one and invisible, but is esteemed a number of single and invisible facts compacted into a collective whole, and may then be called complex », J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, Lecture LVI, London, 1885, p. 886 [les italiques sont de nous].

¹⁹³ Que les « attitudes » des Etats, distinctes des « actes volitifs », puissent être sources de droits et d'obligations pour les Etats, c'est là un principe qui ne souffre d'aucune discussion, comme nous essayerons de l'exposer plus loin. Par conséquent, on ne saurait pas souscrire à l'*obiter dictum* du Tribunal fédéral dans l'affaire du Canton du Valais (p. 234), lorsqu'il déclare que : « Il n'existe aucun principe général du droit international public ou droit interne suisse suivant lequel un sujet de droit serait lié par ses propres agissements. ». Comme quoi, on n'hésite pas à porter atteinte au caractère objectif dont est imprégné tout ordre juridique au sein duquel les attentes légitimes sont protégées. Voy. à cet égard les observations pertinentes de G. Abi-Saab, « 'Interprétation' et 'auto-interprétation' : Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, 1995, p. 19 [phrase citée plus haut, note 60].

¹⁹⁴ Voy. G. Distefano (2019), pp. 598-620.

¹⁹⁵ Il n'est donc pas inexact d'affirmer que le droit international des espaces se révèle être un banc d'essai formidable pour tout internationaliste qui nourrit des velléités de généraliste de cette discipline se développant en d'innombrables ramifications.

A. L'acquiescement

Sous cette rubrique nous allons étudier l'acquiescement en tant que « modèle narratif », c'est-à-dire en tant que « catégorie normative » utilisée dans le dessein de donner un sens et une signification à certaines attitudes des Etats. Cette notion est souvent confondue avec d'autres institutions ou figures juridiques de telle sorte qu'il est difficile d'en délimiter précisément les contours¹⁹⁶. Avant de faire cela, nous croyons opportun de reproduire deux passages tirés de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, car ils sont souvent cités à cet effet et, par surcroît, mettent en évidence cette ressemblance de figures juridiques que soulève l'absence de protestation ou, encore, le « silence circonstancié » :

« ... 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 des nombreuses années* et l'on doit, de ce fait, conclure à leur *acquiescement*. *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* »¹⁹⁷.

« Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement, ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation »¹⁹⁸.

Ce dernier fragment est très révélateur car il met en exergue à lui seul toutes les autres institutions auxquelles la figure de l'acquiescement a été rapprochée. La doctrine est souvent partagée sur la question de savoir si la figure de l'acquiescement jouit d'une force juridique autonome ou si en revanche elle nécessite le concours d'autres éléments ou figures en vue de produire certains effets juridiques. Lesquels, dans notre cas, consisteraient dans la création, l'extinction ou bien encore la modification de titres territoriaux. Par conséquent, il y a lieu tout d'abord de déblayer le terrain en la comparant précisément à ces autres figures afin d'atteindre une définition par exclusion de cette notion « polyphonique »¹⁹⁹ (malgré son mutisme).

¹⁹⁶ De même, il est tout aussi indéniable que le concept d'acquiescement représente le modèle d'inspiration pour toutes ces autres catégories normatives avec lesquelles il est souvent confondu ; d'où la raison pour laquelle nous commençons cette section par lui. Une thèse monumentale a récemment été défendue avec brillance par M. Aymeric Hêche (*Acquiescement. Etude de droit international public*, Thèse présentée et soutenue à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, juin 2022). Elle apporte sans ombre de doute une précieuse contribution à l'étude de cette notion protéiforme du droit international public, tout aussi largement employée par les Etats que désertée par la doctrine. Cette étude comble ainsi une déplorable lacune dans l'investigation tous azimuts de cette notion polyphonique, malgré son mutisme, du droit international public.

¹⁹⁷ CIJ, Temple de Préah Vihear, p. 23 [les italiques sont de nous].

¹⁹⁸ CIJ, Différend frontalier terrestre, insulaire, 1992, 364 [les italiques sont de nous].

¹⁹⁹ A. Hêche, 2674, p. 841.

D'aucuns ont assimilé la figure de l'acquiescement à celle de l'accord tacite et c'est sûrement là le plus ancien des courants doctrinaux qui tentait d'enchâsser toute création du droit dans la figure du consentement (qu'il fût exprès ou tacite)²⁰⁰. Or, s'il est vrai que le consentement et l'acquiescement sont deux « phénomènes » distincts²⁰¹, il n'en est pas moins vrai comme le soutient justement Sperduti, qu'ils sont équivalents dans les effets juridiques qu'ils engendrent²⁰². Un autre courant, refusant à la figure de l'acquiescement une autonomie normative propre, en fait un des éléments requis par l'institution de l'usucapion, dont, bien entendu, il admet le droit de cité dans l'ordre international²⁰³. Cette position doctrinale est par ailleurs corroborée par une certaine pratique jurisprudentielle²⁰⁴. D'aucuns encore, l'amalgameraient tout court au droit coutumier²⁰⁵. Or il y a certainement là une part de vérité car même les attitudes passives peuvent être prises en compte dans la « constatation » d'une règle coutumière. Mais, on confondrait ainsi le résultat avec le moyen de la preuve qu'est l'acquiescement²⁰⁶. Il est revanche

²⁰⁰ Voy. notamment : Emer de Vattel, Ch. XXII § 286 ; G. Sperduti, « Sovranità territoriale, atti di disposizione di territori ed effettività nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 42 (1959), p. 419 (plus nuancé et oscillant entre le pacte tacite et la prescription acquisitive) ; *Black's Law Dictionary*, p. 25 ; Sir Gerald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law. Part II », *BYIL*, vol. 32 (1955-1956), pp. 27-30 ; G. Schwarzenberger, p. 300 ; G. Biscottini, *Le manifestazioni unilaterali di volontà nell'ordinamento internazionale*, Rome, 1943, pp. 113-115 ; A. Cavaglieri, « Il decorso del tempo e i suoi effetti sui rapporti giuridici internazionali », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 5 (1926), p. 187 (l'auteur introduit à cet effet le concept de « *bonus vir* » aux fins de la détermination du silence en tant que manifestation tacite de volonté) ; I.C. McGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », *BYIL*, Vol. 31 (1954), p. 145. *Contra* : M. Bourquin, « Les baies historiques », in *Mélanges Georges Sausser-Hall*, Neuchâtel-Paris, 1952, pp. 37-51. Au regard de l'accord tacite, voy. *infra* I.III.C.

²⁰¹ Par ailleurs, réduire l'acquiescement à un acte juridique (donc un acte de volonté) aurait signifié la négation de toute autonomie dogmatique du premier : un doublon superfétatoire.

²⁰² G. Sperduti, « Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 44 (1961), p. 8. La CIJ semble parfois louvoyer entre les deux concepts : « [L]a Cour considère que le *comportement* de la Somalie [...] concernant sa frontière maritime avec le Kenya [...] notamment son absence alléguée de protestation contre la prétention de celui-ci [se fondant sur un acquiescement – accord tacite], n'établit pas qu'elle a *accepté* de manière claire et constante une frontière maritime longeant le parallèle », Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), arrêt du 12 octobre 2021 : *Recueil de la CIJ* 2021, § 80 [les italiques sont de nous].

²⁰³ Voy. entre autres auteurs : G. Sperduti (1959), p. 419 ; P. Cobbett, *Law and Society in the Relation of States*, London, 1951, p. 108 : « [acquiescence is] really the foundation of the modern law of prescription ». *Contra* P.K. Menon, « International Boundaries. A Case Study of the Guyana-Surinam Boundary », *ICLQ*, Vol. 27 (1978), p. 767 (qui, tout en admettant la prescription acquisitive en droit international, prend soin de bien la distinguer de la figure de l'acquiescement).

²⁰⁴ *Arkansas v. Tennessee* (U.S. Supreme Court), décision du 3 juin 1940, *ILR*, Vol. 9, p. 113 : « ... the area in question should now be deemed to be within the boundaries of Tennessee by virtue of prescription and the acquiescence on the part of Arkansas in the exercise of dominion and jurisdiction over that area [...] since Tennessee had continuously performed various acts of public authority... » [les italiques sont de nous] ; *Indiana v. Kentucky* (U.S. Supreme Court), *AIRC* (1783-1968, Déak), Vol. 3, p. 239 : « acquiescence [100 ans] can only be regarded as a recognition of the right of Kentucky too plain to be overcome ».

²⁰⁵ Sir Gerald Fitzmaurice, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, Vol. 92 (1957-II), p. 122.

²⁰⁶ Voy. Y. Blum, *Historic Titles in International Law*, La Haye, 1965, p. 60 [*passim*].

indubitable que l'acquiescement²⁰⁷, dans l'ordre international, est originellement un « principe générale de droit » au sens de l'Article 38 § 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice, même s'il a été consacré entre temps par le droit international coutumier.

Or, qu'en est-il vraiment de la figure de l'acquiescement et de sa capacité à créer, effacer ou modifier des titres territoriaux ? Répondre à cette question reviendrait à s'interroger inévitablement sur sa prétendue autonomie normative. L'acquiescement n'intervient que lorsqu'un sujet se « tait » alors qu'il devrait réagir, pourvu que le « fait » en question ait une certaine notoriété²⁰⁸, face à des activités de puissance publique conduites par un autre Etat²⁰⁹. C'est ce qu'on désigne par l'expression « silence circonstancié ». La maxime de droit romain savamment citée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Temple²¹⁰ codifie un axiome ancien²¹¹. Mais c'est justement sur l'aspect du « silence circonstancié » qu'il y a lieu de concentrer notre attention. D'ailleurs cette condition est exprimée par le dernier bout de la maxime qu'on néglige quelquefois de citer, à savoir : *si loqui debuisset ac potuisset*. C'est-à-dire si le sujet devait le faire (car son titre était en péril) et s'il pouvait le faire (l'exigence de la notoriété du « fait »). L'acquiescement présuppose nécessairement la connaissance du fait vis-à-vis duquel le sujet ne réagit pas²¹², comme par ailleurs témoigné par l'article 45 CVDT 1969 qui envisage la perte du droit d'un Etat à invoquer une cause de nullité, extinction ou suspension en « raison de sa conduite » et « après avoir eu connaissance des faits »²¹³.

²⁰⁷ A. Hêche, §§ 995-1001, p. 319.

²⁰⁸ Selon un brocard médiéval : « vigilantibus non dormientibus iura subveniunt ».

²⁰⁹ Telles que la « perception d'impôts », CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, §§ 223-224.

²¹⁰ CIJ, Temple de Préah Vihéar, p. 23. De même : Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), §§ 36-89.

²¹¹ Codex 43 (De Regulis Iuris in 6to), 5, 12. Voy. à ce propos les admirables et pénétrantes réflexions de G. Donatuti, « Il silenzio come manifestazione di volontà », in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Vol. 4, Milano, 1930, pp. 461-484 [selon l'analyse de cet éminent romaniste, et suite à un pondéreux travail de bénédictin sur les sources du droit romain, le silence ne vaut que comme « *patientia* », et non comme manifestation de volonté ; § 4]. En effet, l'accent est mis sur les circonstances qui ont entouré le « silence » de l'ayant droit (le titulaire), comme nous l'enseigne, ailleurs dans le Digeste (50, 17, 142), un fragment du juriste Paulus : *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*. Cette formule a d'ailleurs été « canonisée » par la décrétale de Boniface VIII (lib. V, tit.12, reg.43), à laquelle on peut opposer une autre formule, également tirée d'un texte sacré, qui est la suivante : « Des pommes d'or dans un écrin d'argent, une parole dite à propos » (Bible, Livre des Proverbes, Ch. XXV, v. 11).

²¹² CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/ Singapour), 2008, § 243 ; CIJ, Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), § 84.

²¹³ L'article 45 du « Texte d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite » (ci-après : ARE) a été rédigé presque *verbatim* à la seule – importante – différence qu'il glisse élégamment sur la question de l'écoulement du temps, là où l'article 45 CVDT 1969 mentionne « délai raisonnable ». A cet égard, nous ne pouvons pas nous empêcher de remarquer que la CVDT 1969, qui précise – comme il se doit pour une convention de codification – de manière soignée, délais, mécanismes et procédures, elle ouvre, dans cette disposition un abîme dans l'esprit de finesse, par l'adjectif « raisonnable ».

Ce n'est donc pas le « silence » en tant que tel, mais le silence *caractérisé* par un contexte factuel et normatif bien déterminé²¹⁴ : c'est là une démonstration que la plupart des faits juridiques sont des « faits complexes ». Cette caractéristique du « silence circonstancié » a été mise en relief par une sentence du Tribunal fédéral suisse :

« S'appuyant sur une notion traditionnelle du droit anglo-saxon, le droit des gens utilise le terme « acquiescence » pour désigner le principe qui veut que l'acceptation passive d'une situation puisse faire naître un lien juridique ; ce terme correspond à peu près à la notion de « qualifiziertes Stillschweigen »²¹⁵.

Cette sentence est vraiment importante car elle énumère les conditions requises par le droit international pour qu'on puisse parler d'« acquiescement » dans une situation bien déterminée. Selon les juges du Tribunal fédéral, la *ratio iuris* de cette figure doit être recherchée dans le principe de la *bonne foi* :

« Par « acquiescence », on entend le silence qui a été observé à propos d'une revendication juridique avancée par un autre sujet de droit et qui a pour effet que, selon le principe de la bonne foi, cette attitude passive ne peut être interprétée que comme constituant une reconnaissance tacite. Il s'agit ainsi de l'interprétation et de la qualification juridique d'une attitude passive fondées sur le principe de la bonne foi. »²¹⁶ ;

Quant à l'écoulement du temps, celui-ci est une nécessité inspirée de l'exigence de la sécurité des relations juridiques ; c'est donc une exigence de preuve du « silence circonstancié ». Il faut que ce dernier soit observé et constaté par le juge pendant un laps de temps assez long :

« Le facteur temps y joue un rôle important, car c'est lui qui, en règle générale, confère à l'absence d'objection contre la réclamation formulée par un autre sujet de droit le caractère d'une acceptation tacite »²¹⁷.

Toutefois, force est de le répéter, ce n'est pas le temps qui éteint, crée ou modifie le titre territorial, mais ce sont les comportements des États concernés dans le temps, qui sont à l'origine du titre territorial.

²¹⁴ Cette condition avait été relevée par le Prince Gortchakov dans son Mémoire du 27 octobre 1856 relativement aux droits territoriaux russes dans la Mer Noire : « Or, en matière de droit, s'il s'agit de transférer un territoire quelconque d'un possesseur à l'autre, il faut que le Traité de Paix [en l'espèce, le Traité de Paris de 1856] autorise ce changement par une stipulation clairement exprimée. *Le silence ne légitime ni abandon d'une part, ni acquisition de l'autre* », cité in Bruns, FB11 § 1130 [les italiques sont de nous]. En droit romain, le silence pouvait se concrétiser dans les attitudes suivantes : « *non contradicere* », « *non repugnare* », « *non dissentire* » à une proposition d'autrui ; ou encore, être « *praesens et non contradicere* », « *praesens et non recusare* », « *praesens et non dissentire* », « *praesens et non exsequi* », ou seulement « *praesens* », « *sciens et non contradicere* » à un acte adverse. Voy. G. Donatuti, p. 461 [passim].

²¹⁵ Affaire Canton du Valais c. Canton du Tessin, p. 233 [le Tribunal fédéral suisse cite K. Strupp, H.-J. Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2^{ème} éd., Berlin, 1960-1962, Vol. III, p. 391].

²¹⁶ Affaire Canton du Valais c. Canton du Tessin, p. 233.

²¹⁷ *Loc. cit.* Ce passage fait écho à la maxime de droit romain : « *Longo silentio res gabetur pro derelicto* », Gotofr.L.15 § 21 (*de damno infecto*).

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

« La Cour estime que, s'il ne vaut pas reconnaissance de la souveraineté de la Colombie sur ..., le comportement du Nicaragua tend toutefois à conforter l'argumentation de la Colombie »²¹⁸.

On a également parlé de l'écoulement du temps comme une « condition de l'acquiescement »²¹⁹, mais il est surtout un moyen de preuve²²⁰ :

« ... le *temps favorise* ceux qui ont agi, créant une situation qui leur est avantageuse ou faisant ce qu'il faut pour détruire une menace dirigée contre eux. Il *dessert*, au contraire, ceux qui sont restés *inactifs*, se bornant à formuler des revendications ou des protestations plus ou moins vaines ou à s'endormir dans une *trompeuse sécurité* »²²¹.

Sous cet angle, il est clair que la fonction de l'« acquiescement » peut être « constitutive », c'est-à-dire qu'elle transforme en une situation de droit une situation de fait contraire *per se* au droit (en vigueur) ; en d'autres termes, l'acquiescement peut sans doute modifier un « titre conventionnel [pré-existant] »²²². Force est néanmoins de préciser, si besoin en est, que les Etats peuvent par voie conventionnelle « stériliser » les effets de l'acquiescement en l'écartant (déroger) dans leurs rapports inter se. A titre d'exemple, nous pouvons mentionner l'Article IV § 2 du Traité sur l'Antarctique (1^{er} décembre 1959) :

« Aucun acte ou activité intervenant pendant la durée du présent Traité ne constituera une base permettant de faire valoir, de soutenir ou de contester une revendication de souveraineté territoriale dans l'Antarctique, ni ne créera des droits de souveraineté dans cette région. Aucune revendication nouvelle, ni aucune extension d'une revendication de souveraineté territoriale précédemment affirmée, ne devra être présentée pendant la durée du présent Traité »²²³

Il convient maintenant de dire quelques mots sur le contexte dans lequel s'inscrit ce phénomène appelé « acquiescement » et sur les caractères qu'il doit revêtir afin que le « fait juridique » qu'il appréhende produise des effets de droit. Car, c'est bien le contexte, dans une perspective « objectiviste » que nous privilégions ici, qui qualifie l'acquiescement comme producteur de

²¹⁸ CIJ, Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), 2012, § 90, p. 659.

²¹⁹ J. Barale, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *AFDI*, Vol. 22 (1965), p. 405.

²²⁰ « *Il decorso del tempo non contiene per se stesso alcun elemento giuridico, non può essere per sé solo produttivo né di nascita né di estinzione di pretese giuridiche.* », A. Cavaglieri (1926), p. 169 ; CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, 1984, §§ 43-51.

²²¹ E. Giraud, « Le droit international public et la politique », *RCADI*, Vol. 110 (1963-I), p. 476 [les italiques sont de nous] ; en ce sens : M.-C. La Rose, « Le litige canado-américain au sujet de l'île de Machias Seal », *Revue Québécoise de droit international*, Vol. 2 (1985), p. 316. Car comme il a été fort adroitement remarqué : « ... l'écoulement du temps est sans pertinence dans le contentieux territorial [...] L'idée que l'écoulement du temps *seul* serait constitutif de droit n'a pas, selon nous, de place en droit international », affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales, Plaidoirie de M. Salmon (Qatar), CR 2000/5 (séance du 29 mai 2000), § 3.

²²² CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, § 68 ; CIJ, Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, 1992, § 80.

²²³ *RTNU*, Vol. 402, n° 5778, p. 75.

conséquences juridiques²²⁴. Toutefois il faut aussi rappeler que les Etats affichent rarement, en matière territoriale, une attitude dépourvue de contradiction ; bref, ils ne parlent que très rarement d'une seule voix²²⁵.

La pratique des Etats, des tribunaux internationaux, et la littérature nous renseignent au regard des attitudes – la plupart du temps passives²²⁶ – qui peuvent être prises en considération aux fins de la « constatation » de l'acquiescement en tant que « fait juridique ». La protestation diplomatique²²⁷, l'absence de contestation (protestation)²²⁸ ou de « réaction appropriée »²²⁹,

²²⁴ « *Georgia further asserts that the State asserting the claim must make a showing of acquiescence by the neighbouring State. Inaction, in and of itself, is of no great importance; what it is legally significant is silence in the face of circumstances that warrant a response.* », *Georgia v. South Carolina* (U.S. Supreme Court), arrêt du 25 juin 1990, *ILR*, Vol. 91, p. 449 [les italiques sont de nous].

²²⁵ A.L.W. Munkman, pp. 77-78.

²²⁶ J. Barale, p. 403. « ...[E]ven negative conduct...is in my opinion, quite sufficient for this purpose, *if the facts are clear.* », Op. individuelle du juge Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire du Temple de Préah Vihéar, 1962, p. 55 [les italiques sont de nous]; « La Cour note en outre que ces 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 », CIJ, Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (*Nicaragua c. Honduras*), 2007, § 208. Il n'est pas inutile de rappeler que le juge doit méticuleusement examiner ces comportements.

²²⁷ Voy. l'opinion individuelle conjointe des juges Basdevant et Levi-Carneiro dans l'affaire des Minquiers et Ecréhous (p. 71) ; Affaire de l'Île de Lamu, p. 338 ; Ch. De Visscher (1960), p. 254 ; cf. le Mémoire du Gouvernement portugais réitérant les titres portugais sur une portion de la côte occidentale africaine (citée in *Bruns*, FB11 § 595) : « Da declaração exarada é manifesto o alcance: não queria Portugal que se inferisse da não ocupação dos territórios agora contestados a *tacita desistência* dos seus direitos. Ver-se-ha como *vinte e nove annos* depois interpretava o governo britannico a declaração referida » [les italiques sont de nous]. Dans la controverse relative à certains territoires de l'Alaska qui vit s'affronter la Russie et la Grande-Bretagne, cf. le « mémoire confidentiel » adressé le 23 novembre 1822 par le Comte Lieven au Duc de Wellington, faisant état de l'attitude manifestée par l'Angleterre : « L'Angleterre n'a pas non plus protesté contre cette disposition. Elle n'a pas même *réclamé* contre les nouveaux établissements que la Compagnie Russo-Américaine a pu former au sud du 55 degré, en vertu de ce privilège. » [les italiques sont de nous], cité in : H.A. Smith p. 5 (v. aussi p. 66) ; cf. la dépêche du ministre des Affaires étrangères italien, le Marquis de San Giuliano, envoyée le 12 juillet 1912 au ministre de la Guerre italien, M. Spingardi, au sujet de l'acquiescement anglais en regard des revendications italiennes sur les territoires nord africains aux confins avec l'Égypte : « *acquiescenza* che, per quanto riguarda l'Inghilterra, *acquista tanto maggior valore*, in quanto che essa aveva *amichevolemente reclamato* contro la nostra primitiva *dichiarazione...* », citée in *Prassi italiana*, Seconda serie (1887-1918), Vol. II, § 2220 [les italiques sont de nous] ; cf. la dépêche diplomatique du ministre des Affaires étrangères italien, M. Tittoni, envoyée le 30 octobre 1906, à l'ambassadeur italien à Londres, le Marquis de San Giuliano, réaffirmant la nécessité, de la part du Gouvernement italien de protester au sujet de certains agissements anglais dans les Territoires du Haut Juba : « in modo da evitare che con la nostra acquiescenza possano gli Inglesi danneggiare gravemente i nostri interessi in quella regione », citée in *Prassi italiana*, Seconda serie (1887-1918), Vol. II, § 2329. Il est intéressant de noter à cet égard que les droits territoriaux italiens auxquels le ministre faisait référence étaient des droits territoriaux mineurs, à savoir des droits découlant d'accords dits des sphères d'influence. Ce passage étaye également la thèse selon laquelle les règles qui régissent la vie des titres sont les mêmes qu'il s'agisse de droits territoriaux « mineurs » ou de la souveraineté territoriale.

²²⁸ « Le Nicaragua n'a jamais protesté, fait-elle remarquer, contre la souveraineté exercée par la Colombie sur les îles pendant plus de 150 ans », CIJ, Différend territorial et maritime (*Nicaragua c. Colombie*), 2012, § 75.

²²⁹ Voy. l'opinion individuelle des juges Basdevant et Levi-Carneiro dans l'affaire des Minquiers et Ecréhous (p. 81) ; *California v. Nevada* (1980), *AILC*, (1979-1986, Reams), Vol. 2 (Second Series),

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

ou « tardive »²³⁰, vis-à-vis également d'« actes internes » des autres Etats concernés²³¹. Mais la protestation²³² doit aller bien au-delà de la protestation diplomatique (« paper protest »)²³³, et elle doit épuiser toutes les voies de règlement pacifique des différends internationaux²³⁴, énoncées de manière non exhaustive à l'article 33 de la CNU²³⁵. Et le cas échéant, si la situation litigieuse menace la paix et la sécurité, les Parties peuvent « attirer l'attention du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale » sur le différend territorial (art. 35 de la CNU)²³⁶. De surcroît, l'Etat peut introduire une requête devant

pp. 3-7 ; CIJ, Différend frontalier, terrestre, insulaire, 1992, §§ 67, 284 ; The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, p. 531 ; Ile de Palmas, p. 869 ; Ile de Bulama, p. 613 ; l'opinion dissidente du juge Armand-Ugon dans l'affaire de certaines parcelles frontalières, 1959, p. 44 ; l'opinion individuelle du juge Luchaire dans l'affaire du Différend frontalier, 1986, p. 654 ; affaires relatives à l'Antarctique, § 24 ; The Dubai-Sharjah Border Arbitration, §§ 206, 211 ; I. Brownlie, pp. 160-161 ; Sir Robert Jennings (1963), p. 36 ; Ch. De Visscher (1967), p. 109 ; J.F. Ferrier, « Le conflit des îles Paracels et le problème de la souveraineté sur les îles non habitées », *AFDI*, Vol. 21 (1975), pp. 193, 194 ; A. Cavaglieri (1926), p. 203.

²³⁰ Voy. : CIJ, affaire de l'Ile de Timor (Pays-Bas c. Portugal), sentence rendue par la Cour permanente d'arbitrage le 25 juin 1914, *RSA*, Vol. 11, p. 504 ; United States v. Louisiana and Others (U.S. Supreme Court), arrêt du 26 février 1985, *AILC*, (1979-1986, Reams). Vol. 2 (Second Series), p. 423 ; affaire de la Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua), arrêt du 18 novembre 1960 : *CIJ Recueil* 1960, p. 213 ; T. Kotani, « A Theoretical Approach to the problem of the Kurile Islands », *Japanese Annual of International Law*, Vol. 24 (1981), pp. 10-11.

²³¹ CIJ, Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), §§ 77-80.

²³² « Le moyen le plus courant, en droit international, de sauvegarder ses droits, est la protestation : on en rencontre très souvent dans la pratique... », P. Verykios, *La prescription en droit international public*, Paris, 1934, p. 99. Mais si la protestation n'est pas suivie par des actes de contestation ponctuels et réitérés et de tentatives de règlement, elle perd de la force et s'éteint. Le laps de temps durant lequel la protestation doit s'étendre et se renforcer qualitativement est sujet à l'appréciation au cas par cas. L'engagement de négociations ou de pourparlers directs entre les Parties au conflit doit être interprété comme la reconnaissance, de la part de l'Etat qui contrôle le territoire, qu'un différend existe bel et bien et que partant, son titre territorial n'a pu se former conformément au droit international. Bref, qu'il n'a pas été en mesure de réunir à son *modus acquisitionis* le *titulus acquisitionis* (qui demeure toujours chez l'Etat dépossédé). Voy., à cet égard, le différend qui oppose depuis 1971 les Emirats Arabes Unis à l'Iran relativement à la souveraineté sur les îles Abou Mussa e Tumbs. Voy. à cet égard : T. R. Mattair, *The Three Occupied UAE Islands. The Tunbs and Abu Musa*, Abu Dhabi, 2005.

²³³ P. Heilborn, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den Völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, 1896, p. 376, qui parle de « papieren Protest », en contrepoint avec le « paper title ». Pour des raisons d'ordre structurel, les « paper protests » peuvent difficilement porter préjudice à la validité du titre en formation. McGibbon (I.C. « Some observations on the part of protest in International Law », *BYIL*, Vol. 30 (1953), pp. 294-299) nous brosse une palette des conditions auxquelles une protestation peut véritablement être effective. Dans la même perspective, on a également parlé de « paper claims », plaidoirie de M. Paulsson (Bahreïn) dans l'affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales, CR 2000/11 (séance du 8 juin 2000), § 107.

²³⁴ La Cour tient cependant à préciser « qu'il n'est ni raisonnable ni réaliste d'attendre d'un Etat ravagé par une guerre civile et dépourvu de gouvernement opérationnel qu'il émette des protestations diplomatiques formelles contre une prétendue revendication de frontière » (CIJ, Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), § 46). Cet assouplissement de l'exigence d'une protestation prompte, constante et ferme dans le cas de figure des « Etats effondrés » (infra II.III.C) mérite d'être souligné.

²³⁵ L'obligation de négocier sous-tend donc l'efficacité de la figure de la protestation. Voy. en ce sens : M. Khadduri, « Iraq's Claim to the sovereignty of Kuwait », *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 23 (1990), p. 34.

²³⁶ Voy. en ce sens P.K. Menon, « Title to Territory: Traditional Modes of Acquisition by States », *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*, Vol. 72 (1994), pp. 30-32.

la Cour internationale de Justice même en l'absence de titre de compétence, l'hypothèse du *forum prorogatum* ne pouvant pas être exclue *a priori*²³⁷. Ce sont là des « faits » d'Etat qui peuvent être difficilement interprétés comme un acquiescement de l'Etat aux revendications de l'autre Etat ou à une situation territoriale déterminée.

B. L'estoppel

Dans le peu d'espace que nous consacrons à l'analyse de cette figure juridique, il importe surtout de faire ressortir ses traits distinctifs en la comparant notamment aux autres « modèles narratifs » étudiés dans ce chapitre. L'institution dont il est question ici tire son origine conceptuelle du droit anglo-saxon²³⁸ ; selon le *Black's Law Dictionary* :

« 'Estoppel' means that a party is *prevented* by his own acts from claiming a right to *detriment* of other party who was entitled to *rely* on such conduct and has acted *accordingly*. »²³⁹

Trois conditions cumulatives ressortent de cette définition : a) impossibilité de changer de représentation (ou de revenir sur sa position précédemment adoptée) ; b) si la (ou les) Partie(s) concernées s'y est (sont) fiée(s) ; c) et si ce changement occasionne à cette (ces) dernière(s) un préjudice.²⁴⁰ Le linéament distinctif de cette espèce d'*estoppel* est en effet le comportement sciemment frauduleux d'une des Parties qui agit dans le dessein de piéger l'autre²⁴¹. Ainsi l'*estoppel by representation* fut délinéé par le Tribunal Fédéral suisse :

« Un estoppel est créé lorsqu'une partie, se *fiant aux assurances ou aux actes concluants* d'un autre, a été *induite* à accomplir des actes qui ont une portée juridique et qui lui seraient *préjudiciables* si cette autre partie était par la suite autorisée à s'en dédire. L'effet caractéristique de l'estoppel est que, lorsque les conditions mentionnées ci-dessus sont réunies, *l'attitude ultérieure de l'autre partie ne peut pas être prise en considération*, et ce indépendamment du point de savoir si cette attitude est en soi fondée ou non. »²⁴²

Car, « neppure la protesta, per quanto chiara e sollecita, è sempre efficace e sufficiente, per sé sola, alla durevole salvaguardia dei diritti disconosciuti dal fatto altrui. », A. Cavaglieri (1926), p. 202.

²³⁷ Conformément à l'article 38 § 5 du Règlement de la CIJ.

²³⁸ F. Francioni, « La consuetudine locale nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 54 (1971), p. 411.

²³⁹ *Black's Law Dictionary*, p. 551 [les italiques sont de nous]. Il apparaît que l'étymologie de ce mot renvoie à l'ancien français, comme en atteste l'*Oxford English Dictionary* (« app. ad. OF. estoupail, estouppail bung or cork, f. estouper »).

²⁴⁰ L'élément du préjudice – subi par le changement d'attitude – est central dans la figure juridique de l'*estoppel* et permet de différencier ce dernier de l'acquiescement : CIJ, Plateau continental de la mer du Nord, 1969, p. 26 ; CIJ, Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada / Etats-Unis), arrêt du 12 octobre 1984 : *Recueil de la CIJ* 1984, § 145, p. 309.

²⁴¹ Voy. en ce sens D.W. Bowett, « Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence », *BYIL*, Vol. 33 (1957), p. 186.

²⁴² Affaire du Canton du Valais c. Canton du Tessin, p. 234 [les italiques sont de nous].

Un Etat est donc « stoppé »²⁴³ de revenir sur un droit (qu'il a négligé de revendiquer), sur un jugement (en d'autres termes le principe de la *res iudicata*, dit aussi *estoppel by record*, ou, encore, *collateral estoppel*²⁴⁴), sur une représentation de faits (à laquelle l'autre Partie s'est fiée). La *ratio iuris* de l'estoppel est assurément le principe de la bonne foi qui l'imprègne et sans lequel il ne serait guère concevable. On se situe en effet ici sur le terrain de l'« objectivité » du droit, des *attentes légitimes* qu'il doit protéger et qui surgissent auprès de certains sujets de droit suite à certaines attitudes des autres sujets de droit. C'est le lieu où la volonté a moins d'emprise, où le « phénomène volitif » est difficilement détectable. D'où l'impossibilité d'asseoir cette figure dans un schéma consensuel (même tacite), et ceci à la différence de la figure de l'acquiescement où l'on a tenté, bien qu'erronément²⁴⁵, de le faire.

Dans la même veine, il convient de distinguer l'*estoppel* des autres catégories normatives auxquelles il a été rapproché. Tout d'abord, de l'acquiescement²⁴⁶ : un Etat qui acquiesce est, en raison de l'*estoppel*, forclus (empêché) à revenir sur sa position. Dans ce schéma, l'acquiescement est en amont alors que l'*estoppel*, en aval, blinde la situation juridique, faute de quoi, l'autre partie pâtirait un préjudice.

Encore, il y a lieu de distinguer la notion d'*estoppel* de l'usucapion, à condition que l'on admette le droit de cité de cette dernière dans l'ordre international²⁴⁷.

²⁴³ « Great Britain is stopped by the fact that it did not recognize the Tinoco government during its incumbency... », Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Tinoco case), Great Britain v. Costa Rica, award delivered the 12th January 1922, *RSA*, Vol. 1, p. 377.

²⁴⁴ « *Collateral estoppel forecloses* relitigation of all issues litigated in a prior proceeding », Occidental of Umm Al Qaywayn Inc. v. Cities Service Oil Co. et al., (U.S. District Court), arrêt du 18 juillet 1975, *ILR*, Vol. 66, p. 179 [les italiques sont de nous].

²⁴⁵ Voy. surtout A. Martin, *L'estoppel en droit international public*, Paris, 1979, pp. 306 : « On peut donc affirmer tout au plus que le principe de la bonne foi se trouve *médiatement* à la base de l'institution de l'*estoppel*, en ce sens qu'il constitue le fondement de l'accord implicite dont un tribunal sanctionnera le caractère obligatoire, le cas échéant, par le biais procédural de l'*estoppel* ». Pour quelles raisons fait-on alors recours à la figure de l'accord, bien que par bonne foi interposée, du moment que l'*estoppel* n'entre en jeu que dans la configuration de *forclusion*, c'est-à-dire comme *allegans contraria non est audiendus* (*infra* note 250).

²⁴⁶ « ... [I]n most cases the State which purports to acquire the right is losing nothing: on the contrary the detriment is all on the other side, so that the doctrine of *estoppel* cannot operate to protect the State which has been placed in an improved position as a result of the silence or inaction of another. », D. W. Bowett, « Estoppel before International tribunals and its relation to Acquiescence », *BYIL*, Vol. 33 (1957), p. 201 [les italiques sont de nous]. Voy. aussi l'opinion individuelle du juge Ago [dans l'affaire de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Etats-Unis d'Amérique c. Canada), arrêt du 12 octobre 1984 : *CIJ Recueil* 1984, p. 304-305, qui distingua les deux figures juridiques tout en soulignant leur *ratio iuris* commune, c'est-à-dire la bonne foi et l'équité ; F. Villagran Kramer, « Actos convencionales y no convencionales - ratificación, aquiescencia y estoppel », in *El derecho internacional en un mundo en transformación*, Vol. II, Montevideo, 1994, p. 982. *Contra* J. Barale, p. 424 ; I.C. McGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », *BYIL*, Vol. 31 (1954), p. 147.

²⁴⁷ Dans ce sens : G. Schwarzenberger p. 301 : « Acquisition of title in this manner may be called title by way of acquisitive prescription. It shares with extinctive prescription the legal effect of creating an *estoppel against third states whose claims have become stale*. » [les italiques sont de nous] ; P. K.

A cet effet, il convient de rappeler que l'*estoppel* est toujours la conséquence d'un fait juridique qui s'est formé à la suite d'attitudes concluantes des Parties (qu'on appelle cela « prescription acquisitive », peu importe). Sous cet angle, il ne saurait être assimilé à l'usucapion ; l'*estoppel* représenterait plutôt son pendant procédural, c'est-à-dire la *forclusion* sur laquelle nous reviendrons plus tard²⁴⁸.

Une fois ces distinctions opérées, il convient de déterminer le droit de cité de l'*estoppel* en droit international. D'entrée de jeu on serait tenté d'affirmer que puisque la figure de l'« estoppel » n'est connue sous cette désignation que dans les ordres juridiques des pays du *Common Law*, il serait à première vue ardu de la classer parmi les « principes généraux de droit » au sens de l'article 38 § 1 litt. c du Statut de la Cour internationale de Justice²⁴⁹. Les prodromes de son émergence jurisprudentielle dans cette branche du droit international doivent être recherchés dans quelques affaires qu'il sied de mentionner ici.

Dans l'affaire du Temple de Préah Vihéar, même si la Cour ne l'a pas nommée expressément, elle figure à maintes reprises autant dans les Mémoires des Parties que, successivement, dans les opinions individuelles de certains juges. A ce dernier égard, c'est l'opinion individuelle du vice-président Alfaro, qui aura un impact décisif dans la jurisprudence internationale subséquente :

« Quels que soient le ou les termes employés pour désigner le principe tel qu'il a été appliqué dans le domaine international, sa substance est toujours la même : la contradiction entre les réclamations ou allégations présentées par un Etat et sa conduite antérieure à ce sujet n'est pas admissible (*allegans contraria non audiendus est*). Son objectif est toujours le même : un Etat n'est pas autorisé à tirer profit de ses propres contradictions au préjudice d'un autre Etat (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*) »²⁵⁰.

A la lumière de ce qui précède, on peut dégager deux fonctions du principe de l'*estoppel* en droit international des espaces. La première, en tant que *cause de titre*, ou habillage juridique de « faits » des Etats, portant création, extinction ou modification de titres territoriaux. La doctrine est à cet égard

Menon (1978), p. 768 ; J. Bentz, « Le silence comme manifestation de volonté », RGDIP, Vol. 67 (1963), p. 89 ; H.W. Ballantine, « Title by Adverse Possession », *Harvard Law Review*, Vol. 32 (1918)p. 136. Selon D.W. Bowett (p. 201), qui admettrait la figure de la prescription acquisitive en droit international, celle-ci se différencierait de la figure de l'estoppel du fait qu'elle ne requiert pas de bonne foi (subjective) alors que pour celle-ci elle serait requise. Nous reviendrons plus loin sur l'usucapion et son droit de cité dans l'ordre juridique international (voy. *infra* I.IV.B.iii.).

²⁴⁸ « [It] is contended that the Republic of Mexico is *estopped* from asserting the national title over the territory known as 'El Chamizal' by reason of the undisturbed, uninterrupted, and unchallenged possession of said territory by the U.S.A... since the Treaty of Guadalupe Vidalgo. », affaire du El Chamizal (Etats-Unis d'Amérique c. République de Mexique), sentence rendue le 15 juin 1911 par la Commission arbitrale mixte, *RSA*, Vol. 11, p. 328 [les italiques sont de nous].

²⁴⁹ *Contra* P.K. Menon (1994), p. 33 (mais il s'agit plutôt d'une *petitio principii* que d'une argumentation). Sur les « principes généraux de droit », voy. : G. Distefano (2019), pp. 559-579.

²⁵⁰ CIJ, Temple de Préah Vihéar, 1962, p. 40. Dans ce sens : Ch. Dominicé, « A propos du principe de l'estoppel en droit des gens », in *Recueil de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 327-365.

divisée²⁵¹. Or, en sus de quelques citations d'honneur dans des affaires éclatantes portées notamment devant la Cour de La Haye²⁵², il n'est pas osé de déceler une tendance récente dans sa jurisprudence qui tendrait à l'admettre en droit international des espaces. Mais le mérite d'avoir intronisé l'*estoppel* en tant que principe de droit matériel revient incontestablement au tribunal arbitral dans l'affaire *La Palena*, entre l'Argentine et le Chili :

« *there is in international law a principle, which is moreover a principle of substantive law and not just a technical rule of evidence, according to which 'a State party to an international litigation is bound by its previous acts or attitude when they are in contradiction with its claims in the litigation'* »²⁵³.

La Cour internationale de Justice a depuis lors surmonté les hésitations affichées dans l'affaire du Temple et semble avoir admis, dans le sillage de l'affaire *Palena*, cette conception matérielle du principe de l'*estoppel*²⁵⁴.

La deuxième acception, à savoir l'aspect procédural de la règle, signifie l'impossibilité juridique pour l'Etat ayant adopté une certaine attitude de la changer par la suite. La science juridique connaît d'ailleurs une figure qui explique ce phénomène éminemment procédural : la *forclusion*. L'Etat est alors forclos « to blow hot and cold »²⁵⁵ au cours d'une procédure juridictionnelle²⁵⁶. Dans sa configuration procédurale, la règle de l'*estoppel*-forclusion trouve sa *ratio iuris* dans la maxime *allegans contraria non*

²⁵¹ Parmi les négateurs : G. Goldstein, « Perspectives canadiennes de droit international public et privé relatives à la maîtrise du territoire », *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 28 (1990), p. 40 ; Sir Robert Jennings (1963), p. 42 : « It is doubtful whether *estoppel or preclusion* can ever be itself a root of title to sovereignty. It may assist in the determination of a title on some other ground but *there probably is no such thing as a title by estoppel* » [les italiques sont de nous]. *Contra* P. Cobbett, p. 108 ; G. Schwarzenberger, p. 297 ; opinion individuelle du juge Sir Gerald Fitzmaurice, Affaire du Temple de Préah Vihéar, pp. 62-63.

²⁵² Voy. par ex. affaires du Plateau continental de la Mer du Nord, 1969, § 30 ; affaire de l'Elettronica Sicula (ELSI) entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Italie, arrêt du 20 juillet 1989 : *CIJ Recueil* 1989, § 54-55.

²⁵³ The Palena case (Argentine / Chili), sentence arbitrale du 9 décembre 1966, *RSA*, vol. XVI, p. 164 (la citation est extraite de l'opinion individuelle du vice-président Alfaro dans l'affaire du Temple de Préah Vihéar, voy. *supra* note 250).

²⁵⁴ CIJ, Pulau Ligitan / Pulau Sipadan (Malaisie / Singapour), 2008, §§ 226-228 ; CIJ, Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), arrêt du 3 février 2009 : *CIJ Recueil* 2009, § 72, p. 88.

²⁵⁵ « *Ex eodem ore calidum et frigidum efflare* ». Cette phrase est tirée d'une fable d'Esopé (Hausrath, 35), dans laquelle le satyre se lie d'amitié avec un homme dont il se méfie ultérieurement lorsqu'il s'aperçoit que celui-ci se sert de son souffle à la fois pour réchauffer ses mains et pour refroidir le bouillon. Il ne manque pas à cet égard de parallélismes dans les langues européennes. En effet, en sus de l'expression anglaise mentionnée ci-dessus, on peut recenser : « Souffler le chaud et le froid », « Kalt und Warm aus einem Munde blasen », « soffiare caldo e freddo ».

²⁵⁶ La question reste de savoir si en dehors de la phase juridictionnelle, p. exemple pendant les négociations, les Etats peuvent changer de position ou si, en revanche, ils sont liés par leurs propres agissements précédents. Dans une affaire, le Tribunal arbitral eut à s'exprimer en ces termes : « Granted that a party cannot be held to attitudes taken up in the course of negotiations -involving, as is often the case, concessions and renunciations offered for the sake of reaching an agreement- the same is not true of an initial position taken up at the outset of the negotiations, for this reflects, at least *grosso modo*, the way in which that party assesses its rights and obligations on the juridical plane. », The Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co., décision du 24 mars 1982, *ILR*, Vol. 66, p. 575.

*audiendus est*²⁵⁷, par le truchement de laquelle une Partie est forclosée à tirer bénéfice de son incohérence au détriment de l'autre Partie qui s'est fiée aux attitudes de celle-là²⁵⁸. Cette règle représente une exception « préliminaire », un obstacle juridique à la création et à l'exercice de droits et d'obligations procéduraux, dans le cadre de la dynamique actions/exceptions²⁵⁹. La pratique des tribunaux internationaux²⁶⁰ et internes ainsi que la doctrine²⁶¹ convergent en ce sens. Enfin, il y a lieu de remarquer que ces deux acceptions du principe de l'estoppel ne sont guère inconciliables ; au contraire elles sont deux expressions différentes d'un même principe.

C. L'accord tacite

D'entrée de jeu, il convient de distinguer dans cette section entre :
 i) un accord tacite prouvé par la pratique subséquente des Etats parties à un traité territorial et aboutissant à la modification voire à l'extinction de celui-ci et
 ii) un accord tacite, ne se rapportant pas à un instrument conventionnel formel préexistant, mais véhiculant de manière autonome des titres territoriaux²⁶².

Même des traités non écrits, comme les accords tacites, sont censés créer des droits et obligations à l'encontre des sujets de droit international²⁶³,

²⁵⁷ Ce principe ainsi construit est un principe général du droit au sens de l'article 38 § 1, litt. c), du Statut de la Cour internationale de Justice et aurait son homologue en droit musulman (cf. opinion individuelle du juge Ammoun dans les affaires du Plateau continental de la Mer du Nord, 1969, § 22).

²⁵⁸ « Whatever term or terms be employed to designate this principle such as it has been applied in the international sphere, its substance is always the same: inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is inadmissible [...] Finally, the legal effect of the principle is always the same: the party which by its recognition, its representation, its declaration, its conduct or its silence has maintained an attitude manifestly contrary to the right is claiming before an international tribunal is precluded from claiming that right (*venire contra factum proprium non valet*). », CIJ, Temple de Préah Vihear, p. 40 (op. individuelle du juge Alfaro ; les italiques sont de nous) ; CIJ, Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/ Tchad), 1994, pp. 96-100 (op. individuelle du juge Ajibola) ; CIJ, Pêcheries norvégiennes, 1951, p. 172 [op. dissidente du juge Sir Arnold McNair] ; CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis), arrêt du 26 novembre 1984 (compétence de la Cour et recevabilité de la requête) : *Recueil de la CIJ* 1984, § 44-51 ; CIJ, Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, p. 654 (opinion individuelle du juge Luchaire).

²⁵⁹ Voy. Compétence des Tribunaux de Dantzig, avis consultatif du 3 mars 1928 : *C.P.J.I. Recueil B* 15, p. 26.

²⁶⁰ Voy. par ex. Frontière dans la région du plateau de Manica (Portugal c. Royaume-Uni), sentence arbitrale rendue le 30 janvier 1897, in *Pasicrisie*, p. 503 ; Beagle Channel Arbitration Case (Argentina v. Chile), sentence arbitrale du 18 février 1977, *ILR*, Vol. 52, § 171 (« preclude or foreclose ») ; avis consultatif concernant la Délimitation de la frontière polono-tchécoslovaque (affaire de Jaworzina), donné le 6 décembre 1923 : *Recueil de la CPJI*, B 8, p. 39 (une forme d'« auto-estoppel », donc d'auto-interprétation).

²⁶¹ Voy., entre autres auteurs, F. Villagran Kramer, pp. 976, 978.

²⁶² Voy. en général, sur cette notion en droit international des espaces : G. Distefano, « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *QIL. Questions of International Law*, vol. 18 (2015), pp. 17-37. La présente section s'inspire ainsi largement de cet article.

²⁶³ « Un accordo fra Stati, in lato senso, può costituirsi con efficacia giuridicamente obbligatoria qualunque sia il modo di manifestazione della loro volontà », D. Anzilotti (1964), p. 311. De même : M. Decleva, *Gli accordi taciti internazionali*, Padoue, 1957, 5-21.

car, nonobstant les « vertus probatoires de l'écrit »²⁶⁴, « aucune loi ne prescrit une forme spéciale pour les conventions entre Etats indépendants »²⁶⁵. En effet, ce qui compte, au-delà²⁶⁶ (et en dépit) des formes par lesquelles s'exprime la volonté des Etats, c'est que les Etats aient voulu s'engager en droit (international) en créant des droits et des obligations. Le fondement du caractère obligatoire des accords tacites réside à l'instar de tout autre engagement, quelle que soit sa forme²⁶⁷, sur la *bona fides*²⁶⁸, la confiance dans les relations internationales entre Etats.

i. Accord tacite modificatif ou extinctif de traités territoriaux

Dans ce cas de figure, des comportements concluants des Etats se rapportent à un acte juridique conventionnel précédent pour créer, modifier et éteindre des droits et des obligations conformément au droit des traités (écrits). En d'autres termes, le consentement tacite – « non écrit »²⁶⁹ – ne survient pas pour engendrer des droits et des obligations en parfait isolement, en revanche, il se greffe sur un traité écrit en dialoguant avec lui. Les effets juridiques de l'accord tacite sont donc envisagés et régis par le droit des traités.

S'il est incontesté²⁷⁰ que la pratique subséquente d'Etats parties à un traité est un puissant élément de la règle générale d'interprétation des traités codifiée à l'Article 31 § 3 (b) CVDT 1969²⁷¹, la question de savoir si une telle pratique peut conduire à la modification voire à l'extinction du traité²⁷², ne cesse d'agiter la doctrine en dépit d'une jurisprudence malgré tout relativement constante et uniforme²⁷³. Il ne s'agit pas ici de rentrer dans les débats autour de cette question et encore moins de nous plonger dans ce que nous avons appelé la *Via Dolorosa*

²⁶⁴ P. Gautier, « Article 2 – Convention de 1969 » in: O. Corten et P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2006, p. 53. De même : S. B. Crandall, *Treaties. Their Making and Enforcement*, Washington, 1916, § 6 (p. 5) ; *Hall's International Law*, ed. P. Higgins, Oxford, 1924, § 109 (p. 383).

²⁶⁵ Ile de Lamu, p. 337 ; CIJ, Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt du 20 décembre 1974, *CIJ Recueil 1974*, § 45 (pp. 267-268). Presque *verbatim* : CIJ, Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), arrêt du 26 mai 1961 (exceptions préliminaires), *Recueil de la CIJ 1961* p. 31.

²⁶⁶ *Hall's International Law*, § 109 (p. 383).

²⁶⁷ CIJ, Essais nucléaires, § 46 (p. 268).

²⁶⁸ Réplique danoise dans l'affaire du Statut juridique du Groënland oriental, C 63, p. 856.

²⁶⁹ CIJ, Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), 2021, § 51.

²⁷⁰ Conclusion 7 du Texte des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés provisoirement par la CDI, UN Doc. A/69/10, pp. 184-193.

²⁷¹ La jurisprudence internationale en droit international des espaces n'a pas lésiné à cet égard et s'appuie très souvent sur cette puissante méthode interprétative des traités : CIJ, Pulau Ligitan / Pulau Sipadan, 2002, §§ 37-38, 59-61. Voir aussi : G. Distefano, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2/2011), pp. 373-396.

²⁷² P. A. Sereni, *Diritto internazionale*, vol. I, Milan, 1966, p. 123 (qui distingue correctement ce phénomène de la « désuétude »). Il faut également distinguer l'abrogation tacite d'un traité par voie de pratique subséquente de l'abrogation tacite (ou implicite, voire impliquée) résultant de la conclusion par les Etats d'un traité postérieur incompatible avec un traité antérieur (article 59 CVDT 1969).

²⁷³ *Oppenheim's International Law* (1992), § 624 (p. 1254), selon lesquels aussi bien les accords oraux que ceux tacites sont susceptibles de modifier les traités écrits.

de l'article 38 du texte d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies [ci-après : CDI] ayant servi de base à la CVDT 1969²⁷⁴ et qui envisageait précisément cette possibilité. Nous nous limiterons plutôt à indiquer quelques éléments conceptuels de ce mode de modification²⁷⁵ des traités internationaux à la lumière notamment de la pratique jurisprudentielle internationale. Or, la susmentionnée (défunte) disposition (« Modification des traités par une pratique ultérieure ») était formulée en ces termes : « Un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité »²⁷⁶. Cette proposition d'article, qui ne fut finalement pas retenue par la Conférence diplomatique à Vienne, envisageait²⁷⁷, comme les travaux préparatoires au sein de la CDI le démontrent clairement, la pratique subséquente comme « preuve » d'un accord tacite portant modification d'un traité écrit. En d'autres termes, le comportement des Etats, *dans l'application du traité*, a comme effet de prouver leur « dissentiment mutuel » (*mutuus dissensus*), c'est-à-dire l'opposé du « consentement mutuel » à l'origine du traité. La plausibilité juridique de l'existence d'une telle procédure de modification des traités s'expliquerait par le souci d'adapter, par le truchement d'un processus très souple, la réalité normative aux changements de l'environnement factuel. Dans le but d'éviter la sénilité précoce des accords internationaux, la logique juridique reconnaîtrait à la pratique subséquente des Etats une valeur normative dans la mesure où elle accouche d'un accord tacite modificatif d'un traité écrit. Le dissentiment mutuel est déduit par l'interprète (p. ex. le juge) de l'analyse de la pratique subséquente, certains *facta* ou *acta concludenti* lui permettant d'établir si, effectivement, le traité a été modifié. Au regard de la jurisprudence internationale, la cause célèbre est représentée par l'affaire concernant l'interprétation de l'accord des services aériens. Le Tribunal arbitral, présidé par Roberto Ago, fit valoir que la pratique subséquente – réalisée en l'espèce par des organes étatiques qui n'étaient pas investis du *treaty-making power* – est « *a possible source of a subsequent modification, arising out of certain actions or certain attitudes, having a bearing on the juridical situation of the parties and on the rights that each of them could properly claim* »²⁷⁸ et déclara avoir

²⁷⁴ G. Distefano, « La pratique subséquente des Etats parties à un traité », *AFDI*, Vol. 40 (1994), pp. 41-71.

²⁷⁵ L'extinction semblerait aussi possible : G. Distefano (1994), pp. 67-70.

²⁷⁶ *ACDI*, vol. II (1966), p. 257.

²⁷⁷ Toutefois, comme l'indique le préambule de la CVDT 1969 : « les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans la présente Convention » ; de ce fait, il n'est pas du tout impossible de considérer l'accord tacite – découlant de la pratique applicative d'un traité – comme une modalité de modification (et extinction) des traités écrits.

²⁷⁸ *Case concerning the Interpretation of the Air Transport Services Agreements between the United States of America and France* (1963), p. 63.

relevé dans les comportements des Etats des faits aptes à créer un « informal agreement »²⁷⁹.

La pratique jurisprudentielle et étatique nous élargit une riche moisson de précédents. Il nous suffit ici d'en mentionner quelques-uns, en commençant par les exemples les plus significatifs non seulement parce qu'ils ont trait à la Charte des Nations Unies, mais aussi parce que dans tous ces cas, le traité en question prévoit bel et bien une procédure formelle pour son amendement. Tout d'abord l'article 12 de la CNU, disposition centrale dans l'aménagement des compétences respectives entre le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. La résolution 377 (V) de l'Assemblée générale, dite « Uniting for Peace » (Union pour le maintien de la paix), et la pratique subséquente des organes concernés et des Etats membres ont tacitement modifié l'articulation des compétences entre l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité. La Cour internationale de Justice l'a bien constaté dans l'affaire du *Mur en Palestine*²⁸⁰. Deuxièmement, il est notoire que le texte de l'article 27 § 3 de la Charte, relatif à la procédure de vote au sein du Conseil de sécurité, ne correspond plus à la véritable norme puisque l'abstention d'un membre permanent lors de l'adoption d'une résolution est calculée *dans les faits* comme une voix positive (« concurring vote ») et ce contre toute possible acrobatie herméneutique de cette disposition permettant de réconcilier la lettre de l'article (« vote affirmatif ») avec son contenu réel. Dans ce cas aussi, fort heureusement, la Cour internationale de Justice, en constatant la modification tacite²⁸¹, a contribué à dissiper tout doute. Troisièmement, il en va de même pour l'article 42 de la Charte qui prévoit que le Conseil de sécurité, dans l'exercice de sa compétence principale relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales « peut *entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire...* » [les italiques sont de nous]. Or, dans le dessein de mieux adhérer à la nouvelle réalité normative de cette disposition, le bout de phrase en italiques devrait être remplacé par le fragment suivant : « autoriser tout Etat membre à utiliser tous les moyens nécessaires... ». Cette nouvelle pratique du Conseil de sécurité, qui n'a rencontré de résistances ni de la part des Etats membres ni de la part des autres organes de l'ONU, s'est mise en place dès 1990 par la résolution 678 (29 novembre 1990). Il est aujourd'hui incontesté et incontestable que la délégation par le Conseil de sécurité de la mise en œuvre forcée de ses résolutions en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales est conforme à la Charte. Faut-il y voir autre chose qu'un accord tacite révélé par la pratique subséquente modificative des

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 69. Voy. aussi, jadis, et dans le même sens : Emprunts serbes/brésiliens (France/Yougoslavie ; Brésil/Yougoslavie), arrêts du 12 juillet 1929, *CPJI Recueil A 20/21*, 38.

²⁸⁰ CIJ, *Mur en Palestine*, 2004, §§ 24-32.

²⁸¹ CIJ, *Namibie* 1971, § 22.

Etats – constituée à la fois par l’action des Etats membres du Conseil et l’approbation (quelle que soit sa forme) par les autres Etats membres de l’ONU ? La doctrine, quant à elle, ne semble pas être insensible aux charmes du « *tacit mutual consent* » modifiant un traité et découlant de sa pratique applicative²⁸².

Plus spécifiquement en droit international des espaces, la jurisprudence internationale n’a pas hésité à se référer à la pratique subséquente visant à modifier un traité territorial. A commencer tout d’abord par la « cause célèbre » qu’est l’affaire du Temple de Préah Vihear, où la CIJ considéra l’acquiescement-silence de la Thaïlande vis-à-vis d’une carte géographique annexée au traité de délimitation qu’elle venait de ratifier avec la France (puissance protectrice du Cambodge), comme l’acceptation de sa modification. De fait, la Cour déclara que la :

« conduite ultérieure de la Thaïlande a confirmé et corroboré son acceptation initiale [...] *Les deux parties ont par leur conduite reconnu la ligne* »²⁸³.

La jurisprudence postérieure a aisément emboîté le pas de la Cour internationale de Justice. Il suffit ici de mentionner l’affaire de la délimitation entre l’Erythrée et l’Ethiopie :

« *The conduct of one party must be measured against that of the other. Eventually, but not necessarily so, the legal result [consistant en un accord tacite] may be to vary a boundary established by a treaty* »²⁸⁴.

ii. Accord tacite comme source autonome de titres territoriaux

Un ensemble de comportements consistant en renoncements tacites, actions et réactions, revendications et silences *ne se rapportant pas à un traité écrit préexistant* peut tout aussi bien engendrer un accord tacite²⁸⁵ porteur de droits ou titres territoriaux²⁸⁶. Dans ce cas de figure, donc, un accord tacite

²⁸² L. Oppenheim, § 537 (p. 571) ; R. Monaco, C. Curti Gialdino, *Diritto internazionale pubblico*, 3^{ème} éd., Turin, p. 177. Voy. en général la note 99 (page 63) de notre article cité ci-dessus (note 274) ainsi que l’opinion dissidente du juge Ajibola jointe à l’arrêt de la CIJ dans l’affaire entre le Cameroun et le Nigéria (2002), pp. 556-561.

²⁸³ CIJ, Temple de Préah Vihear, 1962, p. 33 [les italiques sont de nous].

²⁸⁴ Décision concernant la délimitation de la frontière entre l’Erythrée et l’Ethiopie, décision du 13 avril 2002, *RSJ*, Vol. 25, § 3.29 (p.117).

²⁸⁵ « [a] The German Government had severed on 5 November, 1918, diplomatic relations with Russia, thus interrupting the execution of the Brest-Litovsk Treaty. The Russian Government declared a few weeks later in a radio manifesto « to all » that it regarded that treaty as abrogated. [b] The German Government by refraining from protesting against this unilateral declaration and from insisting on its contractual rights, as well as by evacuating the Russian territory occupied by Germany in accordance with that treaty, tacitly accepted this declaration. [c] The common intention of the parties to abrogate the treaty subsequently found expression in the fact that it was not mentioned in the Treaty of Rapallo of 16 April, 1922 », Russian-German Commercial Treaty Case (German Reichsgericht), award delivered the 23 may 1925, *ILR*, Vol. 3 (1925-1926), p. 355.

²⁸⁶ « Dans la pratique jurisprudentielle internationale, le comportement des Etats est grandement pris en compte. Le silence d’un Etat, son consentement, son acquiescement, sa renonciation, sa protestation,

peut « découle[r] du comportement des Parties »²⁸⁷ et fonder un titre territorial²⁸⁸.

Or, le « stringent test »²⁸⁹ permettant d'établir un accord tacite de ce genre a été indiqué par la Cour dans les termes suivants : « Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants²⁹⁰. L'établissement d'une frontière maritime est une question de grande importance, et un accord ne doit pas être présumé facilement »²⁹¹. La Cour réfuta dans cette affaire entre le Nicaragua et le Honduras, l'existence d'une frontière maritime établie par accord tacite²⁹². Toutefois, dans une affaire plus récente entre le Pérou et le Chili, elle déclara que « il existe entre les Parties une frontière maritime unique agréée » reposant « sur un accord tacite intervenu entre elles »²⁹³. La Cour ne sait pas « quand ni par quels moyens cette frontière a été agréée », mais elle constate, d'une part, que l'accord tacite s'est coagulé (le verbe « cristalliser » étant employé par la Cour plutôt pour indiquer le processus coutumier)²⁹⁴ entre 1947 et 1954 et, d'autre part, qu'il découle d'un agrégat d'actes conventionnels et faits juridiques (comportements d'Etats) disparates qui tous convergent vers sa réalisation²⁹⁵. De surcroît, la conclusion de la Cour est corroborée par la logique juridique, en vertu de laquelle des traités postérieurs entre les Parties n'auraient pas pu être conclus en l'absence de cet accord tacite ; ils présupposent donc nécessairement celui-ci²⁹⁶. L'indétermination temporelle doit-elle alors vraiment nous perturber ? N'est-ce pas connaturel à la figure de l'accord tacite révélé par des comportements concluants ? D'ailleurs, est-ce que cette même

l'estoppel qui peut frapper ses actes, constituent des éléments importants dans la création ou l'extinction d'un titre sur un territoire », op. dissidente collective des juges Bedjaoui, Koroma et Ranjeva jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, 2001, § 69 (p. 168).

²⁸⁷ CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca /Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), 2008, § 120 (p. 50). Dans le paragraphe suivant, cependant, la Cour fait aussitôt recours à la notion d'acquiescement. En 2009, la CIJ semble rapprocher l'accord tacite à un *modus vivendi* (Délimitation en mer Noire, 2009, § 197, p. 125).

²⁸⁸ CIJ, Golfe du Maine, §§ 144-154, pp. 309-312.

²⁸⁹ Op. individuelle du juge Owada jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du Différend maritime, 2014, § 12.

²⁹⁰ Dans une affaire récente, la CIJ s'exprime ainsi : « La Cour a fixé à un seuil élevé la preuve requise pour démontrer qu'une frontière maritime a été établie par acquiescement ou accord tacite », CIJ, Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), 2021, § 52.

²⁹¹ CIJ, Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes, 2007, § 253 (p. 735). Ce qui permet à la CIJ d'exclure tout naturellement une « ligne à vocation spécifique, limitée » ou encore « provisoire », telle que celle découlant d'un *modus vivendi*.

²⁹² Il en alla de même, plus récemment dans l'affaire : CIJ, Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), 2021, §§ 36-71.

²⁹³ CIJ, Différend maritime, 2014, §§ 177, 91.

²⁹⁴ CIJ, Plateau continental de la mer du Nord, 1969, § 61.

²⁹⁵ CIJ, Différend maritime, 2014, §§ 69, 91.

²⁹⁶ CIJ, Différend maritime, 2014, § 100. De même : déclaration du juge Guillaume, § 8. *Contra* : op. individuelle du juge Owada (§§ 12-21), op. dissidente de la juge Sebutinde (§§ 4-10).

Cour avait-elle été plus précise – et pouvait-elle par ailleurs l'être – dans l'affaire du Temple de Préah Vihear²⁹⁷ ?

Quant à l'étendue territoriale (limite externe) de cette délimitation, quelques critiques ont été adressées à la CIJ, mais son raisonnement est cohérent par rapport à la nature même de l'accord tacite qui se fonde sur des effectivités et non sur une prétendue conception que les Parties pouvaient avoir des régimes des espaces maritimes de l'époque. La limite externe doit partant être définie à la lumière des intentions et finalités poursuivies par les Parties tout au long de leurs comportements divers²⁹⁸. Certes, la Cour avoue quelques « incertitudes » au regard de la limite des 80 milles nautiques finalement arrêtée, mais elle estime, et la preuve du contraire peut difficilement être faite, qu'elle est supportée par « des éléments de preuve qui lui ont été présentés »²⁹⁹. Concernant les éléments de preuve sur lesquels se base la Cour, il convient de relever que la Cour, en 2007, ne nous prodigue ni de critères précis ni, encore moins, de formule ou d'algorithme juridique susceptible d'établir l'existence d'un accord tacite³⁰⁰. Le silence de la Cour à cet égard ne doit pas trop nous surprendre dans la mesure où le caractère « scientifique » du droit international ne dépend pas du recours aux méthodes quantitatives des sciences exactes (*more geometrico*). Le droit, incarnant plutôt l'esprit de finesse³⁰¹, ne s'embarrasse pas de ces « brouilles ». En revanche, la Cour souligne la nécessité de prouver, de manière convaincante, que les Etats aient exprimé leur volonté *de se lier en droit* et qu'une rencontre de leurs consentements en ce sens ait eu lieu. Comme déjà relevé plus haut, ces comportements concluants (puisqu'ils concluent à l'émergence d'un accord) peuvent être recherchés aussi bien dans leur sphère d'activité interne qu'externe, ils peuvent assumer n'importe quelle forme et émaner de n'importe quel organe. Ces critères, si on peut les appeler ainsi, paraissent dès lors applicables dans tout domaine du droit international et ne sont guère

²⁹⁷ CIJ, Temple de Préah Vihear, 1962, p. 33.

²⁹⁸ La surveillance par le Chili des espaces maritimes contestés (CIJ, Différend maritime, 2014, §§ 126-129), l'absence de « protestation de la part du Pérou » (§ 147), le « mémorandum de Bakula » (§§ 136-142).

²⁹⁹ *Ibid.*, § 151, p. 58. *Contra* : Déclaration de la juge Donoghue (pp. 110-111).

³⁰⁰ Les opinions dissidentes et individuelles jointes aux arrêts de 2007 (Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes) et de 2014 (Différend maritime) ne nous éclairent pas davantage.

³⁰¹ Pascal, *Pensées* (1670), I-512 : « Il y a donc deux sortes d'esprit, l'un de pénétrer vivement et profondément les conséquences des principes, et c'est là l'esprit de finesse : l'autre de comprendre un grand nombre de principes sans les confondre, et c'est là l'esprit de Géométrie. L'un est force et droiture d'esprit, l'autre est étendue d'esprit. Or l'un peut être sans l'autre, l'esprit pouvant être fort et étroit, et pouvant être aussi étendu et faible. Il y a beaucoup de différence entre l'esprit de Géométrie et l'esprit de finesse. En l'un les principes sont palpables, mais éloignez de l'usage commun, de sorte qu'on a peine à tourner la teste de ce côté-là manque d'habitude ; mais pour peu qu'on s'y tourne on voit les principes à plein ; et il faudrait avoir tout à fait l'esprit faux pour mal raisonner sur des principes si gros qu'il est presque impossible qu'ils échappent ».

exclusifs au droit international des espaces ; ils appartiennent de ce fait à la boîte à outils de l'internationaliste généraliste³⁰².

La pratique jurisprudentielle internationale n'est pas avare en matière d'accords tacites comme source autonome de titres territoriaux. Un tribunal arbitral, appelé à régler un différend relatif aux frontières maritimes, affirma que :

« Le Sénégal considère que la pratique subséquente à l'Accord de 1960 [franco-portugais] de délimitation maritime et l'acquiescement de chaque Etat à la législation de l'autre ... auraient donc donné naissance à *un accord tacite ou à une coutume bilatérale* »³⁰³.

Les frontières terrestres ne sont évidemment pas en reste comme le témoigne l'affaire de Taba lors de laquelle le Tribunal arbitral releva correctement un accord tacite : « *The parties to the Agreement of 1906, had by their conduct, agreed to the boundary as it was demarcated by masonry pillars...* »³⁰⁴.

Dans un registre similaire, il a été correctement affirmé qu'une frontière établie par le principe de l'*uti possidetis* peut-être modifiée par le « consentement tacite »³⁰⁵ des parties concernées ou encore qu'un « accord exprès ou tacite entre les Parties », découlant des concessions pétrolières, pouvait fonder un titre autonome³⁰⁶.

D. La « consolidation historique des titres territoriaux » ou le « fait complexe »

i. Le concept et sa genèse

Au terme de cette section (I.III), nous pouvons soutenir que les titres territoriaux sont finalement créés et éteints par ce que l'on peut appeler « fait complexe »³⁰⁷, qui désigne un ensemble de faits uniques et indivisibles

³⁰² G. Distefano (2002), pp. 184-192.

³⁰³ Affaire de la détermination de la frontière maritime (Guinée-Bissau / Sénégal), sentence arbitrale rendue le 31 juillet 1989, 20 *RSA*, § 83 (p. 151). Cette affaire aurait pu figurer, en vertu de sa *ratio decidendi*, dans la sous-section précédente dans la mesure où les comportements des Etats se situaient par rapport à un traité de délimitation et pouvaient à ce titre être aisément configurés comme une pratique subséquente portant modification de celui-ci.

³⁰⁴ Taba case (Egypt/Israel), sentence arbitrale du 29 septembre 1988, *ILM*, vol. 27 (1988), § 233 (p. 1488 ; les italiques sont de nous). De même : Ile de Lamu, p. 338 ; mais surtout : Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie, 2002, §§ 3.6-3.13 (110-112).

³⁰⁵ « Si la situation résultant de l'*uti possidetis* peut être modifiée par une décision d'un juge et par un traité, la question se pose alors de savoir si elle peut être modifiée d'autres manières, par exemple un acquiescement ou une reconnaissance [...] Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation », Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime, 1992, §§ 67, p. 364 [les italiques sont de nous].

³⁰⁶ CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, § 304, p. 448.

³⁰⁷ Sur la notion de « fait illicite complexe » dans la théorie de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, voy. G. Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *AFDI*, vol. 52 (2006), pp. 1-54.

rassemblés en un agrégat de « faits » visant à créer ou à éteindre la souveraineté territoriale³⁰⁸. L'efficacité de ce faisceau de faits dépend des circonstances³⁰⁹. Comme on peut le lire dans l'un des manuels autorisés de droit international public – *Oppenheim's International Law* – dont le dernier éditeur est le regretté professeur Robert Jennings, un « fait complexe » peut :

*«include continued and effective occupation and administration, acquiescence and/or protest, the relative strength or weakness of any rival claim, the effects of the inter-temporal law, the principle of stability in territorial title and boundaries, regional principles such as uti possidetis, geographical and historical factors, the attitudes of the international community, and the possible requirements of self-determination, and also indeed the possibly unlawful origin of the original taking of possession, and that subjugation is no longer per se a recognisable title. The weight to be given to these factors and considerations, in the assessment of the total result in terms of a consolidated title, will vary with particular cases »*³¹⁰.

La création et l'extinction des titres territoriaux par le biais d'un « fait complexe »³¹¹ s'apparentent à ce que la littérature spécialisée appelle la « consolidation historique du titre ». Cette expression a été forgée dans le sillage de l'arrêt de la Cour dans l'affaire des Pêcheries norvégiennes, où elle a déclaré :

« La Norvège a pu avancer, sans être contredite, que la promulgation de ses décrets de délimitation en 1886 et en 1889 ainsi que leur application n'ont soulevé, de la part des Etats étrangers, aucune opposition. Comme, d'autre part, ces décrets sont, ainsi qu'il a été démontré plus haut, l'application d'un système bien défini et unifié, 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 Etats »³¹².

Cette affirmation de la Cour résonne comme un écho lointain à ce que le Danemark avait plaidé trente ans plus tôt dans l'affaire du Groënland oriental, où Charles De Visscher figurait sans surprise parmi ses conseillers juridiques³¹³. En effet, comme il a été noté de manière convaincante, l'analyse du professeur de Visscher « *is a penetrating and illuminating observation of the way Courts actually tackle questions of title to territorial sovereignty* »³¹⁴,

³⁰⁸ Voy. *supra* I.1.

³⁰⁹ The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, p. 553 (Opinion of the Chairman).

³¹⁰ *Oppenheim's International Law* (1992), § 275, p. 716.

³¹¹ CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), § 276 (p. 96).

³¹² CIJ, Pêcheries norvégiennes, 1951, p. 138. Il est désormais courant d'attribuer la construction de ce concept à l'éminent juriste belge qui siégeait effectivement sur le banc de la CIJ à l'époque.

³¹³ « [C']est à la fois sa possession immémoriale et l'assentiment général et continu par les Etats à l'affirmation et à l'exercice de la souveraineté danoise, expression d'une volonté qui, renforcée par l'action du temps, a graduellement consolidé la possession en une situation juridique valable erga omnes », Réplique du Gouvernement danois, CPJI, Vol. 63, p. 721 (22 juillet 1932), affaire du Statut juridique du Groënland oriental.

³¹⁴ Sir Robert Jennings (1963), p. 26.

même si ce concept n'a pas été « *spelled out as a doctrine by any court, and there may be some danger in allowing what is basically a simple, and indeed obvious, idea to develop into a somewhat doctrinaire principle* »³¹⁵.

Cette théorie – qui vise à expliquer comment les titres territoriaux peuvent évoluer dans le temps à la lumière des comportements des Etats – a été accueillie positivement par la doctrine et la jurisprudence ultérieures (tant internationale que nationale)³¹⁶. Toutefois, la fascination exercée par cette construction – notamment sa versatilité et sa flexibilité – représente le revers de la médaille pour ses détracteurs. En effet, même les auteurs qui ne réfutent pas son bien-fondé éprouvent le besoin de souligner ses inconvénients (mineurs). Sir Robert Jennings écrit : « *Historical consolidation is also a voracious concept, and it should be kept within bounds* »³¹⁷, tandis que Brownlie a soutenu :

« *However, it is probably confusing to overemphasise, and to lump together, this penumbra of equities by discovering the concept of consolidation. Apart from the concept of consolidation, the rate of social, economic, and other 'non-legal' considerations in the application by tribunals of the more orthodox legal principles is not to be denied* »³¹⁸.

En effet, contrairement à sa dénomination « historique », cette théorie « is in some measure a misnomer » dans la mesure où elle tend à « *augment the significance of relatively recent possession* »³¹⁹ aux dépens d'un passé juridique lointain ... et des titres historiques ! En fait, et assez paradoxalement, l'accent est mis davantage sur le passé récent, c'est-à-dire la période précédant immédiatement la date critique, que sur un passé plus lointain³²⁰. De surcroît, comme le souligne à juste titre un opposant à cette théorie, la consolidation historique renvoie davantage à un processus (c'est-à-dire à une durée)³²¹ dans le temps plutôt qu'à un acte (instantané) en un point précis du temps, d'où sa parenté avec la notion de « période critique »³²².

³¹⁵ *Ibid.*, pp. 27-28.

³¹⁶ See: i.a.: CIJ, Différend Frontalier, terrestre, insulaire et maritime, 1992, § 345, p. 565 ; Civil Aeronautics Board and al. v. Island Airlines Inc., District Court (Hawaii), Judgement of 8 October 1964, 35 *ILR*, p. 79 ; Re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas, British Columbia Court of Appeal, Judgement of 25 June 1976, 73 *ILR*, p. 202 ; Raptis and Son v. State of South Australia (High Court), Judgement of 27 June 1977, 69 *ILR*, p. 66 [Stephen J., Judge].

³¹⁷ Sir Robert Jennings (1963), p. 27 [les italiques sont de nous].

³¹⁸ I. Brownlie, p. 124.

³¹⁹ Sir Robert Jennings (1963), p. 27.

³²⁰ De manière générale, il convient de remarquer par rapport à la durée temporelle que « chaque cas appelle une réponse distincte, qui sera fonction du poids respectif accordé aux revendications concurrentes des parties ainsi que de la zone concernée », CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, § 28, p. 485 (op. dissidente du juge Koroma). Ceci ressemble furieusement au processus de formation de la règle coutumière tel que dépeint par la CIJ dans les affaires du Plateau continental de la Mer du Nord (1969, § 74, p. 44).

³²¹ M. Kohen, « L'influence du temps sur les règlements des conflits territoriaux », in : *Le droit international et le temps*, Paris, 2001, p. 144.

³²² G. Distefano (2017), p. 406-407.

ii. Sa vie jurisprudentielle tourmentée

La prise de position la plus récente de la Cour à cet égard semble à première vue incontestable. En effet, elle a semblé rejeter l'argument du Nigéria fondé sur la « consolidation historique », en faisant valoir que celle-ci « n'a jamais été utilisée comme fondement d'un titre territorial dans d'autres affaires contentieuses, que ce soit dans sa propre jurisprudence ou dans celles d'autres organes juridictionnels »³²³. Elle a en outre déclaré, sur une base plus générale, que :

« rien dans l'arrêt rendu dans l'affaire des *Pêcheries* ne donne à entendre que la « consolidation historique » dont il est fait état en ce qui concerne les limites extérieures de la mer territoriale autoriserait à faire prévaloir l'occupation d'un territoire terrestre *sur un titre conventionnel établi*. Aussi bien les faits et circonstances avancés par le Nigéria à l'égard des villages du lac Tchad concernent-ils une période d'une vingtaine d'années en tout état de cause trop brève au regard même de la théorie invoquée »³²⁴.

Que peut-on dès lors en conclure ? Tout d'abord (et surtout), même les partisans de cette théorie reconnaissent qu'elle ne peut prévaloir « sur un titre conventionnel établi », puisque ce dernier prime sur l'effectivité pure et simple. Au contraire, cette « théorie » ou « doctrine » joue pleinement son rôle dans les cas où un titre concurrent (formel) n'a pas été pleinement établi ou lorsqu'il a été érodé ou affaibli en raison de l'acquiescement ou de l'absence de réaction sans retard de l'Etat titulaire, d'où la notion corrélative et opposée, beaucoup moins célèbre, d'« affaiblissement historique du titre » ...

Nous ne sommes donc pas enclins à considérer que la Cour ait ainsi complètement et définitivement rayé cette théorie de la boîte à outils du juriste international en matière de différends territoriaux. De manière moins radicale, la Cour a précisé le champ d'application de cette théorie ainsi que sa relation avec les titres juridiques établis. Ce faisant, on peut affirmer que la CIJ ne s'est pas fondamentalement écartée de ce qu'elle avait affirmé dans l'affaire des *Pêcheries* de 1951³²⁵. Au contraire, la Cour a saisi cette occasion pour élucider sa pensée concernant l'une des théories les plus intrigantes et pourtant les plus élaborées qu'elle ait jamais évoquées³²⁶.

On peut d'ailleurs faire valoir que cette théorie n'a pas eu la faveur de certains spécialistes en raison de son utilisation incorrecte ou abusive, qui a

³²³ CIJ, *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant)*, 2002, § 65, p. 352.

³²⁴ *Loc.cit.* [les italiques sont de nous]. En fait, l'un des juges de la Cour affirma judicieusement qu'il « ne s'agit pas là d'une simple théorie, et encore moins d'une invention, de la part du Nigéria » (op. dissidente du juge Ajibola, § 134, p. 581).

³²⁵ Voy. à cet égard le paragraphe 220 (p. 414) de l'arrêt de la Cour, dans lequel elle ne paraît pas réfuter catégoriquement la « consolidation historique ».

³²⁶ A cet égard, les considérations de la Cour dans l'affaire de l'Ile de Kasikili/Sedudu (1999, §§ 47-80, pp. 1075-1096) apparaissent moins lapidaires que celles avancées dans l'affaire de la Frontière terrestre et maritime (2002, §§ 71-81, pp. 355-358).

conduit à des malentendus ou même à une construction erronée selon laquelle un titre peut être établi par le simple écoulement du temps. Ou, encore, qu'avec le temps, un titre formel (c'est-à-dire conventionnel) peut être érodé et finalement s'éteindre en raison d'effectivités contradictoires.

Il faut garder à l'esprit qu'un titre formel n'est que l'un des moyens reconnus par lesquels un Etat peut acquérir la souveraineté d'un territoire et que, en tant que tel, il n'épuise pas tous les autres moyens et, surtout, il ne coïncide pas avec le titre lui-même. A cet égard et en vue d'établir le titre de souveraineté, les tribunaux internationaux se sont souvent appuyés sur les comportements protéiformes de l'Etat – c'est-à-dire l'acquiescement, l'estoppel, la pratique ultérieure dans l'application d'un traité territorial, (l'absence de) protestation, l'accord tacite, le *modus vivendi*³²⁷, etc. – qui peuvent bien donner naissance à un titre juridique, même s'il n'est pas « formel » (c'est-à-dire fondé sur ou transmis par un traité)³²⁸.

C'est ce que le juge Koroma avait sans doute à l'esprit lorsqu'il observa que ce genre de situations est composé d'un ensemble :

« complexe et continu d'intérêts et de relations s'étendant sur plusieurs années, auquel s'ajoute l'acquiescement. Il y a également consolidation historique lorsqu'un titre a été manifestement perdu ou est inexistant parce que l'une des parties y a renoncé ou demeure inactive alors que l'autre exerce sa compétence et son contrôle de manière effective et continue »³²⁹.

En bref, si un titre formel (c'est-à-dire conventionnel) n'a pas été établi³³⁰, ceci signifie qu'un autre titre (concurrent) est apparu par consolidation historique, l'érodant et l'éteignant finalement. A cet effet, il faut prouver l'« acquiescement » de l'ancien titulaire vis-à-vis des « actes contra legem » initiaux de l'autre Etat. Au contraire, si un tel abandon (consentement de l'Etat cédant à renoncer à son titre) ne peut être prouvé pendant la période critique vis-à-vis de l'autre Etat, alors les effectivités³³¹ de ce dernier restent *effectivement contra legem* et doivent donc s'incliner devant le titre (conventionnel) établi.

Par conséquent, la « consolidation historique » du titre peut bien constituer : « un fondement valide du titre territorial, autrement dit ... un long usage établi, conjugué à un *ensemble complexe* d'intérêts et de relations ... pourrait avoir pour effet de rattacher un territoire à un Etat donné. A mon sens, la consolidation

³²⁷ Le « *modus vivendi* » peut même s'ériger en « meilleur titre » en l'absence de tout autre fait ou acte susceptible d'engendrer un titre territorial : CIJ, Différend frontalier (Bénin/Niger), 2005, §§ 85-88 (pp. 129-130) ; 98-99 (p. 132).

³²⁸ Voy. G. Distefano, « La sentence arbitrale du 9 octobre 1998 dans l'affaire du différend insulaire entre le Yémen et l'Erythrée », *RGDIP*, Vol. 103 (1999), pp. 863-883. Voy. *supra* I.III.A-C.

³²⁹ CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, § 26, p. 485 (op. dissidente du juge Koroma).

³³⁰ CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, § 223, p. 415.

³³¹ Le « principe [de la consolidation historique] a évolué au fil des ans, en parallèle avec les *effectivités* », CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, § 135, p. 582 (op. dissidente du juge Ajibola).

historique, si elle est démontrée, peut constituer en droit international un moyen solide et valable d'établir un titre territorial »³³².

Cet « ensemble complexe » de comportements des Etats – commodément étiqueté sous la formule « consolidation historique du titre » – peut finalement attester de leur consentement respectif à renoncer au titre et de leur intention de l'acquérir sur un territoire donné, de sorte que la validité de la mutation territoriale est établie en droit. Mais ceci, et il faut le répéter sans cesse, à la condition que les faits probatoires viennent étayer l'existence d'un tel consentement – quelle que soit la forme de son expression – de la part de l'Etat détenteur du titre formel. Si telle est, comme il semble, la bonne construction de la consolidation historique, alors, indépendamment de son utilité réelle et de son « label »³³³, elle ne semble pas en contradiction avec le célèbre et souvent cité « *Hundert Jahre Unrecht ist noch kein Tag Recht* » de Heffter³³⁴. En effet, selon le célèbre juriste allemand, l'acquiescement – qui peut être assimilé à la consolidation historique (et dont il est sûrement l'un des éléments constitutifs) – figure parmi les « modes » valables d'acquisition du titre de souveraineté territoriale : il traduit la « renonciation tacite » de l'Etat au titre territorial face aux revendications et aux comportements affirmés d'un autre Etat³³⁵.

Une dernière remarque s'impose : comme il a été montré dans les pages précédentes, le temps est l'une des deux dimensions (factuelles), avec l'espace³³⁶, à l'intérieur desquelles se déroule l'activité étatique (et donc humaine). Par voie de conséquence, le temps et l'espace ne sont pas reconnus par le droit international public comme des faits d'acquisition ou de cession susceptibles *per se* de créer, d'éteindre ou de modifier des titres territoriaux. En d'autres termes, les actes ou faits de certains Etats à cet effet doivent être envisagés dans le contexte du Temps, puisqu'ils sont réputés par le droit international public comme étant idoines à engendrer de tels effets juridiques sur les titres territoriaux³³⁷. Grotius avait déjà bien saisi la véritable fonction du temps comme l'une des dimensions de la pensée et de l'activité humaine :

³³² CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale s), 2002, § 8, p. 476 (op. dissidente du juge Koroma ; les italiques sont de nous).

³³³ *Loc.cit.* L'ancien président la CIJ, Sir Robert Jennings, avait par ailleurs observé que : « the idea of historical consolidation is something more than a terminological reform. It opens the door to a mode of acquiring title that is, or at least may become, subtly different from what is found in the old learning about occupation and prescription », 1963, p. 25.

³³⁴ A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 5^{ème} éd., Berlin, 1867, § 12, p. 30.

³³⁵ Selon Oppenheim (*International Law. A Treatise*, 2^{ème} éd., Vol. 1, New York, 1912, § 243, p. 311. note 1), le dictum de Heffter (*supra* note 334) « is met by the fact that it is not the operation of time alone, but the co-operation of other circumstances and influences which creates the title by prescription ».

³³⁶ A la lumière de ce qui précède, il n'est pas du tout surprenant que, en inversant complètement la perspective (de l'objet au sujet), le temps et l'espace soient, selon KANT, les deux lunettes à travers lesquelles la réalité est observée (*De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis*, §§ 14.3 & 15). Tous deux sont, selon le philosophe allemand, des « intuitions » ou des catégories a priori de l'esprit (*La Critique de la Raison pure*, 2^{ème} partie, §§ 4.2 & 4.7).

³³⁷ G. Distefano (2002), pp. 244-313 ; M. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, 1997, pp. 127-154.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

« [L]e temps n'aucune vertu productrice, et rien ne se fait par le temps, quoique tout se fasse dans le temps »³³⁸.

IV. LE DILEMME (APPARENT) ENTRE LE TITRE JURIDIQUE FORMEL ET L'EFFECTIVITÉ

Dans cette section, je passerai en revue certains cas paradigmatiques de divorce entre *titulus* et *modus*. En d'autres termes, ces cas de figure se caractérisent par le fait qu'un Etat possède le *titulus* alors qu'un autre se trouve à occuper effectivement le territoire en question. Toutefois, dans l'ensemble de ces situations, l'effectivité de l'occupation *contra titulum* ne s'est pas réalisée par l'usage de la force ou au mépris d'une autre règle impérative de l'ordre international comme le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ces cas de figure seront analysés, en revanche, dans le cadre de la Partie II. Ici, on a affaire à des situations où l'occupation contraire au *titulus* s'est réalisée de manière pacifique ou encore par le truchement de la force armée à une époque où, cependant, celle-ci n'était pas interdite par le droit international. On doit dès lors examiner le rôle de l'effectivité, contraire au *titulus*, dans la création, la modification et l'extinction de titres territoriaux.

On a l'habitude de décrire le principe de l'effectivité par une maxime de droit romain : « *Ex facto oritur ius* »³³⁹ souvent en contrepoint avec l'autre maxime : « *Ex iniuria ius non oritur* »³⁴⁰. Or, dans une vision véritablement manichéenne des rapports entre Droit et Fait(s), on pourrait imaginer que toute la réalité juridique oscille entre ces deux extrêmes, comme autour des deux pôles d'une ellipse. Comme si le droit naviguait entre Scylla et Charybde, comme si de la même « bouche » (le « fait ») jaillissait à la fois le juridique et le a-juridique (*Recht* et *un-Recht*), le droit et sa violation. Cette conception réductrice représente le corollaire des théories qui postulent, en tant qu'axiome métaphysique, l'*opposition* irréductible entre le droit et le fait.

Or, l'effectivité innerve tout domaine du droit international public ; par exemple, lors de la détermination du lien de nationalité dans le cadre de la protection diplomatique en cas de double (ou multiples) nationalité(s) d'une personne physique, les tribunaux internationaux font référence à cet effet au critère de la nationalité la *plus effective*, à savoir « celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait »³⁴¹. L'effectivité joue encore

³³⁸ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1648), trad. du Latin par P. Pradier-Fodéré, Paris, 1867, Livre II, Chapitre 2.1, p. 210. Galileo avait l'habitude de mettre en garde l'observateur en ce qui concerne le rôle de détermination et de mesure joué par le temps : « *Omnia metire quaecumque licet et immensa ad mensuram tempestive redige* ».

³³⁹ L. 52 ad leg. Aquilia.

³⁴⁰ L'origine de cet adage demeure mystérieuse, dans les ténèbres de l'histoire.

³⁴¹ CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955 (deuxième phase) : *Recueil de la CIJ* 1955, p. 23. La Cour parla à cet égard d'un « *social fact of attachment* », ou, en français, d'une

un rôle déterminant dans le domaine de la responsabilité internationale de l'Etat et plus précisément dans l'attribution à un Etat de comportements d'individus qui deviennent ses organes *de facto*³⁴² ; ou encore comme condition de l'existence d'un gouvernement³⁴³ ; voire dans les critères d'existence de groupes armés non-étatiques dans le cadre d'un conflit armé non-international³⁴⁴. Le principe de l'effectivité est ainsi le trait d'union entre le droit et le fait dans le processus de création de règles juridiques ou de situations juridiques opposables aux sujets de l'ordre juridique³⁴⁵.

Dans le cadre de ce chapitre nous entendons mettre en évidence les manifestations de ce principe (peut-il être considéré comme tel ?) relativement à la création, la modification et l'extinction d'un titre territorial. Etant confrontés, d'entrée de jeu, à la tâche ardue de la définition de l'effectivité, nous devons avouer toutes nos perplexités. Certes, nous pouvons nous consoler s'il est vrai que même l'illustre juriste belge De Visscher s'exprime ainsi à cet égard : « Elle [l'effectivité] se dérobe à toute définition générale. Elle suggère à la fois l'idée d'une certaine tension et celle d'une ultime adéquation entre le fait et le droit »³⁴⁶.

Ces deux aspects que l'insigne juriste belge considérait comme étant contradictoires ou, pour le moins, comme s'ils représentaient les deux faces très différentes de la même chose, ne sont en fait qu'un seul. Or, l'effectivité d'une règle, d'une situation, *etc.*, représenterait la preuve, l'indice juridique qu'une telle règle, une telle situation, a finalement émergé de ce tourbillon que sont les rapports entre le droit et le fait. C'est donc seulement au cas par cas, à la lumière de chaque situation ou domaine spécifique, que l'on pourra avoir une notion plus affinée de ce principe. Concernant la règle juridique internationale, il a été pertinemment affirmé que : « L'exigence d'effectivité, comme condition d'existence et de validité de la norme internationale, ne peut qu'entraîner une révision permanente de cette norme »³⁴⁷.

C'est cette contradiction permanente, inhérente à toute création humaine, qui qualifie le principe de l'effectivité ; c'est comme s'il y avait un rapprochement

« solidarité effective d'existence » (p. 23 ; les italiques sont de nous). La jurisprudence ultérieure a, plus équitablement, restreint l'application de cette règle aux seuls cas de double nationalité (*Flegenheimer, RSA*, Vol. XIV, p. 327) où le simple particulier possède également la nationalité de l'Etat défendeur (voy. article 7 du Texte d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, 2006).

³⁴² Voy. les articles 4 et 8 du Texte d'articles de la Commission du droit international, Première partie, *Doc.A/51/10*, p. 150. Voy. aussi : G. Distefano, A. Hêche, « L'organe *de facto* dans la responsabilité internationale : *Curia, Quo vadis ?* », *AFDI*, Vol. 61 (2015), pp. 3-33.

³⁴³ Affaire Tinoco, p. 381.

³⁴⁴ Voy. Article 1^{er} § 1 P/II 1977 et Article 8 § 2 (f) du Statut de Rome établissant la Cour pénale internationale.

³⁴⁵ P.ex. « On ne trouvera point d'Etat disposé à reconnaître un changement qui ne présente pas des caractères d'effectivité et de stabilité... », S. Gemma, « Les gouvernements de fait », *RCADI*, Vol. 4 (1924-III), p. 337.

³⁴⁶ Ch. De Visscher (1958), p. 601.

³⁴⁷ M. Chemillier-Gendreau, « A propos de l'effectivité en droit international », *RBDI*, Vol. 11 (1975), p. 39.

asymptotique entre le droit et le fait et, en cela, l'effectivité constituerait le « gardien » ou, mieux encore, le test qui permettrait de constater si à chaque fois, de cette contradiction permanente a surgi une norme ou une situation juridique, *etc.*

En ce qui concerne plus particulièrement les titres territoriaux, leur validité est la résultante d'un processus dans le temps durant lequel, grâce à leur effectivité, ils s'affermissent (ou ils s'affaiblissent, voire même ils s'éteignent) au regard notamment d'autres titres concurrents. Il en découle que tout « titre territorial, *quelle que soit son origine*, repose sur l'exercice réel des fonctions étatiques par celui qui y prétend »³⁴⁸ (*modus*) en conformité avec les règles de droit international public en la matière (*titulus*).

Au cas où tous les titres concurrents devraient être « effectifs », « c'est le titre dont l'effectivité a le degré le plus élevé qui l'emporte, qui est considéré comme le titre le meilleur »³⁴⁹. Cela prouve d'ailleurs la plausibilité de l'adjectif « relatif » qu'on a accoutumé d'attacher et au titre et au poids de chaque titre et, conséquemment, à l'effectivité qui les caractérise. La relativité du « poids » de chaque titre mesuré par rapport au critère de l'effectivité est une conséquence inéluctable de la structure de l'ordre juridique international et du caractère *erga omnes* des droits territoriaux auxquels les titres servent de fondement. Car, seul l'affrontement entre titres juridiques et entre leurs étendues spatiales respectives³⁵⁰, à la lumière de leur « degré relatif d'effectivité », peut permettre l'appréciation du poids de chacun d'entre eux. Il n'aurait pas de sens et ne serait d'ailleurs pas toujours possible de soupeser un titre *in abstracto*.

La pratique des Etats³⁵¹, des tribunaux internationaux³⁵² et internes³⁵³ et la doctrine³⁵⁴ sont à l'unisson pour corroborer la nécessité primordiale du

³⁴⁸ J. Combacau, S. Sur, p. 409 [les italiennes sont de nous] ; P. A. Sereni (1966), Vol. 1, pp. 99-100 ; E. Ortolan, p. 200.

³⁴⁹ J. Touscoz, pp. 228-229. De même : Ch. De Visscher (1960), pp. 404-405.

³⁵⁰ Voy. *Oppenheim's International Law*, (1992), § 253.

³⁵¹ Voy. la dépêche diplomatique, envoyée le 17 janvier 1876 par Lord Derby à Lord Russel (à Berlin) au sujet de la controverse anglo-espagnole sur l'effectivité de l'occupation espagnole de l'archipel de Sulu, citée in H. A. Smith, pp. 40-41 ; la note diplomatique, envoyée le 27 novembre 1876 par le Earl of Derby à M. Layard (à Madrid), citée in *Bruns*, FBI2 § 605, au sujet de ce même différend ; la Réplique britannique (Sir Austen Chamberlain) du 18 février 1929 adressée à l'ambassadeur persan à Londres, au sujet de la controverse sur les îles de Bahreïn, citée in H. A. Smith, p. 71. Sur cette longue controverse il est recommandé de consulter l'ouvrage exhaustif de F. Adamiyat, *Bahrein Islands: A Legal and Diplomatic Study of the British-Iranian Controversy*, New York, 1955 ; G. R. Tadjbakhche, *La question des îles Bahreïn*, Paris, 1960.

³⁵² Voy. Beagle Channel Arbitration, § 168 ; affaire de la Délimitation de frontière, p. 14 ; affaire de l'île de Clipperton, p. 1110 ; CIJ, Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique / Pays-Bas), arrêt du 20 juin 1959 (fond) : *Recueil de la CIJ* 1959, pp. 22-23 ; affaire de l'île d'Aves (Pays-Bas c. Venezuela), sentence rendue le 30 juin 1865, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Vol. II, p. 415 ; affaire de la Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil, p. 19.

³⁵³ Voy. Civil Aeronautics, pp. 79-80.

³⁵⁴ Voy. les affaires relatives à l'Antarctique, § 37 ; L. M. Bentivoglio, *La «debellatio» nel diritto internazionale*, Pavie, 1948, p. 30 ; G. Schwarzenberger, p. 298 ; A. Decenière-Ferrandière, « Essai

critère de l'effectivité aux fins de la détermination du « meilleur titre » (relatif !). L'effectivité de la possession « qualifiée » par les attitudes conculantes et convergentes des Etats, y compris et surtout des Etats directement intéressés, se concrétisent dans un « fait juridique complexe » où se retrouvent et le *titulus* et le *modus acquisitionis*. Il s'ensuit que l'effectivité, et le fait que cette situation soit notoirement enracinée dans la réalité factuelle et qu'elle soit « tolérée », « acceptée », voire « non-contestée » par les Etats « particulièrement intéressés », fait en sorte que cette situation soit valable, c'est-à-dire opposable *erga omnes*, du fait même de la perfection du titre juridique à laquelle ces Etats ont participé.

Il a été observé à cet égard³⁵⁵ qu'un ordre juridique *est* légitime dans son ensemble lorsqu'il est *effectif*, c'est-à-dire lorsque la plupart de ses règles sont respectées par la plupart de leurs destinataires. Quant au principe de l'effectivité, celui-ci représente donc la condition nécessaire aux fins de la légitimation du système juridique. Toutefois, il ne représente pas la condition suffisante³⁵⁶, puisque, en règle générale, s'il est vrai qu'un ordre juridique qui ne soit pas effectif n'est pas juridique³⁵⁷, il n'en est pas moins vrai que tout ordre effectif n'est pas forcément juridique³⁵⁸, tant s'en faut ! Voilà où doit être recherchée la réponse – cependant partielle – à la question de la validité du système juridique³⁵⁹.

historique et critique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international », *RDILC*, Vol. 18 (1937), pp. 362-370.

³⁵⁵ R. Meneghelli, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padoue, 1964, pp. 88 et suiv. Dans ce même sens : G. Sperduti (1956), pp. 748 et suiv. ; A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, § 10, p. 27 : « Force is the principal source of legitimation in the international community. »

³⁵⁶ Voy. *infra* Partie II.

³⁵⁷ Le principe (ou « critère ») de l'effectivité se voyait investi d'une fonction capitale même dans l'ordre juridique féodal, ce qui prouve qu'il est inhérent au concept d'ordre juridique et que celui-ci n'en saurait faire abstraction. Blackstone nous rappelle à cet égard que l'effectivité de la possession et de l'exercice de certaines compétences personnelles et territoriales était requise « in order that there might be a person always on the spot to perform the feudal duties and services. », p. 197. Voy. affaire Loizidou c. Turquie (40/1993/435/514), Cour européenne des droits de l'Homme, fond, arrêt du 18 décembre 1996, § 49.

³⁵⁸ Contrairement à Kelsen, selon lequel l'effectivité de la situation est condition *per se* suffisante de sa validité. Que l'*imperium de facto* [caractérisé donc par l'effectivité] soit attributif, entre autres « faits », du titre à la souveraineté territoriale sur le territoire originel [bref de l'émergence de l'Etat], nul ne saurait en douter. Toutefois, le principe d'effectivité ainsi construit ne constitue pas un titre suffisant [faute de *titulus acquisitionis*] aux fins de la légalisation de la translation de la souveraineté territoriale. Bref, la validité du titre juridique, compte tenu de sa structure dyadique (*modus et titulus*) doit être recherchée ailleurs, précisément dans le deuxième élément.

³⁵⁹ Dans le dessein de mettre en relief l'artificialité et le caractère temporaire et « endogène » de l'*opposition* droit/fait, on peut dire qu'une situation territoriale licite a sûrement été avant tout une situation effective et que l'effectivité subséquente et contraire va se heurter à une situation qui fut elle aussi, à ses débuts, une situation (seulement ?) effective. La validité est donc, comme nous le verrons plus loin [Partie II.I.], un concept dynamique qui se cristallise à travers des situations effectives contradictoires, successives et concomitantes dans le temps. Par surcroît, le concept de validité en droit international connaît des degrés (à l'instar des 'formes' de nullité), qui sont variables dans l'espace et dans le temps sous la pression des forces (sociales) engendrées par l'existence même de l'ordre juridique (international).

A. L'occupation effective de territoires sans maître

Il s'agit ici d'un des cas de figure auxquels nous avons fait référence plus haut et dont nous avons dit qu'ils permettent à la notion du principe d'effectivité d'être mieux et plus concrètement délimitée ; elle apparaît dans ce contexte comme « une donnée déjà 'construite', plus affinée »³⁶⁰. Toutefois, ce cas de figure apparaît désormais comme un cas d'école puisqu'aujourd'hui il n'y a plus de territoires « sans maître » au sens de « susceptibles d'appropriation par un Etat ». Dès lors, l'intérêt principal de cette situation doit être recherché dans une perspective de droit intertemporel, c'est-à-dire lors du règlement juridictionnel des conflits territoriaux dont les titres en lice se fondent sur l'occupation de territoires originellement non soumis à la souveraineté étatique.

En reprenant le modèle exposé ci-dessus, le *titulus acquisitionis* est dans ce cas de figure bicéphale puisqu'il est formé à la fois par le caractère *nullius* du territoire et par l'*animus possidendi* de l'Etat occupant, c'est-à-dire la « volonté sérieuse et raisonnable »³⁶¹ d'y exercer les prérogatives de la puissance publique en tant que souverain. Le *modus acquisitionis* est, quant à lui, toujours le même, c'est-à-dire l'occupation *effective* du territoire terrestre concerné (l'« adprehensio physica »). Comme la CPIJ l'affirma clairement :

« ... il est peut-être opportun d'indiquer qu'une prétention de souveraineté fondée, non pas sur quelque acte ou titre en particulier, tel un traité de cession, mais simplement sur un exercice continu d'autorité, implique deux éléments, dont l'existence, pour chacun doit être démontrée : ... le *corpus* et l'*animus possidendi* ou *occupandi* »³⁶².

Si le caractère *nullius* n'appelle aucun commentaire particulier³⁶³, la condition de l'*animus possidendi* signifie à la fois l'*intellectus possidendi*, à savoir l'intelligence du fait de l'occupation, ainsi que l'intention d'y « agir en qualité de souverain »³⁶⁴ en accomplissant des actes « à titre de souverain »³⁶⁵.

Le *modus*, c'est-à-dire l'occupation du territoire, a fait l'objet d'un affinage jurisprudentiel incessant dont on peut exposer ci-après les étapes saillantes.

³⁶⁰ Ch. De Visscher (1958), p. 603.

³⁶¹ Mémoire envoyé par M. Mancini, MAE d'Italie, à son Consul général en Egypte, De Martino, le 27 mars 1882 et dans lequel on exposait le titre italien sur la baie d'Assab, cité in *Prassi italiana*, Vol. 1^{er}, série 2, p. 722 § 838.

³⁶² CPIJ, Affaire du Statut juridique du Groënland oriental, pp. 45-46. De même : Affaire de l'île de Palmas, p. 839 ; Affaire de l'île de Clipperton, p. 1110.

³⁶³ Il peut s'agir ou bien d'un territoire habité mais sur lequel il n'existe pas d'organisation politique au sens qu'on voulait bien lui accorder à l'époque (voy. *supra* I.II.D) ou bien carrément d'un territoire inhabité.

³⁶⁴ CIJ, Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), 2012, § 75 (p. 654).

³⁶⁵ CIJ, Pulau Ligitan / Pulau Sipadan, 2002, § 147 (p. 685) ; CIJ, Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, 2001, § 197 (pp. 99-100) ; CIJ, Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes, 2007, §§ 176-208 (pp. 713-722) ; CIJ, Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), 2012, § 80 (p. 655). Voy. aussi : G. Distefano (2019), pp. 660-664.

L'occupation, réalisée par des organes de l'Etat,³⁶⁶ doit en effet être : a) effective ; b) ininterrompue (dans le temps) ; et c) permanente (dans la manière où elle se déploie). La jurisprudence internationale nous offre une moisson illustrative d'actes susceptibles d'incarner l'occupation effective :

« 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 »³⁶⁷.

Quant au caractère effectif, son appréciation ne peut se faire *in abstracto*, mais dépend de deux groupes de critères différents³⁶⁸, à savoir la valeur *intrinsèque* et *extrinsèque* du territoire. Ces critères nous permettent d'évaluer le niveau d'effectivité requis dans chaque cas d'espèce³⁶⁹. Par le premier groupe, on fait référence aux caractéristiques propres du territoire contesté³⁷⁰, c'est-à-dire : possède-t-il une valeur stratégique, économique, politique, idéologique, *etc.* ?³⁷¹ ; ou encore, est-il loin d'autres possessions du même Etat ou d'autres Etats ayant des revendications de souveraineté ? Le seconde groupe, qui reflète le caractère *multititular* du droit international des espaces, porte sur la présence, et dans le cas affirmatif sur le poids relatif, de titres et revendications concurrents. En d'autres termes, le niveau d'effectivité requis doit se mesurer, dans chaque cas d'espèce, en tenant compte de « l'absence

³⁶⁶ A cet égard il convient de préciser – comme en témoigne une abondante littérature – que même des compagnies privées, ou « chartered », telles que les East and West India Companies (britanniques et néerlandaises, par exemple) étaient chargées par les Etats de nationalité d'effectuer l'occupation. Voy. en ce sens : affaire de l'île de Palmas, p. 858 ; Article 5 ARE. Voy. aussi le fascinant ouvrage consacré à cette question : W. Dalrymple, *The Anarchy. The relentless rise of the East India Company*, Oxford, 2019.

³⁶⁷ Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), 2012, § 80, p. 655. La Cour renvoie à son arrêt précédent dans l'affaire relative au Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), 2007, §§ 176-208, pp. 713-722. En général, et sauf circonstances spéciales liées aux caractéristiques intrinsèques du territoire contesté (*infra* note 370), « [l]a construction et l'exploitation de phares et aides à la navigation ne sont généralement pas considérées comme une manifestation de l'autorité étatique », CIJ, Affaire des Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni), arrêt du 17 novembre 1953 : *CIJ Recueil* 1953, p. 71.

³⁶⁸ La pratique diplomatique atteste l'existence de ces deux groupes de critères : « The only possession required is such as is reasonable under all the circumstances – in view of the extent of territory claimed, its nature, and the uses to which is adapted and is put ... », Note de M. Olney, Secrétaire d'Etat (US) à Sir Julian Pauncefote, ambassadeur britannique, 22 juin 1896 (*Moore*, vol. 1, § 81, p. 269).

³⁶⁹ « [L]e droit international admet des degrés variables de manifestation de l'autorité étatique, selon les circonstances propres à chaque espèce », CPJI, Affaire du Statut juridique du Groënland oriental, pp. 45-46 ; CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), 2008, § 67 (p. 36).

³⁷⁰ Par exemple, « [l]a construction d'aides à la navigation ... peut être juridiquement pertinente dans le cas de très petites îles », Délimitation maritime et des questions territoriales (Qatar c. Bahreïn), arrêt du 16 mars 2001 (fond) : *CIJ Recueil* 2001, § 197, pp. 99-100.

³⁷¹ CIJ, Pulau Ligitan / Pulau Sipadan, 2002, § 134 (p. 682) ; CIJ, Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), §§ 173-174 ; CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), 2008, § 66 (p. 36) ; Affaire de l'île de Clipperton, p. 1110 ; Affaire de l'île de Palmas, p. 841.

[alternativement de la présence] de toute prétention à la souveraineté de la part d'une autre Puissance »³⁷².

L'utilisation combinée de ces deux groupes de critères d'appréciation du niveau d'effectivité requis permet ainsi aux tribunaux internationaux de résoudre les conflits de souveraineté où l'occupation de territoires sans maître a été fait valoir par l'une ou l'autre (voire les deux) des Parties :

« [D]ans beaucoup de cas, le tribunal n'a pas exigé de nombreuses manifestations d'un exercice de droits souverains pourvu que l'autre Etat en cause ne pût faire valoir une prétention supérieure [critère extrinsèque]. Ceci est particulièrement vrai des revendications de souveraineté sur des territoires situés dans des pays faiblement peuplés ou non occupés par des habitants à demeure »³⁷³.

B. Les paradigmes de l'antinomie titre juridique (*titulus*) / effectivité (*modus*)

i. Possession immémoriale

Ce cas de figure, également appelé *praescriptio longi(-ssimi) temporis*³⁷⁴, décrit une situation territoriale dont l'origine plonge ses racines dans une époque tellement éloignée qu'il est possible d'affirmer qu'aucun titre juridique n'ait jamais existé. Alternativement, on pourrait plus correctement dire que la preuve d'un *titulus* contraire à l'effectivité ne peut pas être produite³⁷⁵, la présomption devenant dans ce cas irréfutable³⁷⁶. Cette catégorie juridique est surtout apte à expliquer le titre juridique (et son extension territoriale) d'un Etat sur son assiette spatiale originelle³⁷⁷.

Elle diffère donc de l'occupation effective, précédemment examinée, où le *titulus* (bicéphale) se fondait à la fois sur le caractère *res nullius* du territoire et sur l'*animus occupandi* de l'Etat qui contrôle le territoire. Dans le cas de figure de la possession immémoriale, il *est présumé* que le territoire n'ait pas été soumis à une souveraineté antérieure, du fait de l'impossibilité d'en fournir la preuve :

³⁷² CPJI, Affaire du Statut juridique du Groënland oriental, p. 50. De même : CIJ, Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), 2008, §§ 62-65 (pp. 35-36) ; CIJ, Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), 2012, § 80 (p. 655).

³⁷³ CPJI, Affaire du Statut juridique du Groënland oriental, pp. 45-46.

³⁷⁴ « There is an International Prescription whether it be called Immemorial Possession or by any other name », Sir Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law*, Vol. I, § 258, p. 303.

³⁷⁵ « Lapse of time, in the case equally of nations as of individuals, robs the parties of the means of proof ... », Sir Travers Twiss, *The Oregon Question Examined, in respect to facts and the Law of Nations*, London, 1846, p. 125.

³⁷⁶ Lübeck v. Mecklenburg-Schwerin, Staatsgerichtshof, décision du 6/7 juillet 1928, *ILR*, vol. 4, pp. 115-116 : « *This immemorial possession justifies the presumption of its legality as well as the attribution to Lübeck of these rights for the future* » [les italiques sont de nous].

³⁷⁷ Affaire de la Frontière entre la Galicie et la Hongrie près du lac dit de « Meerauge » (Autriche/Hongrie), sentence arbitrale du 13 septembre 1902, *Recueil international des traités du XX^e siècle*, Paris, 1902, p. 745 [les italiques sont de nous]. Texte de la sentence traduit en anglais : *RSA*, Vol. XXVIII, p. 391.

« On entend par possession immémoriale, une possession telle que la preuve ne puisse être faite qu'elle n'ait jamais été autre et qu'aucune personne vivante ait jamais entendu parler d'un autre état de chose »³⁷⁸.

La possession immémoriale diffère également, oserais-je dire, pour la raison opposée – de l'usucapion dans la mesure où – dans cette situation que nous examinerons plus loin, l'occupation est nécessairement *contra titulum*. L'occupation effective du territoire déroge dès lors à un *titulus* appartenant à un autre Etat. D'une certaine manière, la possession immémoriale se situe, sous l'angle du *titulus*, entre l'occupation de territoires sans maître et l'usucapion, le curseur glissant respectivement entre l'absence (totale) et la présence avérée d'un *titulus* contraire.

ii. *Possession contestée (« Disputed possession »)*

La situation régie par cette dénomination met en exergue, à la différence de celle qui sera étudiée dans la prochaine sous-section, une antinomie irréductible, reflet d'une irréconciliabilité entre le *titulus* (le droit à occuper un territoire) et le *modus* (l'occupation effective). Il y a donc divorce entre les deux éléments du titre juridique (complet) : un Etat possède le *titulus* alors qu'un autre Etat occupe de manière effective le territoire *disputé*, mais cette prise de possession n'a jamais été paisible puisqu'elle est *contestée* par le premier Etat. Il faut également préciser que cette occupation ne s'est pas réalisée par l'usage de la force ou alternativement elle s'est concrétisée par la force à une époque où celle-ci n'était pas interdite : ce cas de figure sera étudié plus loin dans le volume [*infra* Partie II.I.].

Or, dans le cas qui nous occupe ici, cette tension entre *titulus* et *modus* doit être examinée à l'aune de l'exigence de la légalité, c'est-à-dire du droit à occuper un territoire, car, comme il a été dit : « la possession ne saurait être censée déroger au droit »³⁷⁹. En conséquence, la réunion des deux éléments du titre territorial peut avoir lieu soit chez l'Etat titulaire, ce qui présuppose la fin de l'occupation effective *contra titulum* de l'autre Etat, soit chez l'Etat occupant, ce qui requiert que l'Etat titulaire renonce à son *titulus*. Cette renonciation peut se manifester de diverses façons, pourvu qu'elle soit réelle et non présumée : acceptation explicite, reconnaissance, acquiescement ou abandon (prouvé par son *animus derelinquendi*). Cette renonciation, couplée avec l'*animus occupandi* de l'autre Etat, constitue donc le *titulus* de la nouvelle situation territoriale. A défaut d'une telle renonciation, la simple occupation, aussi effective soit-elle, demeure *contra titulum* et ne saurait engendrer, à elle seule, un titre territorial valable et opposable *erga omnes*. Cette résistance du *titulus* à l'*occupation matérielle* est une constante de tout

³⁷⁸ *Loc. cit.*

³⁷⁹ Affaire de la délimitation de frontière entre la Grande-Bretagne et le Transvaal, p. 12. De même : « a *de facto* possession in itself cannot confer the power of disposing of title », Affaire du El Chamizal p. 115.

ordre juridique et surtout de l'ordre international car, comme il a été justement souligné :

« c'est l'ultime mesure de l'*efficacité* d'un système juridique et de son emprise totale sur la société (ce que les anglais appellent *acid test*) *que de savoir s'il va céder à la longue aux effectivités contraires* à ses prescriptions, ou s'il va les contenir ou leur trouver les *antidotes* ou du moins imposer des limites au jeu de l'effectivité »³⁸⁰.

Dans un ordre international où la fonction de la sanction, au sens large, est dispersée parmi ses membres et où la réaction centralisée à l'illicite international est dévolue *principalement* au Conseil de sécurité des Nations Unies qui en fait dépendre le déclenchement à la constatation discrétionnaire de l'une des trois situations énoncées à l'Article 39 CNU³⁸¹, la réunion des deux éléments du titre auprès de l'Etat détenteur du *titulus*, peut parfois s'avérer problématique. De surcroît, la mise au ban des contre-mesures armées, introduite par l'article 2 § 4 CNU³⁸², porte paradoxalement préjudice à ce même Etat, comme il avait été prophétiquement prévu par Hans Kelsen³⁸³. Au même temps, dans une perspective systémique, « courts must now be precluded from requiring, as *additional measures of self-help*, that protests should now be supported by force or a show of force »³⁸⁴. L'un des plus longs – et toujours bien vivant – différends territoriaux (et internationaux tout court) est celui qui oppose l'Argentine au Royaume-Uni au sujet de la souveraineté sur les Iles Malouines (Malvinas/Falklands) ; c'est assurément l'exemple le plus emblématique illustrant le cas de figure de la possession disputée³⁸⁵. A ce jour, l'Argentine n'a pas renoncé, tant s'en faut, à son *titulus*, de sorte que

³⁸⁰ G. Abi-Saab (1995), p. 19. [les italiques sont de nous].

³⁸¹ TPIY, Le Procureur c. Dusko Tadic (Jugement), chambre d'appel, arrêt du 3 octobre 1995, §§ 28-30 (<https://www.icty.org>).

³⁸² Voy. Résolution 2625 (XXV) de l'AG ; 3314 (XXIX) ainsi que l'Acte final d'Helsinki (1975), <https://www.osce.org/helsinki-final-act>. Egalement : CIJ, Licéité des armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996 : *Recueil de la CIJ* 1996, § 46.

³⁸³ « The delinquent [State] which is in actual possession of the illegal advantage is protected by the Charter against any enforcement action other than that taken by the Security Council », *The Law of the United Nations*, 1950, p. 269. Ceci marque une différence fondamentale par rapport au régime juridique de la Société des Nations dont le Statut, en son Article 15 § 7 disposait que : « Dans le cas où le Conseil ne réussit pas à faire accepter son rapport par tous les Membres autres que les Représentants de toute Partie au différend, les Membres de la Société se réservent le droit d'agir comme ils le jugeront nécessaire pour le maintien du droit et de la justice ». En d'autres termes, les Etats concernés pouvaient dans ce cas, au demeurant pas très rare, recourir à la force armée (représailles ou self-help) aux fins de la mise en œuvre de leurs droits.

³⁸⁴ I.C. McGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *BYIL*, vol. 30 (1953), p. 310 [les italiques sont de nous]. Un cas de possession contestée a précisément été à l'origine d'un conflit armé entre l'Equateur et le Pérou (Cordillère du Condor) le 26 janvier 1995. La controverse frontalière portait sur la souveraineté territoriale disputée entre ces deux Etats le long des 78 kilomètres de leur frontière commune. Le Traité de paix du 17 février 1995, signé par les représentants des deux pays et par ceux des quatre Etats garants du Protocole de Rio du 26 février 1942 (Argentine, Brésil, Chili et Etats-Unis d'Amérique) a mis un terme au conflit armé, alors qu'il a fallu attendre le Traité de Brasilia (« Acta Presidencial de Brasilia », conclu le 26 octobre 1998) pour que le différend territorial ne soit définitivement résolu. Voy. aussi *infra* III.I.A.ii.

³⁸⁵ M. Kohen, F. Rodriguez, *Las Malvinas entre el Derecho y la Historia*, Buenos Aires, 2000.

l'occupation britannique de cet archipel demeure toujours une occupation dépourvue de validité :

« ...the Argentina government has constantly maintained its protests over that occupation at all times to its rights and jurisdiction over the islands. It follows that the islands in question continue to form de jure part of the territory of our State... »³⁸⁶.

En guise de conclusion à cette sous-section, il est légitime de se demander jusqu'à quand l'ordre international pourra admettre ou tolérer cette scission entre les deux éléments du titre juridique. La question de savoir si la protestation persistante (voire même l'absence d'acquiescement) peut empêcher le processus de consolidation du titre auprès de l'Etat occupant, reste donc hautement problématique et partage la jurisprudence³⁸⁷. Tout en soulignant que les exemples de cette situation – à l'instar du différend argentino-britannique précédemment cité – se comptent sur les doigts d'une main, nous penchons pour l'impossibilité de validation du titre juridique en l'absence d'un consentement ou assentiment – quel que soit le mode d'expression – de l'Etat détenteur du *titulus*.

iii. L'usucapion en droit international : une notion hautement controversée

Cette figure juridique traduit – et trahit – l'exigence, présente dans tout ordre juridique³⁸⁸, de transformer une situation de fait, initialement contraire au *titulus*, en situation de droit valable, opposable donc *erga omnes*. En d'autres termes, l'usucapion (en anglais : « adverse possession ») consiste en l'acquisition de droits, en l'espèce de droits réels, *dans le temps* et *grâce* aux comportements des Etats concernés³⁸⁹.

³⁸⁶ In Re Carlos Gleadow Watson (Federal Court of Rio Gallegos), arrêt du 11 février 1935, *ILR*, Vol. 8, p. 180. La Cour reconnut ainsi la validité de la nationalité du requérant qu'il avait acquise *ius soli* ; il fallait donc prouver au préalable que les îles en question relevassent de la souveraineté argentine.

³⁸⁷ Dans l'affaire de l'Île de Palmas, l'arbitre Max Huber s'exprime ainsi : « The principle that continuous and peaceful display of the functions of State within a given region is a constituent element of territorial sovereignty is not only based on the conditions of the formation of independent States and their boundaries (as shown by the experience of political history) as well as on an international jurisprudence and doctrine widely accepted; this principle has further been recognized in more than one federal State, where a jurisdiction is established in order to apply, as need arises, rules of international law to the interstate relations of the States members. This is the more significant, in that it might well be conceived that in a federal State possessing a complete judicial system for interstate matters – far more than in the domain of international relations properly so-called – there should be applied to territorial questions the principle that, failing any specific provision of law to the contrary, a *jus in re* once lawfully acquired shall prevail over *de facto* possession however well established », p. 840.

³⁸⁸ Le mécanisme prescriptionnel est donc un « process by which, through the influence of time, possession *without title*, *ripens* into ownership, and *ownership without possession withers away and dies* », Sir John Salmond, Appendix V, § 105, p. 406 [les italiques sont de nous]

³⁸⁹ « [The title by adverse possession] is the right by which a possessor acquires to property by reason of his adverse possession during a *period of time fixed by the law*. The elements of title by prescription are *open, visible and continuous use under a claim of right, adverse to and with knowledge of owner* », *Black's Law Dictionary*, p. 1486 [les italiques sont de nous].

Afin de garantir la certitude des rapports juridiques, notamment en ce qui concerne la titularité des droits réels, l'usucapion constitue en droit civil moderne un moyen originaire d'acquisition de la propriété. Dans le sillage du droit romain³⁹⁰, les conditions requises sont grosso modo les suivantes : a) possession de la chose ; b) bonne foi ; c) écoulement du temps (délai prescriptif) ; d) titre ; e) chose idoine³⁹¹.

Force est encore de souligner que l'usucapion est certes un mode d'acquisition originaire³⁹², mais il l'est ainsi puisqu'une loi, en l'occurrence le droit civil, statue qu'un tel fait juridique puisse engendrer de tels effets, moyennant une possession pendant un laps de temps fixé par cette même loi et, à ce titre, faisant intégralement partie de ce fait juridique. En ce sens, elle déploie ses effets *ope legis*, c'est-à-dire par effet de la loi (en l'occurrence le droit civil).

Dans le panorama doctrinal du droit international³⁹³ on ne peut s'empêcher de relever une *summa divisio* entre les opposants (négateurs)³⁹⁴ et les tenants³⁹⁵ de cette institution.

³⁹⁰ Selon le fameux brocard mnémorique : « Usucapionis requisita sunt : res habilis, titulus, fides, possessio, tempus ». Voy. Codex Livre VII, 26-40 [Constitution de Justinien de 531 portant fusion de la *praescriptio longi temporis* avec l'*usucapio*], D.41.2.6, *Justiniani Institutiones*.

³⁹¹ La condition de la *res habilis* du droit romain se retrouve par exemple à l'article 2260 CCF, selon lequel : « On ne peut prescrire les biens ou les droits qui ne sont point dans le commerce ». En droit international, et pour autant que l'usucapion soit admise, cette condition exclut de son champ opératoire les espaces qui ne sont pas susceptibles d'occupation à titre de souverain *ope legis* (plateau continental et en général les espaces maritimes où l'Etat du littoral exerce des droits souverains) ainsi que les *res communes* terrestres (Antarctique), maritimes (Fonds marins), et cosmiques (Lune, objets célestes).

³⁹² Par l'action combinée de l'extinction d'un droit subjectif et de la création immédiatement successive d'un autre au bénéfice d'un autre sujet de droit.

³⁹³ Pour un tour d'horizon de la doctrine, cf. M. Giuliano (1956), p. 132 (note 2) et p. 134 (note 4).

³⁹⁴ Parmi les négateurs : Ch. De Visscher (1967), p. 109 ; G. Barile (1951), pp. 222-223 ; CPJI, affaire du Statut juridique du Groënland oriental, Vol. C 66, p. 2659 [Exposé de M. Rasmussen, Danemark] ; A. Rivier, *Principes du droit des gens*, Vol. 1, Paris, 1896, p. 183 ; B.E. Casados Villanueva, *Tiempo, efectividad y prescripción en derecho internacional*, Mexico, 1952, pp. 111-115 ; CIJ, affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire, 1992, § 99, p. 678 [op. individuelle du juge Torres-Bernardez] : « *bona fide* effective possession during a certain period of time [...] is a highly controversial concept which, for my part, I have the greatest difficulty in accepting as an established institution of international law. » ; P. Piovanini, *Il significato del principio d'effettività*, Milan, 1953, pp. 83-84 ; P. Fedozzi, p. 438 ; A. Cavaglieri (1926), pp. 172-173 ; Ch. Rousseau, (1977), Vol. III, p. 183 ; R. Redslob, *Traité de droit des gens*, Paris, 1950, p. 183 ; G. Barile *Lezioni di diritto internazionale*, Milan, 1983, pp. 222-223 ; K. Strupp, *Éléments du droit international public, universel, européen et américain*, 2^{ème} éd., Vol. 1, Paris, 1930, p. 156 ; D. Anzilotti (1955), p. 286 ; I. Brownlie, pp. 154-156 ; S. Viejobuono, pp. 9-11 ; W. Hough III, « The annexation of the Baltic States and its effect on the development of law prohibiting forcible seizure of territory », *New York Journal of International & Comparative Law*, Vol. 6 (1986-2), pp. 469-470 ; J. Symonides, « Acquisitive Prescription in International Law », *PYIL*, Vol. 3 (1970), pp. 112, 117-118 ; R. Quadri, « L'île de Camaran », *Revue Egyptienne de droit international*, Vol. 13 (1957), pp. 24-26 ; « ... la conquête et la prescription acquisitive ont disparu complètement du droit nouveau qui a condamné la guerre et proclamé la souveraineté inaliénable. », CIJ, Namibie 1971, pp. 91-92 [op. individuelle du juge Ammoun].

³⁹⁵ On peut mentionner parmi les « champions » : Sir Hersch Lauterpacht (1927), p. 104 ; G. Schwarzenberger, p. 301 ; T.J. Lawrence, § 78, pp. 168-169 ; J.L. Brierly (1963), pp. 167-169 ; P.K. Menon (1994), pp. 13-17 ; P.K. Menon (1978), pp. 766-767 ; I.C. McGibbon (1953), p. 319 ;

Nous avons déjà énuméré et examiné les conditions requises par le droit romain et par le droit civil continental aux fins de l'exercice de l'usucapion en tant que « mode d'acquisition de la propriété ». Il ne nous reste qu'à établir si de telles conditions, qui constituent par la même occasion les contours conceptuels distinctifs de cette institution, se retrouvent aussi en droit international³⁹⁶. Or, en faisant abstraction de la condition de la possession continue, paisible, ouverte et effective, car cette qualité est admise par tous juristes confondus³⁹⁷, il convient de se pencher sur la condition de la bonne foi. Il ne serait pas inutile de préciser tout d'abord que la plupart des défenseurs de cette institution en droit international n'en font guère mention et que seul un nombre restreint d'entre eux s'y arrêtent afin de statuer sur sa nécessité. D'aucuns, en soulignant la différence par rapport à l'archétype de droit romain, soutiennent que la condition de la *bona fides* n'est point requise en droit international³⁹⁸, alors que d'autres maintiennent que :

« L'Etat qui prétend acquérir un droit doit être de bonne foi ; il doit ignorer qu'il porte atteinte aux droits de son partenaire »³⁹⁹.

Mais il en ressort en général que, selon la plupart des internationalistes, la bonne foi n'est pas, à la différence du droit romain, une condition requise par le droit international.

P. Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *RCADI*, Vol. 74 (1949-I), pp. 232-233 ; J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, 1956, p. 156.

³⁹⁶ Dans la seule affaire où la Cour de La Haye dut se pencher sur la question de l'admissibilité de l'usucapion en droit international, elle mentionne précisément ces cinq conditions, sauf celles requérant un « titre juridique » ainsi que la « chose idoïne », CIJ, Affaire de l'Île de Kasikili / Sedudu (Botswana / Namibie), 1999, § 94 (p. 1103). Il y a également lieu de préciser que la Cour parle de « prescription acquisitive » plutôt que de « usucapion », ne serait-ce par ce que cette formule est ainsi connue dans la terminologie en langue anglaise.

³⁹⁷ A tel point qu'il advient que la figure de l'occupation effective, dont on a tracé plus haut les linéaments en droit international [*supra* I.IV.A], ne soit plus sciemment différenciée de l'institution de la prescription acquisitive. Voy. par ex. : M. N. Shaw (1986), p. 19 ; Sir Robert Jennings (1963), p. 23 ; A. Munkman, p. 94 [pour qui, justement, les deux cas de figure seraient englobés dans la catégorie plus vaste qui est celle de la « consolidation par titre historique »].

³⁹⁸ P.ex. : C. Raggi, p. 758 ; N. Hill, p. 156 ; M. J. Goodman, « Adverse possession of Land: morality and motive », *Modern Law Review*, Vol. 33 (1970), p. 288 ; D.H.N. Johnson (1950), pp. 337-338 ; P. Fauchille, *Traité de droit international public*, 8^{ème} éd., Vol. 1, 2^{ème} partie, Paris, 1922-1926, § 557-7, p. 758 : « la prescription aura presque toujours à sa base un acte de violence ». D. W. Bowett, (1957), p. 201 : « ...the circumstances in which estoppel is relevant are distinct from those in which acquiescence should be considered as one element in the acquisition of a title by prescription. The confusion of these two notions will only serve to lessen the burden of proving the acquisition of title by prescription and, since no requirement of good faith demands such results, it would seem that the use of doctrine of estoppel in circumstances where prescription ought to be relied on and proved is inadmissible in international law » ; Charpentier précise même que la prescription acquisitive en droit international est caractérisée par une « condition de mauvaise foi », (1956), p. 157. Dans l'affaire entre le Botswana et la Namibie relativement à l'Île de Kasikili / Sedudu (Botswana / Namibie), la Namibie invoqua la conduite ultérieure des Parties dans le dessein de fonder la « doctrine de la prescription acquisitive ». Or, dans l'énonciation de la thèse namibienne à cet égard, aucune place n'est réservée à la bonne foi en tant que condition requise (§ 94).

³⁹⁹ J. Bentz, p. 89. En ce sens : l'affaire des Concessions territoriales, p. 268.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

Un discours légèrement différent doit être fait pour la condition dite de « res habilis » car si elle ne peut pas être identifiée telle quelle en droit international, son esprit est bel et bien présent. En effet, l'*usucapion*, si tant est qu'elle existe en droit international, ne peut pas s'exercer à l'égard de certains espaces, puisque l'occupation par un – voire par plusieurs Etats – ne peut pas s'effectuer à *titre de souverain*. Le droit international interdit qu'un Etat puisse déployer le manteau de sa souveraineté sur certains espaces terrestres (comme l'Antarctique), maritimes (Haute Mer, la Zone) et cosmiques (Lune et autres objets célestes). Dans cette perspective, la différence entre *territoire* et *espace*, à la lumière du droit international des espaces, prend tout son sens.

Sur la condition du « titre » ou *titulus* requise par le droit romain ainsi que par la plupart des codes civils d'inspiration romaniste, il n'est pas nécessaire que l'on s'y attarde longuement dans la mesure où, à l'aune de la construction binaire du titre territorial, le *titulus* est précisément fourni par l'attitude d'abandon – ou de renonciation au sens large – de l'Etat titulaire.

Une autre condition requise par le droit romain (et les droits internes qui s'en sont inspirés) est le « *tempus ad prescriptionem* », soit le délai de prescription, à savoir le laps de temps nécessaire durant lequel la possession de la chose doit être paisible et ininterrompue. Ce délai est en général fixé par une loi et les codes civils prévoient à cet effet des laps de temps différents selon la chose objet de la prescription et/ou selon l'absence ou le défaut du titre (*iusta causa*) de la part du possesseur (respectivement prescription longue ou abrégée). Il y a encore lieu de souligner que l'*usucapion* étant, dans les droits civils modernes, un « mode d'acquisition » *ope legis*, le délai prescriptionnel *précis* est à tous égards un des éléments fondateurs de cette institution⁴⁰⁰. D'où précisément, la nécessité ressentie chez le législateur de le déterminer exactement.

Or, la majeure partie de la doctrine qui réfute l'*usucapion* en droit international était, entre autres arguments, sa négation sur le défaut d'un délai fixe résultant d'un traité ou d'une règle de droit international général. Il s'ensuit donc que, en l'absence de la détermination du délai prescriptionnel, qui opère *ope legis* l'extinction et l'acquisition corrélatives de droits (réels), il n'y aurait pas, *strictement parlant*, d'*usucapion* en droit international. Car,

« la notion de la prescription acquisitive est inséparable de la détermination du délai qui entraîne l'acquisition de la souveraineté territoriale »⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Voy. précisément dans ce sens : L. Molina, *Tractatus* II (1733), Disputatio LX, § 8, 10, p. 144. Cet illustre juriste théologien espagnol reproduit la pensée du Panormitanus (l'Abbé Niccolò Tedeschi, 1386-1445) afin de mettre clairement en exergue le temps comme élément fondateur de l'*usucapion* : « Panor. *In rub. De praescr.* Definit praescriptionem. Esse jus quoddam ex tempore congruens legum autoritate vim capiens negligentibus poenam inferens & finem litibus imponens ».

⁴⁰¹ A. Cavaglieri (1929), p. 406. De même : A. Cavaglieri (1927), p. 319 ; A. Cavaglieri (1926), p. 173 ; Ch. De Visscher (1958), p. 604 ; Ch. De Visscher (1960), p. 393 ; Y. Blum, p. 36 ; K. Strupp (1930), Vol. 1, p. 156.

Selon les tenants de l'usucapion, en revanche, le défaut de fixation d'un délai prescriptionnel précis en droit international n'enlèverait rien au fondement de cette institution :

« En l'absence de loi positive, il est impossible de déterminer ici a priori le délai de prescription ; elle n'en est pas moins, dans bien des cas, le plus solide fondement des droits des Etats »⁴⁰².

Or, il n'en est rien et cela serait aller vite en besogne d'affirmer que l'absence de détermination du délai prescriptionnel ne porte pas atteinte à la solidité et au droit de cité de cette institution dans l'ordre juridique international. Car, le délai prescriptionnel est *consubstantiel* à la notion même de cette notion et celle-ci ne saurait exister sans celui-là. La fixation *précise* du *tempus ad prescriptionem* est un élément fondamental de cette institution et c'est justement dans la *précision* de sa détermination que réside sa justification⁴⁰³.

Dans une affaire de délimitation territoriale bien fameuse, la Commission arbitrale eut à s'exprimer en ce sens :

« ... *the very controversial question as to whether the right of prescription invoked by United States is an accepted principle of the law of nations, in the absence of any convention establishing a term of prescription, the commissioners are unanimous in coming to the conclusion that the possession of the United States in the present case was not of such as to found a prescriptive title* »⁴⁰⁴.

D'ailleurs, la constatation que le droit international ne connaît guère de détermination du délai prescriptionnel ne souffre d'aucune discussion⁴⁰⁵ si, de surcroît, on recense des compromis d'arbitrage qui établissent, pour ainsi

⁴⁰² G. Audinet, « Annexion, cession et démembrement de territoires », in *Répertoire de droit international*, Vol. I, sous la direction de MM. Lapradelle et Niboyet, Paris, Sirey, 1929-1931, § 15 [*passim*] ; G. Audinet, « De la prescription acquisitive en droit international public », *RGDIP*, Vol. 3 (1896), p. 313 ; E. Ortolan, pp. 188-193 ; J. Westlake, *International Law*, 2^{ème} éd., Vol. 1, Cambridge, 1904, p. 92 ; G. Balladore Pallieri (1962), pp. 457-458 ; CJI, affaire des Minquiers et Ecréhous, p. 152 [op. individuelle du juge Alvarez] ; cf. aussi la dépêche diplomatique de M. Olney, secrétaire d'Etat américain, à l'ambassadeur britannique à Washington, Sir Julian Pauncefote, du 22 juin 1896, au sujet de la frontière vénézuélienne, citée in *Moore*, pp. 296-297 ; D.H.N. Johnson (1950), pp. 347-348 ; P. Fauchille, Livre II, 2^{ème} partie, p. 755.

⁴⁰³ Si l'on se remémore les diverses codifications successives, en droit romain, portant sur la détermination *précise* de ce délai, on peut se rendre compte de l'enjeu que cet élément représente.

⁴⁰⁴ Affaire du El Chamizal, p. 328 [les italiques sont de nous]. Il importe aussi de constater en passant l'aisance et la légèreté avec laquelle les Commissaires parlent indifféremment tantôt de « *right of prescription* » tantôt de « *prescriptive title* ». Voy. *supra* I.IV.B.iii. pour la distinction à faire entre les deux concepts.

⁴⁰⁵ Jadis, Emer de Vattel (Livre II, Ch. XI, § 151) avait stigmatisé l'absence d'une telle détermination : « ... il serait très convenable que les Nations voisines se missent en règle à cet égard, par des Traités, principalement sur le nombre d'années requis pour fonder une légitime Prescription ; puisque ce dernier point ne peut être déterminé en général par le Droit Naturel seul. Si, au défaut de Traités, la Coûtume a déterminé quelque chose en cette matière, les Nations entre lesquelles cette Coûtume est en vigueur, doivent s'y conformer (Prelim. § 26) ». Cela nous conforte également dans l'idée que l'éminent juriste neuchâtelois a bien à l'esprit la figure de la possession non contestée assortie d'attitudes qualifiées et caractérisées de la part des Etats, et non pas forcément l'institution de l'*usucapio* telle qu'elle émerge du droit romain, car, comme il l'affirme justement, le délai prescriptionnel à cette fin fait défaut.

dire, *conventionnellement* le délai prescriptionnel de l'usucapion aux fins du règlement ponctuel de l'affaire⁴⁰⁶.

La Cour internationale de Justice est sur ce point extrêmement prudente, car dans la seule affaire où elle eut à s'y pencher, elle déclara :

« qu'elle n'a pas à s'attarder sur le statut de la prescription acquisitive en droit international ou sur les conditions d'acquisition d'un titre territorial par prescription [puisque] les conditions énoncées par la Namibie elle-même ne sont pas remplies et que l'argumentation namibienne relative à la prescription acquisitive ne peut en conséquence être retenue »⁴⁰⁷.

Or, la Cour se borne à constater que les « Parties conviennent entre elles que la prescription acquisitive est reconnue en droit international » en ajoutant qu'elles agrément également sur les conditions d'application. Peut-on dès lors se demander s'il en va de même pour la Cour ? Le doute est d'autant plus légitime si l'on pense que la Cour, en fin de compte, n'examine pas les conditions d'application.

Il en découle que pour toutes ces raisons, il nous est impossible de conclure à l'existence d'une institution analogue à l'*usucapio* du droit romain en droit international⁴⁰⁸. Toutefois, elle est souvent invoquée et parfois appliquée, mais pas sous cette dénomination, par les tribunaux internationaux et internes. En effet, si l'on regarde de plus près on remarque que, lorsque la doctrine, les tribunaux internationaux et internes ont évoqué la notion de prescription acquisitive⁴⁰⁹ comme mode d'acquisition de droits territoriaux, ils se sont

⁴⁰⁶ Compromis d'arbitrage entre la Grande-Bretagne et le Venezuela signé le 2 février 1897 à Washington qui établissait le tribunal arbitral chargé du règlement de la controverse territoriale entre les deux pays dans la région de la Guyane. Or, l'art. IV dudit compromis ainsi disposait : « a) *Adverse holding or prescription during a period of fifty years shall make a good title. The Arbitrators may deem exclusive political control of a district, as well as actual settlement thereof, sufficient to constitute adverse holding or to make title by prescription* », *Pasicrisie*, p. 555 [les italiques sont de nous]. Encore, le Guatemala et le Honduras signèrent le 1^{er} mars 1895 un compromis d'arbitrage qui établissait un tribunal arbitral, pour le cas où les deux gouvernements intéressés ne seraient pas parvenus à s'entendre sur les limites communes de leurs territoires respectifs. Or, l'art. XII dudit traité fixait le délai prescriptionnel à 10 ans (*Pasicrisie*, p. 506).

⁴⁰⁷ CIJ, Affaire de l'Île de Kasikili / Sedudu (Botswana / Namibie), 1999, § 97 (p. 1105). Les conditions énoncées par la Namibie, considérées comme « acceptables » par le Botswana, sont les suivantes : « 1. La possession de l'Etat ... doit être exercée à titre de souverain ; 2. La possession doit être paisible et ininterrompue ; 3. La possession doit être publique ; 4. La possession doit se prolonger pendant un certain temps » (*ibid.*, § 94, p. 1103).

⁴⁰⁸ D'ailleurs, et pour des raisons qui tiennent encore au caractère très embryonnaire de l'organisation judiciaire de l'ordre juridique international, l'usucapion, telle qu'elle est agencée en droit interne, ne serait pas viable en droit international. Car, comme il a été affirmé : « In private law, the interruption of prescription is effected by a suit, but in dealings between nations this is of course impossible, unless and until an international tribunal is established for such purpose. », affaire du El Chamizal, p. 329. Or, il existe certes la Cour internationale de Justice, mais en fait, en l'absence d'une instance judiciaire ayant compétence obligatoire, c'est aux Etats directement concernés qu'échoit la prérogative de la qualification juridique d'une situation territoriale déterminée. L'architecture particulière de l'ordre juridique international rend donc inutile et irréaliste le recours à l'institution de l'usucapion.

⁴⁰⁹ Qualification qui est *per se* déjà erronée.

bornés à emprunter à l'attirail privatiste du droit romain une « dénomination synthétique »⁴¹⁰ par laquelle ils désigneraient tout autre « fait », en sus de l'extinction, de la cession, de la *debellatio*, apte à fonder en droit la mutation territoriale. C'est donc à un « fait juridique complexe » qu'on fait allusion lorsqu'on le désigne par le terme, plus éloquent il est vrai, de prescription acquisitive. Et pourtant ce n'est pas qu'une simple querelle nominaliste, mais il se cache des « enjeux » de logique juridique qu'il serait déraisonnable de ne pas affronter. Car, s'il est vrai que cette dispute doctrinale est colorée d'une teinte nominaliste, il n'en est pas moins vrai que le fait de perpétuer cette fourvoyante et malheureuse (à double *titre*) terminologie peut avoir des fâcheuses répercussions conceptuelles en DIE.

Il nous plaît donc d'observer que, dans la dernière édition du célèbre manuel d'*Oppenheim*, on assiste à un revirement important concernant la prescription acquisitive-usucapion, par rapport à l'œuvre précédente de Sir Robert Jennings. Un changement de position théorique qu'on ne peut que saluer :

*« In short, prescription is not so much now a singular mode of acquisition, or loss, of territorial sovereignty, as a convenient term for one group of elements which go together to make or break a title »*⁴¹¹.

On emploierait donc la formule « usucapion » en tant que catégorie descriptive – et non prescriptive – à l'instar des « modes d'acquisition », dont on a dit plus haut qu'ils sont des « icônes », des images familières aux juristes grandis avec le Code civil, mais rien de plus. A la limite on pourrait parler, comme le fait la doctrine du Common Law, d'« adverse possession »⁴¹² (par opposition à la « straightforward possession »), car elle se révèle indubitablement plus heureuse que l'« acquisitive prescription », d'autant plus qu'elle ne comporte guère les éléments-conditions de l'*usucapio* romaniste qui sont, comme nous venons de le voir, absents en droit international⁴¹³. Et en français on pourrait désigner ce « fait juridique complexe », caractérisé par la dissociation entre le *titulus* et le *modus acquisitionis*, par l'expression : « possession contraire non contestée (ou incontestée) ».

⁴¹⁰ M. Giuliano, T. Scovazzi, T. Treves, *Diritto internazionale*, vol. II, Milan, 1983, p. 55 [notre traduction].

⁴¹¹ *Oppenheim's International Law* (1992), § 270, p. 708 [les italiques sont de nous].

⁴¹² D.H.N. Johnson (1955), pp. 219-221.

⁴¹³ Cette différence fondamentale entre l'« acquisitive prescription » (ou « adverse possession ») en Common Law (donc dépourvue de titre et de bonne foi) et l'*usucapio* (et ses descendants civilistes) est, nous semble-t-il, à l'origine de la confusion. Car, on peut bien admettre, à l'instar des juristes du Common Law, qu'il existe une prescription acquisitive si celle-ci n'est en fait qu'une « occupation non-contestée » comme nous l'avons définie plus haut. Alors, la confusion ne serait qu'une terminologique et on se laisserait aveugler par des dénominations trompeuses.

PARTIE II.
LA POLÉMOLOGIE TERRITORIALE :
CAS DÉVIANTS ET CAS LIMITES
DANS LA CRÉATION DES TITRES TERRITORIAUX

I. LE TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE
ET LA MENACE OU L'EMPLOI DE LA FORCE

Comme il a été lucidement observé par Charles de Visscher, « [n]ulle part l'effectivité ne revêt une expression plus brutale que dans ce qu'on a longtemps appelé le droit de conquête »¹. A la différence de la sous-section précédente, il sera question ici de mutations territoriales qui se sont réalisées au mépris de l'interdiction de la force (ou de la menace de son emploi) dans les relations internationales. Certes, on se situe ici dans un continuum *in crescendo* dans la tension entre le droit (légalité) et le fait (effectivité), ou si l'on veut, entre le *titulus* et le *modus*, mais on franchit dans le présent chapitre un seuil qualitatif à partir du moment où l'interdiction de la force a émergé et surtout lorsque, plus tard, elle a été consacrée dans une norme de *ius cogens*.

Or, la tension entre la violence (armée) et le droit n'est guère une spécificité du système juridique international car tout ordre juridique est confronté à ce phénomène. Si on a à l'esprit l'ordre juridique étatique, celui-ci est par exemple tiraillé entre la nécessité de l'invalidation des effets de la violence et sa capitulation consistant dans l'établissement d'un nouveau gouvernement, voire d'un nouveau régime constitutionnel². Le système international ne fait pas exception et, lui aussi, oscille entre l'invalidation et la validation (de moins en moins) des effets territoriaux déterminés par l'emploi (ou la menace) de la force. D'où la nécessité de dépasser une vision statique des rapports entre droit et fait, c'est-à-dire entre nullité et effectivité, pour embrasser résolument une conception dynamique entre ces deux pôles.

L'efficacité de l'ordre juridique international dépend de sa capacité de réaction aux nouvelles situations de fait ; de sa capacité à donner des réponses modulées eu égard à la situation ; de sa capacité à offrir des remèdes où se mélangent effectivité et nullité. Car, un ordre juridique qui se retranchera obstinément

¹ Ch. De Visscher (1967), p. 115.

² « [T]he truth is that international law can no more refuse to recognise that a finally successful conquest does change the title to territory than municipal law can a change of regime brought about by a successful revolution », J. Brierly (1963), pp. 172-173.

derrière la couverture d'une légalité qui n'est plus effective, n'est plus un ordre juridique, c'est une chimère. Mais, également, un ordre juridique qui ne résistera pas aux assauts et aux pressions de nouvelles situations de fait et qui, successivement, ne tardera pas à émettre une nouvelle qualification juridique une fois que la situation originelle a été rétablie, n'est pas non plus un ordre juridique. Dans ce mouvement où basculent la nullité et l'effectivité, l'ordre juridique aura en effet constaté, dans un premier temps, que la nouvelle situation territoriale, quoiqu'illégale au départ, s'est définitivement stabilisée et consolidée.

En revanche, et c'est de loin le scénario le plus fréquent, l'ordre juridique international, sous la pression de forces sociales contrastantes avec la nouvelle situation territoriale, leur résiste de manière *effective*. Et alors, comme dans tout conflit entre titres juridiques, ce sera celui dont le degré d'effectivité sera le plus élevé qui l'emportera. Car, l'ordre juridique international *endossera* en ce sens le *titulus acquisitionis* de l'Etat dépossédé et y ajoutera l'effectivité de la Communauté internationale tout entière. Par opposition à l'effectivité adverse, *contra titulum*, de l'Etat qui aura occupé le territoire de l'Etat précédemment souverain. La (in-)validité de la nouvelle situation territoriale, bref sa *juridicité*, dépendra en dernière analyse de la capacité de la Communauté internationale à lui résister effectivement. En opposant effectivité (légale) à effectivité (illégale), la Communauté internationale empêchera ainsi que la situation illégale ne se consolide³. A la lumière de notre construction du concept de titre juridique, on pourrait dire que l'Etat ayant effectué la conquête (ou l'annexion) dispose certes d'un *modus acquirendi* valable en droit, mais que lui fait défaut le *titulus acquisitionis*. Aussi longtemps que la Communauté internationale résistera *effectivement*, elle protégera ce dernier et ce n'est pas seulement l'attitude de l'Etat dépossédé qui compte ici, mais aussi celle de l'ordre juridique international incarné par la Communauté internationale organisée; ceci à la différence des mutations territoriales, toujours *contra titulum acquisitionis*, mais opérées sans le biais de la force (ou de sa menace), c'est-à-dire celles étudiées dans la section I.IV.B., où l'attitude de l'Etat directement concerné est primordiale. Cela se justifie puisque l'ordre juridique international protège de manière efficace le droit à l'intégrité territoriale dont disposent les Etats, vu que celui-ci constitue un des piliers sur lequel s'est bâtie et se fonde la Communauté internationale dans sa structure actuelle. La pratique du Conseil de sécurité de l'ONU est constante et uniforme, comme l'attestent les diverses résolutions adoptées à l'égard de l'annexion par Israël du Golan et de Jérusalem-Est⁴ :

« Le [Conseil de sécurité] : 1. *Décide* que la décision prise par Israël d'imposer ses lois, sa juridiction et son administration dans le territoire syrien occupé des hauteurs du

³ Voy. en ce sens : A. Cassese (1986), § 10 ; M. Virally, *L'Organisation mondiale*, Paris, 1972, p. 432 ; G. Abi-Saab (1987), p. 312.

⁴ Résolution 476 (30 juin 1980).

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

Golan est nulle et non avenue et sans effet juridique sur le plan international ; 2. *Exige* qu'Israël, la Puissance occupante, rapporte sans délai sa décision »⁵.

Il en va de même dans le cas où la mutation territoriale prend la forme d'un Etat fantoche, c'est-à-dire comme nous le verrons plus loin, d'une entité territoriale à la fois illégale et dépourvue d'indépendance (au sens du paradigme de l'Île de Palmas)⁶, mais créée facticement par un Etat à la suite du recours à la force contre un autre Etat et sur le territoire de celui-ci. Le cas de figure de la « République turque de Chypre Nord » (RTCN) est emblématique à cet égard :

« [Le Conseil de Sécurité] 7. *Demande* à tous les Etats de ne pas reconnaître d'autre Etat chypriote que la République de Chypre »⁷.

La jurisprudence internationale et la pratique des autres organes de l'ONU ainsi que du Conseil de l'Europe sont à l'unisson pour dénier la qualité d'Etat à la RTCN ; comme l'affirma la Cour européenne des droits de l'Homme dans un jugement retentissant :

« Il ressort à cet égard de la pratique internationale et des diverses résolutions rédigées en termes énergiques mentionnées plus haut (paragraphe 42 ci-dessus) que la communauté internationale ne tient pas la "RTCN" pour un Etat au regard du droit international et que la République de Chypre demeure l'unique gouvernement légitime de Chypre... »⁸.

A. Conquête, annexion forcée, *debellatio*⁹

Qui dit usage de la force dans les relations internationales, dit occupation militaire, c'est-à-dire « l'installation effective, mais de caractère essentiellement provisoire, des forces armées d'un belligérant sur toute ou une partie du territoire ennemi en temps de guerre »¹⁰. Or, même avant la naissance de la règle interdisant le recours à la force, le droit des gens a toujours nié au

⁵ Résolution 497 (17 décembre 1981). Voy. aussi la plus récente et hautement médiatisée résolution 2334 (23 décembre 2016).

⁶ Voy. *infra* II.III.A.

⁷ Résolution 541 (18 novembre 1983). A titre d'illustration supplémentaire, il convient d'observer que le droit de l'UE (et son acquis communautaire) à la suite de l'accession de la République de Chypre à l'UE, ne s'applique pas aux territoires où celle-ci n'exerce pas un contrôle effectif (Article 1 du Protocole d'accession, 2003). Voy. aussi : *Emin v. Yeldag* (Attorney-General and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs intervening), Angleterre, High Court, Family Division, 5 octobre 2001, 148 *ILLR*, 50 (le tribunal se réfère au jugement de la Cour EDH dans l'affaire *Loizidou*).

⁸ Affaire *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 44.

⁹ « La conquête n'agit comme une cause provoquant la perte de la souveraineté que lorsqu'il y a guerre entre deux Etats et que, à la suite de la défaite de l'un d'eux, la souveraineté sur le territoire passe de l'Etat vaincu à l'Etat victorieux », CPJL, Affaire du Statut juridique du Groënland oriental, p. 47. Par le terme *debellatio*, la doctrine entend l'annexion totale de l'Etat vaincu, donc sa disparition en tant que sujet de droit international public.

¹⁰ *Dictionnaire de la terminologie de droit international public*, 2001, Bruxelles, p. 776. Certes, on peut également envisager une cession forcée de territoire par l'Etat vaincu à l'Etat victorieux sans que celui-ci n'occupe une partie quelconque du territoire du premier ; ou, encore que le territoire cédé par l'Etat vaincu ne corresponde pas au territoire sous occupation militaire par l'Etat vainqueur.

simple fait matériel de la conquête la capacité d'engendrer à elle seule un *titulus* valable¹¹. Aux fins du transfert de la souveraineté territoriale, et donc de la complétude du titre juridique, le droit international moderne (c'est-à-dire dès la fin du Moyen Âge) a toujours exigé le consentement¹² de l'Etat vaincu, exprimé dans un traité ou par un autre acte, manifesté tacitement ou explicitement, mais toujours réellement existant et non simplement présumé. Le droit international humanitaire enregistre en aval cette règle fondamentale du droit international public général dans la mesure où aussi bien les instruments conventionnels que le droit international coutumier convergent pour affirmer que l'occupation militaire « *does not affect the sovereignty of the occupied State. But the exercise of that sovereignty is suspended* »¹³.

Il nous importe partant de relever que, même à l'époque où la guerre n'était pas interdite, il y avait la nécessité juridique de légaliser la simple occupation militaire par le *titulus acquisitionis*, qui consistait dans la renonciation exprimée par l'Etat vaincu (*animus derelinquendi*). Cela se justifiait par le fait que, pour les raisons énoncées ci-dessus, l'*occupatio bellica*, tout comme l'occupation effective dépourvue de l'*animus imperii*¹⁴ et du caractère *res nullius* du territoire, ne pouvait pas transférer par elle-même le *titulus acquisitionis*.

A la lumière de la construction bipartite du titre juridique, on peut affirmer que le simple fait matériel de l'occupation militaire, voire de la conquête, n'opère pas le changement de souveraineté puisque le *titulus* correspondant appartient toujours à l'Etat vaincu, alors que le *modus*, l'effectivité de l'occupation, réside chez l'Etat vainqueur. Aussi longtemps donc, que le premier n'a pas renoncé à son *titulus*, aucun titre juridique valable ne peut se former auprès de l'Etat vainqueur relativement au territoire concerné. Avant 1945, la pratique des Etats¹⁵

¹¹ « The usage of the world is, if a nation be not entirely subdued, to consider the holding of conquered territory as a mere military occupation until its fate shall be determined at the treaty of peace. If it be ceded by treaty, the acquisition is confirmed, and the ceded territory becomes a part of the nation to which it is annexed, either on the terms stipulated in the treaty of cession or on such as its new master shall impose », *American Insurance Co. v. Canter*, Cour Suprême des Etats-Unis, 1828, p. 511.

¹² « [A] territory conquered by an enemy is not to be considered as incorporated into the dominions of that enemy, without a renunciation in a treaty of peace ... », *U.S. v. Hayward*, Cour Suprême des Etats-Unis, *Moore Digest*, vol. 1, p. 291.

¹³ *L. v. N. (Bulgarian Occupation of Greece)*, Cour d'appel (Grèce), Jugement n° 21 (1947), *ILR*, 14, p. 231.

¹⁴ Voy. *supra* I.IV.A.

¹⁵ Note diplomatique de l'ambassadeur britannique à Constantinople, M. Liston, au drogman de la Sublime Porte (9 juin 1815), au sujet des effets juridiques des occupations qui ont suivi le « tourbillon napoléonien » : « La Sublime Porte est tombée d'accord avec les autres Puissances qu'une invasion heureuse, une possession momentanée, ne confère pas les droits d'une souveraineté légitime », in H.A. Smith, Vol. 1, p. 100 ; intervention du Comte Chouvaloff (Russie) au Congrès de Berlin (17 juin 1878), in « Protocoles du Congrès de Berlin », N°2, cités in *Bruns*, FB12 § 626 [qui exigeait que les « bénéfices de la guerre contre la Sublime Porte lui fussent rendus »]; la protestation diplomatique du Roi George V d'Angleterre, du 23 septembre 1866, concernant l'occupation du Royaume de Hanovre lors de la guerre contre l'Empire d'Autriche, citée in *Bruns*, FB11 § 986 ; la circulaire envoyée le 5 novembre 1911 par le ministre italien des Affaires étrangères, Marquis de San Giuliano, à tous les Représentants italiens, suite à l'annexion de la Tripolitaine et de la Cyrénaïque, citée in *Prassi italiana*, (Seconda serie), Vol. 3, § 2219.

et des tribunaux internationaux¹⁶ et internes¹⁷, ainsi que la doctrine¹⁸ sont à l'unisson pour étayer cette conclusion qui n'admet point de discussion :

¹⁶ Société des Quais de Smyrne c. Gouvernement hellénique, sentence rendue le 1^{er} août 1929 par le tribunal arbitral mixte turco-hellénique, *RGDIP*, Vol. 37 (1930), p. 336 ; affaire franco-hellénique des Phares, arrêt du 17 mars 1934 : *C.P.J.I. Recueil A/B* 62, pp. 24-25 [La Cour, tout en se feignant de ne pas se prononcer sur la question, y répond incidemment] ; Claim of Silberg and Mogilanski (U.S.-Polish Claims Settlement), award delivered the 20 December 1961, *AJIL*, Vol. 56 (1962), p. 545 [au regard des territoires acquis par la Pologne sur sa frontière occidentale, successivement à la Seconde Guerre mondiale] ; Affaire de l'Île de Palmas, p. 846 ; Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), 1998, § 147.

¹⁷ Fleming v. Page (1850), in *AILC* (1783-1968, Déak), Vol. 3, pp. 230-231 ; The Foltina Case (U.S. High Court of Admiralty, 1814), in *Scott*, p. 186 ; Disability Pension Case (Case N°9a RV 2/84), Federal Republic of Germany (Federal Social Court (BSG)), award delivered the 6 November 1985, *ILR*, Vol. 90, pp. 403, 405 [prétendue *occupatio imperii* par l'URSS du territoire de l'ex-RDA, rejetée par la Cour] ; « Le territoire russe occupé par les troupes allemandes est resté territoire étranger malgré l'occupation » (Cour suprême d'Allemagne), 17 février 1924, in *Bruns*, A/II/ I, p. 57 (affaire n°333) ; Samuel Weiss v. Hungary (Final Decision N°HUNG-13), award delivered the 4 April 1957 (Foreign Claims Settlement Commission of the United States), *Foreign Claims Settlement Commission of the United States, Decisions and Annotations*, Washington, 1967, p. 200 ; Airline Ray v. Hungary (Proposed Decision N°HUNG-688), award delivered the 7 January 1958, *ILR*, Vol. 26, p. 44 [les deux dernières espèces ont trait à l'occupation hongroise des territoires slovaques pendant la Deuxième Guerre mondiale] ; United States v. Hayward, in *Moore*, p. 291 ; Bindels v. Administration des Finances, Cour Militaire de Liège, award delivered the 28 February 1946 (Cour de Cassation, the 16 May 1947), *ILR*, Vol. 17, pp. 46-48 ; Auditeur Militaire v. Jutenn, Cour Militaire de Liège, award delivered the 3 August 1948, *ILR*, Vol. 15, pp. 527-529 ; In re Greiser, Poznan, Supreme National Tribunal of Poland, award delivered the 7 July 1946, *ILR*, Vol. 13, p. 388 ; Huly Frères de Echternach v. Racké (Cantonal Court of Utrecht, Netherlands), award delivered the 8 September 1941, *ILR*, Vol. 11 (1919-1942), p. 227 [concernant et confirmant l'annexion allemande du Grand-Duché de Luxembourg] ; Republic Aviation Corporation v. Lowe, District Court for the Southern District of New York, award delivered the 19 November 1946, *ILR*, Vol. 13, p. 45 ; Status of Occupied Poland Case (Federal Republic of Germany Superior Provincial Court of Munich), award delivered the 6 July 1970, *ILR*, Vol. 61, p. 677 ; Ray Claim (United States Foreign Claims Settlement Commission), award delivered the 7 January 1958, *ILR*, Vol. 26, pp. 700-701 ; Kling and Others v. Lesser and Rotterdamsche Bank (Court of Appeal, The Hague), award delivered the 24 June 1955, *ILR*, Vol. 22, p. 102 [raisonnement judiciaire quelque peu tortueux, mais finalement concluant à l'annexion soviétique de la Lituanie en 1939].

¹⁸ Emer de Vattel, Livre III, Ch. XIII, § 194-195 ; A. Rapisardi-Mirabelli, *Il significato della guerra nel diritto internazionale*, Rome, 1910, pp. 45-61 ; Ch. Rousseau, « Le conflit italo-éthiopien », *RGDIP*, Vol. 43 (1936), pp. 546-588 ; et Vol. 44 (1937), pp. 5-42, 162-198, 291-329, 681-728 et Vol. 45 (1938), pp. 53-123 ; D. Anzilotti, « L'annessione del Congo », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 4 (1909), p. 253 ; avis consultatif au sujet de Certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés à la Pologne : *C.P.J.I. Recueil C* 3-III (II), p. 724 [Consultation de M. Komarnicki] ; L. M. Bloomfield, *Egypt, Israel and the Gulf of Aqaba in International Law*, Toronto, 1957, p. 104 : « This was under the ancient law the most commonly used way of acquisition. It is now very limited both by International Conventions and by Charter of the United Nations... [art.2 § 4] » [les italiennes sont de nous] ; P. Cobbett, *Law and Society in the Relation of States*, London, 1951, p. 101 [selon lequel, l'annexion italienne de l'Éthiopie se fondait sur le « fait matériel » de la conquête et non sur la reconnaissance ultérieure de la Communauté internationale] ; Lord Arnold McNair, « Municipal Effects of Belligerent Occupation », *LQR*, Vol. 33 (1941), p. 54 ; Sir Hersch Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix », Vol. 62 (1937), pp. 336 et suiv. ; C. Eagleton, *International Government*, New York, 1932, pp. 91-93 ; J. Westlake « The Nature and Extent of Title by Conquest », *LQR*, Vol. 17 (1901), p. 392. « [L'occupation militaire] n'est ni abdicative, ni translatrice de souveraineté [...] L'Etat dont le territoire est occupé demeure l'unique souverain légal du pays et personne ne saurait se substituer à lui », Ch. Rousseau (1977), p. 55 ; V. Gowlland-Debbas (1990), p. 142 ; O. Debbasch, *L'occupation militaire*, Paris, 1962, pp. 87-91 ; *Oppenheim's International Law* (1992), § 265 ; K. Highet, « The Kurils Quandary », in *El derecho internacional en un mundo en transformacion*, Vol. 1, Montevideo, 1994, p. 625.

« Quels que soient les effets de l'occupation d'un territoire par l'adversaire avant le rétablissement de la paix, il est certain *qu'à elle seule* cette occupation ne pouvait opérer juridiquement le transfert de souveraineté »¹⁹.

En fait, cette périodisation²⁰, comme toute périodisation au demeurant, n'est pas tout à fait heureuse, car déjà en 1928²¹, par le Pacte Briand-Kellog, la très grande majorité des Etats de l'époque avait *définitivement* renoncé à la guerre comme moyen de règlement de leurs différends²². Ce Pacte²³ introduisait une différence qualitative de taille par rapport à l'art. 10 (et 15) du Pacte de la Société des Nations, qui ne prévoyait qu'un moratoire de trois mois et faisait référence dans les articles suivants à un mécanisme embryonnaire de sécurité collective²⁴. Dans le sillage du Pacte de 1928, il y a encore lieu de mentionner la Note Stimson du 7 janvier 1932, dont nous discuterons plus loin [II.I.B.iii], l'art. II du « Traité pour prévenir la guerre (non-agression et conciliation) » signé à Rio de Janeiro le 10 octobre 1933 par les Etats américains²⁵ ; l'art. 11 de la Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des Etats adoptée par

¹⁹ Dette publique ottomane (Bulgarie, Etats sous mandat français, Irak, Palestine, Transjordanie, Grèce, Italie et Turquie c. Conseil de la Dette publique ottomane), décision arbitrale rendue le 18 avril 1925, *RSA*, Vol. 1, p. 555 [les italiques sont de nous].

²⁰ G. Distefano, « La longue marche vers l'abrogation du droit de mener la guerre en tant que moyen d'auto-protection : *happy end* ou *remake* en vue ? », in *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, pp. 299-319.

²¹ Traité concernant la renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (Pacte « Briand-Kellog »), signé à Paris le 27 août 1928, *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 21, p. 3. Il faut toutefois mentionner qu'une tentative analogue avait déjà été faite, à l'échelle régionale, lors de la 1^{ère} Conférence des Etats américains (du 2 octobre 1889 au 19 avril 1890) où fut adoptée une résolution tendant à déclarer nulles toutes les annexions effectuées par l'emploi ou la menace de la force. Toutefois, cette résolution n'avait de force obligatoire qu'à l'intérieur d'un traité d'arbitrage qui ne fut finalement jamais ratifié. Le texte de cette première condamnation officielle par les Etats du continent américain de la conquête en tant que « mode d'acquisition » du territoire peut être trouvé in *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 6, p. 120. De même, il convient de mentionner le Projet du « Traité d'Assistance mutuelle », élaboré au sein de la S.d.N., qui n'aboutit pas, faute de consensus sur la définition de l'agression [déjà une pierre d'achoppement], mais dans lequel on qualifiait la guerre d'agression comme un « crime international » [*Journal Officiel*, 4^{ème} année, n° 12 (décembre 1923)]. Comme il a été d'ailleurs affirmé : « nul ne songe à contester qu'en 1937, le Pacte de la Société des Nations de 1919 et le pacte de Briand-Kellogg de 1928 avaient définitivement mis la guerre hors-la-loi comme mode de règlement des différends internationaux », plaidoirie de M. David (Qatar) dans l'affaire de Délimitation maritime et des questions territoriales (Qatar c. Bahreïn), CIJ, 2001, CR 2000/18 (séance du 21 juin 2000), § 19.

²² En contrepoint, ces mêmes Etats signèrent, le 26 septembre de la même année, l'Accord de Genève, portant sur le règlement pacifique des différends internationaux, dit aussi « Acte général d'arbitrage ».

²³ Dont l'art. I ainsi disposait : « [les Parties] condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux ».

²⁴ Voy. : R. Kolb, « Article 15 », in *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruxelles, 2014, pp. 598-692 ; O. Corten, A. Lagerwall, « Article 16 », in *ibid.*, pp. 693-715.

²⁵ *Recueil des Traités de la Société des Nations* [ci-après RTSDN], Vol. 163 (1935-1936), p. 404. Cette disposition était ainsi rédigée : « Territorial questions must not be settled by violence, and they [High Contracting Parties] will not recognize any territorial arrangement which is not obtained by pacific means, nor the validity of the occupation or acquisition of territories that may be brought about by force of arms. »

la 7^{ème} Conférence des Etats américains le 26 décembre 1933²⁶, suivie par la Déclaration de Lima (ou la « Non-reconnaissance de l'acquisition de territoires par le biais de la force »), signée par 19 Etats américains le 22 décembre 1938, et par la Charte Atlantique du 14 août 1941²⁷.

Mais c'est seulement en 1945, avec l'entrée en vigueur de la CNU, que s'opère la révolution copernicienne consistant dans la mise au ban de la force armée (et de sa menace) comme moyen de règlement des différends internationaux (art. 2 § 4) ainsi que, condition nécessaire et complémentaire, dans l'instauration d'un système de sécurité collective. Depuis lors, la production normative et parnormative (sous l'égide de l'ONU ou en dehors d'elle) dans la mise hors la loi de la force armée et de l'invalidation de ses effets juridiques (notamment territoriaux), a procédé à une allure effrénée et on ne saurait donner une liste exhaustive de ces textes (cela n'aurait d'ailleurs pas beaucoup de sens). Il suffit néanmoins d'en citer quelques-uns parmi les instruments internationaux les plus significatifs: l'article 9 du Projet de Déclaration sur les droits et devoirs des Etats²⁸, la Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention (Résolution 2131 de l'Assemblée générale, XX-1965) ; la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, conformément à la CNU (Résolution 2625 de l'A.G, XXV-1970) ; la Déclaration sur la définition de l'agression (Résolution 3314 de l'Assemblée générale, XXIX-1974) ; Art. 1^{er} de la Charte de l'Organisation des Etats Américains (Bogota, 30 avril 1948)²⁹.

L'usage (et la menace) de la force armée étant désormais considéré comme un crime contre la paix³⁰, tout bénéfice territorial qui peut s'ensuivre est un « acte nul et illicite »³¹. La règle de droit international interdisant l'emploi de

²⁶ *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 40, p. 454. Par le biais de cet article, les Hautes parties contractantes assumaient définitivement comme « norme de leur conduite » l'obligation de ne pas reconnaître les mutations territoriales opérées par la force, quelle que fût la nature de celle-ci (de la pression diplomatique jusqu'à l'emploi proprement dit de la force militaire).

²⁷ Déclaration concernant les buts à atteindre par la guerre avec l'Allemagne et ses alliés, signée le 12 août 1941 (« Atlantic Charter »), *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 41, p.323.

²⁸ *ACDI*, 1949, p. 288.

²⁹ *RTNU*, Vol. 119, p. 3. Voy. aussi l'art.17, qui dispose : « The territory of a State is inviolable; it may not be the object, even temporarily, of military occupation or of other measures of force taken by another State, directly or indirectly on any grounds whatever. No territorial acquisitions or special advantages obtained either by force or by other means of coercion shall be recognized » [les italiques sont de nous]. Impossible de ne pas déceler dans cette disposition le prodrome, presque *verbatim*, du Principe n° 1 de la résolution 2625 (XXV) de l'AG.

³⁰ Article 8 bis du Statut de la Cour pénale internationale ; article 5 de la résolution 3314 (XXIX) de l'AG ; Principe n°1 de la résolution 2625 de l'AG.

³¹ Selon R. Bindschedler « Annexation », in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.1, Amsterdam, 1992, p.171, cependant, l'interdiction de l'annexion par la force des armes n'aurait qu'un fondement conventionnel. Cette prise de position contraste décidément avec, non seulement la doctrine dominante, mais en plus, et entre autres, avec les nombreuses affirmations de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, ainsi qu'avec tous ces textes *infra*- (para-) et normatifs dont l'impact sur le tissu du droit coutumier ne saurait guère être négligé.

la force armée, fors en légitime défense et en cas de mesures autorisées par le CS en vertu du Chapitre VII de la CNU, fait désormais partie de ce corps restreint de principes directeurs de l'ordre juridique international qu'on appelle de « *ius cogens* ». Il n'y a pas de doute à cet égard et tant la doctrine³² que la pratique jurisprudentielle³³ et des Etats³⁴ abondent dans ce sens : le fait matériel de la conquête ne peut pas constituer le « fait matériel » permettant l'extension de la souveraineté territoriale d'un Etat aux territoires de l'Etat vaincu.

Il reste encore à explorer le seul cas de figure où, sous certaines conditions prévues par le droit international général et par le droit de la CNU (art. 51), l'Etat peut licitement faire unilatéralement usage de la force armée. On fait ici allusion au « droit naturel » (« *inherent right* »), dans la terminologie de la Charte, de la légitime défense individuelle ou collective. Nous devons donc nous interroger sur la question de savoir si un Etat, dans l'exercice de la légitime défense, peut annexer le (ou une partie du) territoire de l'Etat qui a déclenché l'agression. Afin de répondre à cette question et sans entrer dans le détail des conditions que le droit international général et celui de la Charte posent à l'exercice de ce droit³⁵, nous nous bornerons à n'en évoquer qu'une seule, à savoir celle de la « proportionnalité ». En effet, en sus de l'exigence³⁶ de l'acte d'agression préalable *déjà consommée* ou *imminente* (ce qui exclurait la « légitime défense préventive »), le droit international général prévoit que la riposte de l'Etat agressé soit « proportionnelle » à l'attaque subie. Quid de cette « proportionnalité », des buts ou des moyens ?

³² Voy. : CIJ, Namibie, 1971, pp. 91-92 [op. individuelle du juge Ammoun] et p. 123 [op. individuelle du juge Padilla Nervo] ; T. Kotani, « A Theoretical Approach to the Problem of the Kurile Islands », *Japanese Annual of International Law*, Vol. 24 (1981) pp. 10-11 ; Sir Robert Jennings (1963), p. 56 ; P. Guggenheim (1949), pp. 237, 260 ; P. K. Menon (1994), pp. 22-25, 38 ; *Oppenheim's International Law* (1992), § 268, pp. 703-704 ; G. Goldstein, p. 33. *Contra* N. Hill, p. 161 ; J. L. Brierly (1963), p. 172 ; C. Raggi, p. 758 ; G. Bentivoglio, pp. 25, 46 ; F. Capotorti, *L'occupazione nel diritto di guerra*, Naples, 1949 ; M. Giuliano (1949), pp. 80-81 ; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 2^{ème} éd., Palerme, 1949, p. 293.

³³ Re an Application by Ernst Jaakson and Aarand Roos (Great Britain, High Court, Chancery Division), award delivered the 14 December 1990, *ILR*, Vol. 85, pp. 55, 59 [dans laquelle, le Tribunal fait état de la seule reconnaissance *de facto* de l'annexion forcée de l'Estonie par l'Union Soviétique] ; In Re Goering and Others (International Military Tribunal, Nuremberg), award delivered the 1st October 1946, *ILR*, Vol. 13, p. 220 ; CIJ, Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949 (fond) : *Recueil de la CIJ* 1949, p. 35 [notamment] ; affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, 1986, § 227-238, 250-253.

³⁴ « Cet acte unilatéral [c'est-à-dire l'annexion israélienne de Jérusalem-Est] n'a bénéficié jusqu'à ce jour d'aucune reconnaissance internationale. Un principe fondamental du droit des gens veut en effet qu'un gain territorial obtenu par l'usage de la force ne produise aucun effet juridique aussi longtemps qu'un règlement pacifique n'a pas été conclu », Réponse donnée par le Conseil fédéral suisse à une interpellation parlementaire demandant le transfert de l'ambassade helvétique de Tel-Aviv à Jérusalem, in *ASDI*, Vol. 47 (1992), p. 575 [les italiques sont de nous].

³⁵ Voy. : G. Distefano, « Chapter 22. Use of Force », in *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, pp. 545-573.

³⁶ A laquelle il faut ajouter l'obligation conventionnelle « onusienne » du rapport à adresser au Conseil de Sécurité qui peut à tout moment s'investir du différend, en vertu des dispositions du Chapitre VII.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

Comme le dit fort pertinemment Roberto Ago dans son 8^{ème} Rapport à la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, le but (et la raison d'être de la légitime défense)³⁷ étant celui de :

« ... arrêter et de repousser l'agression [...] Il se pourrait très bien que l'action requise doive prendre des *proportions* qui ne correspondent pas à celle de l'agression subie [...] Sa licéité ne doit donc se mesurer qu'à son aptitude à atteindre le résultat recherché »³⁸.

En effet, il ne faut pas confondre la proportionnalité dans les buts (la seule qui compte et qui interdit à l'Etat d'annexer le territoire occupé *bello durante*) et celle des moyens à mettre en œuvre afin d'atteindre le but visé par l'exercice de la légitime défense et qui seul la fonde en droit : c'est-à-dire de *sauvegarder* l'intégrité territoriale de l'Etat agressé. Ce dernier pourrait donc *légitimement* empiéter sur le territoire de l'Etat agresseur si cela devait se révéler nécessaire et proportionnel, aux fins militaires, pour refouler définitivement l'attaque. Mais cette occupation militaire, comme toute occupation *flagranti bello*, ne peut en aucun cas conférer un valable *titulus acquisitionis* à l'Etat agressé, même si celui-ci, à la fin des hostilités devait afficher son *animus domini* (par exemple en déclarant son annexion). Car, le droit international général, comme nous venons de le voir, interdit l'emploi et/ou la menace de la force comme « fait matériel » aux fins de l'établissement de titres territoriaux, quelle que soit, donc, la raison pour laquelle le conflit armé a été initié³⁹. D'ailleurs la résolution 2625 (XXV) précitée affirme catégoriquement en son § 10 :

« Le territoire d'un Etat ne peut pas faire l'objet d'une occupation militaire résultant de l'emploi de la force contrairement aux dispositions de la Charte. Le territoire d'un Etat ne peut pas faire l'objet d'une acquisition par un autre Etat, à la suite du recours à la menace ou à l'emploi de la force. Nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale ».

³⁷ Le Rapporteur préfère parler, à raison, de « situation » plutôt que de « droit » de légitime défense.

³⁸ R. Ago, « Additif au Huitième Rapport », *ACDI*, 1980, Vol. II, 1^{ère} partie, § 120, 121 [les italiques sont de nous].

³⁹ Dans ce sens : R.R. Baxter, « The Legal Consequences of the Unlawful Use of Force under the Charter », *Proceedings of the ASIL*, (April 1968), p. 69 ; Sir Robert Jennings (1963), p. 55 ; J. Verhoeven, « Le droit, le juge et la violence. Les arrêts Nicaragua c. Etats-Unis », *RGDIP*, Vol. 91 (1987), p. 1218 ; *Oppenheim's International Law* (1992), § 268, p. 704 ; S.M. Schwebel, « What weight to Conquest ? », *AJIL*, Vol. 64 (1970), pp. 345-346 ; A. Cassese (1986), § 10, p. 27 ; L. Henkin, « Use of Force: Law and U.S. Policy », in *Right vs. Might. International Law and the Use of Force*, L. Henkin et al. (dir.), New York, 1989, p. 50 ; « [La] victime de l'agression ne peut occuper le territoire de l'agresseur à moins que cela ne soit strictement nécessaire pour l'empêcher de continuer l'agression avec d'autres moyens [...] l'article 51 [de la CNU] ... interdit l'occupation militaire prolongée et à plus forte raison l'annexion d'un territoire appartenant à l'agresseur. », A. Cassese, « Article 51 », in *Commentaire de la Charte de l'O.N.U.*, (J. P. Cot, A. Pellet, dir.), 2^{ème} éd., Paris, 1991, pp. 774, 775 ; M. Kohen (1997), p. 395 ; H. Wehberg, « Le Protocole de Genève », *RCADI*, Vol. 7 (1925-II), pp. 115-116 ; J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, 1987, p. 155 ; S. Korman, *The Right of Conquest*, Oxford, 1996, p. 256. *Contra* E. Lauterpacht, *Jerusalem and the Holy Places*, London, 1968, p. 52 ; G. Schwarzenberger, pp. 288, 293 [plus nuancé] ; R. Bindschedler, p. 171.

Ce passage⁴⁰, après avoir posé le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force (3^{ème} phrase)⁴¹, corollaire en droit international des espaces de l'article 2 §4 de la Charte⁴², distingue, on ne peut plus clairement et subtilement, deux cas de figure. D'une part (première phrase), il admet – implicitement (par une tournure négative) – la possibilité pour l'Etat agresseur, pendant les hostilités une partie du territoire de l'Etat agresseur, pourvu que cette occupation satisfasse évidemment les conditions de proportionnalité et nécessité⁴³. D'autre part (2^{ème} phrase), par la suppression capitale du fragment « contrairement à ... », ce passage érige un obstacle infranchissable à la possibilité pour l'Etat agresseur de procéder à l'annexion d'une partie quelconque du territoire de l'Etat agresseur. En d'autres termes, la *licéité* de l'usage de la force en vertu du droit de légitime défense n'accouche pas un *titulus acquisitionis valable* en droit international des espaces. Il y a donc une césure entre ces deux branches du droit international public⁴⁴ : un titre licite d'usage de la force (par rapport au *ius contra bellum*) n'engendre pas un titre valable de souveraineté territoriale (en DIE).

B. Les situations territoriales illégales

Nous avons déjà mis en évidence plus haut les défaillances du mécanisme de la nullité, et, par conséquent, la nécessité de recourir dans l'ordre juridique international à ce que Sir Robert Jennings dénomme avec beaucoup de bonheur « the whole spectrum of combinations of nullity and effectiveness »⁴⁵. C'est-à-dire de la sempiternelle navigation de l'ordre juridique entre le Scylla du « fait accompli » et le Charybde de la « légalité cristalline ». Il est certain que dans le cas de figure d'une occupation de territoire par la force armée, la renonciation de l'Etat dépossédé, la

⁴⁰ Ce paragraphe important de la résolution 2625 se trouve au carrefour entre les deux branches de l'ancien droit de la guerre, le *ius ad bellum* (auto-protection armée) et le *ius in bello*, c'est-à-dire le droit international humanitaire (occupation militaire).

⁴¹ Principe réaffirmé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 2334 (23 décembre 2016) relativement au Moyen-Orient, y compris la question palestinienne.

⁴² Voy. *infra* pp. 114 et suiv. On ne peut pas passer sous silence le *futuriste* – à certains égards – Protocole de Genève du 2 octobre 1924 (« Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux » adopté à l'unanimité par les 48 Etats membres de la S.d.N. à l'époque, mais qui n'entra jamais en vigueur car il ne reçut qu'une seule ratification) qui, avec quelques décennies d'avance, prévoyait à son article 15 § 2 : « Toutefois, vu l'article 10 du Pacte, il ne pourra, comme suite à l'application des sanctions visées au présent Protocole, être porté atteinte en aucun cas à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'Etat agresseur » (*Journal Officiel*, supplément spécial n°21 (octobre 1924), p. 26).

⁴³ Par exemple, il semble difficilement envisageable que l'Etat victime de l'agression puisse occuper indéfiniment une partie du territoire de l'Etat agresseur en invoquant une menace d'agression permanente.

⁴⁴ Voy. plus haut les exemples du Golan et de Jérusalem-Est illégalement annexés par Israël respectivement en 1981 et 1980 ; même en assumant, ce qui reste cependant à démontrer, qu'Israël ait effectivement été l'Etat agresseur lors de la Guerre des Six Jours en 1967, le droit international, correctement interprété par le CS, ne reconnaît pas la validité de l'acquisition territoriale. Voy. *supra* notes 4 et 5.

⁴⁵ Sir Robert Jennings (1963), p. 87.

reconnaissance des Etats tiers⁴⁶, le caractère effectif de l'occupation et l'écoulement du temps constituent autant d'éléments constitutifs d'un titre territorial. L'ordre juridique international pourrait reconnaître ce dernier comme étant juridiquement valable (1^{er} scénario) ou comme étant toujours entaché d'invalidité (2^{ème} scénario). Dans le premier cas de figure, il y aurait réunion du *titulus* et *modus acquisitionis* chez le même Etat, c'est-à-dire chez l'Etat qui avait précédemment perpétré l'acte d'occupation (avec *animus domini*) sur un territoire non *nullius* (absence donc de *titulus acquisitionis*). Ce dernier lui sera donc conféré par l'ordre juridique international, dont les divers acteurs, par leurs attitudes, ont reconnu la validité de la nouvelle situation territoriale ou bien l'impossibilité factuelle de revenir au *statu quo ante*⁴⁷. En revanche, et c'est là l'hypothèse – de loin – la plus fréquente, la réunion entre le *titulus* et le *modus acquisitionis* s'effectue du côté de la légalité précédente, la nouvelle situation territoriale ne disposant pas suffisamment d'effectivité ou succombant sous la pression de la société internationale. Dans ce scénario, donc, l'ordre juridique secrète une réponse institutionnelle consistant dans le retour à la légalité précédente⁴⁸.

*i. La fonction de reconnaissance et l'« adjudication »
de territoires avant 1945*

Dans le cas de figure du transfert de souveraineté territoriale par voie d'acte juridique (unilatéral ou bilatéral), l'élément qui permettait à ce fait juridique d'être la « cause efficiente » était assurément la « libre volonté » des Parties, alors que par exemple l'attitude de la Communauté internationale, présumée dans ce cas⁴⁹, ne joue qu'un rôle subalterne et est sans aucun doute d'un poids inférieur à celui des autres éléments tels que le principe « *nemo potest...* », etc. Tout au contraire, dans d'autres cas de figure où la Communauté internationale jouit d'un « titre » sur la mutation (ou situation) territoriale résultant soit de la présence d'un conflit armé, soit de la nature juridique même de ce territoire⁵⁰, soit encore d'engagements passés précédemment, qui limitent le pouvoir de disposition du territoire (*ius disponendi*) par les Etats Parties au traité⁵¹,

⁴⁶ Opinion dissidente commune des juges Bedjaoui, Korova et Ranjeva jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, 2001, §§ 113 et suiv.

⁴⁷ Sir Robert Jennings (1963), pp. 77-78 ; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Vol. I, Genève, 1953, p. 443 ; « ... the wrongful act of a State, without thereby ceasing to be wrongful, may become the basis of a new legal situation in which *the wrongful act is accepted as a fact*, and in relation to which even the State responsible for it may have certain rights », Sir Gerald Fitzmaurice (1957), p. 117.

⁴⁸ Nous aurons l'occasion de traiter amplement de cette question plus loin [Partie II.I.B.iii].

⁴⁹ Voy. *supra* I.II.

⁵⁰ Voy. *infra* III.II.

⁵¹ Dans cette perspective, on peut mentionner certains accords internationaux ou déclarations unilatérales sollicitées (ce qui en ferait finalement un accord implicite et diachronique) par lesquels un Etat s'engage à ne pas céder une partie (voire même la totalité) de son territoire, ou, encore, à ne le céder

l'attitude de la Communauté internationale représente, à des degrés divers, un des éléments prédominants, sans lequel la mutation territoriale ne pourrait valablement se réaliser, faute précisément de *titulus acquisitionis* valable. Il est alors exact d'affirmer que c'est précisément la « sanction » du Tiers qui permet la cristallisation du *titulus acquirendi*⁵². Certes, s'il est vrai que la renonciation de l'Etat cédant est primordiale aux fins de la mutation territoriale, il n'en est pas moins vrai que l'attitude de la Communauté internationale (exprimée par ses divers « centres de qualification ») est également décisive à cette fin. Et cela d'autant plus si Elle doit accomplir des activités qui ont une signification juridique directement pertinente, c'est-à-dire si des Congrès sont convoqués, si Elle assume des positions à travers l'adoption de note collective ou la conclusion de traités, *etc.* Il s'agira alors véritablement d'un « fait juridique complexe » tendant à la création d'un titre juridique, et partant, à la validation (ou à l'invalidation) d'une situation territoriale. Dans ce cas de figure, seul le degré (la proportion) du « mélange » entre attitudes des Etats directement affectés par la mutation territoriale (renonciation et acquisition) et l'attitude de la Communauté internationale peut varier. Ceci semble d'ailleurs être corroboré par une analyse sans idées préconçues de la pratique diplomatique et des Etats⁵³. La pratique des

qu'à l'autre Partie contractante. Il s'agit dans ce cas d'une sérieuse restriction à l'un des éléments saillants de la souveraineté territoriale et l'on pourrait légitimement se demander si, en fin de compte, la souveraineté sur les territoires concernés par la cette clause ne résiderait pas chez l'autre Partie contractante ou la Partie ayant « sollicité » une telle déclaration. Bref, l'Etat s'étant engagé en tel sens soit ne jouirait que d'un *ius freundii*, c'est-à-dire d'un droit d'administration de territoire (*ius in re aliena*), soit ne se verrait reconnaître que de manière conditionnelle sa souveraineté sur ces territoires, c'est-à-dire à condition de ne pas les céder à un tiers Etat. La pratique internationale abonde effectivement d'exemples. Qu'il suffise de citer l'article II du Traité entre la Perse et la Russie (signé le 13 février 1729 à Riaschtché, *Consolidated Treaty Series 1648-1919* (par Clive Parry, Oxford, 1969 ; ci-après *CTS*), Vol. 33, p. 160) : « S.M. Imp. De Russie ... content de la [Perse] en possession des Provinces ... à condition néanmoins que ces Provinces ne pourront en aucune manière être données à quelque autre Puissance : Et au cas que cela arrivât, lesdites Provinces, avec tout ce qui en dépend, rentreront & resteront à perpétuité sous la Domination de Russie, & tout ce qui aura été stipulé de contraire, sera déclaré nul ». Comme acte unilatéral « sollicité », on peut évoquer la : Déclaration du Sultan de Mascate donnant l'assurance de ne pas céder les territoires de Mascate et d'Oman et leurs dépendances à aucune puissance excepté la Grande-Bretagne, du 20 mars 1891 (*NRG*, 3^{ème} série, Vol. 6, p. 287).

⁵² Voy., par exemple, les mutations territoriales – avec intervention d'*arbitratores* dans le différend opposant la Tchécoslovaquie à la Hongrie – décidées par les Quatre puissances (Grande-Bretagne, France, Italie et Allemagne) lors de la Conférence de Munich de 1938, sans que les deux Etats affectés par la décision arbitrale ne donnassent leur consentement. On peut encore mentionner le cas de l'archipel des Spitzberg et l'effet du traité à l'égard des tiers (Russie), sans oublier les conséquences de l'occupation norvégienne configurable comme un fait internationalement illicite. Voy. par ex. CPJI, affaire du Statut juridique du Groënland oriental, § 8 (Op. dissidente du juge Anzilotti).

⁵³ Même à l'heure actuelle on peut recenser des attitudes de la Communauté internationale qu'on pourrait qualifier d'adjudication *ex post facto*. A titre d'exemple élatant, mentionnons le plan de paix proposé par le « Groupe de Contact » en Bosnie-Herzégovine selon lequel ont été effectuées les répartitions territoriales et qui mit un terme à un conflit armé non-international, mais sûrement d'*international concern* (ce qui démontre *a fortiori* le rôle de Communauté internationale dans les conflits internationaux). Ce plan fut finalement entériné par les Parties en cause sous la garantie des Puissances qui composaient le susdit « Groupe de contact »: les accords de Dayton du 21 novembre

Etats⁵⁴ et la doctrine⁵⁵ attestent cette fonction d'adjudication, la considérant comme un « mode d'acquisition » ou un mode de définition de régimes territoriaux autonome du territoire⁵⁶.

La conclusion en 1928 à Paris du Pacte Briand-Kellog, portant renonciation « solennelle » à la guerre « en tant qu'instrument de la politique nationale », bref mettant hors la loi les guerres d'agression⁵⁷, ne semble pas avoir drastiquement modifié le régime juridique applicable aux acquisitions territoriales opérées par la force. Si le consentement de l'Etat vaincu continuait à être exigé, comme lors du conflit du Chaco Boréal entre le Paraguay et la

1995 (*ILM*, Vol. 35 (1996-I), pp. 170-183) formellement scellés par le Traité de paix signé à Paris le 14 décembre 1995 (*ILM*, Vol. 35 (1996-I), pp. 89-119), qui contient donc à la fois la garantie internationale de la nouvelle assiette territoriale [d'ailleurs la Constitution de la nouvelle Bosnie-Herzégovine se trouve consacrée à l'Annexe IV dudit Traité] et la « renonciation » par les Parties au conflit de leurs conquêtes territoriales. Voy. en ce sens : *Arbitral Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area*, § 66, 72. Encore, dans cette plaie béante qu'est la Palestine, on observe que ce sont les Etats ou sujets directement intéressés qui procèdent au règlement territorial, certes sous l'égide de la Communauté internationale et certains de ses Etats représentatifs. Mais les accords qui ont été successivement conclus (de Oslo ainsi que de Wye Plantation) entre Israël et l'Autorité Palestinienne n'ont que partiellement repris les résolutions du Conseil de sécurité, et (encore moins) celles de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il est alors légitime de se demander comment Israël et l'Autorité Palestinienne ont-ils pu déroger aux instruments normatifs (et para-normatifs) de l'Organisation des Nations Unies ? A l'avenir, un juge (ou arbitre) international appelé à régler un conflit territorial entre ces deux Etats, appliquera-t-il les actes juridiques de l'Organisation des Nations Unies ou bien les accords bilatéraux conclus entre Israël et la Palestine ? Nous pensons bien qu'il regardera en premier lieu, aux fins de la recherche du *titulus acquisitionis*, ces derniers.

⁵⁴ Voy. aussi la note diplomatique (24 mars 1864) de l'ambassadeur français à Londres, le Prince de la Tour d'Auvergne, à son ministre des Affaires étrangères, M. Drouyn de Lhuys, au sujet des « intérêts européens » dans la controverse relative aux Duchés de Schleswig et Holstein, citée in *Bruns*, FB11 § 1055 ; et au même sujet la note diplomatique (6 avril 1864) du Chancelier allemand, le Baron von Bismarck, au ministre français des Affaires étrangères susmentionné, citée in *ibid.*, § 1063 ; le paragraphe saillant de la réponse du ministre français des Affaires étrangères à son ambassadeur à Londres mérite d'être ici reproduit : « ... j'ai énuméré les occasions où, depuis 1815, l'Europe est intervenue dans des questions intéressant la souveraineté, l'organisation politique, la répartition des populations dans des pays où l'ordre de choses préexistant avait été détruit, et j'ai établi que l'idée mise en avant par nous n'était qu'une application de plus d'un précédent consacré par une pratique d'un demi-siècle dans toutes les circonstances analogues. », citée in *Bruns*, FB11 § 1071 [les italiennes sont de nous] ; cf. aussi la note diplomatique (17 mars 1860) du ministre des Affaires étrangères français, M. Thouvenel, à son ambassadeur à Berne, M. Tillos, au sujet du statut juridique de la Haute-Savoie cédée à la France par le Royaume de Sardaigne et les intérêts du Concert européen dans le maintien de ce statut, citée in *Bruns*, FB11 § 1132. A ne pas oublier que la Société des Nations avait, elle aussi, procédé à la délimitation territoriale d'entités étatiques, savoir dans la frontière de Jaworzina ; et qu'elle avait « participé » en première personne au règlement territorial dans la controverse relative à la région de Mossoul.

⁵⁵ Sir Hersch Lauterpacht (1947, p. 412) parle de « quasi-legislative measure in the general interest of international society and of international peace ».

⁵⁶ En ce sens : J.M.W. Verzijl, Vol. III, p. 378 ; Sir John Fischer Williams (1926), p. 40.

⁵⁷ Etaient bien évidemment exclues de cette interdiction la légitime défense et les actions militaires recommandées par le Conseil de la S.d.N. ; voir G. Distefano, « La longue marche vers l'abrogation du droit de mener la guerre en tant que moyen d'autoprotection : *Happy End* ou *Remake* en vue ? », in *Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, pp. 299-319

Bolivie (1932-1935)⁵⁸, de même que l'intervention de la Communauté internationale organisée, en la personne de la S.d.N., ou en ordre dispersé, c'est-à-dire les Etats *uti singuli*. Au même temps, on assistait à des modifications territoriales (annexion des Sudètes par l'Allemagne) décidées en 1938 à Munich par la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et l'Allemagne sans le consentement du souverain territorial⁵⁹, la Tchécoslovaquie⁶⁰. Par la même occasion, ces quatre Etats instituèrent un tribunal arbitral chargé de délimiter la frontière entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie sans le consentement de ces deux Etats à la procédure.

Il faut donc distinguer entre deux scénarios aux significations fort différentes pour la matière qui nous occupe ici. D'une part, il y a la situation où l'Etat vaincu exprime son consentement à la cession d'une partie de son territoire, d'autre part, quand ce consentement est absent. Dans les deux cas, il faut examiner la prise de position de la Communauté internationale aux fins du perfectionnement de la mutation territoriale.

Nous examinerons ci-après les deux scénarios à l'aide d'exemples historiques, en commençant par le cas de figure de l'absence de consentement d'au moins un des Etats concernés (ou déposés), pour ensuite terminer avec celui ou ledit consentement fait défaut⁶¹.

On a souvent croisé dans la littérature en droit international le terme de « Concert de Grandes Puissances » qui figura pour la première fois dans le Traité de Chaumont (1^{er} mars 1814) par lequel l'Autriche, la Grande-Bretagne, la Prusse et la Russie, en constituant une alliance contre Napoléon, s'engageaient à employer toutes leurs ressources « dans un parfait concert ». Au « Concert des Grandes Puissances » se substitua celui du « Concert européen »⁶², qui constitua un progrès par rapport à la théorie de l'équilibre puisqu'il prévoyait la coopération entre les Etats, ou à tout le moins, entre les Grandes Puissances, aux fins de la résolution des problèmes d'*intérêt*

⁵⁸ Il fallut attendre le 29 avril 2009, pour que La Bolivie et le Paraguay concluent, à Buenos Aires, un accord historique qui fixe la frontière entre le 2 pays, à l'origine de ce conflit qui fit plus de 100000 morts entre 1932 et 1935. Cette guerre pour le contrôle de la région du Chaco, que l'on pensait alors riche en hydrocarbures, avait opposé indirectement les compagnies pétrolières américaines Standard Oil et britannico-néerlandaise Royal Dutch Shell (AFP).

⁵⁹ Cet accord international fut cependant considéré comme invalide par de nombreux tribunaux nationaux.

⁶⁰ Le texte du « fameux » Accord de Munich du 29 septembre 1938 se trouve in *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 36, pp. 24-30 [en langue allemande, anglaise et française]. Il n'est pas inutile de rappeler que, par la Première annexe audit accord, ces mêmes Etats, une fois amputé la Tchécoslovaquie des Sudètes, s'érigèrent en Puissances garantes « des nouvelles frontières de l'Etat tchécoslovaque contre toute agression non provoquée. », décision du 2 novembre 1938, citée in *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 36, p. 30.

⁶¹ Voy. *infra* pp. 106-108.

⁶² Voy. à cet égard, en général : R.B. Mowat, *The Concert of Europe*, London, 1930 ; M. Bourquin, « Le Concert européen au XIX^{ème} siècle », in *Festschrift für Rudolf Laun*, Göttingen, 1956, pp. 89-100.

*général*⁶³. Cette coopération de fait (qu'on dénomme aussi « Gouvernement international de fait »)⁶⁴ prit diverses formes et assuma diverses fonctions jusqu'en 1919 où elle fut supplantée⁶⁵ par une version encore plus institutionnalisée représentée par la Société des Nations⁶⁶. Cette « succession » entre centres de qualification de l'ordre juridique international est une constante de l'histoire récente des relations internationales ainsi qu'on peut le lire dans l'avis consultatif rendu par la Cour permanente de Justice internationale en réponse à l'allégation de l'Albanie. En effet, la Cour donna raison à cette dernière qui prétendait précisément que la compétence de fixer ses frontières « revenait à la Société des Nations, comme *successeur du Concert européen* »⁶⁷.

Le Concert européen, confronté à l'éclatement de crises telles que la lente dislocation de l'Empire ottoman, les mouvements insurrectionnels, l'émergence de nouvelles entités étatiques, *etc.*, représentait le moyen par le truchement duquel l'ordre juridique international d'antan essayait de donner une réponse efficace aux attentes qui émanaient du corps social. Il permettait de concilier les exigences de la validité face aux « effectivités en action » enracinées dans la réalité sociale. C'était une forme d'auto-organisation de la société internationale, demeurée orpheline d'autorités hiérarchiquement ordonnées à la suite de l'effondrement de l'*ordinatio ad unum* (Pape et Empereur) médiévale. C'était aussi la réponse aux besoins d'organisation de la société internationale qui seyait mieux aux structures de cette dernière. En 1921, un des « centres » de cette auto-organisation de la Communauté internationale, à savoir la Conférence des Ambassadeurs des Principales Puissances alliées de la Première guerre mondiale, fut confrontée au différend territorial entre l'Albanie et le Royaume serbo-croate-slovène dans la région du Monastère de Saint-Naoum. La Conférence, investie du pouvoir de fixer la frontière entre les deux Etats, décida de :

⁶³ Lors du Congrès de Châtillon du 5 février 1814, les envoyés d'Autriche, de Grande-Bretagne, de Prusse et de Russie déclarèrent au cours des pourparlers d'armistice avec Napoléon, de ne pas agir en tant qu'envoyés des quatre cours par lesquelles ils avaient été munis des pleins pouvoirs, mais comme étant chargés de négocier la paix au nom de l'Europe tout entière. Voy. G. Distefano, « L'ordre international en quête d'organisation : 1454-(1815), « "Prove d'orchestra" du Concert européen », in *Mélanges en l'honneur de Marcelo Kohen*, Cambridge, 2022.

⁶⁴ Voy. aussi *infra* III.I.C.

⁶⁵ Le Concert européen dans son ancienne configuration se vit toutefois attribuer certaines fonctions par les Etats jusqu'encore au début des années '20 du XX^e siècle, notamment dans la délimitation des frontières internationales de l'Albanie. Voy. les articles 3 et 5 du Traité de paix entre la Grèce, la Bulgarie, le Monténégro, la Serbie et la Turquie, in *NRG*, 3^{ème} série, Vol. VIII, p. 18. Voy. aussi *infra* note 94.

⁶⁶ Voy. S. Windass, « The League and Territorial Disputes », in *International Regulation of Frontier Disputes*, ed. by E. Luard, London, 1970, pp. 31-83 ; J. Dugard, pp. 13-40 (Chapter III) ; Q. Wright, « The Goa incident », *AJIL*, Vol. 56 (1962), p. 632.

⁶⁷ Affaire du Monastère de Saint-Naoum, avis consultatif du 4 septembre 1924 : *C.P.J.I. Recueil B* 9, p. 10 [les italiques sont de nous].

« De porter à la connaissance de la Commission de Délimitation [qu'Elle avait chargée de fixer ladite frontière sur le terrain] et des Gouvernements albanais et serbe que la Conférence a décidé d'attribuer le monastère de Saint – Naoum à l'Albanie »⁶⁸.

En raison des protestations serbes et des inquiétudes françaises, la Conférence décida néanmoins de soumettre la question au Conseil de la Société des Nations qui se résolut à la déférer à la Cour permanente de Justice internationale lui demandant ainsi un avis consultatif. Cette dernière rendit, le 4 septembre 1927, un avis consultatif dans lequel elle reconnaissait le caractère définitif de *l'attribution* par la Conférence des Ambassadeurs du Monastère de Saint-Naoum à l'Albanie⁶⁹. La Cour reproduit ainsi dans le texte même de son avis consultatif le passage de la décision adoptée le 6 décembre 1922 par la Conférence des Ambassadeurs qui récite :

« Il est décidé de porter à la connaissance de la Commission de délimitation et des Gouvernements albanais et serbe que la Conférence a décidé d'attribuer le monastère de Saint-Naoum à l'Albanie »⁷⁰.

On peut clore cette brève parenthèse consacrée à la question du Monastère de Saint-Naoum, qui vit d'ailleurs intervenir plusieurs « centres de qualification » de l'époque (tour à tour la Conférence des Ambassadeurs, la Société des Nations, la Cour permanente de Justice internationale), avec un extrait tiré de l'avis rendu par la Conférence des Ambassadeurs dans lequel on lit que :

« Le Baron Romano Avezana [i.e. Ambassadeur du Royaume d'Italie] désire [...] faire une proposition au sujet de la question de Saint – Naoum. Le Gouvernement italien est d'avis que la Conférence des Ambassadeurs est entièrement compétente pour statuer. D'ailleurs, il lui est arrivé plusieurs fois de revenir sur une décision déjà prise, car elle doit être considérée non pas comme un tribunal, mais comme un corps politique s'efforçant de trouver des solutions conformes à la justice »⁷¹.

Parmi les autres exemples de disposition des territoires par le Concert européen il y a lieu de mentionner la Question de Crète qui s'inscrit dans la (plus large) « Question d'Orient ». Elle fut discutée par le Concert européen à Paris (1856) et à Berlin (1877-78), mais il fallut une énième rébellion anti-ottomane en 1896, pour que les Grandes Puissances passassent outre les résistances de la Sublime Porte et après avoir occupé l'île, créèrent un « Gouvernement international » sous suzeraineté ottomane. L'intervention fut qualifiée par les Puissances elles-mêmes de « décision »⁷². Une série de constitutions émailla l'évolution du régime crétois ; l'union *de facto* avec la

⁶⁸ Reproduit in : *Prassi italiana*, 3^{ème} série, Vol. V, § 1158, p. 2591.

⁶⁹ CPJI, Monastère de Saint-Naoum (Frontière albanaise), avis consultatif du 4 septembre 1924 : *Recueil de la CPJI* B 9, pp. 14-15.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 15 [les italiques sont de nous].

⁷¹ Reproduit in : *Prassi italiana*, 3^{ème} série, Vol. V, § 1158, p. 2592 [les italiques sont de nous].

⁷² Note collective du 2 mars 1897 ; voir le mémoire du Gouvernement hellénique soumis à la CPJI dans l'affaire des Phares en Crète et à Samos, C 82, pp. 62-131.

Grèce se réalisa progressivement à partir de 1909 alors qu'en 1913 l'Empire ottoman renonça à sa suzeraineté à la faveur des puissances garantes européennes. Dans ce cas, donc, le consentement de l'Etat territorial fut tantôt absent, au départ, tantôt extorqué, par la suite.

L'activité d'adjudication de territoires (ou règlement des différends territoriaux) exercée par le Concert européen s'étendit même en Afrique puisque Berlin (*Scramble for Africa*), en 1885, fut le théâtre, de la répartition de territoires, respectivement de la validation d'acquisitions territoriales précédentes, dans un continent entier, l'Afrique, décrété par la même occasion *res nullius*.

En matière d'espaces fluviaux, il convient de mentionner l'exemple de la Commission du Danube – créée en 1856 par le Traité de Paris (eh oui, toujours lui ... !) – et l'extension *de facto* de sa compétence à la Roumanie. Par le Traité de Londres du 10 mars 1883⁷³, conclu par les « usual suspects », la Commission put en effet étendre sa la compétence jusqu'à Braïla, c'est-à-dire en territoire roumain. Or, la Roumanie n'était pas partie à ce traité, ses délégués n'ayant été acceptés qu'à titre consultatif⁷⁴. Amenée à se prononcer sur cette question, la CPJI n'établit pas non plus d'acquiescement de la Roumanie, ni d'accord collatéral (acceptation d'obligation par un Etat tiers) – au sens de l'article 35 de la CVDT 1969⁷⁵ – mais se borna à affirmer laconiquement que :

« La Roumanie n'a ni signé ni ratifié ce Traité ... Au cours de la longue période qui s'était écoulée depuis la conclusion de ce Traité [de Londres de 1883], 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 »⁷⁶.

⁷³ CTS, vol. 161, p. 353.

⁷⁴ CPJI, Compétence de la Commission européenne du Danube, avis consultatif du 8 décembre 1927, B 14, p. 11.

⁷⁵ Dans ce passage, notamment dans la partie relative au fondement (« titre ») des attributions de la Commission, la CPJI est aussi peu disert que son successeur, 20 ans plus tard, dans l'affaire des Réparations (« avaient le pouvoir conformément au droit international », 1949, p. 185). Voy. aussi *infra* III.I.C. (« régimes territoriaux objectifs »).

⁷⁶ CPJI, Compétence de la Commission européenne, p. 27. Il est difficile de se rallier aux conclusions du juge Negulesco, dans son opinion dissidente (la seule) jointe à l'avis consultatif, qui lèvent le voile sur ce « titre » en le contestant : « On a cherché à expliquer la validité du Traité de Londres en dehors de la Roumanie comme l'application du système proclamé par le Concert européen qui laissait seulement aux Grandes Puissances le soin de décider dans les grandes affaires de l'Europe. Le Concert européen a toujours été considéré comme un système politique et jamais n'a été tenu pour une organisation juridique ; en d'autres termes, les décisions des Grandes Puissances, réunies en Concert européen, ont pu parfois s'imposer grâce à leur force, mais jamais on n'a considéré ses décisions comme légalement obligatoires pour les Etats qui n'y étaient pas représentés » *Ibid.*, p. 95. Les « décisions » du « Concert européen » étaient obligatoires ou en tout cas étaient considérées comme telles, quelles qu'aient pu être les doutes légitimes sur leur fondement juridique. En d'autres termes, les effets étaient juridiquement contraignants alors que la nature exacte du titre peut prêter à controverse.

Un autre exemple d'« adjudication » qui semble faire entorse à la fois au principe de l'effet relatif des traités⁷⁷ et à celui du « *nemo plus iuris transferre quam ipse habet* »⁷⁸, c'est le fameux (et infâme) Accord de Munich du 29 septembre 1938 portant cession des Sudètes au Reich allemand⁷⁹. Cet accord ne se différencie nullement des arrangements territoriaux concoctés sous l'égide du Concert européen, mais les temps étaient révolus et il n'y avait pas de « sens communautaire » qui présidât à cette répartition de l'espace.

Ne furent donc pas rares les manifestations de la Communauté internationale vis-à-vis de situations territoriales nouvelles où faisait défaut le consentement de l'Etat dépossédé. Bien entendu, en regard de la licéité de la guerre en tant que moyen de règlement des différends, il ne restait à la Communauté internationale que d'avaliser ou de condamner ce genre de situations territoriales. Et, à cette fin, il n'était pas rare que l'« organe » de la Communauté internationale prit des mesures coercitives aux fins du rétablissement du *statu quo ante* ou de l'imposition forcée d'une solution préalablement négociée dans les coulisses des Cabinets. Ce « Concert européen » s'érigait en somme en organe de validation et d'invalidation territoriale par le biais de la fonction de la reconnaissance respectivement de la non-reconnaissance de la situation territoriale. La Communauté internationale essayait ainsi de résoudre *in specie* le divorce passager entre l'effectivité et la validité de la nouvelle situation territoriale. La doctrine postérieure ou contemporaine⁸⁰ aux événements d'avant 1945, la pratique jurisprudentielle⁸¹ et des Etats⁸² relatives à cette période corroborent la

⁷⁷ « The Munich Agreement...was concluded without the Czechoslovaks participating in the matter at all. It was *res inter alios acta*, a typical agreement to the detriment of a third party, such occurs only exceptionally in the realm of international law. », E. Taborsky, « 'Munich', the Vienna Arbitration and International Law », *Czechoslovak Yearbook of International Law*, Vol. 21 (1942), p. 26.

⁷⁸ Voy. *supra* I.II.B.

⁷⁹ Texte in *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 36, pp. 24-30 [en langue allemande, anglaise et française].

⁸⁰ Voy. P. Guggenheim (1949), pp. 232-233 ; Lord Arnold McNair, « The Stimson Doctrine of Non-Recognition. A Note on its Legal Aspects », *BYIL*, Vol. 14 (1933), p. 71 ; G. Morelli, « L'ordinamento internazionale di fronte alle nuove situazioni di fatto », *Archivio di diritto pubblico*, Vol. 1 (1936), p. 198-200 ; Ch. De Visscher (1967), pp. 23-24, 110 ; D. Anzilotti (1955), p. 295 ; V. Bruns, « Völkerrecht als Rechtsordnung », *ZaöRV*, Vol. 1 (1929), p. 24 ; G. Arevalo Blumenkron, *La doctrina del reconocimiento en la teoría y en la práctica de los Estados*, Mexico (Thèse), 1954, pp. 123-136 ; Sir John Fischer Williams (1926), p. 36 ; *Oppenheim's International Law*, 8^{ème} éd. (par Sir Hersch Lauterpacht), Vol. 1, London, 1955, § 75c ; A. Cassese (1986), § 139.

⁸¹ Voy. *Nemec v. Etablissements L.A.B. and Others*, Tribunal civil de la Seine, award delivered the 22 February 1955, *ILR*, Vol. 22, p. 101 [reconnaissance de l'annexion allemande de l'Autriche]; *Kling and Others v. Lesser and Rotterdamscher Bank*, p. 102 [reconnaissance judiciaire de l'annexion soviétique des Pays baltes en 1940]; affaire du Partage des Etats de Seyid-Saïd, p. 66 ; affaire de l'Île de Palmas, p. 841 ; *Bank of Ethiopia v. National Bank of Egypt and Liguori* (England, Supreme Court, Chancery Division), award delivered the 11 may 1937, *ILR*, Vol. 8, p. 120 ; In re Alexandravicus' Estate, Supreme Court of New Jersey, décision du 30 juin 1961, *ILR*, Vol. 32, p. 74 [Ce Tribunal prononce, suite à la non-reconnaissance du Gouvernement américain – un 'Act of State' –, la nullité de l'annexion soviétique de la Lituanie aux yeux de l'ordre juridique des Etats-Unis d'Amérique].

⁸² Voy. la réponse parlementaire (26 juin 1882) du ministre italien des Affaires étrangères, M. Mancini, au sujet de la reconnaissance internationale de la « conquête » de la Baie d'Assab, citée in *Prassi*

prise de position selon laquelle, l'attitude de la Communauté internationale constituait *le facteur déterminant* aux fins de la validation ou de l'invalidation de la mutation territoriale effectuée par la force militaire. Les Grandes Puissances européennes⁸³ agissaient en tant qu'« Etats représentatifs »⁸⁴ dans l'élaboration, la modification ou l'extinction des règles coutumières et des situations juridiques subjectives, *etc.*

De même que la science procède par *falsifications* successives⁸⁵, ainsi l'ordre juridique procède par qualifications successives de situations factuelles : la *légalité dynamique*. A titre d'exemple, il serait intéressant de passer en revue les différentes « qualifications » judiciaires exprimées par des tribunaux internationaux relativement à l'annexion de l'Empire d'Ethiopie par l'Italie. La Commission de Conciliation franco-italienne, instituée par le Traité de Paix de 1947 déclara que :

« Il n'est pas contesté que, le 9 mai 1936, l'Etat Ethiopien cessait d'exister en tant qu'Etat souverain et indépendant, et que son territoire était annexé à l'Italie dont la souveraineté génératrice de droit à l'égard des tiers [caractère *de iure* de l'advenue mutation territoriale], fut reconnue *de jure* par la France qui *constatait* l'état de fait ; que la souveraineté de l'Italie cessa *en fait* de s'exercer sur le territoire éthiopien dès 1941 »⁸⁶.

Toutefois, dans une sentence prononcée 7 ans plus tard par ce même tribunal, il est fait état de la « volonté » de réintégrer l'Ethiopie dans sa souveraineté *de iure* et absolue en dépit de la parenthèse italienne entre 1936 et 1941, mais surtout nonobstant la reconnaissance internationale de l'annexion de 1936, et à l'encontre de la pratique jurisprudentielle antérieure⁸⁷ :

« ... en ce qui concerne plus particulièrement l'Ethiopie [à côté de l'Albanie], le Traité [de Paix de 1947] ne peut pas nier le fait historique que l'Italie a exercé un certain *pouvoir de fait* sur l'Ethiopie à la suite de son annexion – considérée comme

italiana, Prima serie, Vol. II, § 840 ; la note diplomatique envoyée le 23 juillet 1914 par le ministre italien des Affaires étrangères, Marquis de San Giuliano, à son ambassadeur à Sofia, M. Cucchi-Boasso, concernant les effets juridiques de l'annexion bulgare de la Thrace occidentale, qui n'avait pas obtenu la reconnaissance internationale, citée in *Prassi italiana*, Seconda serie, Vol. 3, § 2222 ; la dépêche diplomatique envoyée le 18 février 1929 par le ministre britannique Sir Austen Chamberlain à l'ambassadeur persan à Londres, au regard de la controverse persano-britannique sur les îles de Bahreïn, citée in H. A. Smith, pp. 71-72 ; la reconnaissance internationale de la souveraineté norvégienne sur l'archipel des Spitzberg, *Treaty Series*, n°18 (1924), Cmd. 2092 ; la reconnaissance en 1920 de la souveraineté roumaine sur la Bessarabie, *Hertslet's Commercial Treaties. A Collection of treaties and Conventions between Great-Britain and the Foreign Powers*, ed. by E. Hertslet, Londres, Vol. 29, p. 1024.

⁸³ Voy. P. Ziccardi, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milan, 1943, pp. 262 et suiv. ; cf. aussi Lord Arnold McNair, (1933), p. 72, pour qui les Etats représentatifs seraient la *maior et sanior pars* de la Communauté internationale.

⁸⁴ Dans l'acception qui nous est fournie par R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1974, pp. 76, 85 ainsi que par la CIJ relativement au processus de formation des normes coutumières (CIJ, Plateau continental de la Mer du Nord, 1969, § 73).

⁸⁵ Au sens de K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, New York, 1958, pp. 40-43.

⁸⁶ Re Interpretation of Article 78, Paragraphe 7, p. 659 [les italiques sont de nous].

⁸⁷ Voy. *Bank of Ethiopia v. National Bank of Egypt and Liguori*, pp. 119-123.

non conforme au Droit International par le Traité [malgré la reconnaissance de la Communauté internationale dès 1936 !] – du 9 mai 1936 jusqu’à la libération du territoire éthiopien par les troupes britanniques en 1941 –, mais il [le Traité] restaure *rétroactivement* la souveraineté de l’Ethiopie... »⁸⁸.

En définitive, on ne peut qu’être d’accord avec Brownlie lorsqu’il affirme que :
 « *In the years 1919 and 1920 [mais encore plus tôt, comme on vient de le voir] decisions were taken by the Supreme Council of Allied and Associate States; in 1943 and 1945 by meetings of leaders at Tehran, Yalta, and Potsdam, and subsequently by meetings of Foreign Ministers... The existence of this power of disposition or assignment is recognised by jurists, but they find it difficult to suggest, or to agree upon, a satisfactory legal basis for it... Much turns on the extent to which recognition and acquiescence may counteract any elements of illegality which may infect such procedures in some cases [...] for example, the Geneva Conference of 1954, in regard to Indo-China, the express delegation power prior to agreed disposition of territory ensures that a certain number of States are bound to accept the results of the procedure* »⁸⁹.

Il est donc difficile de contester l’existence d’un pouvoir d’adjudication⁹⁰ de territoires dont un Corps restreint de la Communauté internationale s’est vu investir au fur et à mesure au fil des siècles, même en l’absence du consentement de toutes les Parties concernées.

Passons maintenant au cas de figure, dont les exemples sont plus nombreux, où, en revanche, il existe le consentement de toutes les parties (ou Etats) concernées. A des époques plus récentes, on a assisté à cette fonction de répartition et de (re-)distribution des espaces accomplie par un groupe restreint d’Etats, oints de la *potestas* qui fut autrefois celle du Pape⁹¹. Que l’on songe,

⁸⁸ Comptoirs Dufay et Gigandet et al. (France c. Italie), sentence rendue par la Commission de conciliation franco-italienne le 9 juillet 1962, *RSA*, Vol. 16, p. 211 [les italiques sont de nous].

⁸⁹ I. Brownlie (1990), pp. 135-136 [les italiques sont de nous]. De même : G. Gottlieb, « Nations without States », *Foreign Affairs*, Vol. 73 (3), pp. 100, 103. Voir cependant plus loin pour une lecture plus nuancée de l’« Acte final » de 1954 relativement à l’Indochine (*infra* II.I.B.ii).

⁹⁰ « Il y a adjudication si des territoires sont attribués par une communauté d’Etats (Congrès de Vienne, Congrès de Berlin, Société des Nations) ou par une sentence d’une Cour de Justice internationale ou d’un corps international. », K. Strupp (1930), Vol. 1, p. 156. Toutefois, selon Verdross, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 30 (1929-V), pp. 377-378, l’adjudication extra-juridictionnelle ne pourrait pas constituer un « mode d’acquisition » autonome puisque la mutation territoriale trouve toujours son fondement juridique dans un accord, notamment bilatéral (entre les Etats directement concernés). On ne peut point partager l’avis de l’éminent juriste autrichien car la conception qu’il défend se heurte non seulement aux données tirées de la pratique des Etats mais aussi aux considérations logico-juridiques. Il apparaît en effet évident (voy. par ex. les Préliminaires de paix signés à San Stefano en 1876 et le réaménagement territorial concerté successif du Congrès de Berlin de 1878) que les mutations territoriales qui trouvent leur origine politique dans des décisions de la Communauté internationale puisent également dans ces dernières leur fondement juridique. De sorte que, très souvent, aucun autre acte juridique n’est requis pour valider la mutation territoriale. Et, au cas où il serait requis, par ex. un traité de cession, celui-ci n’est le fruit, souvent, que d’un *pactum de contrahendo*.

⁹¹ Il est significatif de remarquer en passant que le Pape, dans ce processus de validation des titres territoriaux, fit référence à l’effectivité de l’occupation au détriment de la légalité du « titulaire ». Qu’il suffise de songer à la préférence exprimée par le Pape Zacharie en faveur de Pépin (détenteur effectif

par exemple, à la Conférence de Berlin de 1878, convoquée par l'honnête courtier qu'était Bismarck, aux fins du partage cadencé des dépouilles du grand malade de l'Europe, l'Empire Ottoman. Il fallait en effet prendre des décisions concertées, le Concert européen ne pouvant pas laisser le soin de décider de l'aménagement territorial balkanique aux seuls Etats conquérant et vaincu, soit la Russie et la Sublime Porte⁹². Ces affaires ne relevaient point de leurs seules compétences exclusives, mais elles revêtaient un « international concern »⁹³ et c'était donc au Concert européen d'en juger,⁹⁴ vu qu'il était la plus haute instance, la seule habilitée à résoudre les conflits de toute sorte, notamment territoriaux⁹⁵. En conséquence, le Traité de San Stefano (1876), imposée par la Russie victorieuse à l'Empire ottoman défait, fut *invalidé* par les décisions prises par l'aréopage européen réuni à Berlin. Il convient de souligner à cet égard que le consentement de l'Etat vaincu, nécessaire aux fins du règlement territorial, était bel et bien présent mais l'enjeu juridique requerrait une confirmation (ou infirmation, comme ce fut finalement le cas) du traité territorial.

du pouvoir) aux dépens du Mérovingien (titulaire légal). Le souverain pontife finit par consacrer le premier Roi des Francs et patricien romain. Voy. H. Pirenne, *Mahomet et Charlemagne*, 2^{ème} éd., Bruxelles, 1961, pp. 144 et suiv.

⁹² Bref, le Traité de San Stefano (1876), honorablement obtenu par les Russes sur le champ de bataille et par lequel le Sultan renonçait à la quasi-totalité des territoires ottomans en Europe [*animus derelinquendi*], ne suffit pas à transférer le titre juridique entre les deux Hautes Parties. Il y fallut la ratification des Puissances tierces, qui avaient donc un *intérêt à agir* en le domaine. Par conséquent, le Traité (bilatéral) de San Stefano fut « annulé » par le Traité (multilatéral) de Berlin du 13 juillet 1878 (cf. notamment les articles 58-60). Comme si le *ius tractatus* de la Turquie et de la Russie en ce domaine était circonscrit et limité par les *intérêts juridiques* du Concert européen. A tel point que Holland (Th. E., *The European Concert in the Eastern Question*, Oxford, 1885, p. 2) n'hésita pas à parler de « *corpus iuris publici orientalis* ».

⁹³ Car ces régimes territoriaux avaient été institués par des accords multilatéraux tels que le Traité de Paris de 1856 (« Droit public de l'Europe »). Ce qui excluait toute modification unilatérale (ou seulement entre certaines Parties au Traité).

⁹⁴ Protocoles du Congrès de Berlin, N°13 [5 juillet 1878], cités in *Bruns*, FB12 § 635 [les italiques sont de nous]. Il est loisible de recenser un autre exemple de cette fonction à la fois conciliatrice et adjudicative lorsque dans l'avis consultatif du Monastère de Saint-Naoum (p. 10), l'Albanie prétendit que la compétence de fixer les frontières revenait « à la Société des Nations, comme successeur du concert européen. Cependant, l'Assemblée de la Société des Nations, par son vote unanime du 2 octobre 1921, laissa aux Principales Puissances le soin de fixer les frontières albanaises, en recommandant à l'Albanie d'accepter d'ores et déjà la décision émanant des Puissances à ce sujet. ». On peut donc souligner : a) la succession dans la « Concertation d'adjudication » ; b) même en présence de la S.d.N., le polycentrisme dans la fonction de « qualification » des situations territoriales était toujours de mise et le sera encore, quoique dans une moindre mesure, par la suite. Cette ébauche d'institutionnalisation de la Communauté internationale engendrée par la création de la S.d.N. n'effaçait pas la structure de l'ordre juridique international (comme aujourd'hui, peut-être en moindre mesure, par la juxtaposition de l'Assemblée générale des Nations Unies aux divers centres de qualification juridique).

⁹⁵ Lors de la crise ottomano-égyptienne de 1840-1841, la Russie, dans le dessein de légitimer son intervention dans les Dardanelles, avait déclaré qu'elle avait agi, certes seule, mais en tant que « représentant de l'Europe » (ambassadeur du Tsar à Londres au premier ministre anglais, M. Palmerston, cité in E. Karsh, I. Karsh, *Empires of the Sand. The struggle of mastery in the Middle East 1789-1923*, Cambridge (Mass.), 1999, p. 38).

Le Concert européen procéda également à la création d'Etats, comme ce fut le cas pour l'Albanie grâce au Traité de Londres de 1913 : les provinces turques de Scutari et de Jannina ainsi que les vilayets du Kosovo et de Monastir étaient sous souveraineté ottomane depuis 1571. Après plusieurs révoltes, l'autonomie locale fut octroyée en 1912, mais la question du statut de ces territoires contribua au déclenchement de la première guerre balkanique (1912-1913). Grâce à la médiation britannique, le différend fut référé aux Six Puissances en vertu de l'Article III du Traité de Londres :

« S.M. L'Empereur des Ottomans et leurs Majestés les Souverains Alliés déclarent remettre à S.M. l'Empereur d'Allemagne, à S.M. l'Empereur d'Autriche ... à M. le Président de la République française, à S.M. le Roi de Grande-Bretagne, à S.M. le Roi d'Italie et à S.M. l'Empereur de toutes les Russies le soin de régler la délimitation des frontières de l'Albanie et toutes autres questions concernant l'Albanie ».

Aux termes de ceci, le 29 juillet 1913 la Conférence des Ambassadeurs accoucha d'un « Statut organique pour l'Etat d'Albanie » dont l'article 1^{er} avait la teneur suivante :

« L'Albanie est constituée en principauté autonome, souveraine et héréditaire par ordre de primogéniture sous la garantie des six Puissances. Le Prince sera désigné par les six Puissances »⁹⁶.

La principauté fut ainsi affranchie de la suzeraineté ottomane (Article 2) et neutralisée (Article 3) ; une police internationale fut créée aux fins du maintien de l'ordre (Articles 8 à 11). Les frontières furent délimitées, toujours par la Conférence des Ambassadeurs, dans le Protocole de Florence du 17 décembre 1913.

Non sans quelques vicissitudes pendant et toute suite après la Première Guerre mondiale, l'Albanie fut rapidement reconnue *de iure* par la plupart des Etats ; le 9 novembre 1921 la Conférence des Ambassadeurs – toujours investie du pouvoir dispositif en vertu du Traité de Londres de 1913 – émit une Déclaration par laquelle elle reconnut :

« que l'indépendance de l'Albanie, ainsi que l'intégrité territoriale et l'inaliénabilité de ses frontières, telles qu'elles ont été fixées par leur décision en date du 9 novembre 1921, est une question d'importance internationale ».

A la différence de l'exemple crétois – dont on a parlé plus haut –, ici le souverain territorial, toujours la Sublime Porte, donna quand même son consentement permettant ainsi au Concert européen d'exercer le pouvoir dispositif d'une partie de son territoire. En d'autres termes, l'Empire ottoman s'en remettait à l'arbitrage des Six Puissances.

La Communauté internationale peut toutefois s'« impliquer » encore davantage dans la caractérisation *erga omnes* des droits territoriaux. La pratique diplomatique connaît, par exemple, les cas de figure de la garantie de

⁹⁶ NRG, 3^{ème} série, p. 650.

territoires de la part de la Communauté internationale (ou d'un Concert plus restreint). Que l'on songe à la garantie des territoires roumains lors du conflit russo-ottoman⁹⁷, à celle, il est vrai éphémère, des frontières tchécoslovaques à la suite de l'infâme Accord de Munich du 29 septembre 1938⁹⁸, ou encore à la garantie internationale de la neutralité permanente suisse, scellée par l'Acte Unique du Congrès de Vienne de 1815⁹⁹. La Communauté internationale venait (et vient) en somme de renforcer, par son attitude concluante, le titre juridique sur lequel se fonde la situation territoriale. Elle apporte ainsi un élément supplémentaire d'effectivité, donc d'objectivation, à ce qui, sinon, relèverait du simple intersubjectivisme entre les Etats directement concernés (inter partes).

ii. L'invalidation des situations territoriales illégales, l'« adjudication » de territoires et la Charte des Nations Unies (après 1945)

Est-ce que le droit international contemporain porté aux fonts baptismaux par la CNU contient des enzymes permettant le métabolisme des situations territoriales illégales ? Est-ce qu'on y retrouve le triptyque habituel : effectivité (*modus acquirendi*), consentement de l'Etat affecté et (non-) reconnaissance internationale (les deux formant le *titulus acquirendi*) ?¹⁰⁰ Nous examinerons ici uniquement les mutations territoriales par annexion partielle et renvoyons le lecteur plus loin dans ce volume pour le cas de figure des sécessions violentes, c'est-à-dire sans consentement (du moins initialement) de l'Etat parent¹⁰¹.

L'interdiction générale du recours à la force inscrite dans la Magna Charta de la Communauté internationale figure parmi les principes dont les Membres des Nations doivent s'inspirer [art. 2 §4], a engendré deux conséquences structurelles : a) un système de sécurité collective établi par le chapitre VII¹⁰² ;

⁹⁷ Sanctionnée ultérieurement par le Congrès de Berlin de 1878 (*Bruns*, B.1.1., § 600). Toujours au sujet de la reconnaissance internationale des frontières roumaines (notamment à l'embouchure du Danube) données par les Puissances « garantes », en vertu du Protocole du 6 janvier 1857 (*ibid.*, § 615).

⁹⁸ Où, une fois la Tchécoslovaquie amputée des Sudètes, la France et le Royaume-Uni (en sus de l'Allemagne et de l'Italie), par la Première annexe audit accord, s'érigèrent en Puissances garantes « des nouvelles frontières de l'Etat tchécoslovaque contre toute agression non provoquée », décision du 2 novembre 1938, citée in *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 36, p. 30.

⁹⁹ Voy. la réitération de l'« international concern » que le statut de la neutralité permanente impliquait pour les Etats garants, dans la dépêche diplomatique (22 mars 1860) de l'ambassadeur britannique à Paris, Earl Cowley, à son ministre des Affaires étrangères, Lord Russell : « ...there could be no doubt that he [le Roi de Sardaigne] could not dispose of property on which Europe had a lien; that such was the condition on neutral districts... », citée in *Bruns*, FB11 § 1135 [les italiques sont de nous].

¹⁰⁰ Nous pouvons subsumer ce triptyque sous l'acronyme RER : « Reconnaissance, Effectivité et Renonciation ».

¹⁰¹ Voy. *infra* II.II.B.i.

¹⁰² Car, comme il a été souligné très adroitement : il est difficile de « penser les exceptions à l'interdiction du recours à la force, et notamment la légitime défense, en dehors de toute référence à un système de sécurité collective, comparable à celui qu'organisent aujourd'hui les Nations Unies », J. Verhoeven (1987), p. 1217.

b) une tentative de centralisation-institutionnalisation de la qualification juridique (constatation). Cette dernière exigence s'était rendue nécessaire notamment à cause de l'institutionnalisation croissante de la Communauté internationale telle qu'elle s'est dessinée depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale¹⁰³. Un indice en ce sens est représenté par l'émergence de la catégorie des normes impératives du droit international général (*ius cogens*). Soit, de règles-principes « constitutionnels » au sens technique du terme en droit public interne, à savoir de règles qui ne sont modifiables ou abrogeables qu'avec une « majorité qualifiée » ou à travers des procédures plus longues et plus sélectives que pour les lois ordinaires¹⁰⁴. Comme nous avons déjà pu observer plus haut, l'interdiction du recours à la force est rangée parmi ces règles et toute violation de celle-ci ne pourrait être assainie que par le concours de la Communauté internationale tout entière (ou de ses « Etats représentatifs », la *maior et sanior pars*)¹⁰⁵ en sus, bien évidemment, du consentement de l'Etat lésé. A cet égard, la doctrine se réfère souvent à la Conférence de Genève de 1954 lors de laquelle le conflit colonial d'Indochine prit fin et fut décidé de la création du Vietnam du Nord et du Vietnam du Sud¹⁰⁶. L'article 6 de l'« Acte final » nous offre cependant une lecture plus nuancée et sûrement moins généreuse relativement au pouvoir de disposition de territoires par la Conférence :

« La Conférence constate que l'accord relatif au Vietnam a pour but essentiel de régler les questions militaires en vue de mettre fin aux hostilités et que la ligne de

¹⁰³ Voy. R. Ago, « Troisième rapport à la CDI sur la responsabilité internationale des Etats », *ACDI*, Vol. II, 1^{ère} partie, § 41 : « ... une évolution vers une ébauche de personnification de la communauté internationale... » (au regard de la détermination du « crime international »). *Contra* (à tort) CIJ, Namibie 1971, 241 [op. dissidente du juge Sir Gerald Fitzmaurice] : « The notion therefore of such a community as a sort of separate residual source or repository of powers and functions, which are re-absorbed on the extinction of one international organization, and then automatically and without special arrangement, given onto, or taken over by a new one, is quite illusory »; de même : L. Kopelmanas, « La reconnaissance en droit international », *Comunicazioni e Studi*, Vol. 9 (1957), p. 13.

¹⁰⁴ « Une fois encore apparaît à l'observateur réaliste la structure médiane du juridique, « entre » éthique et politique. Le droit, comme on l'a souvent observé, opère la médiation d'une exigence éthique au sein du politique ; et, à l'inverse, il infuse quelque chose des contraintes du politique dans le domaine éthique. Ainsi, par exemple, il s'accommode d'une procédure majoritaire de décision (ce qui, assurément, n'est pas le meilleur critère éthique), mais prend soin, en régime démocratique, d'assurer à la fois les droits fondamentaux de la minorité et le caractère toujours provisoire et réversible de la majorité. », M. van de Kerchove, F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 231.

¹⁰⁵ « The attitude of non-recognition may undergo a change by virtue of a collective decision of the international community. In law, there is a fundamental difference between such a decision and individual acts of recognition. Judge Sir Robert Jennings wrote of « some sort of collectivisation of the process, possibly through the United Nations itself » [1963, p. 61]. But up till now nothing of the sort has happened with regard to East Timor. Nor is there any consolidation of the Indonesian 'title' through other means », op. dissidente du juge Skubiszewski jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995: *Recueil de la CIJ* 1995, § 132.

¹⁰⁶ La photo des « 4 Grands » devant l'entrée principale du siège européen de l'ONU à Genève est emblématique car on ne peut pas s'empêcher d'y voir une résonance lointaine avec les sommets de Yalta et Potsdam en 1945. Il convient de rappeler que 19 autres pays participèrent à cette conférence du 26 avril au 21 juillet 1954, jour de l'adoption de l'« Acte final et déclarations annexes ».

démarcation militaire est une ligne provisoire et *ne saurait en aucune façon être interprétée comme constituant une limite politique ou territoriale* »¹⁰⁷.

Cette conférence incarne l'approche traditionnelle, non institutionnelle et non organique, que nous avons déjà rencontrée précédemment et qui est illustrée notamment par le Concert européen. Or, force est de nous interroger, dans cette sous-section, sur la question de savoir si la CNU a introduit un élément de nouveauté au regard de la « centralité de la qualification juridique » en la personne du Conseil de sécurité ou si elle a somme toute laissé inchangée l'horizontalité de cette fonction telle qu'elle existait autrefois¹⁰⁸. Bref, peut-on affirmer haut et fort que le Conseil de sécurité représente le seul centre de qualification ou le plus autorisé, de la Communauté internationale ? En est-il l'aréopage ?

Nous posons comme condition que la réponse institutionnelle (qualification juridique) à une situation de fait illégale ne peut qu'émaner d'un organe (ou d'un « Corps Social ») qui jouisse à la fois de l'effectivité et de la légitimité en ce sens¹⁰⁹. Si le Conseil de sécurité satisfait (peut-être), en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés notamment par le Chapitre VII de la Charte, à la première de ces deux conditions, il n'en va pas forcément de même pour la deuxième. La validité de la qualification juridique d'une situation dépend de la réunion de ces deux exigences. Car, comme nous l'avons vu, seule la qualification juridique de la Communauté internationale peut accorder ou réfuter à la mutation territoriale le *titulus acquisitionis* aux côtés du consentement de l'Etat lésé.

Dans l'avis consultatif sur les « Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud... », la CIJ a fait référence à maintes reprises au « pouvoir de qualification » du Conseil de sécurité en déclarant que :

« Quand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence »¹¹⁰.

Ce pouvoir de qualification du Conseil de sécurité qui n'est pas expressément énoncé par la CNU s'est développé à partir d'une pratique constante¹¹¹ de reconnaissance et (surtout) de non-reconnaissance de situations

¹⁰⁷ *La Documentation française*, 30/07/1954, n° 1901, pp. 3-5 [les italiques sont de nous]. Dans un registre voisin (*ius contra bellum*), il convient de préciser que cette ligne provisoire – qui fut éphémère en raison d'un nouveau conflit qui s'acheva finalement en 1975 – était tout de même protégée par l'article 2 § 4. En d'autres termes toute violation de cette ligne, aussi provisoire fût-elle, constituait un emploi illicite de la force (voir résolution 2625 de l'AG de l'ONU et CIJ, Mur en Palestine, 2004, § 87, p. 171).

¹⁰⁸ V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law. United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia*, Leiden, 1990, p. 143 [ci-après : (1990-2)], est de l'avis que la CNU et l'institutionnalisation des rapports juridiques qu'elle engendre a fait en sorte que l'on est désormais passé des reconnaissances *uti singuli*, à une fonction de légitimation centralisée.

¹⁰⁹ L'effectivité, rappelons-le, correspond au *modus acquisitionis*, la légalité au *titulus acquisitionis*.

¹¹⁰ CIJ, Namibie 1971, § 117 [les italiques sont de nous].

¹¹¹ Voy. V. Villani, « Lo status della Repubblica serbo-montenegrina nelle Nazioni Unite », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 76 (1993), p. 31. En général et pour d'autres renseignements sur cette

illégales opérées sur la base du Chapitre VII de la Charte et de son article 39¹¹². Lorsque le Conseil de sécurité, à qui échoit la compétence principale dans la détermination d'une situation de rupture ou de menace contre la paix ou d'un acte d'agression (art. 39), aux fins du déclenchement des mesures prévues par le Chapitre VII, constate que la Communauté internationale est confrontée à l'une ou à l'autre de ces situations, il peut, en tant que première « sanction », déclarer son illégalité¹¹³. Le Conseil de sécurité bénéficie donc, en vertu et dans les limites contenues notamment aux articles 39 et 41¹¹⁴ et sur la base de sa pratique¹¹⁵, de la prérogative de qualifier certaines situations de fait caractérisées¹¹⁶. Or, cette compétence n'est pas exclusive, mais principale, le Conseil de sécurité devant la partager avec l'Assemblée générale conformément à l'interprétation de la CNU donnée par la résolution 377 (V) de l'AG (3 novembre 1950). De surcroît, il faut également mentionner la « dilution » de ces compétences institutionnelles dans la participation plus générale et décidément plus représentative de la Communauté internationale, par le biais de ses divers « centres de qualification ».

Dans le sillage de la fonction attribuée au Conseil de sécurité de valider ou d'invalider des titres territoriaux, peut-on également parler d'adjudication de territoires à la même guise qu'on le faisait avant 1945¹¹⁷ ?

pratique : G. Ziccardi Capaldo, *Le situazioni territoriali illegittime nel diritto internazionale*, Naples, 1977, pp. 99 et suiv. ; B. Conforti (1994), pp. 186-194 ; G. Zimmer, *Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation*, Berlin, 1971.

¹¹² Voy., par exemple, les résolutions n° 242, 267 (4^{ème} paragraphe), 298 (3^{ème} paragraphe), 541, 550 (3^{ème} paragraphe). Voy., en général, V. Gowlland-Debbas (1990), pp. 145-152.

¹¹³ Voy. CIJ, Namibie 1971, § 111 ; Sir Robert Jennings (1963), p. 79 ; J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU. Etude théorique de la coercition non militaire*, Paris, 1974, p. 157 ; V. Gowlland-Debbas (1990-2), p. 153.

¹¹⁴ Voy. B. Conforti (1994), p. 194. *Contra* CIJ, Namibie 1971, § 115 [op. dissidente du juge Sir Gerald Fitzmaurice].

¹¹⁵ Phénomène d'auto-interprétation et, donc, d'opposabilité de sa propre pratique.

¹¹⁶ Voy. A. Cassese (1986), § 38, p. 69. A cet égard il serait fort utile de se rappeler que dans cette fonction de « constatation-qualification », le Conseil de sécurité jouit non seulement d'une marge de manœuvre absolument discrétionnaire, mais aussi et surtout que son jugement (et les décisions obligatoires qui s'ensuivent) paraît se révéler sans appel. De ce fait, le pouvoir de « qualification », dans le cadre des situations prévues à l'art.39 de la Charte, semblerait ne pas connaître de bornes et de limitations, et seule la pratique cohérente dudit organe devrait empêcher que ne soit commis des abus (ou des omissions) lors de l'accomplissement de cette tâche essentielle, par le biais de l'auto-interprétation (et, donc, de l'auto-opposabilité). Sous l'éclairage de ces considérations, nous ne pouvons que partager les soucis exprimés par le délégué du Zimbabwe dans son intervention lors de la séance du Conseil de sécurité du 31 mars 1992 (S/PV. 3063, pp. 53-55) : « ... le Conseil – qui se compose de quinze membres – agit au nom des 175 Etats Membres de l'organisation. Cela signifie que 160 Etats ont placé leur sécurité, voire leur propre survie, dans les mains des 15. Il s'agit là d'une responsabilité lourde et solennelle que porte chaque membre du Conseil. Il est donc crucial que toute décision prise par le Conseil de sécurité puisse résister à l'examen minutieux des 160 Etats Membres au nom desquels le *Conseil est censé agir* » [les italiques sont de nous].

¹¹⁷ *Contra* : « Ce n'est pas tout. *Même quand il agit en vertu du chapitre VII de la Charte* le Conseil de sécurité n'a le pouvoir ni d'abroger ni de modifier des droits territoriaux, qu'il s'agisse de droits de souveraineté ou de droits d'administration. Même une occupation du temps de guerre d'un pays ou

On ne peut ébaucher à ce stade qu'un timide élément de réponse vu que, hormis les situations de qualification juridique, le Conseil de sécurité n'a été confronté qu'une seule fois à ce genre de problème. Le précédent est constitué par la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité mettant un terme au conflit entre le Koweït (et ses alliés) et l'Irak. Or, dans cette résolution, qui serait une sorte de Traité de paix¹¹⁸ entre l'Irak, ayant violé une règle de *ius cogens* (article 2 § 4 CNU), et la Communauté internationale tout entière en la personne du Conseil de sécurité, résidait le mandat de la Commission de démarcation de la frontière entre l'Irak et le Koweït. Le Conseil de sécurité jouirait donc de la compétence, en vertu de l'art. 39, de procéder par le biais d'une Commission « à la démarcation d'une frontière entre deux Etats Membres dans le contexte du maintien de la paix et de la sécurité »¹¹⁹. On pourrait également dire la même chose au sujet du pouvoir du Conseil de sécurité qui décida de *fixer* « des conditions restrictives quant au statut permanent [d'une partie] du territoire [d'un Etat membre] » relativement à la province serbe du Kosovo¹²⁰.

Encore plus frappant est le cas des territoires acquis (conquis ?) par l'Etat d'Israël à la suite de la première guerre israélo-arabe en 1949. Ce nouvel Etat, qui fonda sa demande d'admission à l'ONU sur le plan de partage de 1947 adopté par l'Assemblée générale¹²¹, se vit tacitement et subséquentement reconnaître ces conquêtes territoriales par rapport audit plan de partage. En effet, les innombrables résolutions des Nations Unies (que ce soit du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale) exigent désormais le retrait d'Israël en-deçà des lignes d'armistices de 1949 (la « ligne verte »)¹²². Ceci signifie que l'ONU finit par reconnaître (au moins depuis 1967) implicitement la conquête israélienne de ces territoires qui étaient originellement attribués – par

d'un territoire ne saurait conférer un tel pouvoir. Il faut attendre le règlement de paix. C'est là un principe de droit international solidement établi s'il en est – et le Conseil de sécurité y est tout aussi soumis (car les Nations Unies sont elles-mêmes un sujet du droit international) que n'importe lequel des Etats Membres. Après avoir fait les constatations qui s'imposent aux termes de l'article 39 de la Charte, le Conseil de sécurité pourrait ordonner l'occupation d'un pays ou d'une partie d'un territoire *aux fins de rétablir la paix et la sécurité* mais il ne saurait, ce faisant, ou dans le cadre de cette opération, abroger ou modifier des droits territoriaux et le droit d'administrer un territoire sous mandat est un droit territorial sans lequel le territoire ne pourrait être gouverné, ni le mandat appliqué. C'est pour maintenir la paix et non pour modifier l'ordre mondial que le Conseil de sécurité a été créé. Op. dissidente du Juge Sir Gerald Fitzmaurice jointe à l'avis consultatif de la CIJ dans l'affaire Namibie 1971, § 115, p. 294.

¹¹⁸ G. Gaja, « Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial », *RGDIP*, Vol. 97 (1993), p. 312.

¹¹⁹ J.-P. Queneudec, « La démarcation de la frontière entre l'Irak et le Koweït », *RGDIP*, Vol. 97 (1993), p. 774. De même : M. H. Mendelson, Hulton, S.C. « The Iraq-Kuwait Boundary », *BYIL*, Vol. 64 (1993), pp. 146, 147 [qui estiment, toutefois, que le Conseil de sécurité n'étant pas un « adjudicative body », ne pouvait que procéder à la délimitation et non à la démarcation, pp. 147-148].

¹²⁰ Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif du 22 juillet 2010, *Recueil de la CIJ*, 2010, § 114.

¹²¹ Résolution 181 (II) de l'AG, adoptée le 29 novembre 1947. Voy. *infra* II.II.B.iv.

¹²² CIJ, Mur en Palestine, 2004, §§ 72-78, p. 166.

le Plan de partage – au futur Etat arabe de Palestine. A maints égards, cette acquisition de territoires représente, si on laisse de côté le cas à ce jour en suspens de la Crimée, la dernière *conquête* en date dans l'histoire du droit international¹²³.

Par conséquent, l'adjudication de titres territoriaux¹²⁴ semblerait donc être admise par cette pratique qui renouerait avec la fonction jadis octroyée au Concert des Puissances et, plus loin encore, au Pape¹²⁵. D'ailleurs, ne serait-ce pas celui-ci le sens à attribuer à une des deux clauses de sauvegarde au principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force, contenues dans la résolution 2625 ? L'Assemblée générale, après y avoir affirmé ce principe architrave du droit international des espaces, s'empresse aussitôt de préciser que :

« Aucune des dispositions qui précèdent [consacrant ledit principe] ne sera interprétée comme portant atteinte : [...] b) aux pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu de la Charte ».

En conséquence, sous l'éclairage de ce fragment, nous aimerions nous poser la question de savoir si le Conseil de sécurité représente bel et bien le « Concert des Grandes puissances », ou, en d'autres mots, la *potestas*, le Pape (d'avant le XVI^{ème} siècle) dans ce début du troisième millénaire¹²⁶. Pour les raisons que nous avons évoquées plus haut et pour d'autres encore qui seront exposées plus loin dans ce sous-chapitre, on peut avancer que le Conseil de sécurité à lui seul ne peut pas, au vu de la structure actuelle de la société internationale, représenter le seul « centre de qualification », mais que cette fonction doit être recherchée dans la Communauté internationale dans ses diverses expressions (Assemblée générale ou « Etats représentatifs » en dehors des fora onusiens). Car, cette institutionnalisation structurelle que l'on observe depuis au moins deux siècles dans la Communauté internationale, ne signifie pas nécessairement « verticalisation » des rapports juridiques. Le « primat » du Conseil de sécurité, instauré par la CNU et par l'action conjointe des dispositions précitées, n'a pas bouleversé la structure de l'ordre juridique international et de ses « mécanismes » de qualification qui demeure

¹²³ Voy. G. Distefano, « Effectivités et titres territoriaux en Palestine mandataire », in *Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, 2005, pp. 185-200.

¹²⁴ Car c'est bien cela dont il s'agit vu que le Conseil de sécurité décida *ratione imperii* que l'accord irako-koweïtien était valable, celui-ci devenant donc le (seul) titre juridique sur lequel devait se baser la définition de la frontière. Ceci revient à dire, en dernière analyse que, au niveau des conséquences concrètes, le Conseil de sécurité « validait » un titre juridique.

¹²⁵ Sans oublier la Société des Nations dans les cas de Jaworzina et Mossoul. Au regard de la première, on ne peut pas s'empêcher de déceler des analogies avec la Commission de démarcation dans la frontière entre l'Irak et le Koweït (voy. à cet égard, l'avis consultatif concernant la délimitation de la frontière polono-tchécoslovaque, p. 40).

¹²⁶ C'est la thèse du « gouvernement international de fait ». Voy. M. Virally, « L'O.N.U. devant le droit », in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris-Genève, 1990, pp. 260-261. Voy. aussi *infra* III.I.C. (dans le contexte spécifique des « régimes territoriaux objectifs »).

éminemment « polycentrique ». En revanche, on a assisté, assurément depuis 1945 et grâce à la Charte et aux productions infra- (et para-)normatives de l'Assemblée générale, à une évolution notable dans les principes « matériels » (les « valeurs ») qui régissent les rapports juridiques entre Etats, et dont ceux-ci s'inspirent dans leur libre « qualification » juridique des situations de fait¹²⁷. A cet effet, il convient de souligner le rôle d'« oracle » que l'Assemblée générale a joué depuis 1945¹²⁸.

On pourrait alors dire que la fonction et le pouvoir de « qualification juridique » des situations territoriales illégales, tendant soit à leur condamnation soit à leur assainissement, demeurent polycentriques. Au sens que l'attitude concluante de la société internationale doit être recherchée, non seulement dans les prises de position de l'ONU (et des organisations régionales compétentes), mais également dans les comportements des Etats tiers¹²⁹ *uti singuli*¹³⁰. Le « polycentrisme » dans la qualification juridique des « faits » est le reflet de la structure horizontale de la société internationale et conséquemment de la « pulvérisation » du pouvoir international entre les divers Etats.

L'identification de ces « centres de qualification » n'est donc pas aussi facile qu'elle peut apparaître et l'évaluation, dans chaque cas d'espèce, d'une telle qualification relève, aux yeux du juriste, d'un travail de bénédictin. D'autant plus que cette difficulté se double de l'aspect temporel, à savoir qu'on assiste au phénomène que les mêmes Etats (ou groupes d'Etats) risquent d'émettre

¹²⁷ Il ne serait en effet pas oiseux de rappeler que les principes de droit international relatifs à l'emploi et à la menace de la force ainsi que ceux relatifs aux annexions forcées (p.ex. le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), ont radicalement évolué depuis au moins la CNU. Les Etats ne constituent après tout pas une menace pour la survie du droit international, de même qu'il n'est point erroné de maintenir que leurs comportements s'inspirent de plus en plus de considérations de droit et cela dans le respect du principe régisseur qui imprègne tout domaine de l'ordre juridique et notamment de l'ordre international qu'est le principe de la *bonne foi*. Il est donc irréflecté de diaboliser à tout prix les Etats et leurs attitudes à cet égard, sacralisant ainsi l'idée virginale d'un droit autant utopique dans son contenu que dangereux dans ses conséquences. D'ailleurs il ne faut pas oublier non plus que ce sont les Etats qui ont « créé » et cru dans la règle interdisant le recours à la force et dans sa nécessité. Comme il est vrai qu'aucun Etat ne pourrait à l'heure actuelle sérieusement soutenir, et d'ailleurs aucune ne le fait, qu'une telle règle n'existe pas ou qu'elle n'ait pas un « caractère impératif ». En revanche, les divergences demeurent quant au contenu exact de cette règle, différentes lectures herméneutiques ayant été proposées tant par la doctrine scientifique que par la doctrine des Etats. Ce qui prouve à la fois, si besoin en est, que la règle existe et qu'elle est sûrement révolutionnaire. Jamais en effet, on n'était allé aussi loin dans la réglementation juridique des relations internationales. La présence établie et consolidée de cette règle a dévêtu les Etats d'un de leurs outils, de loin le plus efficace et le mieux « testé », de politique étrangère. Cette faculté ayant accompagné, bien que parfois assortie de diverses limitations (p.ex. le droit de juste guerre, *etc.*), l'Etat et la société internationale depuis son origine (voy. G. Distefano (2014)).

¹²⁸ Voy. G. Abi-Saab (1987), p. 451.

¹²⁹ Voy. les perplexités légitimes de Dupuy (*Droit international public*, 5^{ème} éd., Paris, 2000, § 42) lorsqu'il s'interroge sur les effets juridiques du « consentement tacite » des Etats tiers au regard d'une situation territoriale illégale : « En d'autres termes, dans de telles situations, l'effectivité finit-elle par primer l'illégalité ? ». A cet égard, et nous ne pouvons qu'être d'accord, cet auteur stigmatise l'ambiguïté de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Timor oriental.

¹³⁰ Dans ce sens : *Oppenheim's International Law* (1992), § 275, p. 715.

des qualifications juridiques différentes à travers le temps : il n'y a donc pas lieu de négliger le caractère diachronique et dynamique de la légalité en droit international. En raison du « polycentrisme » de la qualification juridique, il faut, afin que la celle-ci soit vraiment effective et efficace, qu'il y ait « assonance », ou, tout au moins, une relative « concordance » parmi les divers « centres ». Dans cette perspective on peut rapprocher la qualification juridique de la Communauté internationale portant assainissement de la situation territoriale, au cas de figure de la reconnaissance (constitutive ?)¹³¹ de nouveaux Etats issus de sécessions violentes, dont nous parlerons plus loin (voy. *infra* II.II.B.i)¹³². En guise de conclusion à cette sous-section, nous aimerions reproduire un passage tiré d'un manuel de droit international contemporain dans lequel son auteur prend acte du rôle indéracinable de la violence dans les relations internationales en regardant candidement cette réalité :

« *New situations are not recognised as legally valid unless they can be seen to rest on a firm and durable display of authority. Rebellions, the splitting up of existing States, the emergence of new entities, and so forth: none of these new situations can claim international legitimacy so long as the 'new men' fail to demonstrate that they have firmly supplanted the former authority [...] The formal 'endorsement' of power tends to legalise and crystallise it* »¹³³.

L'effectivité de la situation *qualifiée* par l'attitude pour le moins passive ou bienveillante de la Communauté internationale pourrait, conjointement avec le consentement des Etats concernés, engendrer un *titulus acquisitionis* valable. Quitte à ce que cette dernière ultérieurement et une fois le *statu quo ante* rétabli, émette une nouvelle qualification, par le biais de la fiction de la restauration rétroactive de la souveraineté. On parlera alors de « souveraineté en veilleuse »¹³⁴

¹³¹ Sous cet angle, comment ne pas s'interroger sur la signification juridique de l'affirmation du juge ad hoc Krecka dans l'affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt du 11 juillet 1996 (exceptions préliminaires): *Recueil de la CIJ* 1996, § 24, p. 683): « In the light of the foregoing it may be said that the relevant factual and legal status of Bosnia and Herzegovina as a State within the administrative borders of the same ex-federal unit, may be defined as a *political project of the organized international community, whose materialization was transformed by the Dayton Agreements into a binding obligation of the Parties to the Agreements* » [les italiques sont de nous].

¹³² Ce qui fit dire à Starke qu'il s'agirait là d'une « international quasi-adjudication of territory », J. G. Starke, « The Acquisition of Title to Territory by Newly Emerged States », *BYIL*, Vol. 41 (1965-1966), p. 413. En ce même sens : Sir Robert Jennings (1963), p. 37 ; M.N. Shaw (1986), p. 169. *Contra* H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920, § 54, p. 258 ; P.A. Papaligouras, *Théorie de la société internationale*, Genève, 1941, p. 223 ; W. Hough III, pp. 470-471 (selon lequel cette fonction quasi-législative se heurterait au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes).

¹³³ A. Cassese (1986), § 10, p. 27. Certes, le cas de figure auquel se réfère cette citation est à certains égards différent de celui présentement sous examen. Il n'en est pas moins révélateur d'une certaine (et correcte) conception des rapports entre le droit et le fait.

¹³⁴ Sur l'annexion soviétique des territoires orientaux polonais à la suite de l'accord Molotov-Von Ribbentrop et au conflit armé qui s'ensuivit, cf. *The Soviet Takeover of the Polish Eastern Provinces, 1939-1941*, K. Sword (dir.), Basingstoke, 1991. Toutefois, la non-reconnaissance par la Communauté internationale de l'annexion soviétique des pays baltes a finalement porté ses fruits, cette attitude

(comme il advint pour les trois Pays baltes après 1940 suite à leur annexion par l'Union Soviétique)¹³⁵.

iii. Le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force et la doctrine de la non-reconnaissance

Dans le sillage de la nécessité émergente dans l'ordre juridique international de ne pas accorder la protection juridique à certaines situations illégales, il existe en droit international une règle selon laquelle les Etats sont dans l'obligation de ne pas les reconnaître. S'il est vrai que l'existence d'un Etat, voire d'une situation territoriale, dépend de son existence effective, il n'en est pas moins vrai que, comme la dichotomie *modus / titulus* nous l'indique, ceci n'est pas suffisant. A côté donc de l'effectivité (*modus*), le droit international requiert la validité (*titulus*) pour que la situation territoriale en question soit valable et donc opposable *erga omnes*.

Dès lors, une situation territoriale qui se réalise au mépris de certaines normes impératives du droit international (*ius cogens*), comme celle interdisant le recours à la force et celle garantissant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, est dépourvu de la condition nécessaire du *titulus* et non seulement n'est pas digne de protection juridique par le droit international, mais constitue également une violation de celui-ci. L'ordre juridique international, afin de battre en brèche l'enracinement de ces situations a secrété ainsi l'obligation de non-reconnaissance. En d'autres termes, l'obligation de non-reconnaissance découle du principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force, principe architrave du droit international des espace, lui-même corollaire des normes de *ius cogens* susmentionnées. Il est désormais codifié dans la résolution 2625 (XXV) de l'AG :

« Le territoire d'un Etat ne peut faire l'objet d'une acquisition par un autre Etat à la suite du recours à la menace ou à l'emploi de la force »¹³⁶.

Les germes¹³⁷ du concept de la doctrine de la « non-reconnaissance » doivent être recherchés dans les accords plurilatéraux entre les Etats d'Amérique

constante ayant permis l'existence *larvée* des souverainetés précédentes. C'est là encore une manifestation du principe de la *légalité dynamique*.

¹³⁵ L'historien N. Davies (p. 737) nous offre une juteuse description de l'extinction / suspension de la souveraineté des trois pays Baltes et l'annexion « temporaire » par l'URSS : « In 1940, the Soviet takeover of three Baltic States was accompanied by a combination of military invasions, phoney 'referendums' and international perplexity. Handpicked delegates were assembled. Portraits of Stalin were paraded. The public was terrorized. Critics were harassed or physically removed. The result was known in advance, and the world was told that the victimized countries had joyfully petitioned Moscow for admission to the USSR. In the process, the 'bourgeois republics' were liquidated. 'Suicide by coercion' might also fit ».

¹³⁶ Il a été tout récemment réaffirmé par l'AG dans sa résolution A/ES-11/L.1. (2 mars 2022) condamnant l'agression de l'Ukraine par la Fédération de Russie (§§ 6,11).

¹³⁷ « Il rifiuto di riconoscere certi atti o fatti internazionalmente rilevanti come trattati, accordi o mutazioni territoriali, per asserità illiceità della loro formazione, è *ab antiquo*, mezzo adottato nel

latine¹³⁸ où ils trouvèrent leur première élaboration normative¹³⁹. Sa *ratio iuris* procède de la maxime latine : *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*¹⁴⁰. Soit, le temps ne peut pas assainir ce qui est contraire au droit dès son origine. Comme il a été justement fait remarquer, « [t]he object of the policy or the obligation of non-recognition is not to render illegal an otherwise lawful and valid act; its object is to prevent the validation of what is a legal nullity »¹⁴¹. Dans le continent européen, et pour des finalités antipodiques à celles prévalant dans le continent latino-américain, le Concert européen accoucha de la doctrine de la non-reconnaissance fondée sur la légitimité dynastique. Le Principe 2 du Protocole de Troppau (19 novembre 1820) était ainsi rédigé :

« Les Puissances s'engagent à refuser leur reconnaissance aux changements consommés par des voies illégales »¹⁴².

campo internazionale. », C. Cereti « Il non-riconoscimento come pretesa sanzione », in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. III, Padoue, 1940, p. 149 ; T. Kotani, p. 9 ; G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, 1948, pp. 179-180 : cet auteur estime toutefois que l'efficacité de la fonction de reconnaissance (ou de non-reconnaissance) est soumise à l'existence d'une organisation institutionnelle internationale qui prévoit des procédures obligatoires d'arbitrage, de juridiction et de révision. Peut-on trouver une pareille institutionnalisation dans le système prévu par la Charte à son article 33 et à son Chapitre VII ?

¹³⁸ Ces traités consacrèrent une pratique très riche en matière de refus collectif de reconnaître des modifications territoriales opérées par le biais de la force. Voy. p. exemple : la Déclaration du Corps diplomatique (des Représentants des Pays d'Amérique latine) du 20 avril 1864 réuni à Lima qui adopta une position commune consistant à refuser l'occupation espagnole des Iles Chincha appartenant au Pérou, citée in *Bruns*, FB11 § 1402 ; « [Les Hautes Parties Contractantes] déclarent que [entre elles] les questions territoriales ne doivent pas se résoudre par la violence et qu'elles ne reconnaîtront aucun règlement territorial, à moins qu'il ne soit obtenu par les modes pacifiques, ni la validité de l'occupation ou de l'acquisition de territoires qui serait opérée par la force des armes », article II du Traité pour prévenir la guerre (non-agression et conciliation), signé à Rio de Janeiro, le 10 octobre 1933, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, Vol. 163 (1935-1936), p. 404 ; Résolution concernant l'illégalité du Droit de conquête, adoptée par la Première Conférence des Etats américains à Washington le 19 avril 1890, *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 6, p. 120 ; « The essential content of non-recognition of a territorial transfer is [...] the refusal, of the part of a non-recognizing Power, to regard the sovereignty of the dispossessed Power over the area in question as ended and the sovereignty of the dispossessing Power as established. », R. Langer, *Seizure of Territory. The Stimson Doctrine and Related Principles*, Princeton, 1947, p. 100. Pour un historique des développements diplomatiques et juridiques de l'institution de la non-reconnaissance, voir : Sir Hersch Lauterpacht (1947), § 122.

¹³⁹ Nous pouvons toutefois en retrouver les prodromes en Europe dans le Protocole de Troppau, souscrit lors du Congrès éponyme (19 novembre 1820) par l'Autriche, la Prusse et la Russie. Le Principe 3 était ainsi formulé : « Lorsque les Etats où les changements se seront ainsi effectués feront craindre à d'autres pays un danger imminent [« menace contre la paix » de l'Article 39 CNU ?] par leur proximité [« spillover »], et, lorsque les Puissances alliées pourront exercer à leur égard, une action efficace et bienfaisante, elles emploieront, pour les ramener au sein de l'alliance, premièrement des démarches amicales [article 41 CNU ?], en second lieu une force coercitive, si l'emploi de la force devenait indispensable [article 42 CNU] », G. F. De Martens, *Recueil des traités et conventions conclus par la Russie avec les puissances étrangères*, Tome 4 (I), Saint-Petersbourg, 1874, 33.

¹⁴⁰ D.50.17.29 [Paulus lib.8 ad Sabinum] : « Le temps ne peut valider un acte qui est nul dans son principe ».

¹⁴¹ Sir Hersch Lauterpacht (1947), p. 413.

¹⁴² G. F. De Martens, *Recueil des traités et conventions conclus par la Russie avec les puissances étrangères*, Tome 4 (I), Saint-Petersbourg, 1874, p. 33. Tout aussi éloquent, dans un registre connexe (le maintien de la paix et de la sécurité internationales), apparaît le susmentionné Principe 3 (*supra* note 139).

En dépit de ses prodromes, la doctrine de la non-reconnaissance fut finalement baptisée « doctrine Stimson » d'après le nom du Secrétaire d'Etat américain qui envoya une note diplomatique, en date du 7 janvier 1932, à l'attention de l'ambassadeur du Japon à Washington¹⁴³, dans laquelle il affirma que son Gouvernement :

« ... *does not intend to recognise any situation, treaty or agreement which may be brought about by means contrary to the covenants and obligations of the Pact of Paris of August 27, 1928, to which treaty both China and Japan, as well as the United States are parties* »¹⁴⁴.

Après son invasion de la Mandchourie¹⁴⁵ (une région de la République de Chine), le Japon s'était en effet empressé de créer l'Etat fantoche du Mandchoukouo, dans le but de déguiser son annexion *de facto*. Or, le Japon était partie au Pacte Briand-Kellog de 1928 et était de ce fait astreint à l'obligation de ne pas recourir à la guerre en tant qu' « instrument de politique nationale » (Article 1^{er}). En conséquence, une guerre d'agression ne pouvait guère engendrer un titre valable de souveraineté territoriale, ce d'autant plus que faisait défaut le consentement de l'Etat dépossédé (la Chine), élément *sine qua non* du *titulus acquirendi*. Certes, par le passé, comme nous l'avons vu, il n'était pas rare que la Communauté internationale, dans ses diverses incarnations, passasse outre cette exigence pour reconnaître la situation territoriale illégale et ainsi la fonder finalement en droit (voy. *supra* II.I.B.i). La « Doctrine Stimson » vient cependant fixer une limite infranchissable à ce pouvoir dont étaient investis certains Etats censés agir en tant qu'organe directeur de la Communauté internationale. Les Etats-Unis d'Amérique¹⁴⁶ ainsi que les autres pays du continent américain firent de la non-reconnaissance un pilier de leur politique

¹⁴³ Une note diplomatique identique fut adressée le même jour à l'ambassadeur chinois à Washington.
¹⁴⁴ Texte in *AJIL*, Vol. 26 (1932), p. 342 [les italiques sont de nous]. Sur la doctrine Stimson, voir entre autres références citées ci-dessus : H. Wehberg, « Die Stimson Doktrin », in *Festschrift Spiropoulos*, Bonn, 1957, pp. 433-444 ; Q. Wright, « The Stimson Note of January 7, 1932 », *AJIL*, Vol. 26 (1932), pp. 342-348 ; Sir John Fischer Williams, « The New Doctrine of Recognition », in *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 18 (1932), pp. 109-130, qui développe des considérations fort pertinentes sur les synergies du principe de la non-reconnaissance avec les exigences de la légalité. Un archétype de la doctrine Stimson peut être retrouvé dans l'argumentation du juriste Caramanico au XIII^{ème} siècle [F. Calasso, *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milan, 1957].

¹⁴⁵ Voy. en général sur la question de la Mandchourie, R.L. Sharp, *Non-Recognition as a Legal Obligation*, Genève, 1934, pp. 141-148, qui suivit de près la question du fait de sa présence à Genève pendant la crise. Du caractère fallacieux des sanctions de la S.d.N. : l'auteur relate (p.167 et note 1) une anecdote personnelle, selon laquelle il recevait, durant sa permanence à Genève, les Bulletins officiels du ministère des Affaires étrangères du Gouvernement du Mandchoukouo, en dépit de la non-reconnaissance de ce Gouvernement et de la reconnaissance de l'immanence de la souveraineté chinoise sur ce territoire. Nonobstant cela, et nonobstant que le Mandchoukouo ne fût guère membre de l'Union postale universelle (ci-après : UPU), ses timbres postaux étaient honorés en Suisse où avaient siège et la S.d.N. et l'U.P.U...

¹⁴⁶ « La déclaration Stimpson [sic] ... nous montre l'idéologie officielle par laquelle les Etats-Unis d'Amérique essayèrent de justifier leur 'refus' de *constatation*. », P.A. Papaligouras, p. 218 [les italiques sont de nous].

juridique extérieure¹⁴⁷. Les tribunaux internationaux¹⁴⁸ et internes y firent fréquemment référence et y fondèrent très souvent leur *ratio decidendi* :

« *Our Government [des Etats-Unis d'Amérique] as a national policy has refused recognition of any puppet government of any country which has been the victim of aggression and has refused recognition of de facto control set up by an aggressor* »¹⁴⁹.

La Note de Stimson eut également des répercussions institutionnelles tant il est vrai qu'elle fut suivie tout d'abord par un « Appel » lancé par le Président du Conseil de la Société des Nations, réaffirmant que :

« ... Aucun empiètement sur l'intégrité territoriale et aucune atteinte à l'indépendance politique d'un Membre de la Société des Nations, commis au mépris de l'article 10 [du Pacte], ne sauraient être reconnus comme valides et effectifs par les Membres de la Société »¹⁵⁰.

Ensuite – un mois plus tard – l'Assemblée de la Société des Nations adopta une résolution proclama solennellement le principe du refus de reconnaître toute acquisition territoriale obtenue par des moyens illicites :

« ... Les Membres de la Société des Nations sont tenus de ne reconnaître aucune situation, aucun Traité et aucun accord qui pourraient être obtenus par des moyens contraires au Pacte de la Société des Nations ou au Pacte de Paris »¹⁵¹.

Et dans le cas d'espèce il était fait enjoint aux Etats membres de ne pas reconnaître unilatéralement la nouvelle situation territoriale :

« [Les Membres de la Société] continueront à ne reconnaître ce régime ni *de jure* ni *de facto*. Ils entendent s'abstenir, à l'égard de la situation en Mandchourie, de toute action isolée et continuer à concerter leur action entre eux, ainsi qu'avec celle des Etats intéressés non membres de la Société »¹⁵².

¹⁴⁷ « The United States has not recognized the annexation by the Soviet Union of the Baltic States... In most practical respects they [their citizens] will have to be treated as stateless persons. », Memorandum (April 29, 1946), in *Selected Opinions*, Vol. III, pp. 47, 49 [Office of Military Government for Germany, U.S. Legal Division, March 1, 1946- May 15, 1946]. Cette position fut réaffirmée en 1960 à l'occasion du 42^{ème} anniversaire des déclarations d'indépendance des trois Pays baltes, cf. Department of State press release N°65, Feb.15, 1960, in *Bulletin of State*, Vol. 42, N°1080 (March 7, 1960), p. 361 ; In *Re Alexandravicus' Estate*, Supreme Court of New Jersey, award delivered the 30 June 1961, *ILR*, Vol. 32, p. 74.

¹⁴⁸ *Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brcko Area*, p. 422 (§ 77).

¹⁴⁹ In *Re Graud's Estate*, p. 42 ; de même : *United States ex Rel. Schwarzkopf v. UHL* (District Director of Immigration), Circuit Court of Appeals (Second Circuit), award delivered the 18 August 1943, *ILR*, Vol. 12, p. 194.

¹⁵⁰ Appel en date du 16 février 1932, adressé au gouvernement japonais par le Président du Conseil de la Société des Nations, au nom des Membres du Conseil autres que les Représentants de la Chine et du Japon, *Journal Officiel*, 12^{ème} année, n° 3 (mars 1932), p. 383. « These collective obligations of non-recognition of consequence of acts contrary to international law constitute a new feature of international practice », Sir Hersch Lauterpacht (1947), p. 419.

¹⁵¹ Résolution adoptée par l'Assemblée de la Société des Nations à sa quatrième séance plénière, le 11 mars 1932, *Journal Officiel*, supplément spécial n° 101, p. 87.

¹⁵² Rapport prévu par l'article 15, paragraphe 4, du Pacte, préparé par le Comité spécial de l'Assemblée en exécution de la Partie III (paragraphe 5) de la résolution du 11 mars 1932, et adopté par l'Assemblée le 24 février 1933, *Journal Officiel*, supplément spécial n° 112, Partie IV, Section 3, p. 76.

La très grande majorité des Etats membres du Pacte de la S.d.N.¹⁵³ s'astreignirent à cette obligation et refusèrent de reconnaître *uti singuli*¹⁵⁴ l'Etat du Mandchoukouo.

A la même époque, un autre conflit vit l'application de la « doctrine Stimson » : le conflit du Chaco Boréal ou du Grand Chaco (1932-1935) entre la Bolivie et le Paraguay. De fait, le 3 août 1932, en pleine conflagration, les Représentants de dix-neuf Etats latino-américains – réunis à Washington – adoptèrent une déclaration collective aux termes de laquelle ils s'engageaient à ne pas :

« *recognise any territorial arrangement which has not been obtained by peaceful means nor the validity of territorial acquisitions through occupation or conquest by force of arms* »¹⁵⁵.

Ils entendaient ainsi réaffirmer la tradition du continent américain en matière de mutations territoriales forcées¹⁵⁶. Par ailleurs, une autre crise avait éclaté dans le continent sud-américain, qui voyait s'opposer le Pérou à la Colombie. Ce différend territorial, qui trouve son origine dans un traité de limites signé en mars 1922, s'exacerba dans un véritable conflit armé lorsque des irréguliers péruviens s'emparèrent de la bourgade colombienne de Leticia. Ils furent aussitôt désavoués par le gouvernement péruvien, mais fortement soutenus et épaulés par les autorités locales de cet Etat. La S.d.N. se saisit de la question et le 18 mars 1933, le Conseil adopta une résolution instituant un « Comité consultatif chargé de suivre la situation »¹⁵⁷. Dans les considérants qui précèdent le dispositif sont énumérés les différents instruments normatifs par lesquels tant la S.d.N. que les Etats américains :

¹⁵³ Qui étaient également Parties contractantes au Traité concernant la renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (Pacte « Briand-Kellogg »), signé à Paris le 27 août 1928, *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 21, p. 3.

¹⁵⁴ Chaque Etat unilatéralement ne reconnut pas l'Etat fantoche du Mandchoukouo, de sorte qu'on ne peut point parler en la circonstance de non-reconnaissance collective, mais plutôt d'une obligation née par la résolution de la S.d.N. et dont les Etats s'acquittèrent individuellement. La différence par rapport à une prise de position ou à une qualification collective est donc de taille et elle tient à la structure institutionnelle différente de la Communauté internationale, face à ce qui se passait précédemment (Concert européen) et de ce qui s'esquisse à l'heure actuelle.

¹⁵⁵ *Department of State Press Release*, August 3, 1932. La controverse territoriale fut finalement réglée par un arbitrage soumis à un Tribunal formé des ambassadeurs des Etats américains, appelé à trancher *ex aequo et bono*, mais dont le compromis d'arbitrage, en restreignant l'étendue spatiale de la compétence du Tribunal, finissait par entériner au préalable une partie considérable des acquisitions paraguayennes obtenues pendant le conflit. Voy. à cet égard : G. Distefano (2002), pp. 440-452.

¹⁵⁶ Il faut cependant nuancer cette conclusion car le règlement de paix finalement imposé aux deux Parties belligérantes par l'Organisation des Etats Américains (OAS) prévoyait un arbitrage dont le compromis reconnaissait la faculté pour les six Représentants des Etats américains de statuer *ex aequo et bono*, ratifiant *ex ante* les conquêtes territoriales du Paraguay. Finalement, les arbitres durent se borner à tracer les limites, assez étroites d'ailleurs, de ces appropriations opérées par la force des armes.

¹⁵⁷ La question du Leticia et son dénouement sont également examinés sous l'angle de l'administration internationale directe (par la Société des Nations), voy. *infra* III.III.A.ii.

« ont déclaré ... qu'[ils] ne reconnaîtraient pas la validité des acquisitions territoriales qui pourraient être obtenues par une occupation ou une conquête effectuée par la force des armes »¹⁵⁸.

Le dernier cas avant la Charte des Nations Unies est représenté par l'annexion de l'Éthiopie par l'Italie à la suite du conflit de 1935-36 déclenché par cette dernière. Relativement à ladite annexion¹⁵⁹ sanctionnée par le décret-loi du Royaume d'Italie du 9 mai 1936 (n°754), aucune résolution analogue à celle adoptée lors de la crise du Mandchoukouo ne fut adoptée ; ce qui rendit plus aisé (moins embarrassant) le comportement des États membres qui étaient laissés libres de reconnaître ou de ne pas reconnaître le nouvel état de fait¹⁶⁰. En effet, le nouveau statut territorial (aboutissant à la proclamation de l'« Impero d'Italia e di Etiopia ») fut finalement reconnu par quarante-quatre États. Ces quarante-quatre reconnaissances, qui représentaient une forte majorité en 1936 (d'autant plus que les pays européens et du monde occidental y étaient tous), « assainirent »¹⁶¹ le tort perpétré par l'Italie en 1935 (agression armée), et la situation illégale en découlant (l'annexion territoriale)¹⁶².

¹⁵⁸ Résolution adoptée par le Conseil de la S.d.N. le 18 mars 1933 lors de sa 71^{ème} séance extraordinaire convoquée en vertu de l'art. 15 du Pacte, à la demande du Gouvernement de la Colombie, *Journal officiel*, 14^{ème} année, n°4 (Première partie), avril 1933, p. 526.

¹⁵⁹ Sur les faits et les circonstances de cette « affaire », cf. en général : P.A. Sereni, *La rappresentanza nel diritto internazionale*, Padoue, 1936. Pour les vicissitudes de cette affaire au sein de la Société des Nations, cf. *Journal Officiel*, suppléments spéciaux n° 145-150 et 164.

¹⁶⁰ La mise en œuvre des sanctions économiques fut en effet laissée au gré de chacun des États membres individuellement. Voy. J.A. Frowein, « Article 39 », in *United Nations Charter. A Commentary*, 1ère éd., Oxford, 1995, p. 607.

¹⁶¹ Et cela nonobstant la résolution du 11 mars 1932 condamnant la conquête comme mode d'acquisition de territoire.

¹⁶² Il est intéressant à cet égard d'étudier les raisons qui amenèrent la Suisse, pays neutre et membre de la S.d.N. (qui ne s'était d'ailleurs pas associée à la politique des sanctions décidée par la S.d.N. à l'encontre de l'Italie à la suite du conflit), à reconnaître la nouvelle qualification territoriale. Motifs d'ordre politique (l'Italie était à l'époque une Grande Puissance), de « bon voisinage », mais surtout de nécessité, à savoir le souci de voir protégés les intérêts suisses en Éthiopie. Mais encore, la Suisse ne voulait pas qu'une éventuelle non-reconnaissance eût été interprétée comme une « condamnation » : « L'ajournement de la reconnaissance pourrait, non sans raison, être considéré comme une mesure coercitive que notre pays ne s'est nullement engagé à prendre. », *Répertoire de la pratique suisse de droit international public. Documentation concernant la pratique de la Confédération en matière de droit international public 1914-1939*, Bâle, 1975, p. 457. Le souci de voir ses propres intérêts protégés était ainsi exprimé par le Département politique helvétique : « [L]a reconnaissance est indispensable si l'État tiers entend sauvegarder ses intérêts dans le territoire conquis, car cette sauvegarde ne peut être assurée qu'auprès du *nouveau titulaire de la souveraineté*. » (p. 460 ; les italiques sont de nous). Toutefois, le même département s'empressait de préciser que le « Conseil fédéral n'a ni reconnu, ni même sanctionné la « conquête » de l'Éthiopie, mais il s'est contenté de reconnaître la souveraineté italienne sur l'Éthiopie [...] La reconnaissance [...] ne touche pas au fondement juridique, à la 'causa', de l'acquisition territoriale ; elle s'attache uniquement au fait que les droits de souveraineté ont changé » (*loc. cit.*). Voilà la quintessence de l'art diplomatique ! Il est en effet loisible de nous demander où est la différence (si différence il y a) en droit. La position ainsi assumée par la diplomatie helvétique si elle est irréprochable du point de vue politique, nous laisse au contraire perplexe du point de vue de la stricte logique juridique. Il n'en demeure pas moins vrai que l'attitude du Conseil fédéral suisse dans cette circonstance est révélatrice de la signification que les attitudes des États revêtent en de tels cas de figure. Par exemple, dans l'affaire relative au Timor oriental (1995, § 17), l'Australie tint

La Charte des Nations Unies viendra effacer la tâche infamante de l'affaire d'Abyssinie et enracinera durablement l'obligation de non-reconnaissance dans le tissu normatif international. Son article 2 § 4 – consacrant l'interdiction de la force (et de sa menace) – dans les relations internationales entre Etats, ainsi que l'article 1 § 2 – qui porte aux fonts baptismaux le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – fixent des limites infranchissables au comportements des Etats en matière d'acquisition territoriale. Plusieurs règles – importantes – dans d'autres domaines du droit international général blindent le principe de l'acquisition territoriale par la force des armes. D'entrée de jeu, il convient de mentionner la résolution 2625 (XXV) qui est, à cet égard, la « mère » de toutes les résolutions onusiennes en la matière. Le Conseil de sécurité, pour ne citer que l'organe auquel est confié « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales (Article 24 § 4 CNU), s'y est référé dans le cas de l'annexion par Israël de Jérusalem-Est¹⁶³, « demandant » aux Etats de ne pas reconnaître la situation¹⁶⁴ ; il en alla de même pour l'annexion par Israël des hauteurs du Golan, qu'il qualifie de « nulle et non avenue et sans effet juridique sur le plan international »¹⁶⁵. Le Conseil de sécurité réitérera ce principe lors de l'annexion du Koweït par l'Irak à la suite de la guerre d'agression menée par ce dernier :

« Demande à tous les Etats, organisations internationales et institutions spécialisées de ne pas reconnaître cette annexion et de s'abstenir de toute mesure et de tout contact qui pourraient être interprétés comme une reconnaissance implicite de l'annexion »¹⁶⁶.

à préciser que sa reconnaissance *de iure* de l'annexion du Timor oriental par l'Indonésie : « [ne] change rien à l'opposition que le gouvernement n'a cessé d'exprimer quant aux conditions dans lesquelles le territoire a été incorporé ». Ce *distinguo* subtil se révèle cependant difficile à asseoir en droit, comme il a été adroitement stigmatisé par les juges Weeramantry et Skubiszewski dans leurs opinions dissidentes jointes à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans la susdite affaire (respectivement, p. 201 & § 119-122). En ce qui concerne le souci de la protection de ses propres intérêts auprès du « nouveau titulaire » de la souveraineté, on ne se lassera pas de répéter que cela découle de la structure même de l'ordre juridique international à laquelle nous avons déjà fait référence. Voy. : C. Cereti, « Il non-riconoscimento come pretesa sanzione », in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol.III, Padoue, 1940, pp. 153-154 ; G. Ballardore Pallieri (1962), pp. 340-343 ; R. Langer, *Seizure of Territory. The Stimson Doctrine and Related Principles*, Princeton, 1947, p. 147.

¹⁶³ Résolution 476 (30 juin 1980).

¹⁶⁴ Résolution 478 (20 août 1980). Voy. aussi plus récemment, sa résolution 2334 (23 décembre 2016).

¹⁶⁵ Résolution 497 (17 décembre 1981). L'AG lui emboîtera le pas avec sa résolution 37/123 (A), du 16 décembre 1982. Le 28 septembre 2018, la Palestine a introduit une instance contre les Etats-Unis « au sujet d'un différend concernant des violations alléguées de la Convention de Vienne [de 1961] sur les relations diplomatiques » résultat de la reconnaissance (le 6 décembre 2017) par l'Etat défendeur de Jérusalem en tant que capitale d'Israël et du « transfert » subséquent de l'ambassade américaine en Israël de Tel-Aviv à Jérusalem. L'affaire est actuellement pendante devant la CIJ, la partie défenderesse ayant soulevé des objections préliminaires relativement à la compétence et à la recevabilité de la requête palestinienne.

¹⁶⁶ Résolution 662 (9 août 1990).

Plus récemment, le Conseil de sécurité ne pouvant pas agir du fait de la menace – brandie par la Russie – de son inévitable veto, l'Assemblée générale a demandé :

« à tous les Etats, organisations internationales et institutions spécialisées de ne reconnaître aucune modification du statut de la République autonome de Crimée et de la ville de Sébastopol sur la base de ce référendum et de s'abstenir de tout acte ou contact susceptible d'être interprété comme valant reconnaissance d'une telle modification de statut »¹⁶⁷.

Tout récemment encore, et dans le même contexte, le Conseil de sécurité, bloqué par le veto de la Fédération de Russie a renvoyé¹⁶⁸ (en vertu de l'article 11 § 2 de la CNU) la situation en Ukraine à l'Assemblée générale qui a adopté le 2 mars 2022, lors de sa 11^{ème} session extraordinaire d'urgence, la résolution A/ES-11/L.1. Par celle-ci, l'Assemblée générale « déplore » la décision prise par la Fédération de Russie de reconnaître l'indépendance des régions ukrainiennes de Donetsk et de Louhansk, qui « constitue une violation de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de l'Ukraine et contrevient aux principes de la Charte » (§ 5).

Dans ce même esprit, l'article 52 CVDT 1969 vient blinder le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force en sanctionnant la nullité des traités conclus sous la « contrainte exercée sur un Etat par la menace ou l'emploi de la force [illicite] »¹⁶⁹. En sont exclus, bien évidemment les Traités de paix¹⁷⁰ où, pour ainsi dire, l'acte de force ou la violence, qu'elle

¹⁶⁷ Résolution A/68/262 (27 mars 2014).

¹⁶⁸ Résolution 2623 (27 février 2022) : « Considérant que l'absence d'unanimité parmi ses Membres permanents lors de sa 8979^e séance l'a empêché d'exercer sa responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

¹⁶⁹ Tant la Cour internationale de Justice (Affaire de la Compétence en matière des Pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), arrêt du 25 juillet 1974 (fond) : *CIJ Recueil* 1974, § 24) que, entre autres, le tribunal arbitral dans l'affaire du différend territorial entre Dubaï et Sharjah (§ 42), ont constaté que l'article 52 de la CVDT 1969 codifie assurément le droit international coutumier contemporain en la matière.

¹⁷⁰ P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2^{ème} éd., Paris, 1985, § 257 ; J. Touscoz, p. 230. Selon Bellini (pp. 336-337), le Traité de paix portant cession de territoire à la suite d'un conflit armé fournit à l'Etat victorieux le *titulus acquisitionis* qui lui fait défaut, et c'est la raison pour laquelle on fait toujours, dit-il, recours au traité afin de légaliser la mutation territoriale. On se trouverait sinon dans le cas d'une occupation effective [valable *modus acquisitionis*], dépourvue de *titulus acquisitionis* [le territoire n'étant pas *res nullius*], le Traité de paix transférerait donc le *titulus acquisitionis* [voir la situation analogue à cet égard en cas de transferts « volontaires » de territoire, *supra* I.II]. *Contra* K. Heimburger, *Der Erwerb der Gebietshoheit: eine staats- und völkerrechtliche Studie*, Berlin, 1888, pp. 127-139 ; R. Quadri (1968), p. 167, pour qui la *debellatio* éteindrait l'Etat (en cas de subjugation) ou éteindrait sa souveraineté territoriale sur la partie de territoire occupée, de sorte que celle-ci deviendrait *res nullius*. Par conséquent : les Traités de paix « sono spesso dei Trattati meramente fittizi [en cas d'occupation totale du territoire de l'Etat vaincu] », d'où la configuration, par certains auteurs, du traité de paix comme acte unilatéral. Toutefois, comme preuve de la nécessité juridique du traité aux fins de la légitimation de la mutation territoriale, on peut alléguer que très souvent le territoire sur lequel porte le traité ne coïncide pas toujours avec le territoire occupé *manu militari* par l'Etat cessionnaire. Donc la fiction de la qualification *res nullius* du territoire objet du transfert territorial tombe à l'eau. Il suffit en effet, que l'Etat cessionnaire se « contente » d'une partie moins importante

soit illicite ou pas, forme la *causa*, au sens civiliste du terme, du traité. Elle ne lui est pas extérieure, mais elle en est la raison, elle est consubstantielle au traité lui-même¹⁷¹. Mais, De Visscher a assurément raison lorsqu'il s'interroge sur la question :

« de savoir si notre droit international contemporain entend encore reconnaître la validité de principe d'un tel traité »¹⁷².

Mais, en dépit de la validité de ce traité, la consolidation de la nouvelle situation territoriale qu'il instaure peut toutefois concourir à sa « validation » successive par d'autres moyens¹⁷³ que l'acte juridique de disposition de territoire. D'autant plus que, aux termes de la résolution 2625 précitée, le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force « ne sera pas interprété comme portant atteinte ... b) aux pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu de la Charte ». En conséquence, en raison du caractère de norme impérative dont est revêtue l'interdiction de la menace et l'emploi de la force, un traité de cession territoriale conclu entre un l'Etat agresseur et l'Etat agressé ne saurait véhiculer le *titulus acquisitionis*. Il faudrait, de surcroît, une résolution du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII laquelle endosserait, ferait sienne le contenu (« negotium ») du traité¹⁷⁴. Ceci engendrerait un double effet : d'une part, elle mettrait à l'abri (de la CNU) la cession territoriale, la soustrayant formellement à l'empire du droit des traités (et partant à la sanction de l'article 52 CVDT 1969) ; d'autre part, cette

par rapport à celle effectivement occupée à la fin des hostilités ; ou que, inversement, la simple occupation d'une partie réduite du territoire de l'autre Etat lui permette de mettre celui-ci à genoux et d'obtenir ainsi par le Traité une partie plus vaste (voire différente). La thèse donc qui veut que le territoire devienne *res nullius*, ne nous convainc guère à la lumière à la fois de la conception de titre juridique et de la pratique internationale des Etats. Pour un panorama doctrinal des auteurs qui configureraient dans la *debellatio* (ou annexion forcée) une situation de *res nullius* à la suite de la disparition de la souveraineté territoriale de l'Etat vaincu, cf. M. Giuliano (1951), p. 181 (note 2) et p. 182 (note 1). Dans l'affaire Florence Strunsky-Mergé, décision rendue le 10 juin 1955 par la Commission de conciliation italo-américaine, *RGDIP*, Vol. 63 (1959), p. 128, il est clairement affirmé que : « Au point de vue juridique, le traité de paix est une convention internationale, non un acte unilatéral ». Il nous semble que ce passage reflète le droit positif contemporain.

¹⁷¹ D'ailleurs, de tout temps le traité de paix a constitué un titre juridique valable aux fins des mutations territoriales : « One of the ordinary incidents of a treaty is the cession of territory. It is not too much to say that it is the rule rather than the exception, that a treaty of peace, following upon a war, provides for a cession of territory to the victorious party. », De Lima v. Bidwell (1901), *AILC*, (1783-1968, Déak), Vol. 3, p. 279 [les italiques sont de nous] ; affaire de l'île de Palmas, p. 846.

¹⁷² Ch. De Visscher (1967), p. 116. Jadis : P. Fiore (1868), p. 384. Ainsi la figure des « traités de paix » peut tomber dans la catégorie des « traités inégaux » ; en ce sens : A.P. Gureckas, pp. 111-112. Voy. la résolution 2625 de l'AG, *a contrario*, là où il est question des accords antérieurs à la Charte, et donc au principe de l'inadmissibilité de l'acquisition des territoires par la force.

¹⁷³ Sir Robert Jennings (1963), pp. 77-78.

¹⁷⁴ Le Conseil de sécurité a déjà recouru à ce « subterfuge » au lendemain des opérations militaires menées par certains membres de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie en 1999. La résolution 1244, adoptée le 10 juin 1999, et pavant la voie à une possible modification du statut territorial de la province serbe du Kosovo, d'entente avec les parties intéressées (Belgrade et les représentant du peuple kosovar). Voy. G. Distefano, « Le Conseil de sécurité et la validation des traités conclus par la menace ou l'emploi de la force », in *La crise des Balkans de 1999. Les dimensions historiques, politiques et juridiques du conflit du Kosovo*, Bruxelles, 2000, pp. 167-192.

résolution concourrait à la validation du transfert territorial au titre de la reconnaissance institutionnelle internationale (le triptyque).

Dans le même registre, une autre branche importante du droit international général vient étayer ce principe fondamental du droit international des espaces, dans la mesure où le droit international humanitaire introduit un garde-fou à la possibilité qu'a le gouvernement d'un Etat dont le territoire est – partiellement voire entièrement – occupé par l'autre Puissance belligérante de déroger aux dispositions de la Quatrième Convention Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. En effet, cette disposition se fonde sur le présupposé selon lequel une des Parties au conflit :

« se trouverait, même temporairement, vis-à-vis de l'autre Puissance ou de ses alliés, *limité dans sa liberté de négociation*, par suite des événements militaires, notamment en cas d'une occupation de la totalité ou d'une partie importante de son territoire »¹⁷⁵.

D'une certaine manière, cette disposition intériorise la contrainte par un Etat sur un autre Etat lors de la conclusion d'un traité pouvant déroger aux stipulations de la Quatrième Convention de Genève au détriment de la Partie se trouvant temporairement en situation défavorable¹⁷⁶. Cette condition de fait remplirait donc *ipso iure* la condition qui déclenche l'application de l'article 52 CVDT 1969.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, dont nous parlerons de manière plus approfondie dans la prochaine section (II.II.A), n'est pas en reste dans la mesure où il est garanti par l'obligation de non-reconnaissance déniait toute validité aux situations territoriales qui lui sont contraires. En sus des résolutions du Conseil de sécurité relatives à Jérusalem-Est, qui attestent à la fois la violation de l'interdiction de l'usage de la force *et* du principe du droit des peuples à l'autodétermination, il y a lieu d'évoquer le cas célèbre de la Rhodésie du Sud¹⁷⁷ dirigée par un gouvernement de minorité blanche au mépris de multiples résolutions onusiennes. Le Conseil de sécurité :

« 1. *Condamn[a]* la proclamation illégale par laquelle le régime illégal de la Rhodésie du Sud a attribué au territoire le statut de république ; 2. *Décid[a]* que les Etats Membres s'abstiendront de reconnaître ce régime illégal ou de lui fournir toute assistance ».

¹⁷⁵ Article 11 § 5 de la IV GE 1949.

¹⁷⁶ A cet égard, la résolution 1546 du CS (8 juin 2004) relative à la situation en Iraq et portant « bénédiction » de l'accord conclu entre le gouvernement de cet Etat et les puissances occupantes est en porte-à-faux avec l'article 11 § 5 de la IV GE 1949. C'est comme si le Droit de New York l'emportait (ou l'aurait emporté) sur le Droit de Genève ; ou en d'autres termes, les impératifs de la paix et de la sécurité internationales prévalaient (ou auraient prévalu) sur les exigences d'humanité incarnées par le DIH. Par cet accord, en effet, les autorités irakiennes consentaient à la transformation d'une occupation de guerre en occupation sur invitation, alors qu'entre autres objections, des doutes sérieux existaient quant au caractère représentatif du gouvernement irakien.

¹⁷⁷ Voy. l'ouvrage de référence en la matière : V. Gowlland-Debbas (1990-2).

Nous pourrions sûrement allonger la liste¹⁷⁸, sans que le paradigme ne change ; il est en revanche plus intéressant d'investiguer sur les conséquences de cette obligation de non-reconnaissance que reflète cette pratique.

D'entrée de jeu, il faut se poser la question suivante : si cette obligation existe, comme nous sommes portés à le croire, en droit international général, alors les conséquences découlent pour les Etats indépendamment de toute action du CS, de l'AG ou, le cas échéant, d'un organe compétent d'une organisation régionale¹⁷⁹. Dans le cas contraire, en revanche, l'obligation existerait seulement en vertu de la décision de l'un quelconque de ces organes. Dans ce dernier cas de figure, il importe de vérifier ses pouvoirs ainsi que, conséquemment, les effets juridiques de la décision.

De même, et quelle que soit la réponse donnée à la première question, il convient de distinguer, en cas de décision prise par un organe compétent, entre les effets juridiques à l'intérieur de l'organisation et ceux à l'extérieur, à savoir sur le plan du droit international général.

Nous pensons que les deux avis consultatifs de la CIJ, respectivement dans l'affaire *Namibie* et dans le *Mur en Palestine*, servent d'excellentes cartes de navigation en la matière. Il n'est pas inutile, nous semble-t-il, de reproduire deux longs extraits de ces deux prononcés de la Cour. D'abord dans l'affaire de Namibie, en 1971, la Cour observe que :

« S'agissant des traités bilatéraux en vigueur, les Etats Membres doivent s'abstenir d'invoquer ou d'appliquer les traités ou dispositions des traités conclus par l'Afrique du Sud au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne qui nécessitent une collaboration intergouvernementale active. Pour ce qui est des traités multilatéraux, la même règle ne peut s'appliquer à certaines conventions générales, comme les conventions de caractère humanitaire, dont l'inexécution pourrait porter préjudice au peuple namibien. Il appartiendra aux organes internationaux compétents de prendre des mesures précises à cet égard. [Les Etats membres de l'ONU] doivent s'abstenir d'envoyer des agents consulaires en Namibie et rappeler ceux qui s'y trouvent déjà. Ils doivent également signifier aux autorités sud-africaines qu'en entretenant des relations diplomatiques ou consulaires avec l'Afrique du Sud ils n'entendent pas reconnaître par là son autorité sur la Namibie [...] [L]a cessation du mandat et la déclaration de l'illégalité de la présence

¹⁷⁸ Nous ne pouvons cependant pas passer sous silence la résolution 541 (du 18 novembre 1983), par laquelle le Conseil de sécurité « 2. Considère la proclamation susmentionnée [d'indépendance de la République turque de Chypre-Nord] comme juridiquement nulle et demande son retrait ; ». La RTCN ayant été ainsi constatée par le Conseil de sécurité comme n'étant finalement qu'un Etat fantoche [supra II.I.A., p. 101], il « Demande à tous les Etats de respecter la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité territoriale et le non alignement de la République de Chypre ; 7. Demande à tous les Etats de ne pas reconnaître d'autre Etat chypriote que la République de Chypre ».

¹⁷⁹ En ce sens : opinion dissidente du juge Skubiszewski jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du Timor oriental (1995) : « la règle de non-reconnaissance est directement applicable. Il n'est pas nécessaire, pour qu'elle s'applique, que l'organisation des Nations Unies ou une autre organisation internationale la réitère. En conséquence, le fait que l'Organisation des Nations Unies n'a pas donné de directive en ce sens dans un cas particulier ne dispense aucun Etat de l'obligation de non-reconnaissance. L'absence de « sanctions collectives » n'a pas non plus cet effet » (p. 264, § 130).

sud-africaine en Namibie sont opposables à tous les Etats, en ce sens qu'elles rendent illégale *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international ; en particulier aucun Etat qui établit avec l'Afrique du Sud des relations concernant la Namibie ne peut escompter que l'Organisation des Nations Unies ou ses Membres reconnaîtront la validité ou les effets de ces relations ou les conséquences qui en découlent. [Toutefois], la non-reconnaissance de l'administration sud-africaine dans le territoire ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale. [Ainsi], cette nullité ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire »¹⁸⁰.

Dans l'affaire du *Mur en Palestine*, la Cour de La Haye s'est appuyée sur ses constatations tout en élargissant par la même occasion la sphère d'application des conséquences des violations d'obligations *erga omnes*, telle celle protégeant le droit à l'autodétermination des peuples¹⁸¹, par le truchement de l'obligation de non-reconnaissance :

« Les obligations *erga omnes* violées par Israël sont l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ainsi que certaines des obligations qui sont les siennes en vertu du droit international humanitaire. [...] Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les Etats sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. Il appartient par ailleurs à tous les Etats de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. [...] La Cour est enfin d'avis que l'organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé »¹⁸².

Non seulement donc la Cour étend l'application de l'obligation de non-reconnaissance aux organisations internationales compétentes, telle l'ONU, mais, de plus, elle en déduit une obligation positive à la charge de leurs organes en vue du règlement international du conflit israélo-palestinien. L'obligation

¹⁸⁰ CIJ, Namibie 1971, §§ 122-126. De même, concernant notamment l'exception relative à la reconnaissance d'effets juridiques aux actes accomplis par l'occupant illégal, mais au bénéfice des habitants du territoire : *Emin v. Yeldag* (Attorney-General and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs intervening), Angleterre, High Court, Family Division, 5 octobre 2001, 148 *ILLR*, 50 (le tribunal se réfère au jugement de la CourEDH dans l'affaire *Loizidou*).

¹⁸¹ Ainsi faisant, la Cour met un terme à la douteuse ambiguïté qu'elle avait dangereusement laissé planer depuis son arrêt dans l'affaire du Timor oriental (1995, § 32).

¹⁸² CIJ, *Mur en Palestine*, 2004, §§ 148, 154-155, 159-160. Voy. aussi la résolution 2334 (23 décembre 2016) du Conseil de sécurité, par laquelle ce dernier « demande aux Etats de faire une distinction, dans leurs échanges en la matière, entre le territoire de l'Etat d'Israël et les territoires occupés depuis 1967 ».

de non-reconnaissance se métamorphose donc lorsqu'elle s'applique aux organisations internationales.

La Cour est dans la plus stricte orthodoxie puisque sa démarche s'inscrit à l'unisson des travaux de la CDI en matière de responsabilité internationale de l'Etat désormais consignés dans ARE. En effet, conformément à ses articles 40 et 41, qui régissent les conséquences de la violation grave d'obligations contenues dans une norme de *ius cogens*, tous les Etats jouissent d'un intérêt juridique au rétablissement de la légalité. A cette fin, l'article 41 – qui reflète indubitablement le droit international général en la matière – introduit deux types d'obligations, la première négative, la seconde positive. *Primo*, les Etats « doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites » à la violation en question (article 41 § 1), le choix des moyens dépendant des « circonstances de l'espèce »¹⁸³. *Secundo*, en vertu de l'article 41 § 2, les Etats sont astreints à l'obligation de ne pas « reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40 » ainsi que de ne « prêter ni aide ni assistance au maintien de cette situation »¹⁸⁴. Difficile ne pas y entendre un écho lointain aux prononcés de la Cour internationale de Justice dans les deux affaires susmentionnées¹⁸⁵.

La déclaration d'illégalité (par le CS, l'AG ou encore la CIJ), à laquelle se joindra la Communauté internationale tout entière, en exécution de l'obligation de non-reconnaissance¹⁸⁶, empêchera que la situation illégale ne se consolide par effet de sa seule effectivité¹⁸⁷. Bien entendu, cette dissociation entre *titulus* (validité) et *modus acquisitionis* (effectivité) n'est et ne peut être que passagère¹⁸⁸, l'ordre juridique abhorrant ce genre de situations, et

¹⁸³ Paragraphe 3 (p. 308) du Commentaire à l'article 41 ARE (UN DOC. A/56/10).

¹⁸⁴ Paragraphe 4 (p. 309) du Commentaire à l'article 41 ARE (UN DOC. A/56/10).

¹⁸⁵ C'est sous cet angle qu'il convient de lire les considérations prudentes du Tribunal de la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 10 décembre 2015 dans l'affaire T-512/12 : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=172870&%3Bdoclang=FR>. Par sa décision, le Tribunal a partiellement annulé un traité commercial de l'Union européenne avec le Maroc dans la mesure où il portait atteinte au droit à l'autodétermination du peuple sahraoui, puisqu'il incluait le territoire relevant de la souveraineté de ce dernier et non pas du royaume chérifien (§§ 226-248).

¹⁸⁶ A défaut d'autres mesures bien plus contraignantes (p.ex. celles impliquant l'emploi de la force dans le cadre du Chapitre VII) ou encore d'autres mécanismes du droit international « classique » comme la légitime défense collective (s'il y a lieu) ou l'exécution forcée du droit lésé (par le passé), voir les contre-mesures sous le régime de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite (articles 22, 49-53 ARE).

¹⁸⁷ « ... [T]he Court considers that the qualification of a situation as illegal does not by itself put an end to it. It can only be the first, necessary step in an endeavour to bring the illegal situation to an end », CIJ, Namibie 1971, § 111.

¹⁸⁸ « If non-recognition should leave unchanged the facts of which it marks disapproval, it would result in a discordance between the law and the facts which in the long run would merely advertise the impotence of law », J.-L. Brierly (1963), p. 172. La qualification d'assainissement que la Communauté internationale émet vis-à-vis d'une situation territoriale illégale ne signifie nullement l'abdication du droit au fait, mais plutôt l'effectivité de l'ordre juridique, condition essentielle de son efficacité. Car, si l'ordre juridique international dispose des moyens et qu'il est animé de l'intention de rétablir le droit

a fortiori l'ordre juridique international dont la structure actuelle sied mal à de telles anomalies. En cas de persistante passivité de la part de la Communauté internationale dans le temps, nous devons nous demander si une telle situation ne finira par s'imposer *erga omnes* comme étant valable aux yeux du droit international¹⁸⁹. Comme il a été stigmatisé sans détours dans un manuel autorisé de droit international public :

« ... La pratique de non-reconnaissance n'est pas un remède universel ; ayant pour base une confusion entre les deux logiques de la reconnaissance, celle du constat et celle de l'approbation [ce qui est tout à fait vrai], elle soumet au critère de la légitimité des situations qui ressortissent à l'ordre des faits ; *et l'effectivité finit souvent par l'emporter*. Dans un premier temps les Etats tiers refusent de tenir compte de la nouvelle appartenance du territoire à l'Etat conquérant, par exemple en s'opposant à l'application du territoire annexé des traités qui les lient à l'Etat annexant, ou en ne reconnaissant pas la validité des actes faits par celui-ci pour valoir sur celui-là mais cette sorte d'inopposabilité des conséquences de l'incorporation d'un territoire est de peu de poids, et les Etats tiers en arrivent tôt ou tard à traiter l'Etat annexant comme l'autorité compétente pour agir sur le territoire »¹⁹⁰.

La non-reconnaissance peut donc parfois être suivie par la reconnaissance différée (*de iure*) laquelle est fréquemment précédée à son tour par la reconnaissance *de facto*¹⁹¹, qui constitue le prélude de la capitulation du « rigide

lésé, alors la réunion du *titulus* et du *modus acquisitionis* se fera auprès du souverain légal. Mais en cas contraire, il est fort probable que, le droit étant modèle par la pression des forces sociales, le titre juridique se forme auprès de l'Etat occupant.

¹⁸⁹ Nous n'allons toutefois pas jusqu'à affirmer avec Borchard que la doctrine de la non-reconnaissance « is an instrument of that moralistic world which was supposedly built up after 1919, a world of mechanical devices which has produced more immorality in the world than I think has never existed before. In the search for moral ends this school has actually undermined much rational thinking concerning the world we live in. It has been a great enemy of law and of international law. It has developed a theology. Its disciples are substituting theology for law, and although their theology is defeated on every hand by the unhappy facts of life, they nevertheless continue to postulate a kind of natural law and to condemn positive law, so that they are leaving us in a state of anarchy. I might approve their aspirations, but this does not justify a destruction of the *only legal structure we have for keeping man alive in some semblance of predictable order*. » (Intervention de Borchard, citée in H. Briggs, « Non-Recognition of Title by Conquest Limitations on the Doctrine », *Proceedings of the American Society of International Law*, Vol. 34 (1940), p. 96 ; les italiques sont de nous).

¹⁹⁰ J. Combacau, S. Sur, pp. 429-430 [les italiques sont de nous]. De même : Ch. De Visscher (1967), p. 117 ; G. Bentivoglio, pp. 18-19, 25.

¹⁹¹ Voy. G. Venturini (1946), pp. 112-116 ; G. Bentivoglio, p. 92 [note 192]. Au sujet de la subtile distinction, toute diplomatique et à encadrer dans la dynamique du fléchissement de la position de la Communauté internationale, entre reconnaissance *de facto* et reconnaissance *de iure*, voir les perplexités conceptuelles légitimes affichées par divers tribunaux internes : *Bank of Ethiopia v. National Bank of Egypt and Liguori*, p. 122 ; *Re an Application by Ernst Jaakson and Aarand Roos*, pp. 59-60 ; *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Etat polonais*, sentence rendue le 1er août 1929 par le Tribunal arbitral mixte germano-polonais, in *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes*, Vol. 9, Paris, pp. 343-344. Sur l'utilité de cette distinction, étayée par des considérations de politique internationale, Briggs (p. 82) et Sir Hersch Lauterpacht (1947, p. 433) se sont exprimés positivement, quoique pour des raisons différentes. Que l'on songe aussi à la reconnaissance *de iure* par l'Australie de l'incorporation du Timor oriental par l'Indonésie, qui fut précédée par la reconnaissance *de facto* : CIJ, *Timor oriental*, (1995), § 16.

légitimisme juridique » ou, peut-être, le début de la « normalisation » des rapports entre Droit et Fait.

Toutefois, et fort heureusement pour la santé du droit international contemporain et la sauvegarde de ses principes fondamentaux, le cas où il y a eu de tels assainissements ont été fort rares et ont concerné des situations singulières et exceptionnelles telles que certaines sécessions violentes – dont nous parlerons plus loin¹⁹². Dans ces cas, nous retrouvons le triptyque actuel formé par : a) l'effectivité de la situation ; b) le consentement de l'Etat lésé (titulaire du droit de souveraineté territoriale) ; c) la reconnaissance concomitante (ou encore antérieure, voire postérieure) de la Communauté internationale. Aujourd'hui, et contrairement à la situation d'avant la Charte, la reconnaissance de la Communauté internationale est exigée puisque la situation territoriale s'est réalisée au mépris d'une norme impérative du droit international général¹⁹³. Dès lors, la qualification juridique d'assainissement confère à la situation territoriale illégale, mais effective [*modus acquisitionis*], le *titulus acquisitionis* (c'est-à-dire la dérogation ponctuelle à la norme de *ius cogens* enfreinte comme l'interdiction du recours à la force et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) qui réside précisément chez la Communauté internationale tout entière.

Ce triptyque qui aujourd'hui dans le droit de la CNU se légitime par et se fonde sur les deux normes de *ius cogens* susmentionnées (interdiction de l'usage et menace de la force ; droit à l'autodétermination des peuples), avait déjà été préfiguré par la Commission de juristes dans la cause célèbre des Iles d'Åland. Le tribunal, après avoir correctement précisé que le droit pour une fraction du peuple d'un Etat de se séparer de celui-ci relève de son domaine réservé¹⁹⁴, affirme que :

« Au point de vue aussi bien du droit interne que du droit international, la formation, la transformation et le démembrement d'Etats par suite de révolutions et de guerres créent des situations de fait qui échappent en grande partie aux règles normales du droit positif. Cela revient à dire que lorsque le fondement essentiel de ces règles, à savoir la souveraineté territoriale, fait défaut soit parce que l'Etat n'a pas encore pris complètement naissance, soit parce qu'il se trouve dans une période de transformation ou de dissolution, il existe, quant au droit, une situation douteuse, incertaine, qui ne prend fin que du moment où le développement s'est achevé et qu'une nouvelle situation, définitive et normale quant à la souveraineté territoriale, s'est établie. Ce passage d'une situation de fait à une situation de droit définitive et normale, ne saurait être considéré comme relevant de la compétence exclusive d'un Etat. *Il tend à amener des modifications dans l'ensemble des membres de la*

¹⁹² Voy. *infra* II.II.B.i.

¹⁹³ « An illegality cannot, as a rule, become a source of legal right to the wrongdoer. *This does not mean that it cannot produce any legal results at all* », Sir Hersch Lauterpacht (1947), p. 420 [les italiques sont de nous].

¹⁹⁴ Voy. *infra* note 247.

communauté internationale et dans leur statut territorial et juridique et, par conséquent, il intéresse cette communauté au plus haut degré aussi bien dans l'ordre politique que dans l'ordre juridique »¹⁹⁵.

D'où la nécessité d'une prise de position des Etats tiers *uti singuli* ainsi que, tout aussi important, celle de l'ONU et, éventuellement, de (ou des) organisations régionales compétentes. Cette prise de position *terce* doit, faut-il le rappeler, s'accompagner par la vérification du consentement de l'Etat parent (construction bicéphale du *titulus*) aux fins de la validation de la situation territoriale originellement illégale.

II. LE TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE ET LE PRINCIPE DU DROIT DES PEUPLES À DISPOSER D'EUX-MÊMES

A. Comme fondement du titre de souveraineté territoriale

Sans aucun doute, le premier des droits de l'Homme, comme tel qu'il figure dans les deux premiers traités internationaux universels – les deux Pactes de 1966 (Article 1^{er} commun) –, fonde le *titulus* permettant à un peuple de s'ériger en Etat. Toutefois, ceci n'est pas, ou pas toujours, suffisant car il faudra toujours la sempiternelle effectivité (*modus acquisitionis*).

*i. La naissance du principe et sa dimension politique originelle*¹⁹⁶

La résolution 1514 (XV)¹⁹⁷ peut être considérée à juste titre comme la mère de toutes les résolutions de l'AG en matière de droit à l'autodétermination et, par extension, du corps de règles en cette matière. En réaffirmant le souhait *ardent* de « la fin du colonialisme », la résolution 1514 énonce le premier cas de figure (ou situation) dans lequel un peuple jouit du droit à disposer de lui-même, c'est-à-dire le colonialisme, entendu comme « subjugation, domination et exploitation étrangère » constituant par-là « un déni des droits fondamentaux de l'homme » et comme étant « contraire à la Charte des Nations Unies »¹⁹⁸. Le régime colonial se concrétise dans l'existence d'un « territoire non autonome », c'est-à-dire d'un « territoire géographiquement et

¹⁹⁵ Question des Îles d'Åland, décision du 5 septembre 1920 par la Commission de juristes chargée par le Conseil de la Société des Nations de donner un avis consultatif sur les aspects juridiques de la question des Îles d'Åland), *Journal officiel de la Société des Nations*, octobre 1920, pp-3-19, § 3.

¹⁹⁶ Il n'est guère question ici d'étudier la thématique du principe du droit à l'autodétermination, mais plus simplement d'examiner son impact aux fins de la validité d'une situation territoriale.

¹⁹⁷ « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux », 14 décembre 1960.

¹⁹⁸ Il importe de relever que, comme d'ailleurs la simple interprétation littérale et téléologique du préambule et de l'article 1^{er} CNU le montre aisément, la promotion des droits de l'homme, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ainsi que le progrès économique et social sont considérés comme instrumentaux aux fins de la sauvegarde de la valeur suprême (du moins en 1945) que sont la paix et la sécurité internationales.

ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre »¹⁹⁹. Toutefois, l'avant-dernier paragraphe (5) introduisit la clause de sauvegarde selon laquelle l'exercice de ce droit devait se concilier « avec l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays » membre des Nations Unies²⁰⁰. Car, en fin de compte, tout Etat – pourvu que soit respecté le droit à l'autodétermination – n'est que l'aboutissement effectif de l'exercice de ce dernier. Ce paragraphe, lu conjointement (interprétation contextuelle) avec les autres alinéas où il est question des régimes coloniaux, indique clairement que le droit à l'autodétermination ne peut – d'après cette résolution – s'exercer que dans cette situation particulière de domination étrangère. A titre d'exemple on peut mentionner l'occupation coloniale – donc illégale – par les forces militaires portugaises de certains secteurs de la république de Guinée-Bissau ainsi que les actes d'agression commis par elles contre le peuple de la République de Guinée-Bissau. Dans sa résolution 3061 (XXVIII) du 2 novembre 1973, l'AG, se félicitant « de l'accession récente à l'indépendance du peuple de Guinée-Bissau », « condamne énergiquement la politique menée par le Gouvernement portugais pour perpétuer son occupation illégale de certains secteurs de la République de Guinée-Bissau, ainsi que les actes réitérés d'agression commis par ses forces armées contre le peuple de la Guinée-Bissau et du Cap-Vert » et « exige que le Gouvernement portugais s'abstienne immédiatement de nouvelle violation de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la République de Guinée-Bissau et de tous actes d'agression contre le peuple de la Guinée-Bissau et du Cap-Vert en retirant sur-le-champ ses forces armées de ces territoires ».

Le déni forcé par une puissance coloniale de l'exercice par le peuple colonisé de son droit à l'autodétermination est ainsi considéré comme équivalant à une agression permanente déclenchant, au bénéfice de ce peuple, le droit de légitime défense. De surcroît, aux termes de la résolution 2625 de l'AG, le peuple colonisé jouit du droit à demander et recevoir de l'aide, conformément à la Charte des Nations Unies, dans le but s'émanciper du joug colonial²⁰¹.

¹⁹⁹ Principe V de la résolution 1541 (15 décembre 1960). Voy. G. Distefano, A. Hêche, « Chapter 8. Colonies and Mandates », in *Cambridge History of International Law*, Vol. X (Global International Law in the Era of the League of Nations (1920-1945), Cambridge, 2022.

²⁰⁰ Cette clause figurera bien évidemment dans la résolution 2625 : « Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur ».

²⁰¹ Or, certains Etats auraient voulu une inclusion explicite dans la résolution 2625 d'une disposition autorisant précisément la légitime défense collective aux côtés du peuple opprimé. On se retrouve en revanche avec une formulation moins audacieuse, mais qui laisse cependant la porte ouverte à l'assistance licite, même militaire par les Etats tiers, sans pour autant que l'aide ne devienne co-

Le 15 décembre 1960 (au lendemain de l'adoption de la 1514), l'Assemblée générale adoptera une autre résolution, la 1541²⁰², qui nous renseigne sur les trois possibilités qui s'offrent à un peuple qui exerce légitimement son droit à l'autodétermination : a) devenir « un Etat indépendant et souverain » ; b) s'associer « librement à un Etat indépendant » ; ou c) s'intégrer « à un Etat indépendant » (Principe VI)²⁰³. Tout peuple, dans une situation coloniale, peut donc librement se déterminer pour l'une ou l'autre de ces solutions ; cette volonté s'exprimera à travers l'exercice d'une consultation référendaire (Principe VII), à l'instar des plébiscites organisés par le passé.

ii. L'affermissement et l'extension du champ opératoire

La résolution 2625 (XXV) de l'AG de l'ONU demeure incontestablement à la fois l'interprétation authentique des principes fondamentaux de la CNU (dont précisément le droit à l'autodétermination) et le reflet fidèle du droit international coutumier en la matière. Il n'est dès lors pas surprenant qu'elle consacre au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes un paragraphe entier, dense de précisions, mais aussi et surtout de nouveautés quant au régime s'y rattachant ainsi qu'à la délimitation de son champ d'application. Après avoir réaffirmé les deux dimensions de ce droit, cette résolution, en soulignant le devoir impératif de mettre fin au « colonialisme », ajoute que la « subjugation, la domination ou l'exploitation étrangère constitue[nt] une violation » du droit des peuples et sont « contraire[s] » à la Charte des Nations Unies. La simple interprétation contextuelle et systémique montre que le colonialisme n'est qu'une espèce du genre plus large représenté par ces trois synonymes. Il s'ensuit dès lors qu'un peuple se trouvant sous occupation (ou subjugation) étrangère jouit du droit à l'autodétermination et ce même si la situation ne peut être qualifiée de régime colonial²⁰⁴. Par conséquent, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ne s'épuise pas – et historiquement ne s'est pas épuisé – dans la décolonisation. Toute occupation par un Etat d'un territoire dont il ne possède pas un titre valable (d'après le droit international) de souveraineté territoriale rentre, partant, dans le cas de figure d'occupation étrangère, déclenchant ainsi le droit à l'autodétermination au bénéfice du peuple concerné. La résolution 2625 affirme clairement ce concept lorsqu'elle affirme

belligérance, c'est-à-dire sans que l'Etat tiers intervienne directement dans le conflit. Dans la célèbre affaire Nicaragua (CIJ, Nicaragua, 1986, § 206), la Cour envisage précisément ce cas de figure dans le contexte de la décolonisation. La pratique internationale – en dépit d'un panorama doctrinal fort contrasté – semble s'orienter vers cette interprétation.

²⁰² « Principes qui doivent guider les Etats Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e) de l'Article 73 de la Charte des Nations Unies leur est applicable ou non », 15 décembre 1960.

²⁰³ La résolution 2625 de l'Assemblée générale de l'ONU (Voy. ci-dessous II.II.A.ii) envisage de même ces trois scénarii en son paragraphe consacré au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

²⁰⁴ Force est de rappeler, comme il a été souligné plus haut, qu'un régime (ou situation) colonial se caractérise par un statut juridique différent sur le plan territorial (entre métropole et colonie).

que : « le territoire d'une colonie ou d'un autre territoire non autonome possède, en vertu de la Charte, un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'Etat qui l'administre; ce statut séparé et distinct en vertu de la Charte existe aussi longtemps que le peuple de la colonie ou du territoire non autonome n'exerce pas son droit à disposer de lui-même conformément à la Charte des Nations Unies et, plus particulièrement, à ses buts et principes ». Il va de soi que ce droit doit être exercé *librement* et *valablement* par le peuple, c'est-à-dire sans contrainte ni dol de la part de tout Etat. Dans son avis consultatif relatif à l'archipel des Chagos, la CIJ « considère que ce détachement n'a pas été fondé sur l'expression libre et authentique de la volonté du peuple concerné »²⁰⁵ du fait de la contrainte exercée par le Royaume-Uni sur les représentants de l'Ile Maurice lors des pourparlers avec la puissance coloniale²⁰⁶. Ceci s'était partant traduit, au moment de l'accession à l'indépendance de l'Ile Maurice, par une amputation de son assiette territoriale originale et donc dans la négation partielle du droit à l'autodétermination du peuple mauricien.

Dans un arrêt rendu le 21 décembre 2016 relatif aux accords d'association et de libéralisation entre l'UE et le Maroc, la Cour de Justice de l'Union européenne a affirmé que :

« en vertu du principe d'autodétermination, par rapport à celui de tout Etat, en ce compris le Royaume du Maroc, les termes « territoire du Royaume du Maroc » figurant à l'article 94 de l'accord d'association ne peuvent, comme le soutient la Commission et comme M. l'avocat général l'a en substance relevé aux points 71

²⁰⁵ CIJ, Effets juridiques de la séparation de l'Archipel de Chagos de Maurice, avis consultatif du 25 février 2019 : *CIJ Recueil* 2019, § 172, p. 137. L'Assemblée générale qui avait sollicité cet avis consultatif (résolution 71/292, du 22 juin 2017) prit acte de celui-ci dans sa résolution 73/295 (22 mai 2019). Après avoir constaté, dans le sillage de la CIJ, que « [l]e détachement de l'archipel des Chagos n'ayant pas été fondé sur l'expression libre et authentique de la volonté du peuple mauricien, la décolonisation de Maurice n'a pas été valablement menée à bien » (2 (a)), exigea du Royaume-Uni « qu'il procède au retrait de son administration coloniale de l'archipel des Chagos de manière inconditionnelle dans un délai maximum de six mois à compter de l'adoption » de cette résolution (3). A ce jour, hélas, l'ancienne puissance coloniale n'a cependant pas obtempéré à cette demande.

²⁰⁶ Les juges Kateka et Wolfrum observèrent dans leur op. dissidente et concurrente jointe à la sentence arbitrale du 18 mars 2015 (CPA) dans l'affaire relative à « Chagos Marine Protected Area Arbitration » (Maurice c. Royaume-Uni) que : « A look at the discussion between Prime Minister Harold Wilson and Premier Sir Seewoosagur Ramgoolam suggests that Wilson's threat that Ramgoolam [Mauritian negotiator] could return home without independence amounts to *duress*. The Private Secretary of Wilson used the language of "frighten[ing]" the Premier "with hope". The Colonial Secretary equally resorted to the language of intimidation », *RSA*, § 77, p. 602 [les italiques sont de nous]. Le mot *duress* renvoie bien évidemment à son équivalent « contrainte » sur le représentant de l'Etat, cause de nullité absolue codifiée par l'article 51 de la CVDT 1969. Malheureusement, la CPA ne put connaître de cette affaire, et donc de l'argumentation de l'Ile Maurice, faute de compétence dans le cas d'espèce. Voy. aussi : G. Distefano « Article 51. Coercion of a Representative of a State », in *Vienna Conventions on the law of treaties: A Commentary*, 2^{ème} éd., Oxford, 2022.

et 75 de ses conclusions, être interprétés de sorte que le Sahara occidental soit inclus dans le champ d'application territorial de cet accord »²⁰⁷.

Plus récemment encore, le Tribunal (neuvième chambre élargie) de l'UE a constaté l'invalidité²⁰⁸ et conséquemment annulé :

« la décision (UE) 2019/441 du Conseil, du 4 mars 2019, relative à la conclusion de l'accord de partenariat dans le domaine de la pêche durable entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc, de son protocole de mise en œuvre ainsi que de l'échange de lettres accompagnant l'accord »²⁰⁹.

La Cour de Justice de l'Union Européenne, en vue de conclure à l'annulation de cette décision du Conseil, s'appuie abondamment sur l'avis consultatif de la CIJ de 1974 ainsi que sur les résolutions normatives de l'AG en matière de droit à l'autodétermination des peuples. Les accords conclus par l'UE avec le Maroc portent atteinte au droit à l'autodétermination du peuple sahraoui, seul détenteur du titre de souveraineté territoriale sur les espaces maritimes concernés. En conséquence, sans le consentement de celui-ci, représenté par son « Mouvement de libération nationale » (ci-après MLN) – Polisario –, point d'attribution de droits d'exploitation à l'UE²¹⁰, les accords en question étant une *res inter alios acta* vis-à-vis du souverain territorial²¹¹. A la lumière de ces prononcés jurisprudentiels, il est donc regrettable que quelques Etats aient reconnu implicitement²¹² voire explicitement²¹³ la souveraineté du Maroc sur le Sahara occidental. Ces comportements sont à la fois illicites – car contraires au droit à l'autodétermination des peuples – et illégaux car non seulement ils ne contribuent guère à la validité du titre du Maroc sur le Sahara occidental, mais sont aussi dépourvus d'effets juridiques sur le plan des relations internationales (*supra* II.I.B.iii).

²⁰⁷ Arrêt de la Cour (Grande Chambre), dans l'affaire ECLI:EU:C:2016:973, P, § 108. Voy. aussi *supra* note 185.

²⁰⁸ Front populaire pour la libération de la Segui el-Hamra et du Rio de Oro (Front Polisario) contre Conseil de l'Union européenne, arrêt du 29 septembre 2021, CJUE, n° T-344/19,

²⁰⁹ *Ibid.*, § 400, Dispositif 1. Voy. aussi §§ 142-152.

²¹⁰ « [L]a violation du droit du peuple de celui-ci de disposer librement de telles ressources naturelles constituait une violation de son droit à l'autodétermination », *ibid.*, § 216.

²¹¹ *Ibid.*, § 269.

²¹² L'ouverture d'un consulat (*The National* (Abou Dhabi), 5 novembre 2020) par les Emirats arabes unis d'un consulat à Laâyoune (Sahara occidental), constitue une évidente reconnaissance, quoique implicite, par les Emirats arabes unis de la souveraineté du Maroc sur le Sahara occidental, l'exequatur ayant été accordé par le pays d'accueil.

²¹³ Le 10 décembre 2020, le Président Donald Trump a inversé des décennies de politique américaine et a reconnu la souveraineté du Royaume du Maroc : « [A]s of today, the United States recognizes Moroccan sovereignty over the entire Western Sahara territory and reaffirms its support for Morocco's serious, credible, and realistic autonomy proposal as the only basis for a just and lasting solution to the dispute over the Western Sahara territory. The United States believes that an independent Sahrawi State is not a realistic option for resolving the conflict and that genuine autonomy under Moroccan sovereignty is the only feasible solution », White House Press Release, Proclamation on Recognizing the Sovereignty of the Kingdom of Morocco Over the Western Sahara (Dec. 10, 2020), <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/proclamation-recognizing-sovereignty-kingdom-morocco-western-sahara>.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

La CIJ avait par ailleurs confirmé cette interprétation de l'assiette territoriale dans l'exercice par un peuple de son droit à l'autodétermination en 2004 dans son avis consultatif sur le Mur en Palestine, là où elle réaffirme sans ambages que :

« Le mur ampute l'assise territoriale sur laquelle le peuple palestinien est fondé à exercer son droit à l'autodétermination et contrevient au principe interdisant l'acquisition du territoire par la force [...] S'agissant du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la Cour observera que l'existence d'un « peuple palestinien » ne saurait plus faire débat [...] La Cour conclut que les colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien (y compris Jérusalem-Est) l'ont été en méconnaissance du droit international [...] Cette construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit »²¹⁴.

Enfin, la dernière extension du champ opératoire du droit à l'autodétermination – qui était cependant déjà vivante et agissante en droit international coutumier – est due à un instrument international élaboré dans un corps de règles de l'ordre international voisin à celui des droits de l'homme, à savoir le DIH. Nous faisons référence au Premier protocole additionnel de 1977 aux Quatre Conventions de Genève. La Conférence diplomatique tenue dans la même ville fut déchirée par la question de savoir quels conflits – autrefois considérés comme non-internationaux – devaient désormais être qualifiés d'internationaux et bénéficier ainsi de l'application de l'entière du droit international humanitaire. Ledit protocole « qui complète » les susdites conventions, va dès lors élargir la catégorie des conflits armés internationaux à ceux « dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et *contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* [...] » (article 1 [4]).

Ce dernier élargissement du champ opératoire du droit à l'autodétermination – englobant les régimes fondés sur la discrimination raciale – découle de la conviction qu'un peuple ainsi opprimé jouit du droit de se déterminer librement aussi bien sur le plan interne qu'international. En d'autres termes, si

²¹⁴ CIJ, Mur en Palestine, §§ 115, 118, 121, 122. Voy. aussi la récente résolution 2334 (23 décembre 2016) du Conseil de sécurité. Une autre situation avait inspiré les rédacteurs de la résolution 2625, à savoir l'occupation illégale et invalide du Sud-Ouest africain (future Namibie) par l'Afrique du Sud, qui donna lieu à pas moins de cinq affaires différentes (quatre consultatives et une contentieuse avec en total six prononcés, l'une des affaires contentieuses ayant enfanté deux arrêts) devant la CIJ. Dans le dernier épisode (consultatif) de cette saga judiciaire, la Cour de La Haye déclara que : « L'Afrique du Sud, à laquelle incombe la responsabilité d'avoir créé et prolongé une situation qui, selon la Cour, a été valablement *déclarée illégale*, est tenue d'y mettre fin. Elle a donc l'obligation de retirer son administration du territoire de la Namibie. Tant qu'elle laisse subsister cette *situation illégale et occupe le territoire sans titre*, l'Afrique du Sud encourt des responsabilités internationales pour violation persistante d'une obligation internationale. Elle demeure aussi responsable de toute violation de ses obligations internationales ou *des droits du peuple namibien* », CIJ, Namibie 1971, § 118 [les italiques sont de nous].

une fraction de la population est discriminée sur la base raciale, elle peut lutter pour se libérer de ce joug, à tous égards comparable à celui colonial ou à la domination étrangère. Les deux dimensions du droit à l'autodétermination se fondent et se confondent donc dans le cas de figure du régime raciste. La situation historique qui a dominé les débats au sein de la conférence diplomatique de Genève en 1975-1977 était assurément le régime de l'apartheid en Afrique du Sud et celui similaire en Rhodésie du Sud, consistant dans la négation systématique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, envisagé comme droit suprême des droits de l'homme (article 1^{er} commun aux Pactes de 1966). Comme la CIJ le dit, en se référant au même système mis en place par cet Etat en Namibie,

« [l]e fait d'établir et d'imposer des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte »²¹⁵.

Le cas de figure du régime raciste enfreint le droit à l'autodétermination dans la mesure où il introduit un statut personnel différent – selon la race ou l'ethnie, par exemple – entre les nationaux d'un même et unique Etat et ce, à la différence du régime colonial, sur un même territoire.

iii. La question institutionnelle : qui constate ?

Une fois établi le champ opératoire matériel du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, il convient de s'interroger sur la question institutionnelle, c'est-à-dire qui constate qu'un peuple se trouve dans l'un de ces trois cas de figure et que partant, il jouit de ce droit²¹⁶. C'est là une des plaies béantes structurelles de l'ordre international, à savoir quels sont les organes ou les centres de constatation des situations juridiques ? En l'espèce, la réponse se révèle plus facile : c'est l'Assemblée générale de l'ONU qui s'est arrogée en quelque sorte ce pouvoir de constatation. Pour ce faire, l'Assemblée générale s'est fondée sur sa compétence générale à traiter de toute question « rentrant dans le cadre de la présente Charte » (article 10 CNU) afin d'étayer son action de « codification et de développement progressif » du droit international en matière du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Elle l'a fait précisément par le biais de multiples résolutions qui ont fini par créer et ensuite consolider un pondéreux corps de règles matérielles désormais de nature coutumière²¹⁷.

²¹⁵ CIJ, Namibie 1971, § 131 [les italiques sont de nous].

²¹⁶ Car, comme nous venons de le voir, ce n'est pas tant le peuple (sa définition, ses caractéristiques) en tant que tel qui compte, mais c'est la situation spécifique qui fait du peuple le titulaire du droit à l'autodétermination.

²¹⁷ « Par ailleurs des résolutions [de l'AG de l'ONU] successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle », CIJ, *Licéité des armes nucléaires*, 1996, § 70.

Elle a de surcroît, et tout logiquement, enfanté des règles institutionnelles en matière de qualification de la situation comme rentrant dans le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. C'est elle donc, souvent avec le concours bienvenu de la CIJ, qui a procédé à cette qualification, avec, par conséquent, la reconnaissance – dans chaque cas concret – du représentant du peuple luttant dans l'exercice de ce droit. La vague de décolonisation dans les années 60 du siècle dernier, dans le sillage de la résolution 1514, a vu l'application de ce *modus operandi* : l'Assemblée générale qualifie la situation comme susceptible de déclencher le droit à l'autodétermination et identifie le représentant du peuple titulaire de ce droit en lui conférant ainsi le statut d'observateur en cette enceinte²¹⁸. Le représentant d'un peuple est dénommé « MLN » et la guerre (« Guerre de libération nationale »)²¹⁹ qu'il mène dans l'exercice de son droit à l'autodétermination est, comme nous venons de le voir, un conflit armé international. En tant que tel, le peuple, représenté par son MLN, est un sujet de droit international, de nature fonctionnelle, jouissant partant des trois capacités qui constituent le noyau dur de la personnalité juridique internationale : a) conclure des traités ; b) entretenir des relations diplomatiques (certes réduites et donc différentes de celles entre Etats ou Organisations internationales) ; c) introduire et recevoir des réclamations internationales²²⁰.

iv. L'apparente contradiction avec le principe de l'*uti possidetis*

Ce principe général – de nature dispositif²²¹ – « logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance où qu'il se manifeste »²²² a enfanté une littérature très vaste²²³, nourrie par une impressionnante pratique d'Etats et jurisprudentielle, qu'il n'y a pas lieu ici d'examiner. Nous nous bornerons ici à montrer que l'*uti possidetis* n'est guère inconciliable avec le

²¹⁸ La question est moins anodine qu'elle n'y paraît, car, pendant la Guerre froide, l'affrontement entre les deux blocs se manifestait aussi à travers le soutien de « représentants » différents du peuple en cause, provoquant ainsi un conflit encapsulé dans la guerre de libération nationale contre l'opresseur. Par exemple, dans la situation namibienne, l'Assemblée générale déclara que l'Organisation du peuple Sud-ouest africain (« SWAPO ») était « le représentant authentique du peuple namibien » (résolution 3111 (XXVIII) adoptée le 12 décembre 1973).

²¹⁹ G. Abi-Saab, « Wars of National Liberations in the Geneva Conventions and Protocols », *RCADI* 1979-IV, pp. 353-445.

²²⁰ G. Distefano, « Observations éparées sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *AFDI* 2007, pp. 105-128.

²²¹ « [L']*uti possidetis* est de caractère dispositif, les Parties pouvant y déroger de par leur commune volonté [voire par des comportements conséquents] », op. dissidente du juge Bennouna jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du Différend frontalier (Bénin/Niger), 2005, § 6.

²²² CIJ, Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, § 20.

²²³ Voy. G. Nesi, *L'uti possidetis iuris nel diritto internazionale*, Padoue, 1996 ; « L'*uti possidetis* hors du contexte de la décolonisation : le cas de l'Europe », *AFDI*, vol. 44 (1998), pp. 1 23 ; M. Kohen, « L'*uti possidetis* et les délimitations maritimes », in *Le procès international. Liber Amicorum Jean-Pierre Cot*, Bruxelles, 2009, pp. 155- 70 ; « L'*uti possidetis* revisité : L'arrêt du 11 septembre 1992 dans l'affaire El Salvador / Honduras », *RGDIP*, vol. 97 (1993), pp. 939-973.

principe du droit des peuples à l'autodétermination. Né au début du XIX^{ème} siècle au moment de l'accession à l'indépendance des anciennes colonies espagnoles en Amérique latine, ce principe posé par les nouveaux Etats répondait, en l'absence de règles de droit international général, à la question de la définition de leurs frontières, à la suite de la succession d'Etats. En vertu de ce principe les anciennes limites administratives de l'Empire espagnol devenaient *ipso iure*²²⁴ les nouvelles frontières internationales entre ces Etats qui succédaient dès lors dans cette assiette territoriale au souverain espagnol. Ce principe étroitement lié à la succession d'Etats (démembrement d'un Etat) résolvait facilement, du moins sur le papier, l'épineuse question des frontières entre les Etats successeurs. Le droit colonial était pris en compte aux fins de la détermination des limites administratives, mais n'était pas la source du droit de souveraineté territoriale des nouveaux Etats. Le titre-source était la prise de pouvoir effective par ces derniers à l'issue de conflits avec la métropole ; dès lors, le droit colonial devenait le titre-preuve des limites territoriales de cette prise effective du pouvoir souverain²²⁵. Comme le dit très clairement la CIJ :

« La Cour observe que la simple invocation du principe de l'*uti possidetis juris* ne fournit pas en soi une réponse claire quant à la souveraineté sur les îles en litige. Si les îles ne sont pas *terra nullius* ... l'on ne peut que présumer qu'elles relevaient de la Couronne espagnole [...] La Cour rappelle que l'*uti possidetis juris* présuppose que les autorités coloniales centrales aient procédé à une délimitation territoriale entre les provinces coloniales concernées. Ainsi, pour que le principe de l'*uti possidetis juris* puisse être appliqué aux îles en litige, il doit au préalable être démontré que la Couronne espagnole les avait attribuées à l'une ou l'autre de ses provinces coloniales »²²⁶.

La définition de ces frontières internationales par le biais du principe de l'*uti possidetis*, servait, comme dit la Cour de La Haye :

« un double objectif : un objectif défensif, vis-à-vis du reste du monde, en la forme d'une négation radicale de toute vacance de souveraineté (ou de *terra nullius*) dans les territoires décolonisés, même dans les zones qui n'étaient pas explorées ou contrôlées par le colonisateur ; et un objectif conservatoire, visant à éviter ou du moins minimiser les conflits dans les rapports entre les successeurs en gelant le découpage territorial en l'état dans lequel il se présentait au moment de l'indépendance »²²⁷.

²²⁴ « [L']application du principe de l'*uti possidetis* emportait la transformation de limites administratives en frontières internationales proprement dites », CIJ, Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, § 23.

²²⁵ Voy. opinion dissidente du Juge Bennouna jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du Différend frontalier (Bénin/Niger), 2005, § 14.

²²⁶ CIJ, Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), 2007, § 158.

²²⁷ Opinion individuelle du juge Abi-Saab jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, § 13.

L'affinage jurisprudentiel permet de résoudre la question de savoir s'il fallait prendre en compte aux fins de l'établissement du legs colonial, aux côtés du droit colonial, également les « effectivités coloniales », c'est-à-dire des limites administratives effectives prévalant au moment de l'accession à l'indépendance des nouveaux Etats²²⁸. Cette distinction donna lieu à deux formulations différentes de ce principe : *uti possidetis iuris* et *uti possidetis de facto*²²⁹. La sempiternelle dialectique entre les deux éléments du titre juridique se retrouve inévitablement ici. La pratique jurisprudentielle, tout en réaffirmant « la prééminence [du titre juridique] sur la possession effective »²³⁰ s'oriente *grosso modo* dans le sens de la prise en compte de ces effectivités, dans la mesure où celles-ci peuvent aider à déterminer l'*uti possidetis iuris*, « c'est-à-dire la manière dont ces titres [coloniaux] étaient interprétés et appliqués par les autorités publiques compétentes de la puissance coloniale »²³¹.

Ce principe qui acquit rapidement une nature coutumière régionale, c'est-à-dire relevant du droit spécial latino-américain, finit également par s'imposer au niveau universel comme attesté par le fameux arrêt de la Cour de La Haye en 1986 dans l'affaire du différend frontalier entre le Burkina-Faso et le Mali, où la Chambre après avoir souligné « la portée générale, en raison de l'importance exceptionnelle qu'il revêt pour le continent africain », observe que :

« les nombreuses déclarations faites par des responsables africains, lors de l'indépendance de leur pays, contenaient en germe les éléments de l'*uti possidetis* : elles confirmaient le maintien du *statu quo* territorial au moment de l'accession à l'indépendance et posaient le principe du respect aussi bien des frontières résultant des accords internationaux que de celles issues de simples divisions administratives internes »²³².

Ainsi, comme par ailleurs en témoigna la pratique dans le continent latino-américain au sujet des frontières entre la colonie portugaise (Brésil) et les autres colonies hispaniques limitrophes, le principe de l'*uti possidetis* trouve, on pourrait dire *a fortiori*, application :

²²⁸ Voy. *supra* note 226.

²²⁹ Voy. notamment : Honduras Borders Case (Guatemala c. Honduras), sentence arbitrale du 23 janvier 1933, *RSA*, Vol. II, p. 1307.

²³⁰ CIJ, Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, § 23.

²³¹ CIJ, Différend frontalier (Bénin/Niger), 2005, § 140.

²³² CIJ, Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, § 22. De même : CIJ, Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt du 16 avril 2013 : *CIJ Recueil* 2013, §§ 66, 98, pp. 75, 84.

« [non seulement] entre la colonie d'un Etat et la colonie d'un autre Etat, [mais également] entre le territoire d'une colonie et celui d'un Etat indépendant ou d'un Etat soumis à protectorat mais ayant conservé sa personnalité internationale »²³³.

Dans la même veine, il est désormais incontesté que le champ opératoire du principe de l'*uti possidetis iuris* s'étend, *ratione materiae*, aux espaces maritimes²³⁴ ainsi qu'en dehors de la décolonisation, comme en témoigne la Commission Badinter lors du démembrement de la République Fédérative Socialiste de Yougoslavie en 1992 ainsi que la Déclaration d'Alma-Ata (21 décembre 1991) signifiant la cessation d'existence de l'URSS.

La généralité de ce principe ainsi que sa valeur coutumière universelle se reflètent dans l'article 11 de la CVSE 1978²³⁵ en vertu duquel les frontières établies par traité ne sont pas affectées par la succession d'Etats ; il en va de même, presque par extension logique, pour les régimes territoriaux établis par traité (Article 12 CVSE 1978)²³⁶.

Enfin, il reste à démontrer pourquoi, « nonobstant l'apparente contradiction », le principe de l'*uti possidetis* ne se « heurte pas de front à celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes »²³⁷. Pour trois raisons essentiellement, d'importance décroissante. *Primo* parce que, comme la Cour de La Haye le souligne, « c'est par un choix délibéré que les Etats africains ont, parmi tous les principes anciens, retenu celui de l'*uti possidetis*. C'est une réalité qui ne saurait être contestée »²³⁸. *Secundo*, parce que, comme cette

²³³ *Ibid.*, § 24. Il en va de même pour les traités établissant des frontières ou des régimes territoriaux dans le cas de figure de l'administration internationale (mandats de la S.d.N., administration fiduciaire et administration directe par le Conseil de sécurité) ; voir : S. B. Traoré, « Les régimes d'administration internationale de territoire et la succession en matière de traités », in *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, Bruxelles, 2016, pp. 1703-1754.

²³⁴ Depuis l'affaire relative à la détermination de la frontière maritime (Guinée-Bissau / Sénégal), 1989, §§ 61-66.

²³⁵ Voy. : J.-P. Pancracio, « Article 11. Régimes de frontière », in *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, Bruxelles, 2016, pp. 373-396. C'est le même principe qui innerve l'article 62 § 2 (a) CVDT 1969 aux termes duquel un Etat ne peut pas invoquer le changement fondamental des circonstances en tant que motif d'extinction d'un traité établissant une frontière ; voir à cet égard : A. Hêche, « Les conditions d'application de la clausula rebus sic stantibus », *RBDI*, 2014/1, pp. 322-354.

²³⁶ V y. : G. Distefano, « Article 12. Autres régimes territoriaux », in *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, Bruxelles, 2016, pp. 399-458.

²³⁷ CIJ, Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, §§ 26, 25.

²³⁸ CIJ, Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, § 26. « [L]es pays africains ont décidé de respecter les frontières qui leur ont été imposées par les puissances coloniales, tout en étant conscients de l'injustice qui leur a été faite dans le passé par les pays impérialistes. On est donc amené à conclure, si l'on considère le droit international dans son ensemble, que le principe de l'autodétermination et celui de l'inviolabilité de l'intégrité territoriale des Etats ne sont pas des principes contradictoires, mais des principes interdépendants qui doivent être également respectés, compte tenu de tous les moyens que le droit international contemporain met à la disposition des Etats pour leur permettre de régler leurs problèmes de frontières », Intervention de M. Sahóvic, CDI, 1288^{ème} séance (2 juillet 1974), Succession d'Etats en matière de traités, *ACDI* 1974, vol. I, § 59, p. 221.

même Cour le précisera plus tard en 2004, le principe de l'*uti possidetis* définit l'assise territoriale à l'intérieur de laquelle le peuple concerné exerce son droit à l'autodétermination²³⁹. *Tertio*, parce que, comme le juge *Abi-Saab* ne manqua de le relever, le principe de l'*uti possidetis* « comme tout autre, ne saurait être conçu de manière absolue mais doit être toujours interprété à la lumière de sa fonction dans l'ordre juridique international »²⁴⁰. Sa fonction étant précisément, en regard du principe du droit à l'autodétermination des peuples, celle de circonscrire le champ d'application territoriale de ces derniers. En conséquence, le principe de l'*uti possidetis* n'étant pas contenu dans une norme de *ius cogens*, les Etats peuvent tout naturellement y déroger par les moyens traditionnels reconnus par le droit international des espaces : acte et/ou faits juridiques²⁴¹. Par la même occasion, le principe de l'*uti possidetis* vient ainsi étayer (et blinder) la distinction entre le cas de figure du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et celui de la sécession violente. Car, comme nous le verrons dans la prochaine sous-section, dans le cas de figure de l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le peuple concerné s'est *autodéterminé* dans les frontières qui sont les siennes, c'est-à-dire celles spatialement définies en application du principe de l'*uti possidetis*.

B. Distingué de la sécession

Dans sa dimension externe, le droit à l'autodétermination des peuples est de temps à autre amalgamé – de bonne ou mauvaise foi – à un prétendu droit à la sécession dans l'ordre juridique international. Par ce terme, on fait référence en droit international public, à une « partie du territoire d'un Etat » qui se « sépare pour former un ou plusieurs Etats, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister »²⁴².

Il s'agit ainsi d'un type spécifique de mutation territoriale. Pour les besoins de la présente étude, force est de souligner d'entrée de jeu qu'un droit à la sécession en tant que tel est inexistant en droit international public à moins qu'il n'y ait consentement de l'Etat prédécesseur²⁴³. En d'autres termes, dans un cas avéré d'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (occupation étrangère, régime colonial et régime raciste), il n'est pas correct

²³⁹ CIJ, *Mur en Palestine*, 2004, §§ 88, 121, 155. Voy. aussi la résolution 2334 (23 décembre 2016) du Conseil de sécurité.

²⁴⁰ Op. individuelle jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du Différend frontalier (Burkina-Faso/Mali), 1986, § 13.

²⁴¹ *Supra* Partie I. CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie/Singapour), 2008, § 290, p. 99.

²⁴² Article 34 CVSE 1978. Cette définition reflète le droit international coutumier.

²⁴³ « Il est clair que le droit international n'accorde pas expressément aux parties constituantes d'un Etat souverain le droit de faire sécession unilatéralement de l'Etat « parent », Renvoi relatif à la sécession du Québec, arrêt du 20 mai 1998 (Cour suprême du Canada), ILM, Vol. 37 (1998), pp. 1340-1377, § 111.

de parler de sécession car le peuple en question est *différent* de celui de la métropole ou de l'occupant étranger²⁴⁴. L'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes permet en revanche au peuple opprimé de se déterminer librement sur la scène juridique internationale.

En l'absence d'un droit à faire sécession reconnu par le droit international, seul l'Etat concerné, dans le cadre de son domaine réservé, peut autoriser une partie de son territoire à se séparer. Ce droit, d'origine donc interne, peut trouver son fondement dans la Constitution²⁴⁵ ou, à défaut, dans une autorisation expresse par les organes compétents de l'Etat (exécutif et/ou législatif, par exemple)²⁴⁶. Comme le dit la Commission de juristes (tribunal arbitral) dans l'affaire des Iles d'Åland :

« [S]auf stipulations expresses dans des traités internationaux, le droit de disposer du territoire national est essentiellement un attribut de la souveraineté de chaque Etat. Le droit international positif ne reconnaît donc pas à des fractions de peuples, comme telles, le droit de se séparer par un simple acte de volonté de l'Etat dont elles font partie, pas plus qu'il ne reconnaît à d'autres Etats de réclamer une telle séparation. D'une manière générale, il appartient exclusivement à la souveraineté de tout Etat définitivement constitué d'accorder ou de refuser à une fraction de sa population le

²⁴⁴ En d'autres termes, il y a bel et bien un « territoire non autonome » au sens de la résolution 2625 (XXV), c'est-à-dire possédant un statut distinct et séparé de la métropole. Voy. *supra* II.II.A.ii et note 203. Aujourd'hui, avec l'accession à l'indépendance de Palaos (1994), le conseil de tutelle a suspendu ses activités, mais seize territoires autonomes figurent encore sur la liste de l'ONU au sens de la résolution 1514 (XV). Le dernier territoire en date est la Polynésie française, réinscrite en mai 2013 malgré l'opposition de la France (puissance souveraine) et des représentants de la population habitant ledit territoire (A/67/265, 17 mai 2013). L'accord de Nouméa du 5 mai 1998 (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000555817/>), conférant à la Nouvelle Calédonie une forte autonomie, prévoit un mécanisme référendaire permettant l'autodétermination du peuple kanak (point 5). Si la réponse à la première consultation, finalement organisée le 4 novembre 2018, est « négative [alors] le tiers des membres du Congrès pourra provoquer l'organisation d'une nouvelle consultation ». Ceci a effectivement été le cas et une nouvelle consultation référendaire a eu lieu le 4 octobre 2020 aboutissant à un autre vote négatif à l'indépendance (53,26%). De nouveau, conformément au Point 5.4, « une nouvelle consultation pourra être organisée selon la même procédure », qui a eu finalement lieu le 12 décembre 2021, même si une partie substantielle des organisations indépendantistes en avaient appelé à la non-participation. Le non à l'indépendance l'emporta avec 96% des voix (avec un taux de participation en dessous de 44%). Quoi qu'il en soit, en conformité avec le Point 5.5., « Tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette « irréversibilité » [du processus d'auto-organisation ; Préambule, 5.9] étant constitutionnellement garantie ». Voy. aussi « Nouvelle-Calédonie. L'indépendance en VF », *Le Temps* (Genève), 1^{er} novembre 2018.

²⁴⁵ Les exemples ne sont, sans surprise, guère nombreux (autrefois l'article 72 de la Constitution de l'URSS de 19 1) ; aujourd'hui il n'y a que l'Ethiopie (« *Every nation, nationality or people in Ethiopia shall have the unrestricted right to self determination up to secession* », Article 39 §1) et Saint Christophe-et-Niévès (qui admet la possibilité pour Niévès de se séparer de Saint Christophe, article 115).

²⁴⁶ Tel a été le cas lors du référendum écossais – qui se déroula le 18 septembre 2014 – institué par un accord, de droit interne, entre le gouvernement central du Royaume-Uni et l'Ecosse (Accord d'Edinbourg du 15 octobre 2012).

droit de déterminer son propre sort politique par la voie d'un plébiscite ou autrement »²⁴⁷.

La plupart du temps, la sécession conduit *grosso modo* : à trois types de situations a) Etats de facto ; b) Etats fantoches ; c) Nouveaux Etats. Les deux premiers cas de figure seront étudiés plus loin dans cette même partie, alors que nous allons examiner la troisième espèce dans la sous-section suivante.

i. Sécessions violentes réussies : l'exception

La pratique internationale ne recense que trois exemples dans lesquels des nouveaux Etats ont émergé par le simple fait matériel de la séparation de l'Etat parent, en dehors (ou presque) de toute considération découlant du droit à l'autodétermination : Bangladesh (Pakistan oriental), Erythrée et Sud-Soudan. Lors du premier cas, la Communauté internationale finit par reconnaître le nouvel Etat se détachant du Pakistan occidental, à la suite d'un conflit armé (1971). L'ONU afficha face à l'affleurement de ce nouvel Etat un silence étourdissant : le Conseil de sécurité étant bloqué en raison de menaces de veto croisées, l'Assemblée générale se borna à exiger des « Gouvernements indien et pakistanais un cessez-le-feu immédiat », sans prendre officiellement position sur la légalité de la sécession²⁴⁸. Finalement, les Etats tiers avalisèrent cette mutation territoriale : la très grande majorité des Etats (86) reconnurent le Bangladesh avant que le Pakistan (le titulaire de la souveraineté) n'eût lui-même renoncé à son ancienne province. Quoi qu'il en soit, le Bangladesh fut admis en tant que Membre de l'ONU le 17 septembre 1974²⁴⁹, quelques mois seulement après la reconnaissance formelle par le Pakistan qui était intervenue le 22 février de la même année²⁵⁰. A cet égard, et comme nous le verrons sur-le-champ, le cas de figure du Bangladesh diffère substantiellement de ceux de l'Erythrée et du Sud-Soudan dans la mesure où le consentement du titulaire n'interviendra qu'après la reconnaissance – par un nombre important d'Etats – du caractère étatique et donc de l'effective indépendance du Bangladesh. La genèse *contra titulum* du Bangladesh est vraiment unique à cet égard par

²⁴⁷ Affaire des Iles d'Åland, § 2. Le régime juridique à cet égard n'a pas évolué si l'on se réfère à un jugement de la Cour suprême du Canada : « Il est clair que le droit international n'accorde pas expressément aux parties constituantes d'un Etat souverain le droit de faire sécession unilatéralement de l'Etat 'parent' », Renvoi relatif à la sécession du Québec, § 111.

²⁴⁸ Résolution 2793 (XXVI), adoptée le 7 décembre 1971. Le gouvernement indien était intervenu invoquant entre autres des raisons humanitaires découlant de l'afflux de réfugiés provoqué par le conflit.

²⁴⁹ Résolution A/3203 (XXIX). Le Conseil de sécurité adopta la recommandation du Comité d'admission du Bangladesh, sans passer par la procédure de vote formel.

²⁵⁰ « India – Pakistan », Joint Communiqué on the progress of normalization of relations, New Delhi, April 9, 1974, *ILM*, vol. 13 (1974), pp. 602-603. La reconnaissance formelle représenta le point d'orgue d'une série d'accords bilatéraux destinés à régler la question du rapatriement des prisonniers de guerre et au retour des civils. A relever au passage que le terme « normalization » a été choisi par Israël et certains Etats du Golfe persique (EAU, Bahreïn) en vue d'indiquer l'établissement des relations diplomatiques et de la reconnaissance réciproque effectués par les Accords dits d'Abraham (15-20 décembre 2020).

rapport aux deux autres exemples. Il s'agit véritablement d'une sécession violente à tous égards.

La situation juridique de l'Erythrée et sa sécession de l'Ethiopie diffèrent des deux autres cas pour deux raisons essentiellement. *Primo*, le statut juridique de l'Erythrée ne pouvait pas être amalgamé avec celui de l'Ethiopie : elle avait été une colonie italienne pendant près de 80 ans et ce fut seulement en 1952 qu'elle fut réunie à l'Ethiopie en tant qu'entité fédérée, conformément à une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU²⁵¹. En conséquence, l'Ethiopie intégra l'Erythrée avec cette condition qu'elle était tenue de respecter ; le maintien (constitutionnel) du caractère fédéré de l'Erythrée était l'une des conditions auxquelles était soumise l'extension de la souveraineté éthiopienne à l'Erythrée. Toutefois, le 20 mai 1960, l'Ethiopie abolit unilatéralement cette autonomie, garantie internationalement par la résolution de l'AG²⁵². Elle procéda ensuite purement et simplement à son incorporation – sans que l'AG ne s'en émût outre-mesure – déclenchant ainsi la guerre civile ou guerre de libération. *Secundo*, après la chute de Mengistu (28 mai 1991), qui avait à son tour déposé en 1974 le dernier empereur Haïlé Sélassié, les représentants de la rébellion érythréenne participèrent en tant qu'observateurs à la Conférence d'Addis-Abeba (1-5 juillet 1991) conduisant à l'établissement d'un gouvernement de transition. A cette occasion, ils obtinrent le droit d'organiser un référendum sur l'indépendance de l'Erythrée qui eut finalement lieu sous la supervision de la mission de maintien de la paix des Nations Unies (UNOVER) du 23 au 25 avril 1993 sur la seule province administrative de l'Erythrée. A une écrasante majorité (99,79% des votants), les Erythréens se déterminèrent pour l'indépendance qui fut déclarée le 28 mai, c'est-à-dire le même jour de son admission à l'ONU. A la différence du cas du Bangladesh, ici le souverain territorial donne son consentement à la tenue d'un référendum et s'engage, sous la supervision de l'ONU, à en accepter le résultat. En d'autres termes, le *titulus* est fourni par le consentement exprès de l'Ethiopie auquel s'ajoute la reconnaissance institutionnelle et des Etats tiers.

Le troisième cas, par ordre chronologique²⁵³, est représenté par le Sud-Soudan, dont la situation s'apparenterait à certains égards à celle de l'Erythrée dans la mesure où le consentement de l'Etat titulaire de la souveraineté territoriale (*titulus*), c'est-à-dire le Soudan, fut exprimé à l'issue d'une longue guerre civile en dehors, du moins formellement, de tout contexte du droit à

²⁵¹ « L'Assemblée générale recommande que l'Erythrée constituera une unité autonome, fédérée avec l'Ethiopie sous la souveraineté de la Couronne d'Ethiopie », résolution 390 (V) du 22 décembre 1950.

²⁵² L'Erythrée devint ainsi une simple province administrative de l'Empire d'Ethiopie.

²⁵³ Cette énumération n'est pas seulement chronologique dans la mesure où elle met en exergue le rôle croissant du consentement de l'Etat parent et de la reconnaissance de la Communauté internationale (les deux éléments du *titulus acquisitionis*). Inversement, elle reflète le rôle décroissant de la violence c'est-à-dire de l'effectivité de la situation dans l'affermissement de celle-ci.

l'autodétermination. Un conflit armé non-international particulièrement sanglant s'étala pendant plus de vingt ans entre le gouvernement central (Khartoum) et l'« Armée populaire de libération du Soudan » (APLS) qui représentait la fraction de la population, majoritairement chrétienne, du Soudan du Sud. Finalement, grâce à la médiation conjointe de l'ambassadeur états-unien à Khartoum et de l'envoyé spécial de l'ONU, un traité de paix fut signé à Nairobi le 5 janvier 2005 entre l'APLS et le gouvernement soudanais. Aux termes de cet accord international²⁵⁴, le Soudan reconnaît un régime autonome au Soudan du Sud pour une période de 6 ans, à l'issue de laquelle un référendum sera organisé sur cette partie seulement du pays. Les participants au référendum (9-15 janvier 2011) choisirent à une écrasante majorité l'indépendance (98%)²⁵⁵. Le Soudan fut par ailleurs le premier Etat à reconnaître le nouvel Etat, ce qui pava sûrement la voie à son admission au sein de l'ONU le 14 juillet 2011, cinq jours après la proclamation officielle de son indépendance. Le Conseil de sécurité, tout en réaffirmant son « attachement à la souveraineté, l'unité, l'indépendance et à l'intégrité territoriale du Soudan », avait salué « l'organisation d'un référendum pour déterminer le statut futur de la population du Sud-Soudan dans le cadre de l'*exercice de son droit à l'autodétermination* [...] »²⁵⁶. La référence au droit des peuples viserait, semble-t-il, à apposer un sceau de légitimité aux résultats obtenus par le peuple sud-soudanais par la lutte armée.

Les cas de figure de l'Erythrée et du Soudan-Sud témoignent, à la différence de celui du Bangladesh, d'un « accompagnement », d'une implication plus substantielle de la Communauté internationale organisée dans cette phase délicate d'une sécession certes violente, mais assortie du consentement préalable de l'Etat titulaire de la souveraineté territoriale.

En conséquence, la métabolisation par l'ordre juridique international de l'invalidité des sécessions s'effectue par ces trois « enzymes » que nous avons subsumées sous l'acronyme « RER »²⁵⁷ : reconnaissance (par les Etats tiers et ONU/organisations régionales compétentes)²⁵⁸, effectivité (de l'exercice des prérogatives de puissance publique), renonciation (par l'Etat parent).

²⁵⁴ Le « Comprehensive Peace Agreement » (CPA), également connu sous la dénomination d'Accord de Naivasha, est formé par un ensemble d'accords conclus jusqu'en janvier 2005.

²⁵⁵ Les votants purent choisir entre les trois solutions prévues par la résolution 1541 (voy. *supra* note 203).

²⁵⁶ Résolution 1945, adoptée par le Conseil de sécurité le 24 octobre 2010 [les italiques sont de nous].

²⁵⁷ Voy. *supra* note 100.

²⁵⁸ Affaire des Îles d'Åland, *supra* note 195.

ii. Sécessions non couronnées de succès : la règle

1. La prétendue sécession-remède

Par cette formule, une partie de la doctrine indique une situation dans laquelle un peuple auquel serait nié l'exercice de son droit à l'autodétermination interne, serait habilité, en tant qu'*extrema ratio*, à l'exercer sur le plan international, donc, à faire sécession. C'est peut-être à quoi avait fait référence la Cour suprême canadienne dans son arrêt relatif au droit de sécession du Québec : « lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'interne, il a alors droit, *en dernier recours*, de l'exercer par la sécession [...] une obstruction aussi complète pourrait donner naissance au droit de sécession »²⁵⁹. La condition posée par la Déclaration de Vienne de l'ONU (1993)²⁶⁰ selon laquelle le gouvernement d'un Etat doit représenter « the whole people belonging to the territory without distinction of any kind » corroborerait, selon d'aucuns, l'argumentation qu'au cas où cette condition ne serait pas satisfaite, la fraction du peuplé défavorisée bénéficierait du droit de sécession. D'où le mot « remède » car dans ce contexte particulier la sécession constituerait la seule possibilité pour ce groupe de la population de l'Etat d'exercer « en dernier recours » son droit à l'autodétermination (dans sa dimension interne).

La sécession-remède est envisagée dans le cas [où] un peuple est « victime d'atteintes à son existence ou à son intégrité physique, ou de violation massive de ses droits fondamentaux »²⁶¹, bref lorsqu'il s'agit d'un peuple opprimé et subjugué à l'instar des cas de figure déjà envisagés par le droit à l'autodétermination aujourd'hui. L'accent est donc mis, par cette théorie, sur enchevêtrement indissoluble entre la dimension interne et externe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Toutefois, la Cour suprême canadienne ne put qu'avouer qu'on ne savait « pas encore avec certitude si [cette situation] reflète réellement une norme juridique internationale »²⁶².

Même son de cloche du côté de la CIJ dans l'affaire relative à la question de la déclaration unilatérale d'indépendance au Kosovo²⁶³. En fait, la Cour ne se prononça pas sur la question puisqu'elle échappait au cadre fixé par la demande d'avis consultatif soumise par l'Assemblée générale et à laquelle elle devait répondre²⁶⁴. La CIJ, constatant par ailleurs les profondes dissensions

²⁵⁹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, § 134 [les italiques sont de nous].

²⁶⁰ Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration et programme d'action*, A/CONF.157/24 (Première Partie I), 25 juin 1993, Chapitre III.

²⁶¹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, § 135.

²⁶² Renvoi relatif à la sécession du Québec, § 135.

²⁶³ Voy. *infra* II.II.B.iii.1.

²⁶⁴ « La question de savoir si, en dehors du contexte des territoires non autonomes ou de celui des peuples soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, le droit international

dans la doctrine et confrontée à une pratique internationale tout simplement inexistante, ne manqua d'exprimer ses perplexités à l'égard de la doctrine de la « sécession remède »²⁶⁵. Pour finir, il est tout à fait légitime de nourrir un profond scepticisme au regard du droit de cité de la sécession-remède dans l'ordre juridique international.

2. La négation d'un droit à la sécession :
la confirmation par la pratique internationale

La pratique des Etats et des organisations internationales – ONU et organisations régionales compétentes – ne laisse planer aucune incertitude sur l'absence d'un droit à la sécession sans le consentement de l'Etat « parent », titulaire de la souveraineté territoriale.

Ceci ne doit pas nous étonner outre-mesure puisque le droit international sanctifie le principe de l'intégrité territoriale des Etats comme corollaire de l'action conjointe des paragraphes 1 et 4 de l'article 2 de la CNU. Aux fins de sa démonstration, il n'est pas inutile de reproduire le texte de la fameuse clause de « sauvegarde territoriale » codifiée dans la résolution 2625 de l'AG²⁶⁶, où après avoir réaffirmé le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans les contextes que nous avons examinés plus haut, l'AG tient à préciser que :

« Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant *se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* énoncé ci-dessus et *doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur* »²⁶⁷.

Il n'est donc pas surprenant que la pratique internationale récente reflète ce principe. Lors de la crise du Katanga, qui avait fait sécession du Congo et contrôlait effectivement cette région, le Conseil de sécurité :

« Réaffirm[er] les principes et buts de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne le Congo (Leopoldville) ... a) Maintenir l'intégrité territoriale et

relatif à l'autodétermination autorise une partie de la population d'un Etat existant à se séparer de cet Etat a cependant suscité des réponses radicalement différentes parmi les participants à la présente procédure qui se sont prononcés à ce sujet. Des divergences similaires se sont fait jour sur les questions de savoir si le droit international prévoit un droit de « sécession-remède » et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances celui-ci s'appliquerait. Des vues très différentes ont également été exprimées sur le point de savoir si les circonstances présentées par certains participants comme donnant naissance à un droit de « sécession-remède » étaient effectivement réunies dans le cas de Kosovo », CIJ, Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, 2010, § 82, p. 438.

²⁶⁵ CIJ, Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, 2010, § 82.

²⁶⁶ Ce principe avait fait son apparition, dans une formulation cependant plus concise, dans la résolution 1514 (XV) de l'AG relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux (§ 6).

²⁶⁷ Les italiques sont de nous.

l'indépendance politique de la République du Congo ; ... et *Déplor[a]* toute action armée menée contre l'autorité du Gouvernement de la République du Congo, en particulier les activités sécessionnistes et l'action armée qui sont actuellement menées par l'administration provinciale du Katanga avec l'aide de ressources de l'extérieure et de mercenaires étrangers, et *rejet[te]* entièrement l'allégation selon laquelle le Katanga serait une « nation souveraine indépendante ... »²⁶⁸.

De même, et toujours dans le continent africain – la crise du Biafra – les chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA :

« *Reiterat[e]* their condemnation of secession in any Member States, Recogniz[e] that situation as an internal affair, the solution of which is primarily the responsibility of Nigerian themselves »²⁶⁹.

La « résistance » de la communauté internationale à la sécession du Somaliland²⁷⁰ et la subséquente proclamation d'indépendance s'inscrit partant dans cette mouvance confirmant la pérennité du principe de l'intégrité territoriale et de l'unité politique de tout Etat dont la création et l'existence est conforme au principe du droit des peuples à l'autodétermination.

iii. Deux cas (actuellement) controversés : Kosovo et Crimée

1. Kosovo (1999-2008-aujourd'hui) : la gestation laborieuse d'un Etat sécessionniste

La question du Kosovo, et plus particulière celle relative à son statut d'Etat en droit international, peut être envisagée sous plusieurs angles du droit international des espaces : sécession, droit à l'autodétermination des peuples, « sécession-remède », administration internationale directe des territoires, etc.

Nous nous bornerons ici à évoquer certains d'entre eux²⁷¹. D'entrée de jeu, et sans vouloir abuser de cette formule, la question du Kosovo est, surtout par rapport à d'autres cas auquel il a été rapproché, vraiment *sui generis*, dans la mesure où l'implication directe du Conseil de sécurité dans la définition de son statut juridique a un impact considérable dans l'examen de son caractère étatique. La résolution 1244 (10 juin 1999) – qui, faut-il le rappeler, est toujours en vigueur – engage les Parties concernées, la République fédérale de Yougoslavie (ensuite Serbie-Monténégro et finalement Serbie), d'une part, et les représentants de la population albanophone du Kosovo (à travers d'abord l'ALK et ensuite les institutions provisoires) à négocier un accord final. Celui-ci devra contenir une

²⁶⁸ Résolution 161 (21 février 1961).

²⁶⁹ Résolution 51 (IV) du 14 septembre 1967 (OUA).

²⁷⁰ Plus récemment, le « Mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA) » a déclaré sa sécession – et indépendance – du Mali (6 avril 2012). Sur le Somaliland en tant qu'« Etat *de facto* », voy. *infra* II.III.B.

²⁷¹ On parlera plus loin du Kosovo comme exemple d'administration internationale directe par l'ONU (voy. *infra* III.III.B).

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

« solution politique de la crise au Kosovo [qui] reposera sur les principes généraux énoncés à l'annexe 1 et les principes et conditions plus détaillés figurant à l'annexe 2 »²⁷².

Parmi ces principes, il y a lieu de mentionner en tout premier lieu :

« Un processus politique en vue de l'établissement d'un accord-cadre politique intérimaire prévoyant pour le Kosovo une autonomie substantielle, qui tienne pleinement compte des Accords de Rambouillet et du *principe de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie et des autres pays de la région ...* »²⁷³.

Par conséquent, le Conseil de sécurité prit soin de réaffirmer qu'aucune solution politique au statut juridique du Kosovo ne pouvait porter préjudice à la souveraineté territoriale, appartenant à la République Fédérale de Yougoslavie, sans le consentement de ce dernier (titulaire du *titulus adquirendi*). En d'autres mots, la résolution 1244 ne se départit pas du principe selon lequel le consentement de l'Etat parent est requis aux fins de la séparation, qui ne pourra donc qu'être consensuelle.

L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice, rendu à la demande de l'AG, ne change guère cette conclusion. En effet, celle-ci constata que :

« La mise en place de l'administration intérimaire au Kosovo visait à *suspendre temporairement l'exercice par la Serbie des pouvoirs découlant de la souveraineté dont elle demeurait titulaire sur le territoire du Kosovo*. Le régime juridique établi par la résolution 1244 (1999) avait pour but d'engager, d'organiser et de superviser la création des institutions d'administration autonome locales du Kosovo sous les auspices de la présence internationale intérimaire »²⁷⁴.

De surcroît, l'organe judiciaire principal de l'ONU avait été appelé à déterminer la conformité de la « déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo » avec le droit international. Dès lors, la CIJ n'était pas tenue :

« par la question qui lui est posée, de prendre parti sur le point de savoir si le droit international conférait au Kosovo un droit positif de déclarer unilatéralement son indépendance, ni, *a fortiori*, sur le point de savoir si le droit international confère en général à des entités situées à l'intérieur d'un Etat existant le droit de s'en séparer unilatéralement. Il se pourrait parfaitement, en effet, qu'un acte – tel qu'une déclaration unilatérale d'indépendance – ne soit pas en violation du droit international, sans constituer nécessairement l'exercice d'un droit conféré par ce dernier. La Cour est invitée à se prononcer sur le premier point, non sur le second »²⁷⁵.

²⁷² § 1 de la résolution 1244 du CS.

²⁷³ § 8 de l'Annexe 2 à la résolution 1244 du CS [les italiques sont de nous]. Voy. aussi CIJ, Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, 2010, § 114.

²⁷⁴ *Ibid.*, § 98 [les italiques sont de nous].

²⁷⁵ *Ibid.*, § 56.

En conséquence, aucune conclusion quant au caractère étatique du Kosovo ne peut être déduite ni implicitement, ni encore moins explicitement, des conclusions de la Cour dans cet avis consultatif selon lequel les déclarations d'indépendance n'enfreignent généralement pas le droit international général²⁷⁶ à moins qu'elles ne violent des obligations spéciales (créées par des organes compétents de l'ONU) et/ou des normes impératives du droit international général. La Cour n'était donc appelée à se pencher ni sur la légalité d'une déclaration d'indépendance ni sur un prétendu droit à la sécession par une fraction du peuple de son Etat parent sans son consentement. De surcroît, la Cour semblerait dire, implicitement, que si une déclaration d'indépendance n'est pas *per se* illégale, les actes qui la concrétiseraient, surtout s'ils impliquent la menace et l'usage de la force, seraient eux illicites et illégaux, à l'instar de ce qu'elle dit, explicitement, dans l'affaire de Namibie relativement à l'occupation sud-africaine.

Dans la même veine, la Cour se garda bien dans l'avis de 2010, de discuter du droit de cité dans l'ordre juridique international de la prétendue « sécession remède », dont nous avons parlé plus haut. Cette question ne rentrait en effet pas dans le champ opératoire de la question qui lui avait été posée par l'Assemblée générale. En conséquence, le prétendu droit à la « sécession remède » ne peut guère étayer la validité de la création du Kosovo en tant qu'Etat.

Ainsi, le caractère étatique du Kosovo doit être apprécié à l'aune des instruments traditionnels que nous offre la boîte à outils de l'internationaliste, à savoir la reconnaissance internationale par ses pairs, la qualité de membre au sein des organisations internationales, surtout universelles. La personnalité juridique internationale étant, ou du moins devant être, universelle, c'est-à-dire *erga omnes*, il est crucial que l'entité en question bénéficie d'une très large reconnaissance de la part de la Communauté internationale. Sans oublier, et ce n'est guère un détail, que dans le cas du Kosovo, on est confrontés à une situation de (tentative de) sécession, d'où le rôle décisif du consentement de

²⁷⁶ « Les déclarations d'indépendance ont été nombreuses au XVIII^{ème} siècle, au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle, suscitant souvent une vive opposition de la part des Etats à l'égard desquels elles étaient faites. Certaines d'entre elles ont conduit à la création de nouveaux Etats, d'autres non. Dans son ensemble, toutefois, la pratique des Etats ne semble pas indiquer que la déclaration de l'indépendance n'ait jamais été considérée comme une transgression du droit international. Au contraire, il ressort clairement de la pratique étatique au cours de cette période que le droit international n'interdisait nullement les déclarations d'indépendance. Au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, le droit international, en matière d'autodétermination, a évolué pour donner naissance à un droit à l'indépendance au bénéfice des peuples des territoires non autonomes et de ceux qui étaient soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères [La Cour cite ensuite sa propre jurisprudence]. Un très grand nombre de nouveaux Etats sont nés par suite de l'exercice de ce droit. Il est toutefois également arrivé que des déclarations d'indépendance soient faites en dehors de ce contexte. La pratique des Etats dans ces derniers cas ne révèle pas l'apparition, en droit international, d'une nouvelle règle interdisant que de telles déclarations soient faites », CIJ, Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, 2010, § 79, p. 436.

l'Etat parent, la Serbie, à l'instar de la sécession du Bangladesh du Pakistan occidental. Or, le consentement de la Serbie fait actuellement défaut, ce qui probablement empêche le Kosovo d'obtenir davantage que les 117 reconnaissances individuelles à ce jour, les Etats craignant que ceci ne devienne un dangereux précédent dérogeant à la clause de sauvegarde territoriale codifiée en droit international général par la résolution 2625 (XXV) de l'AG.

Ceci ne signifie pas que la reconnaissance d'Etat engendre des effets juridiques constitutifs mais que le nombre plus ou moins élevé de reconnaissances dont une entité territorialement organisée peut ou ne peut pas bénéficier constitue assurément un indice important de son existence effective en tant qu'Etat. Partant, cet agrégat de reconnaissances, qui ne modifie pas leur caractère juridique déclaratif, est un puissant indicateur à la fois de l'effectivité mais également de la validité de la création surtout dans les situations fluctuantes²⁷⁷, c'est-à-dire de transition entre un statut juridique à un autre. Ce processus semble furieusement rappeler, bien évidemment *mutatis mutandis*, l'évolution du droit international coutumier telle que dépeinte par la Cour internationale de Justice dans l'affaire Nicaragua²⁷⁸. Aujourd'hui, donc, à défaut du consentement de la Serbie et face à un agrégat suffisant de reconnaissances internationales, par les autres Etats, il est difficile de conclure à l'existence objective²⁷⁹ du Kosovo en tant qu'Etat, c'est-à-dire qui s'opposerait même aux Etats qui ne le reconnaissent pas.

En revanche, si l'on prend en compte donc uniquement la dimension des reconnaissances individuelles, il est indubitable qu'aux yeux des Etats qui l'ont reconnu, le Kosovo existe bel et bien en tant qu'Etat. Au contraire, il n'existe pas en tant que tel au regard des Etats qui ne le reconnaissent pas,

²⁷⁷ « Aussi bien du point de vue du droit interne que du droit international, la formation, la transformation et le démembrement d'un Etat par suite de révolutions et de guerres créent des situations de fait qui échappent en grande partie aux règles normales du droit positif. Cela revient à dire que lorsque le fondement essentiel de ces règles, à savoir, la souveraineté territoriale, fait défaut soit parce que l'Etat n'a pas encore pris complètement naissance, soit parce qu'il se trouve dans une période de transformation ou de dissolution, il existe, quant au droit, une *situation douteuse, incertaine, qui ne prend fin que du moment où le développement s'est achevé et qu'une nouvelle situation, définitive et normale quant à la souveraineté territoriale, s'est établie* », Affaire des Îles d'Åland, § 3 [les italiques sont de nous].

²⁷⁸ « Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite de 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 », CIJ, Nicaragua, 1986, § 186. Voy. G. Distefano (2019), pp. 365-369.

²⁷⁹ CIJ, Réparations des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif du 11 avril 1949 : *Recueil de la CIJ* 1949, p. 185 (on parle à cet égard d'une « très large majorité des membres de la Communauté internationale »). Ceci sans compter, ne l'oublions pas, l'absence de consentement de l'Etat parent, le seul cas où cette renonciation est intervenue *après* l'admission du nouvel Etat au sein de l'ONU constituant vraiment une exception solitaire destinée probablement à rester telle au vu des deux autres cas de sécessions, l'Erythrée et le Sud-Soudan.

avec des conséquences pratiques aisément imaginables. En d'autres termes, la personnalité juridique d'un Etat, en principe opposable *erga omnes*, se trouve morcelée en autant de relations bilatérales reliant le Kosovo à chacun des Etats de la Communauté internationale.

Par ailleurs, aucun indice décisif ne peut être déduit de l'appartenance du Kosovo à des organisations internationales²⁸⁰, surtout universelles ou encore aux institutions spécialisées des Nations Unies ; sa candidature à l'UNESCO en novembre 2015 a été rejetée (92 oui, 50 contre et 28 abstentions). Il a été en revanche admis au FMI et à la Banque Mondiale²⁸¹, où cependant, faut-il souligner, le vote est pondéré par des critères économiques, ce qui a permis au monde occidental, qui a majoritairement reconnu le Kosovo, de peser de tout son poids. Encore, le 14 juin 2016 la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a décidé, par un vote majoritaire de ses membres (120), de réviser sa décision du 4 janvier de la même année, et d'admettre le Kosovo en tant que 121^{ème} membre.

Au regard de la dynamique entre la reconnaissance d'un Etat (par les Etats) et son admission au sein d'une organisation internationale, il est important de souligner que les droits et obligations qui naissent du fait de la participation d'un Etat à une organisation internationale s'opposent même entre les Etats qui ne se reconnaissent pas bilatéralement. La pratique internationale en ce sens est constante, générale et uniforme comme le témoigne l'exemple d'Israël et la plupart des Etats arabes et musulmans.

2. La Crimée (depuis 2014 jusqu'à nos jours)

Compte tenu des finalités de cet ouvrage, nous ne traiterons que de certains aspects relatifs au droit international des espaces. Au regard du droit international public, le statut juridique actuel de la Crimée s'apparenterait à celui d'une occupation militaire, aux termes de l'Article 2 (2) commun aux GE 1949 et ce, même si l'on devait affirmer que cette « occupation ne rencontre [et n'ait rencontré] aucune [ou presque] résistance militaire ». L'article 6 de la IV^e GE 1949 – qui exige l'effectivité de l'occupation – de même que l'article 42 §1 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre (annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907) convergent pour corroborer la qualification d'occupation militaire de la péninsule de Crimée (avec Sébastopol) par la Fédération de Russie. La Procureure générale de la

²⁸⁰ Nous faisons abstraction ici de l'admission du Kosovo aux instances factieuses internationales que sont par exemple l'UEFA et la FIFA, en 2016. Il s'agit d'ONG sportives qui ne sont pas des sujets de droit international et donc à ce titre peu qualifiées pour porter une appréciation de la qualité étatique du Kosovo. Surtout si l'on sait que parmi les 216 membres que compte la FIFA, il n'y a pas que des Etats indépendants.

²⁸¹ Ce qui implique la naissance de liens conventionnels (droits et obligations), au sein de ces deux institutions spécialisées des Nations Unies, même vis-à-vis des Etats qui ne reconnaissent pas le Kosovo.

CPI – Fatou Bensouda – ne s’est guère trompée à cet égard lorsqu’elle observa que :

« Les informations disponibles donnent à penser que la situation au sein du territoire de la Crimée et de Sébastopol constitue un conflit armé international entre l’Ukraine et la Fédération de Russie qui débute le 26 février au plus tard, lorsque la Fédération de Russie déploie ses forces armées pour prendre le contrôle de certaines parties du territoire ukrainien sans le consentement du Gouvernement de ce pays. Le droit des conflits armés internationaux continuerait à s’appliquer après le 18 mars 2014 dans la mesure où la situation sur le territoire de la Crimée et de Sébastopol se rapporte, dans les faits, à un état d’occupation en cours [...] Aux fins du Statut de Rome, un conflit armé peut présenter un caractère international par nature si un ou plusieurs Etats occupent en totalité ou en partie le territoire d’un autre Etat, que l’occupation rencontre ou non une résistance armée »²⁸².

La question de l’attribution des actes militaires d’occupation initiale – les troupes d’occupation étaient-ils des organes de la Fédération de Russie ? – n’a aucune incidence sur le régime juridique de l’occupation à partir du moment où la Russie a (illégalement) annexé et occupe (toujours) effectivement la péninsule de Crimée. Comme nous l’avons montré, cette annexion n’a pas d’effets juridiques dans l’ordre international (voy. *supra* II.I.A) – en sus de constituer un fait internationalement illicite – et ne modifie guère la qualification juridique d’occupation militaire.

Le 11 mars 2014, le Parlement régional de la Crimée proclame l’indépendance de la Crimée et donc son détachement de l’Ukraine. Il est curieux de relever qu’il fait référence dans sa proclamation à l’avis consultatif de la CIJ de 2010 relatif à la déclaration d’indépendance du Kosovo :

« *The parliament of the Autonomous Republic of Crimea has adopted an independence declaration from Ukraine which is necessary for holding a March 16 referendum: “We, the members of the parliament of the Autonomous Republic of Crimea and the Sevastopol City Council, with regard to the charter of the United Nations and a whole range of other international documents and taking into consideration the confirmation of the status of Kosovo by the United Nations International Court of Justice on July, 22, 2010, which says that unilateral declaration of independence by a part of the country doesn’t violate any international norms, make this decision »*²⁸³.

En sus du fait que le Parlement s’appuie sur une interprétation fort discutable, voire erronée, de l’avis consultatif de 2010, il importe de souligner qu’il ne possédait pas le pouvoir de transférer la souveraineté territoriale à la

²⁸² Rapport sur les activités menées en 2016 en matière d’examen préliminaire, 14 novembre 2016, § 158 (pp. 36-37). De même, conformément à l’article 2 § 2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, celles-ci s’appliquent « dans tous les cas d’occupation de tout ou partie du territoire d’un Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance » [les italiques sont de nous].

²⁸³ Ce texte a été adopté lors d’une session extraordinaire du parlement régional de Crimée par un vote affirmatif de 78 de ses 100 membres [italiques dans le texte].

Fédération de Russie, car il n'avait pas de tel titre d'après la Constitution ukrainienne. De surcroît, le parlement régional de Crimée ne représentait pas un peuple au sens du droit international, habilité dès lors à exercer son droit à l'autodétermination sur la scène juridique internationale²⁸⁴. Par ailleurs, l'argument qui a été invoqué selon lequel la Crimée constituerait une situation *sui generis* n'est pas défendable, comme c'est souvent le cas lorsque, à court de titres juridiques, on s'en remet à l'exceptionnalité des circonstances. En effet, il a été rappelé que la Crimée, autrefois région de la Fédération de Russie (au sein de l'URSS), avait été « donnée », à titre d'hommage, à l'Ukraine par Nikita Khrouchtchev (à ce moment Premier secrétaire du Comité Central du Parti communiste de l'Union Soviétique) aux fins de la commémoration du 300^{ème} anniversaire du rattachement de l'Ukraine, autrefois indépendante, à l'Empire de Russie. Quels qu'aient pu être les éventuels vices constitutionnels de cette donation, ils ne sauraient changer le statut juridique de la Crimée au sein de la République de l'Ukraine indépendante depuis en 1991 à la suite de la dissolution de l'URSS. De surcroît, ce statut de république autonome au sein de l'Ukraine avait été reconnu par la Fédération de Russie elle-même en 1997. Plus décisives encore sont les reconnaissances explicites et implicites par la Russie de la souveraineté ukrainienne sur la Crimée depuis l'éclatement de l'URSS : i) Accords de Belovzheh (8 décembre 1991)²⁸⁵ conjointement aux Accords (Déclaration) d'Alma-Ata (21 décembre 1991) ; ii) Mémorandum de Budapest (5 décembre 1994)²⁸⁶ ; iii) Accord de Kharkov (21 avril 2010)²⁸⁷ ;

²⁸⁴ La Crimée n'était pas, au sein de l'ordre juridique ukrainien, un « territoire non autonome » aux termes des résolutions 1514 (XV) et 2625 (XXV) de l'AG.

²⁸⁵ Conclut par les trois républiques fondatrices (existantes) de l'URSS (République Socialiste Fédérative Russe, Bélarus et Ukraine), https://www.cvce.eu/content/publication/2005/4/15/d1eb7a8c-4868-4da6-9098-3175c172b9bc/publishable_fr.pdf. Les autres (12) républiques furent invitées à se joindre à cet acte portant dissolution de l'URSS et création de la Communauté des Etats Indépendants (CIS). Toutes y adhérèrent – à l'exception des trois Etats baltes (Estonie, Lettonie, Lituanie) – par le biais des Accords d'Alma-Ata (https://www.cvce.eu/content/publication/2002/9/17/ffcd1505-481e-42f5-8293-c8089b125eb0/publishable_fr.pdf).

²⁸⁶ Mémorandum relatif aux garanties de sécurité dans le cadre de l'adhésion de l'Ukraine au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (RTNU, n°52241, Vol. 3007, pp. 167-182), dont l'article 2 est rédigé en ces termes : « La Fédération de Russie, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les Etats-Unis d'Amérique réaffirment leur obligation de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'Ukraine, et qu'aucune de leurs armes ne soit utilisée contre l'Ukraine, si ce n'est en légitime défense ou d'une autre manière conforme aux dispositions de la Charte des Nations Unies ».

²⁸⁷ « Accord entre l'Ukraine et la Fédération de Russie sur le séjour de la flotte de la mer Noire de la Fédération de Russie sur le territoire de l'Ukraine », dont l'article 1^{er} prévoit la prolongation de la location de la base militaire russe sur le territoire de la Crimée sous souveraineté ukrainienne à partir de 2017 pour une période de 25 ans à partir de l'entrée en vigueur (c'est-à-dire jusqu'en 2042), extensible pour des périodes supplémentaires de 5 ans. L'article 2 dispose les modalités de paiement du bail par le biais de prestations financières et énergétiques. L'accord de Kharkov (https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_359#Text) renouvelle et prolonge le Traité de partage sur le statut et les conditions de la flotte de la mer Noire (en fait trois traités bilatéraux conclus le 28 mai 1997). Aucun de ces traités internationaux n'a été enregistré auprès du Secrétariat de l'ONU conformément à l'article 102 de la Charte (Documents d'actualité internationale, Vol. 16 (15 août 1997), pp. 577-582).

iv) Accord sur la coopération en Mer d'Azov et le Détroit de Kertch (24 décembre 2003)²⁸⁸ ; v) Traité d'amitié, de coopération et de partenariat entre l'Ukraine et la Fédération de Russie (31 mai 1997)²⁸⁹.

Par conséquent, cette proclamation d'indépendance, qui précède la demande d'incorporation à la Russie, sont sans effets juridiques dans l'ordre international. Le régime juridique de la Crimée reste partant celui de l'occupation militaire – qualification opérée à la lumière du droit international humanitaire (ci-après DIH) – d'un territoire dont l'annexion a été contestée à la fois par l'Ukraine, dépositaire du *titulus*, ainsi que par la majorité des Etats de la communauté internationale. De surcroît, l'AG de l'ONU a adopté le 24 mars une résolution dont il convient de reproduire ci-après les passages pertinents :

« L'Assemblée générale, [...] »

5. Souligne que le référendum organisé dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol le 16 mars 2014, n'ayant aucune validité, ne saurait servir de fondement à une quelconque modification du statut de la République autonome ou de la ville de Sébastopol ;

6. Demande à tous les Etats, organisations internationales et institutions spécialisées de ne reconnaître aucune modification du statut de la République autonome de Crimée et de la ville de Sébastopol sur la base de ce référendum et de s'abstenir de tout acte ou contact susceptible d'être interprété comme valant reconnaissance d'une telle modification de statut »²⁹⁰.

Il n'est pas surprenant de voir ici à l'œuvre le triptyque usuel (*à la façon Namibie*) : condamnation, non-reconnaissance et invalidité.

Dès lors, la question consiste à savoir comment cette dissociation entre le *titulus* – dont est revêtue l'Ukraine – et le *modus* (effectivité de la possession russe) va se réconcilier. Nous avons déjà amplement discuté plus haut des différents scénari qui peuvent être envisagés (voy. supra II.I.B.ii).

²⁸⁸ « Agreement between the Russian Federation and the Ukraine on cooperation in the use of the sea of Azov and the strait of Kertch » (<https://www.fao.org/faolex/results/details/fr/c/LEX-FAOC045795/>). L'article 1^{er} est rédigé dans ces termes : « La mer d'Azov et le détroit de Kerch sont historiquement des eaux intérieures de la Fédération de Russie et d'Ukraine. La mer d'Azov est délimitée par la ligne frontalière d'Etat, conformément à l'accord entre les parties ».

²⁸⁹ (RTNU, n° 52240, Vol. 3007, pp. 117-166). L'article 2 est rédigé en ces termes : « Les Hautes Parties contractantes, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies et de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, respectent mutuellement leur intégrité territoriale et confirment l'inviolabilité de leurs frontières communes ». De même, l'article 29 : « Les Hautes Parties contractantes, en tant qu'Etats riverains de la mer Noire ... ».

²⁹⁰ Résolution 68/262 du 27 mars 2014. Cette résolution illustre à merveille l'application de l'Article 41 § 2 et 3 ARE.

*iv. Un cas (véritablement) sui generis : la Palestine (1998-2012-
aujourd'hui)*

La naissance de l'Etat arabe de Palestine, prévue par le Plan de partage de l'AG de l'ONU en 1947²⁹¹, illustre à merveille toutes les difficultés d'une gestation entravée par les effectivités – illégales – contraires. Bref, on retrouve ici, sans surprise, la violation du droit du peuple palestinien à disposer de lui-même²⁹² ainsi que, en aval, l'inévitable infraction à l'obligation du recours à la force²⁹³.

Bien évidemment, il ne s'agit guère ici de retracer le chemin de croix menant à la naissance de l'Etat de Palestine, ni encore moins de se pencher sur le conflit israélo-palestinien²⁹⁴, mais plus simplement d'indiquer les métamorphoses qui ont prélué à cette naissance²⁹⁵.

Après l'échec du Plan de partage du 29 novembre 1947 recommandé par l'AG et la fin du mandat britannique sur la Palestine²⁹⁶, il y eut la proclamation, dans la nuit entre le 14 et le 15 mai 1948, de l'Etat juif de Palestine, c'est-à-dire Israël. S'ensuivirent les trois conflits israélo-arabes, en 1948-1949, le premier, le deuxième, en 1967, la Guerre des Six-Jours et enfin le troisième et dernier, en 1973, la Guerre de Yom Kippour. A l'issue de ce dernier conflit, l'AG, en vertu de ses pouvoirs²⁹⁷ en matière du droit des peuples à l'autodétermination :

« Invite l'Organisation de libération de la Palestine à participer aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale en qualité d'observateur »²⁹⁸.

Suivant la pratique constante, générale et uniforme de l'Assemblée générale, l'attribution de ce statut, véritable reconnaissance constitutive d'un peuple jouissant du droit à l'autodétermination, implique que l'AG ait identifié dans l'OLP le véritable et seul représentant du peuple palestinien. En 2004, la Cour, après avoir réaffirmé le principe du droit à l'autodétermination des peuples et constaté son application au peuple palestinien, reproduit un extrait de la résolution 2625 (XXV) selon lequel « [t]out Etat a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait [un peuple] de [son] droit à

²⁹¹ Résolution 181 (II) du 29 novembre 1947. Il n'est pas inutile de rappeler qu'Israël se fonda, entre autres bases, sur le plan de Partage comme titre juridique de son existence en tant qu'Etat, aux fins de son admission à l'ONU (voy. *supra* II.I.B.ii).

²⁹² CIJ, Mur en Palestine, 2004, § 88.

²⁹³ CIJ, Mur en Palestine, 2004, § 87.

²⁹⁴ A ce sujet, on ne saurait pas trop recommander la somme monumentale de : H. Laurens, *La Question de Palestine*, 5 volumes, Paris, 1999-2015.

²⁹⁵ Voy. aussi : G. Distefano (2006), pp. 185-200.

²⁹⁶ Cette résolution déclare le *titulus* de l'Etat juif *et* de l'Etat arabe de Palestine sur les territoires alloués par le Plan de partage. En même temps, il institue le caractère de ville internationale de Jérusalem. Voy. *infra* III.II.C.

²⁹⁷ Voy. *supra* II.II.A.i.

²⁹⁸ Résolution 3237 (XXIX) du 29 novembre 1974.

l'autodétermination »²⁹⁹. Les Accords d'Oslo, conclus entre Israël et l'OLP (depuis 1993), corroborent la reconnaissance par le premier de l'existence de ce droit en chef au peuple palestinien représenté par l'OLP. Comme la Cour le dit dans son avis consultatif de 2004 :

« S'agissant du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la Cour observera que l'existence d'un « peuple palestinien » ne saurait plus faire débat »³⁰⁰.

Il en va de même, en conséquence, de l'assiette territoriale qui délimite spatialement l'exercice de ce droit par le peuple palestinien, à savoir la « Ligne verte » de l'armistice de 1949 en sus de la Bande de Gaza³⁰¹. Bien évidemment, ceci n'exclut pas des réaménagements territoriaux librement consentis³⁰² entre les deux parties³⁰³.

En 1998, l'AG franchit un pas supplémentaire destiné à faciliter la mise en œuvre par le peuple palestinien de son droit à disposer de lui-même, en adoptant une résolution, dont voici les paragraphes saillants :

« Rappelant sa résolution 43/177 du 15 décembre 1988, dans laquelle elle a pris acte de la proclamation de l'Etat palestinien par le Conseil national palestinien le 15 novembre 1988 et a décidé que la désignation de « Palestine » devrait être employée au sein du système des Nations Unies au lieu de la désignation « Organisation de libération de la Palestine »,

[...]

1. *Décide* de conférer à la Palestine, en sa qualité d'observateur et comme indiqué dans l'annexe de la présente résolution, des droits et privilèges supplémentaires pour ce qui est de participer aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale et des conférences internationales convoquées sous les auspices de l'Assemblée ou d'autres organes de l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'aux conférences des Nations Unies

[...]

7. Une place est réservée à la Palestine immédiatement après les Etats non membres et avant les autres observateurs, et six sièges lui sont alloués dans la salle de l'Assemblée générale ; ... »³⁰⁴.

L'Assemblée générale crée ainsi un statut inédit de Mouvement de libération nationale « super-observateur », à mi-chemin entre les Etats non membres et les autres MLN. En d'autres termes, la Palestine devint plus qu'un simple

²⁹⁹ CIJ, Mur en Palestine, 2004, § 88, p. 172.

³⁰⁰ *Ibid.*, § 118, p. 183.

³⁰¹ *Ibid.*, § 121, p. 184.

³⁰² Comme d'ailleurs, le Conseil de sécurité l'a justement précisé dans sa résolution 2334 (23 décembre 2016).

³⁰³ Le mur en question, fruit d'une action unilatérale de la part d'Israël, là où il dépasse la « Ligne verte », « dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation à Israël de respecter ce droit », CIJ, Mur en Palestine, 2004, § 122.

³⁰⁴ Résolution 52/250 du 13 juillet 1998.

MLN tout en n'atteignant pas encore le seuil de la *statualité*³⁰⁵, du fait notamment du manque d'effectivité de l'occupation (le *modus*). En effet, en dépit des Accords d'Oslo, la Palestine n'était (et ne l'est toujours) pas parvenue à exercer, ne serait-ce que sur une parcelle substantielle des territoires occupés, la *plénitude* des prérogatives de puissance publique à l'*exclusion* de tout autre Etat, selon le paradigme de l'Ile de Palmas. Une sorte d'Etat *in statu nascendi*³⁰⁶, pourvu du *titulus*, représenté par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes agrémenté par un nombre très important de reconnaissances internationales (aujourd'hui 139). Ainsi fut défini pendant près de 14 ans le statut juridique de la Palestine au sein de l'ONU, un spécimen hybride de personne juridique internationale mi-Etat / mi-MLN, témoignage à la fois du droit du peuple palestinien à se constituer en Etat (*titulus*) et des entraves et faits accomplis israéliens (*modus* contraire).

Toutefois, ce statut inédit, et forcément transitoire, fit place en 2012 à celui d'« Etat non membre » décidé par l'AG en ces termes :

« L'Assemblée générale,

Guidée par les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et soulignant à cet égard le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit de disposer d'eux-mêmes,

Rappelant sa résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, par laquelle elle a affirmé notamment le devoir qu'a tout Etat de favoriser, conjointement avec d'autres Etats ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit de disposer d'eux-mêmes,

Soulignant qu'il importe de maintenir et consolider la paix internationale en se fondant sur la liberté, l'égalité, la justice et le respect des droits fondamentaux de la personne humaine,

Rappelant sa résolution 181 (II) du 29 novembre 1947,

Réaffirmant le principe, énoncé dans la Charte, de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force, [...]

Rappelant l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice en date du 9 juillet 2004, [...]

Rappelant sa résolution 52/250 du 7 juillet 1998, par laquelle elle a conféré à la Palestine, en sa qualité d'observateur, des droits et privilèges supplémentaires, [...]

Réaffirmant le principe de l'universalité de la composition de l'Organisation des Nations Unies,

1. *Réaffirme* le droit du peuple palestinien à l'autodétermination et à l'indépendance dans un Etat de Palestine situé sur le territoire palestinien occupé depuis 1967 ;

³⁰⁵ Par ce néologisme, peut-être quelque peu cacophonique, on se réfère à l'anglais « statehood » ou encore à l'italien « statualità », c'est-à-dire au « caractère étatique » de l'entité concernée.

³⁰⁶ A l'instar de *l'opinio juris nascente* dont la Cour parle au regard de l'interdiction coutumière des armes nucléaires (CIJ, Licéité des armes nucléaires, 1996, § 73, p. 255).

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

2. *Décide* d'accorder à la Palestine le statut d'Etat non membre observateur auprès de l'Organisation des Nations Unies, sans préjudice des droits et privilèges acquis et du rôle de l'Organisation de libération de la Palestine auprès de l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de représentante du peuple palestinien, conformément aux résolutions et à la pratique en la matière ;

3. *Espère* que le Conseil de sécurité donnera une suite favorable à la demande d'admission en tant que membre à part entière de l'Organisation des Nations Unies présentée le 23 septembre 2011 par l'Etat de Palestine ; ... »

La Palestine est désormais partie à des nombreuses conventions multilatérales, dont les quatre Conventions de Genève de 1949 et ses deux Protocoles de 1977 (en sus du 3^{ème} de 2005). Elle est, entre autres, membre de la CPI et partie à la Convention de 1948 sur la prévention et répression du crime de génocide ainsi qu'à la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques (et à son Protocole facultatif concernant le règlement obligatoire des différends)³⁰⁷. Elle est également un Etat membre de l'UNESCO.

A la lumière de ce qui précède, le caractère étatique de la Palestine est donc difficilement contestable ; il s'ensuit que sa *statualité* est opposable même aux Etats qui ne la reconnaissent pas en ce qui concerne l'application du droit international général et des conventions multilatérales auxquelles la Palestine et ces Etats sont parties. Certes, il s'agit finalement d'un Etat dont la totalité, ou presque, de son territoire se trouve sous occupation militaire³⁰⁸. Mais l'unicité ne réside pas en ceci, mais plutôt dans le fait que la Palestine, en tant qu'Etat, se trouve dans cette situation depuis sa naissance³⁰⁹. Voilà le caractère *sui generis* de la Palestine en tant qu'Etat au sens du droit international, dont l'assiette territoriale a cependant été constatée par la CIJ dans son avis consultatif de 2004 sur le Mur en Palestine³¹⁰.

III. « L'ETAT DANS TOUS SES ETATS »³¹¹

Nouveauté du droit de la Charte, bien que les prodromes puissent retracés dans l'entre-deux-guerres, la création d'un Etat n'est plus qu'un simple fait primaire, un triomphe absolu de l'effectivité, mâtiné par le consentement des Etats concernés, mais elle doit désormais satisfaire certaines règles impératives du droit international général, dont l'interdiction de la menace ou

³⁰⁷ Voy. *supra* note 165.

³⁰⁸ CIJ, Mur en Palestine, 2004, § 78, pp. 126-127.

³⁰⁹ L'Assemblée générale de l'ONU « Réaffirme le droit du peuple palestinien à l'autodétermination et à l'indépendance dans un Etat de Palestine situé sur le territoire palestinien occupé depuis 1967, § 1 de la Résolution 67/19 (4 décembre 2012).

³¹⁰ CIJ, Mur en Palestine, §§ 121-122, pp. 59-60.

³¹¹ Nous avons bien évidemment paraphrasé le titre d'un fameux article du Prof. Georges Abi-Saab (« La coutume dans tous ses états », in *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. 1, Milan, 1987, pp. 53-65).

de l'usage de la force ainsi que le droit à l'autodétermination des peuples, voire, si applicable, une résolution du CS ou de l'AG de l'ONU.

Les cas de figure que nous allons passer en revue ci-après illustre non seulement la tension entre l'effectivité (*modus*) et la validité (*titulus*) lors de la création d'un Etat, mais surtout la manière dont le droit international public appréhende ces situations. A relever que certains de ces cas de figure, à savoir les Etats fantoches, les Etats *de facto* et les Etats effondrés, partagent au moins une caractéristique commune ; ils sont aujourd'hui étudiés sous l'angle du « Droit de New York », c'est-à-dire de la sécurité collective et représentent dès lors un défi pour la paix et la sécurité internationales.

A. Les Etats fantoches

Qui dit Etat fantoche, ou « puppet state » en anglais, présuppose que derrière cet ectoplasme d'Etat se cache, comme dans le théâtre des marionnettes, un autre Etat, cette fois-ci véritable, qui fait *mouvoir* le premier sur la scène juridique internationale. La plupart créés par la violence aux dépens d'un autre Etat (Mandchoukouo, RTCN, Ossétie du Sud, Abkhazie, Transnistrie, etc.).

Si l'on recourt au paradigme de l'Ile de Palmas, l'Etat fantoche est dépourvu à la fois de la plénitude et de l'exclusivité dans l'exercice des fonctions relatives à la puissance publique. Mieux, un autre Etat (le « marionnettiste », en suivant la métaphore théâtrale) exerce ces prérogatives de puissance publique, de sorte que l'Etat fantoche n'a pas d'exclusivité dans le déploiement des fonctions étatiques, aussi bien à l'intérieur, mais surtout vers l'extérieur, dans ses rapports avec les autres Etats et sujets de l'ordre juridique international³¹².

Ainsi, la négation de la *statualité* d'un Etat fantoche doit être recherchée dans l'absence de l'« indépendance », c'est-à-dire le manque de *l'exclusivité dans l'exercice effectif de la plénitude des fonctions étatiques*, selon le fameux *dictum* de M. Huber dans l'Ile de Palmas. En d'autres termes, la « *suprema potestas* » selon le juge Dionisio Anzilotti :

« L'indépendance ainsi comprise n'est, au fond, que la condition normale des Etats d'après le droit international : elle peut aussi bien être qualifiée comme souveraineté (*suprema potestas*) ou souveraineté extérieure, si l'on entend par cela que *l'Etat n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international* »³¹³.

³¹² « *A puppet State is not a State at all according to international law. It is the occupant's creation and its instrument, and to this extent the position is relatively clear, as the puppet State does not pretend to be related to, or act on the behalf of, of the occupied State* », K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 1968, p. 113.

³¹³ CPJI, Régime douanier austro-allemand, A/B 41, p. 57 (opinion individuelle ; les italiques sont de nous).

Justement, l'immédiateté de l'assujettissement d'un (vrai) Etat au droit international public est la véritable marque de sa *statualité*. De nombreux auteurs ont lié la personnalité juridique internationale à la soumission immédiate de l'entité concernée au droit international public, qui révélait son ancrage dans l'ordre juridique international. On a ainsi observé que :

« [l]a théorie allemande accepte avec raison l'indice distinctif de cette qualification : une communauté de droit (*Rechtsgemeinschaft*) est en tant un sujet de droit international qu'elle puisse se trouver en relation et en rapport immédiat et direct avec l'ordre international (*völkerrechtsunmittelbare Gemeinschaft*) »³¹⁴.

Ce passage résonne comme un écho vibrant au paradigme de l'Ile de Palmas ou, plus tard encore, aux affirmations de la Cour fédérale constitutionnelle d'Allemagne qui identifie dans la « Kompetenz-Kompetenz »³¹⁵ la compétence ultime d'un Etat sans laquelle ce dernier perdrait sa *statualité*.

A cet égard, il y a lieu de différencier le cas de figure de l'Etat fantoche de celui, parfois et erronément apparenté, du « Gouvernement Quisling ». Par cette formule, forgée à partir du nom du premier ministre norvégien (1942-1945) nommé par l'Allemagne nazie – puissance occupante pendant une bonne partie de Seconde guerre mondiale –, on fait référence à un gouvernement fantoche d'un (vrai) Etat qui est *en fait* dirigé par un autre Etat. A la différence donc d'un Etat fantoche, dans ce cas de figure la *statualité* de cet Etat n'est pas contestée, mais plutôt que l'un de ses éléments c'est-à-dire l'organisation politique censée maintenir l'ordre et à la sécurité à l'intérieur et représenter cet Etat sur la scène juridique internationale, fait défaut. C'est ici

³¹⁴ La Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail, Recueil CPJI, C 18-II, p. 41 [Discours de M. Rundstein (Pologne)]. Voy. de même : J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, 1894, p. 78 ; Th. Lawrence, *Principles of International Law*, London, 1911, § 34, p. 54 ; *Hall's International Law*, ed. by Pearce Higgins, 8th ed., Oxford, 1924, § 2, p. 20 ; A. Verdross (1929), § 21, p. 321 ; H. Kelsen, « Théorie générale du droit international, public. Problèmes choisis », *RCADI*, vol. 42 (1932-IV), p. 189 ; P. Guggenheim (1953), p. 83.

³¹⁵ In its decision delivered on 30 June 2009, the German Federal Constitutional Court so declared (as to the ratification of the Lisbon Treaty on the European Union): « *The Basic Law does not authorise the German state bodies to transfer sovereign powers in such a way that their exercise can independently establish other competences for the European Union. It prohibits the transfer of competence to decide on its own competence (Kompetenz-Kompetenz) (see BVerfGE 89, 155 <187-188, 192, 199>; see also BVerfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>). Even a far-reaching process of independence of political rule for the European Union brought about by granting it steadily increased competences and, by gradually overcoming existing unanimity requirements or so far as prevailing rules of State equality can, from the perspective of German constitutional law, only occur as a result of the freedom of action of the self-determined people. According to the constitution, such integrational steps must be factually limited by the act of transfer and must, in principle, be revocable. For this reason, withdrawal from the European union of integration (Integrationsverband) may, regardless of a commitment for an unlimited period under an agreement, not be prevented by other Member States or by the autonomous authority of the Union. This is not a secession from a State union (Staatsverband), which is problematical under international law (Tomuschat, « Secession and Self-Determination », in: Kohen, *Secession – International Law Perspectives*, 2006, pp. 23 et seq.), but merely the withdrawal from an association of sovereign States (Staatenverbund) which is based on the principle of reversible self-commitment » (§ 233, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html).*

que réside toute la finesse de la distinction entre l'Etat (son indépendance) et le gouvernement (son indépendance) et la consubstantialité entre les deux. Certes, s'il est vrai que tout Etat fantoche se caractérise – à des degrés certes différents – par un « Gouvernement Quisling », l'inverse n'est pas vrai, comme justement en témoigne l'exemple de la Norvège.

De même il y a lieu de différencier le cas de figure de l'Etat fantoche de celui du protectorat, qui nous occupera plus loin³¹⁶. *Primo*, l'Etat protégé n'a pas été créé de toutes pièces par l'Etat protecteur car il existait avant l'établissement du lien de protectorat³¹⁷. *Secundo*, et les deux différences sont imbriquées l'une dans l'autre, le protectorat s'établit grâce au consentement de l'Etat protégé, exprimé normalement par un traité international, ce qui présuppose précisément la personnalité juridique internationale de celui-ci. L'Etat protégé garde en effet la souveraineté intérieure et son exercice (*summa potestas*) alors que l'exercice de sa souveraineté extérieure (*suprema potestas*) est confié, par traité, à l'Etat protecteur.

Il importe enfin d'explorer la question du contrôle, mais surtout des outils que le droit international nous fournit aux fins de la vérification et donc de l'existence d'un Etat fantoche. A cette fin, le corps de règles relatif à la responsabilité internationale de l'Etat remplit parfaitement cette mission dans la mesure où au moins trois dispositions des ARE peuvent entrer en ligne de compte : Articles 4, 8 et par ricochet, 17. La notion de contrôle est bien évidemment centrale dans chacune de ces règles d'imputabilité d'un comportement à un Etat, mais alors que la dernière disposition présuppose l'existence de deux Etats, hypothèse qui par définition doit ici être écartée, les deux premières envisagent des cas de figure où un Etat contrôle un groupe plus ou moins organisé d'individus. Il n'est évidemment pas ici question de passer au crible les notions sous-jacentes aux articles 4 et 8 et encore moins de se pencher sur l'affinage jurisprudentiel notamment opéré par la CIJ, le TPIY ainsi que par la CourEDH³¹⁸.

Alors que l'article 4 ARE exige³¹⁹, aux fins de l'attribution des comportements d'un groupe de personne à un Etat, sa « totale dépendance », l'article 8 ARE requiert que ce dernier exerce sur le premier un « contrôle effectif ». Comme la CIJ eut à le répéter en 2007, ces deux types de contrôle ne se confondent pas et ne sauraient être interchangeables, sinon nous

³¹⁶ Voy. *infra* III.I.G.

³¹⁷ L'existence en tant qu'Etat indépendant de l'Etat protégé constitue la raison d'être même du protectorat.

³¹⁸ Nous renvoyons le lecteur à : G. Distefano, A. Hêche (2015), pp. 3-33.

³¹⁹ Il convient néanmoins de préciser que le cas de figure généralement régi par l'article 4 est celui où le comportement d'une personne, groupe de personnes ou entité qui « a le statut d'organe » d'après le droit interne d'un Etat est attribuable à celui-ci. Dans son arrêt de 2007, relatif à l'affaire du Génocide, la Cour a tenu à souligner que dans des circonstances exceptionnelles, cette disposition peut également appréhender le cas de figure où ce lien organique fixé par le droit interne fait défaut.

n'aurions pas besoin de deux titres d'imputabilité différents. Dans un cas, celui envisagé par l'article 4 « nouvelle vague », tel qu'interprété par la Cour en 2007, il y a « assimilation » de certains individus aux organes *de iure* ; dans le second cas, celui régi par l'article 8, il s'agit de l'organe *de facto* et ceci même si parfois le critère partage le même nom (c'est-à-dire « contrôle »), quoique différemment qualifié³²⁰. Presqu'instinctivement, il nous paraît que l'article 4 « nouvelle vague » soit mieux à même que l'article 8 pour transpercer le voile, artificieusement dressé par l'Etat contrôleur en vue de masquer ces méfaits et étayer, autant que faire se peut, la *statualité* de l'Etat fantoche.

Dans le scénario régi par l'article 4, celui de la « totale dépendance », il faut prouver que l'Etat exerce un « degré particulièrement élevé de contrôle » (ou, encore, un « contrôle tellement étroit ») sur ces personnes ou cette entité. Si tel est le cas, ce groupe de personnes, cette entité sont *assimilés* à un organe de cet Etat aux fins de l'établissement de sa responsabilité internationale³²¹.

Comme il a été justement souligné, l'article 4 permet de cerner les cas où l'Etat « tenterait d'utiliser ce droit [le droit interne] de manière dolosive »³²² ou pour « tromper la communauté internationale »³²³. L'effectivité est donc le maître-mot grâce auquel le droit triomphe sur la tentative des Etats de « masquer la réalité »³²⁴ et ainsi esquiver les foudres de la responsabilité internationale. La création, factice, d'un Etat fantoche répond précisément à cette exigence : en sus de prétendre qu'un vrai Etat est né, l'Etat-contrôleur échappe à l'engagement de sa responsabilité internationale pour les faits des organes de l'Etat fantoche. Dans ce contexte, il n'est pas inutile de rappeler ce que la CIJ déclara dans un contexte différent :

³²⁰ Cette prééminence du contrôle dans les deux articles s'explique par les critères utilisés en vue d'appréhender la « totale dépendance » dans l'affaire *Nicaragua*, à savoir le « contrôle » et la « dépendance ». Le critère du contrôle a par la suite atteint des proportions telles (à la faveur de l'arrêt *Tadic*) qu'il est devenu le fer de lance de l'attribution relative aux organes non formellement reconnus comme tels par le droit interne. De manière plus générale, la question de l'attribution s'est principalement posée dans le cadre de groupes armés (affaire *Nicaragua* ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec. CIJ*, 2005 ; affaire *Tadic* et affaire du *Génocide*). Cette centralité des groupes armés en tant qu'organes a forcément orienté la réponse donnée aux critères de l'article 8 et au cas résiduel de l'article 4. La violation dont il était question dans l'affaire *Nicaragua* (usage de la force *via* des groupes armés ; article 2, § 4, de la Charte des Nations Unies ; voir CIJ, Mémoire, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, vol. IV, p. 70 et s, § 252 et s.) a innervé le droit de la responsabilité internationale en la matière.

³²¹ Il convient de préciser que le verbe *assimiler* ne signifie pas que ces personnes, cette entité deviennent des organes de cet Etat, car seul le droit interne de celui-ci peut opérer cette qualification (elle relève de son domaine réservé). En revanche, en vertu des règles de la responsabilité internationale, les comportements de ces personnes ou de cette entité sont attribuables à l'Etat en question au même *titre* que ses organes *de iure*.

³²² Audience publique dans l'affaire du Génocide (CIJ, 2007), compte-rendu officiel, CR 2006/10 (6 mars 2006), p. 17.

³²³ *Loc.cit.*

³²⁴ *Ibid.*, p. 26.

« C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'Etat en raison d'actes concernant d'autres Etats »³²⁵.

L'article 4 « nouvelle vague » est donc parfaitement approprié, nous semble-t-il, pour appréhender dans l'affaire du *Génocide* les relations réelles et effectives entre la République *Srpska* et la Serbie à l'instar du cas de figure des Etats fantoches où se manifeste ce que le Professeur Luigi Condorelli appelle judicieusement une « intégration organique ». Sous cette lumière, on comprend parfaitement les mots de la CourEDH dans l'affaire *Loizidou* :

« La Commission [CEDH] considère que la présence à Chypre de forces turques exerçant un contrôle global dans la zone frontalière ... Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île »³²⁶.

C'est cette absence de marge d'autonomie par l'Etat fantoche qui caractérise ses relations juridiques avec l'Etat-contrôleur (ou marionnettiste) et leur impact non seulement en termes de responsabilité internationale mais aussi et surtout sur la *statualité* du premier.

Indirectement, le droit international humanitaire envisage lui-aussi le cas de figure où à la suite de – ou pendant – un conflit armé international, la puissance occupante au lieu d'annexer *sic et simpliciter* le territoire (ou une partie) de l'Etat vaincu, procède à la création d'un Etat fantoche en concluant, par exemple, des accords avec les représentants de la population. L'article 47 de IV^e GE 1949, qui semble mélanger harmonieusement le « droit de Genève » (*ius in bello*) et le « droit de New York » (*ius contra bellum*) prévoit que :

« Les personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente Convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé ».

Car, l'une des Puissances :

« se trouverait, même temporairement, vis-à-vis de l'autre Puissance ou de ses alliés, limitée dans sa liberté de négociation, par suite des événements militaires, notamment en cas d'une occupation de la totalité ou d'une partie importante de son territoire »³²⁷.

³²⁵ CIJ, Namibie 1971, § 118.

³²⁶ CourEDH, *Loizidou*, § 56.

³²⁷ Article 11 § 5 IV^e GE 1949. A moins que le CS de l'ONU ne s'en mêle, comme il le fit lors de l'occupation militaire en Irak en 2004 par sa résolution 1546 (8 juin 2004). Voy. à ce sujet les brillantes réflexions de : L. Condorelli, « Le Conseil de sécurité entre autorisation de la légitime défense et substitution de la sécurité collective : remarques au sujet de la Résolution 1546 (2004) », in *Société française pour le droit international. Les métamorphoses de la sécurité collective – droit, pratique et enjeux stratégiques : actes des journées d'études franco-tunisiennes*, pp. 231–239, Paris, 2005.

Difficile de ne pas entendre dans ces deux dispositions la résonance puissante de l'article 52 CVDT 1969 aux termes duquel « est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes incorporés dans la Charte des Nations Unies ». Car, dans le cas de figure de l'occupation militaire, la violence par l'Etat vainqueur (et occupant) sur l'Etat vaincu est intégrée dans la situation factuelle et dans la raison même de l'accord, d'où son invalidité.

La pratique internationale abonde de cas, certes avec leurs spécificités, où l'Etat marionnettiste procéda à la création d'Etats fantoches sur une partie du territoire de l'Etat vaincu : le Mandchoukouo (par le Japon en 1932), la Croatie et la Slovaquie (par l'Allemagne nazie pendant la Seconde guerre mondiale), la RTCN (par la Turquie en 1983)³²⁸, l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud (soutenues par la Fédération de Russie, respectivement en 1993 et en 1992), la Transnistrie (en 1991)³²⁹ ou encore les tristement fameux « homelands »³³⁰ et autres « self-governing territories »³³¹ créés par l'Afrique du Sud sur son propre territoire en vue du règlement, à sa manière, du problème de l'*apartheid*.

B. Les Etats *de facto*

« Anomalies du système international, bizarreries du droit international public »³³², les Etats *de facto*, malgré leur nombre somme toute relativement peu élevé, donnent du grain à moudre aussi bien aux internationalistes³³³ qu'aux chancelleries d'Etats, sans oublier, bien évidemment les Organisations internationales, tantôt sollicitées par leurs demandes de reconnaissance, voire d'admission.

In nuce, alors que tant l'effectivité (*modus*) que la validité (*titulus*) font défaut aux Etats fantoches, les Etats *de facto* remplissent par définition la première condition, c'est-à-dire l'effectivité de leur existence en tant qu'entités politiques organisées sur base territoriale.

En d'autres termes, à la différence des Etats fantoches, qui ne possèdent pas l'indépendance, les Etats *de facto* se caractérisent par leur *indépendance factuelle*. Le *ius excludendi alios*, c'est-à-dire l'exclusivité dans l'exercice des

³²⁸ Par la Résolution 541 (18 novembre 1983), le Conseil de sécurité « Considère la proclamation [de sécession par les autorités chypriotes turques] comme juridiquement nulle et demande son retrait » (§ 2) et partant « Demande à tous les Etats de ne pas reconnaître d'autre Etat chypriote que la République de Chypre ; » (§ 7).

³²⁹ Bien qu'en 2014, dans le sillage de la Crimée, la Transnistrie ait manifesté l'intention d'intégrer la Fédération de Russie.

³³⁰ Transkei, Ciskei, Bophuthatswana et Venda.

³³¹ KwaZulu, KaNgwane, Gazankulu, Lebowa, KwaNdebele et Qwaqwa.

³³² M. Bonnot, *Des Etats de facto*, Paris, 2014, p. 9.

³³³ Voir la belle thèse de D. F. G. Somé, *Les Etats de facto en droit international. Le cas du Somaliland*, Bâle, 2020 (Collection Neuchâteloise).

prérogatives de puissance publique, selon le paradigme de Palmas, est bel et bien présent³³⁴. Les quatre éléments traditionnels permettant de vérifier l'existence d'un Etat au sens du droit international sont présents. Certes, la souveraineté n'est présente que *de facto*, puisque les autres Etats et Organisations internationales rechignent à leur reconnaître la « capacité juridique d'entrer en relations » avec eux, comme l'exige la définition consacrée dans l'Article 1^{er} de la Convention de Montevideo de 1933³³⁵.

En effet, un vice affecte la genèse des Etats *de facto*, puisque leur naissance s'est réalisée au mépris d'une ou plusieurs normes impératives du droit international général et/ou (accessoirement) d'une résolution du Conseil de sécurité et/ou de l'Assemblée générale de l'ONU, voire, éventuellement à défaut, d'un organe de l'organisation régionale compétente. En effet, les Etats *de facto* sont presque toujours des entités sécessionnistes, des parties d'un Etat qui se séparent de celui-ci en dehors donc du droit à l'autodétermination des peuples, mais sans le consentement de l'Etat parent.

La catégorie des Etats *de facto* est nécessairement fille du droit nouveau que la Charte de l'ONU porte aux fonts baptismaux ; l'introduction par celle-ci des normes interdisant la menace et l'emploi de la force ou de celle érigeant le droit à l'autodétermination des peuples en architrave du système international, font que la simple indépendance effective ne soit plus suffisante aux fins de la création d'un Etat. D'où, comme nous venons de le constater, l'obligation de non-reconnaissance, garantie de l'ordre juridique international. Pourtant, même s'ils sont rares, justement en raison des garde-fous que le droit international fixe à leur égard, les Etats *de facto* ont existé et continuent d'exister.

Dans le même registre, il convient de différencier les Etats *de facto* des rebelles (ou insurgés ou mouvements insurrectionnels) lesquels « exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent contrôle », conformément à l'article 1^{er} § 1 du PAII 1977 aux GE 1949. Certes, s'il est vrai que dans les deux cas il y a un contrôle du territoire, relevant de la souveraineté d'un Etat, il n'en est pas moins vrai que la situation d'un Etat *de facto* se caractérise par un certain degré de stabilité (*status*) aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de ses « frontières »³³⁶. En d'autres termes, alors que dans les cas des rebelles (ou acteurs non-étatique armés) il y a un conflit

³³⁴ Ils ont été qualifiés de « *functioning reality with effective territorial control of a given area that is denied legitimacy by the rest of international society* », S. Pegg, *De Facto States in the International System*, Institute of International Relations, The University of British Columbia, working paper n° 21, February 1998, abstract.

³³⁵ Voy. *Supra* Prolégomènes.

³³⁶ « *Territorial sovereignty is, in general, a situation recognized and delimited in space* », Affaire de l'Ile de Palmas, p. 838 [les italiques sont de nous].

armé non-international en cours (même latent et même avec des pauses), dans le cas de figure de l'Etat *de facto*, le conflit a cessé de sévir, le groupe politique organisé territorialement exerçant les prérogatives de puissance publique plus ou moins paisiblement. On peut même avancer que l'Etat *de facto* peut constituer le stade successif à un conflit armé non-international qui voit l'apparition d'un sujet de droit international prétendre à la reconnaissance, constitutive dans ce cas, de sa *statualité*.

Ces cas *déviants* sont nécessairement temporaires, transitoires, le droit international abhorrant une scission prolongée entre l'effectivité et la validité d'une situation territoriale, voire, *a fortiori*, d'un Etat³³⁷. En conséquence, les deux scénarios usuels doivent être envisagés. La reconnaissance internationale (collective, institutionnelle et *uti singuli*) et le consentement de l'Etat parent (parfois l'une précède l'autre mais les deux sont cumulativement nécessaires, comme dans le cas de figure des sécessions réussies) finissent par réconcilier le Droit et le Fait (*titulus et modus*). Sinon, la réunion des deux éléments du titre territorial se fera auprès du souverain, de sorte que l'Etat *de facto* réintègrera l'Etat parent. Sous cet angle, il convient d'insister sur le fait que, à l'instar du cas de figure des Etats fantoches, celui sous examen se trouve aussi au carrefour entre le Droit de New York³³⁸ et le droit international des espaces. Finalement, l'existence d'un Etat *de facto* constitue un défi permanent à la paix et à la sécurité internationales et comme tel il est traité en premier lieu, le droit international des espaces venant ensuite pour définir son statut juridique définitif.

En conclusion, aussi bien les Etats *de facto* que les Etats fantoches réalisent et constituent des violations internationales, mais pour des raisons différentes qui tiennent précisément aux spécificités de leur nature et leur genèse. Les premiers se distinguent par l'effectivité de l'exercice des fonctions étatiques, mais leur fait défaut le fondement juridique de ce pouvoir, bref la validité ; d'où le caractère à la fois illégal et illicite de leur existence. Aux Etats fantoches, en revanche, font défaut à la fois l'effectivité et la validité, la première parce qu'elle appartient à l'Etat-contrôleur, la seconde se trouve

³³⁷ Cette situation temporaire est néanmoins assortie d'une effectivité indiscutable de sorte que le droit international privé, compagnon de longue date de notre science, envisage la possibilité que les Etats tiers reconnaissent la validité, ou tout le moins l'applicabilité, des décisions rendues par les tribunaux de l'Etat non reconnu. Voy. : H. Battifol, P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, 8^{ème} éd., Paris, 1993, vol. 1^{er}, pp. 430-433.

³³⁸ « [I]nternational society has traditionally chosen to respond to the existence of the *de facto* States in three main ways: actively opposing them through the use of embargoes and sanctions; generally ignoring them and having no dealings with them; and coming to some sort of limited acceptance and acknowledgment of their presence », S. Pegg, « De Facto States in the International System », in *Working Paper* (Institute of International Relations. The University of British Columbia), n° 21 (1998), p. 4 [<https://www.files.ethz.ch/isn/46433/WP21.pdf>]. De même : M. Rywkin, *Le phénomène des quasi-Etats*, Diogène, vol. 210 (2), 2005.

auprès de l'Etat dépossédé, c'est-à-dire l'Etat titulaire de la souveraineté territoriale.

L'exceptionnalité des Etats *de facto* est témoignée par leur rareté ; en effet, si l'on s'en tient à une interprétation stricte de la définition, on n'en recense, à l'heure actuelle, qu'un seul véritable exemple : le Somaliland³³⁹.

Il y a lieu de retracer, ne fût-ce que brièvement, quelques étapes saillantes de son émergence en tant qu'Etat *de facto*, dans le dessein d'en illustrer son exceptionnalité. Ancien protectorat britannique, il fusionna – 4 jours après être devenu indépendant le 26 juin 1960³⁴⁰ – avec la Somalie, à peine sortie de l'administration fiduciaire italienne (« Act of Union », 18 janvier 1961)³⁴¹, autrefois colonie de cet Etat. Le rattachement du Somaliland n'effaça cependant pas les profondes différences entre ces deux anciennes colonies : au niveau tribal (structure claniques différentes) ainsi que sur le plan des cultures juridiques importées de la métropole (britannique et italienne, respectivement). L'absence d'infrastructures de communications entre ces deux parties du nouvel Etat ainsi qu'un important conflit territorial avec l'Ethiopie dans la région de l'Ogaden, n'arrangèrent assurément pas les choses. A ceci s'ajoutèrent famines et sécheresses à répétition qui sévirent dans ce pays précipitant la fin de la dictature de Siad Barre au début de 1991 et plongeant le pays dans une crise sans précédents³⁴². Alors que l'ancien territoire de la Somalie italienne devint la proie des Seigneurs de la Guerre³⁴³, le 17 mai 1991, à la suite d'une assemblée des clans de l'ancienne Somaliland, l'indépendance fut déclarée sur le territoire de l'ancienne colonie britannique.

³³⁹ L'appartenance du territoire sécessionniste du Haut-Karabagh (de l'Azerbaïdjan) à la catégorie des Etats *de facto* est hautement controversée. Sa proclamation d'indépendance (2 septembre 1991) n'a été reconnue que par d'autres Etats fantoches (Ossétie du Sud, Abkhazie et Transnistrie), l'Arménie s'étant contentée à une reconnaissance *de facto* de sa séparation de l'Azerbaïdjan. En sus d'une Déclaration du Président du Conseil de sécurité en 1995 (S/PRST/1995/21), la question relative à l'indépendance du Haut-Karabagh n'a pas échappé à cet organe qui a réaffirmé le principe de l'intégrité territoriale de l'Azerbaïdjan ainsi que celui de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force : résolution 884 du 12 novembre 1993, ainsi que ses résolutions précédentes : 874 (14 octobre 1993) ; 853 (29 juillet 1993) ; 822 (30 avril 1993).

³⁴⁰ Que le Somaliland était, au moment de son union avec la Somalie, un Etat indépendant est confirmé l'« Acte d'Union » avec la Somalie dont l'Article 11 § 4 prévoit que « all rights lawfully vested in or obligations incurred by the *independent Governments of Somaliland and Somalia* ... shall be deemed to have been transferred to and accepted by the Somali Republic upon its establishment » [les italiques sont de nous].

³⁴¹ Sur les vicissitudes de cette union, voir P. Contini, *The Somali Republic: An Experiment in Legal Integration*, Londres, 1969. En effet, l'union entre ces deux Etats – devant se réaliser par traité international – avait été approuvée par le Somaliland le 27 juin 1960, mais pas par les représentants de la Somalie. Un autre Acte d'Union (« *Atto d'unione* ») fut élaboré par l'Assemblée législative de l'Administration fiduciaire de la Somalie en tant que texte unique et soumis plus tard à l'Assemblée nationale de cet Etat.

³⁴² La Somalie détient le triste primat d'exemple primordial dans la catégorie « Etats effondrés » dont il sera question dans la section suivante.

³⁴³ *Minister for Immigration v. Haji Ibrahim*, Australie, High Court, 26 octobre 2000, *ILLR*, vol. 131, § 11.

Une première constitution (provisoire) fut adoptée en février 1997 qui fut remplacée par la constitution du 31 mai 2001, à la faveur d'un plébiscite. Son article 1^{er} (1) se lit comme suit :

« The country which gained its independence from the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on 26th June 1960 and was known as the Somaliland Protectorate and which joined Somalia on 1st July 1960 so as to form the Somali Republic and then regained its independence by the Declaration of the Conference of the Somaliland communities held in Burao between 27th April 1991 and 15th May 1991 shall hereby and in accordance with this Constitution become a sovereign and independent country known as « The Republic of Somaliland ».

Même si l'OUA ainsi que la Ligue des Etats arabes restent attachées au principe de l'intégrité territoriale de la Somalie³⁴⁴, l'ONU ne manqua pas de relever que :

« le « Somaliland », ... est depuis six ans pratiquement autonome. Le Gouvernement national de transition et la plupart des autres autorités sont parvenus à imposer, à des degrés divers, une certaine stabilité et un certain ordre administratif dans les zones qu'ils contrôlent, ce qui a permis aux civils de reprendre leurs activités économiques, sociales et, dans certains cas, politiques. Les chefs traditionnels et la société civile jouent aussi un rôle plus important »³⁴⁵.

En dépit d'une activité diplomatique assez vigoureuse, aucun Etat n'a à ce jour reconnu le Somaliland. Ce dernier a des représentations officieuses, donc non reconnues, auprès des principales puissances du monde, qu'il qualifie quelque peu pompeusement sur son site de « Embassies ». La jurisprudence internationale est pour le moins absente alors que celle interne n'est pas très significative :

*« In May 1991, the breakaway Somaliland Republic was declared in the northwest within the pre-independence borders of the former British Somaliland. It is separately administered by a provisional government but it is not internationally recognized »*³⁴⁶.

Il y a lieu peut-être de faire une exception pour une décision de la Cour des Comptes de l'UE :

« En Somalie, un soutien a été accordé à de nouvelles structures génératrices de recettes (par exemple, droit d'importation), la plus importante étant le port de Berbera. Bien que la Commission ait soutenu l'instauration de systèmes de contrôle financier, des doutes subsistent quant à la transparence et à l'obligation de rendre compte. La Commission aurait dû faire preuve d'une plus grande prudence avant de s'engager dans des projets générateurs de recettes dans les conditions actuelles, car

³⁴⁴ Voy. le Rapport du Secrétaire général de l'ONU, S/2001/963 (11 octobre 2001), §§ 16 suiv.

³⁴⁵ Rapport du Secrétaire général de l'ONU, S/2002/189 (21 février 2002), § 28.

³⁴⁶ *Minister for Immigration v. Haji Ibrahim*, § 112.

le Somaliland, où se trouve le port, n'a pas été reconnu par la communauté internationale comme un Etat autonome [sic] »³⁴⁷.

En raison de l'absence de la renonciation par l'Etat parent, la Somalie, le *titulus* appartient toujours à cette dernière, de sorte qu'il est approprié de définir le Somaliland d'Etat *de facto* sécessionniste de son Etat parent. Aussi longtemps que le consentement de la Somalie fera défaut et en l'absence de reconnaissance par la Communauté des Etats organisée et par les Etats *uti singuli* (deux éléments du « triptyque »), il sera impossible de considérer le Somaliland comme un Etat au sens du droit international avec toutes les conséquences qui en découlent. Il serait dès lors malvenu pour un Etat tiers d'entrer en relations juridiques avec le Somaliland. En conséquence, des traités internationaux conclus, par exemple, avec les Emirats arabes unis (ci-après : EAU) prévoyant l'établissement d'une base militaire dans le port stratégique de Berbera avec un accord de bail y relatif, doivent être considérés comme des violations – par ces Etats – de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de la Somalie³⁴⁸.

En conclusion, il n'est pas inutile d'effleurer ici certains aspects qui font du Somaliland un vrai Etat *de facto*, ne serait-ce que pour écarter, à sa lumière, les autres faux exemples, parmi lesquels il convient de mentionner Taïwan (ou Taipei). Non seulement, ce dernier n'a jamais proclamé son indépendance de la République populaire de Chine, mais en plus, il s'est toujours fendu, du moins au départ, d'être le véritable gouvernement représentant la Chine tout entière. On est ici confrontés à une situation où, à la suite d'une guerre civile qui a vu les rebelles (maoïstes) triompher, le gouvernement (nationaliste) dut se réfugier en 1949 précisément sur l'île de Taïwan. Jusqu'en 1971, le gouvernement de Chiang Kai-shek continua à revendiquer l'exclusivité de la représentation de la Chine tout entière et à ce titre était considéré par la majorité des Etats (sauf bien évidemment les Etats communistes et notamment l'URSS) ainsi que par l'ONU, où il occupa le siège de membre permanent du Conseil de sécurité (en tant que « République de Chine »), comme le

³⁴⁷ Rapport spécial n° 4/2000 relatif aux actions de réhabilitation en faveur des Etats ACP en tant qu'instrument de préparation à l'aide au développement normale, accompagné des réponses de la Commission, C 113/1, § 83 (19 avril 2000).

³⁴⁸ L'accord en question, conclu le 14 février 2017 (la date est cependant incertaine), est libellé « Seven-Point economic and military pact ». Selon son article 1^{er}, cet accord « *is an agreement in line with international standards [sic!] and proves that Somaliland is indeed the sole legitimate authority of its territory and people* ». Conformément à son article 2, la République du Somaliland « will lease » l'Aéroport international de Berbera (ainsi que sa base navale attenante) aux EAU pour une période de 25 ans en échange de projets financés par ces derniers à hauteur d'1 milliard de dollars US. Toutefois, c'est l'article 6 (et accessoirement 7) de cet accord qui place les EAU en forte délicatesse avec le droit international et l'obligation de ne ni reconnaître une entité séparatiste ni de l'aider et lui prêter assistance : « *The [UAE] promises to protect the Republic of Somaliland from all external threats and to protect Somaliland's sovereignty and territorial integrity (land and maritime boundaries) [sic !]*. » Le texte de cet accord, qui n'a pas été enregistré auprès du Secrétariat de l'ONU (conformément à l'article 102 de la CNU), a été trouvé par l'auteur dans le *National* (Abu-Dhabi), 21 mars 2017.

représentant de la Chine tout entière (y compris donc de la partie continentale). Ce fut seulement en 1971 que l'Assemblée générale de l'ONU adopta la résolution 2758 (XXVI)³⁴⁹ par laquelle elle reconnut – cette reconnaissance ayant une valeur constitutive – que :

« les représentants du Gouvernement de la République populaire de Chine sont les seuls représentants légitimes de la Chine à l'Organisation des Nations Unies et que la République populaire de Chine est un des cinq membres permanents du Conseil de sécurité »³⁵⁰.

Taiwan est aujourd'hui un sujet de droit international *sui generis*, partie à des traités et membre de certaines organisations internationales universelles, telle que l'OMC (en tant que « territoire douanier distinct », Taïpei chinois, depuis 2002)³⁵¹. Il n'est donc pas un Etat, même s'il exerce la plénitude et l'exclusivité des fonctions régaliennes sur un territoire donné ; il n'a d'ailleurs pas proclamé son indépendance de la République populaire de Chine, même si de temps à autre il en a brandi la menace, considérée par Pékin comme un véritable *casus belli*. Il est à l'heure actuelle reconnu en tant qu'Etat par 22 Etats³⁵², ce qui n'empêche pas les autres Etats d'entretenir des (parfois très denses) relations commerciales³⁵³, régies par des traités internationaux. Pour conclure brièvement, le cas de Taiwan soulève des questions de représentativité, de gouvernement, d'un seul et unique Etat et ce par les revendications mêmes de Taipei et de Pékin³⁵⁴.

³⁴⁹ Résolution du 25 octobre 1971.

³⁵⁰ Cette reconnaissance comporta « l'expulsion immédiate des représentants de Tchang Kai-shek du siège qu'ils occupent illégalement à l'Organisation des Nations Unies et dans tous les organismes qui s'y rattachent ».

³⁵¹ Il est important de noter qu'il a été admis simultanément avec la République populaire de Chine (en tant qu'Etat membre).

³⁵² La République populaire de Chine exige assez logiquement qu'un Etat tiers ne puisse reconnaître simultanément Taiwan et Pékin, ce qui prouve, aux yeux en tout cas de Pékin, qu'il s'agit bel et bien d'un seul et unique Etat *de iure*.

³⁵³ Sous la forme de « Economic and Cultural Representative Offices » ou encore de « Economic and Trade Offices ». Par ailleurs, la compagnie aérienne nationale « Eva » dessert de nombreux escales dans des pays qui reconnaissent pourtant la république populaire de Chine. Taiwan n'étant pas partie, par exemple, à la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 – subséquemment amendée et complétée par le Protocole de La Haye du 28 septembre 1955 – les questions régies par ces traités sont réglées par des traités bilatéraux entre Taiwan et les Etats concernés. A cet égard, il convient de noter que la République populaire de Chine joignit à son instrument d'adhésion du 16 juin 1997 la notification suivante : « The Government of the People's Republic of China is the sole legal government representing the Chinese people. The [Warsaw] Convention to which the Government of the People's Republic of China adheres shall of course apply to the entire Chinese territory including Taiwan ». Pékin crut bon d'émettre cette notification car Taiwan (ou plus correctement la « République nationaliste de Chine ») était partie à cette convention depuis le 20 juillet 1958.

³⁵⁴ Taiwan « would appear to be a non-State territorial entity which is capable of acting independently on the international scene, but it is most probably de jure part of China », M. Shaw, *International Law*, 7^{ème} éd., Cambridge, 2014, p. 169.

C. Les Etats effondrés ou « en voie d'effondrement »³⁵⁵

Cette étiquette est due à la plume de Helman and Ratner, dans un article qu'on pourrait qualifier de « seminal » :

« *The idea, then, that states could fail – that they could be simply unable to function as independent entities – was anathema to the raison d'être of decolonization and offensive to the notion of self-determination. New states might be poor, it was thought, but they would hold their own by virtue of being independent. While it lasted, the Cold War prolonged the viability of some of the newly independent and other Third World states. Countries with seriously underdeveloped economies and governments received hefty infusions of aid from their former colonial masters as well as from the two superpowers. The systemic corruption that characterized many of the new states did not stop the superpowers from sending foreign aid as they sought to buttress a potential ally in the Cold War* »³⁵⁶.

Toutefois, du point de vue du droit international, la dénomination est on ne peut plus trompeuse et fourvoyante³⁵⁷ puisque dans ce phénomène récent, ce qui s'est effondré n'est pas l'Etat en tant que tel, mais bien plutôt son *gouvernement* au sens du droit international, ou plutôt de l'incapacité d'une organisation politique d'exercer les « prérogatives de puissance publique », comme il a été affirmé par Max Huber dans l'affaire de l'Île de Palmas³⁵⁸. En conséquence, le cas de figure sous examen (« failed States ») met en exergue une question de « (bonne) gouvernance »³⁵⁹ et non pas de *statualité*. Pour preuve, au regard du premier exemple historique que l'on ait recensé, celui de la Somalie (depuis 1991)³⁶⁰, la personnalité juridique internationale de cette dernière, mieux son existence en tant qu'Etat, n'a jamais été contestée³⁶¹. Ce qui faisait en revanche défaut était l'existence d'un seul et unique gouvernement – par-dessus la cacophonie déterminée par les Seigneurs

³⁵⁵ Comme il a été très correctement observé, la dénomination *failed State* est « clearly a misnomer, since the bodies concerned, though infirm, have still not reached the international graveyard. They should be called 'Failing States', and are said to be 'in danger of disintegration' », N. Davies, p. 731.

³⁵⁶ G. Helman and S. Ratner, « Saving Failed States », 89 *Foreign Policy* 1992-3, p. 4. De même : S. Ratner, « The Cambodia Settlement Agreements », *AJIL* Vol. 87 (1993), pp. 1-41. Voy. aussi : A. Ghani, C. Lockhart, *Fixing Failed States*, Oxford, 2009 (le premier auteur ayant été président de la République Islamique d'Afghanistan).

³⁵⁷ Malgré une jurisprudence interne et internationale parfois peu méticuleuse à cet égard : « Where the State has disintegrated, as appears to have been the case in Somalia », *Minister for Immigration v. Haji Ibrahim*, Australie, § 69 ; *Al-Dahas v. Attorney-General and Others*, Kenya High Court, 1^{er} Mars 2007, 143 *ILR*, p. 343. Voy. aussi l'opinion dissidente du juge Kateka jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005 : *Recueil de la CIJ* 2005, § 37, p. 372.

³⁵⁸ Affaire de l'Île de Palmas, p. 838.

³⁵⁹ « Fixing Fragile Nations. Conquering Chaos », *The Economist*, 7 janvier 2017.

³⁶⁰ « The brutal term 'failed State' was almost invented for Somalia. Since 1991, when its military dictator was overthrown, it has had no government that fully controls the country and no election worthy of the name », « Hope among Terror », *The Economist*, 19 novembre 2016.

³⁶¹ Il en est allé de même dans tous les autres exemples qu'on cite, à tort ou à raison, d'« Etat effondré », par exemple le Libéria et la RDC.

de la Guerre qui infestaient le pays – qui fût en mesure d'exercer les fonctions régaliennes sur l'ensemble (ou presque) du territoire somalien (maintien de l'ordre). De ce fait, c'était l'un des éléments constitutifs de l'Etat, c'est-à-dire le gouvernement comme organisation politique ayant un contrôle territorial, qui faisait défaut et non pas l'Etat. La difficulté, voire l'incapacité d'un gouvernement, de remplir sa mission³⁶² est certainement l'une des conditions auxquelles est soumise son existence au sens du droit international³⁶³, mais elle ne saurait pas éteindre la *statualité* de l'Etat concerné³⁶⁴.

En conséquence, sur le plan international, la représentativité³⁶⁵ de la Somalie était suspendue (p.ex. au sein de l'ONU et de ses institutions spécialisées). Dans ce contexte, la reconnaissance (ou l'absence de reconnaissance) du gouvernement en tant que représentant légitime de la population somalienne, par l'ONU et/ou par l'organisation régionale compétente(s) joue un rôle capital, comme ceci a été le cas récemment pour la Libye, où le Conseil de sécurité :

« Fait sien le communiqué de Rome du 13 décembre 2015 par lequel le Gouvernement d'entente nationale *est reconnu comme seul gouvernement légitime de Libye*, et insiste sur le fait qu'un Gouvernement d'entente nationale doit être établi sans attendre dans la capitale, Tripoli, afin que la *Libye dispose des moyens nécessaires pour maintenir la gouvernance* et promouvoir la stabilité et le développement économiques, et se déclare résolu à appuyer le Gouvernement d'entente nationale »³⁶⁶.

La question des « Etats effondrés » se complique encore davantage et l'analyse se retrouve souvent « polluée » car cette thématique se situe au carrefour d'autres branches du DIP : l'usage de la force (et la sécurité et la paix internationales), le prétendu droit d'intervention (humanitaire), le droit du développement, le droit à l'autodétermination des peuples, le DIH (il y a – ou il y a eu – forcément un conflit armé non international, voire un conflit armé international), avec, souvent l'intervention d'un ou plusieurs Etats tiers, la question des rebelles, voire d'entités sécessionnistes et comme dans l'exemple paradigmatique de la Somalie, la présence d'un Etat *de facto* (le Somaliland).

³⁶² Ce qu'on dénomme aujourd'hui la *gouvernance* et que Machiavelli appelait jadis le « Buongoverno » (voir l'allégorie – ensemble de fresques – peinte par Ambrogio Lorenzetti dans le « Palazzo Pubblico » de Sienne, 1338-1339).

³⁶³ « [I]ts ability to maintain itself, and discharge its internal duties and its external obligations », Affaire Tinoco, p. 378.

³⁶⁴ *Contra* « The essence of State failure ... is a lack of capacity or factual power pure and simple ... State failure is the inability to run a modern State as a going concern. Within the failed State there is an inability per se to uphold a minimum level of normative institutional order that statehood requires. Hence the overall situation of disorder and anarchy that characterizes State failure », G. Kreijen, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa*, Leiden, 2004, p. 96

³⁶⁵ « So far its international obligations are concerned, it [le gouvernement] represents the state », Affaire Tinoco, p. 378.

³⁶⁶ Résolution 2259 (23 décembre 2015), § 3 [les italiques sont de nous].

D. Les Etats en voie de submersion : la déterritorialisation de la souveraineté ?

Nous préférons cette dénomination – à celle d'« Etats submergés », non seulement pour afficher un certain optimisme, mais parce qu'à ce jour, aucun Etat n'a été entièrement submergé de manière définitive par les flots de la mer³⁶⁷. Compte tenu des finalités de cet ouvrage, nous nous bornerons à évoquer brièvement certains aspects et conséquences découlant de la submersion partielle ou intégrale du territoire d'un Etat³⁶⁸. Sans surprise, ces différentes dimensions de la même problématique entretiennent des liens intimes entre elles et, comme nous le verrons, les solutions que la Communauté internationale devra trouver par le biais du droit international jaillissent de la prise en compte de cette unicité. De surcroît, le fait que ce phénomène n'est qu'à ses débuts, « nous invite non seulement à un exercice de droit international par anticipation »³⁶⁹, mais offre à la Communauté internationale organisée une rare occasion de règlement préventif des problèmes qu'il soulève.

Tout d'abord, les effets de la submersion sur la *statualité* d'un Etat³⁷⁰. En cas de recouvrement partiel du territoire d'un Etat, la qualité étatique de ce dernier, en dépit de l'amointrissement de son assiette spatiale originelle, ne saurait en souffrir. Il en va différemment en cas de submersion de la majeure partie de son territoire, voire du recouvrement intégral du territoire terrestre de l'Etat. Peut-on encore parler d'un Etat au sens du droit international ? Ne lui manquerait-il pas un de ses éléments constitutifs, rendant par ailleurs impossible, dans ces circonstances, l'existence d'un autre élément constitutif, à savoir sa population ? Dans l'omniprésente affaire de l'Ile de Palmas, l'arbitre unique a insisté, à juste titre, sur la consubstantialité³⁷¹ entre l'Etat et son territoire, notamment en filigrane de la souveraineté territoriale que le premier exerce sur des espaces terrestres et qui le distingue, de manière unique, des autres sujets de l'ordre juridique international. L'indépendance d'un Etat se fonde *concrètement* sur la jouissance du *ius excludendi alios* sur une partie

³⁶⁷ L'appellation en anglais est en effet plus correcte, puisqu'on parle de « drowning States ».

³⁶⁸ En 2019, la CDI a démarré ses travaux en la matière par l'établissement d'un groupe de travail sur « L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international ». Celui-ci sera scruté sous trois angles : i) droit de la mer ; b) « la situation de l'Etat dont le territoire et la population disparaissent » ; c) « de quelle protection les personnes directement touchées par l'élévation du niveau de la mer bénéficient-elles au titre du droit international ? » (Doc. ONU, A/73/10, p. 352).

³⁶⁹ J. Jeanneney, « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un Etat », *RGDIP*, vol. 118 (2014), p. 97.

³⁷⁰ « Seconde note thématique établie par Patricia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », CDI, 31 mars 2022, A/CN.4/752.

³⁷¹ « *It seems therefore natural that an element [le territoire] which is essential for the constitution of sovereignty should not be lacking in its continuation* », Affaire de l'Ile de Palmas, p. 839.

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

de la surface terrestre³⁷². Il est partant difficile³⁷³, voire impossible, que le droit international contemporain puisse s'accommoder d'un Etat sans territoire³⁷⁴, situation qu'il faut bien évidemment distinguer de celle d'un gouvernement³⁷⁵ en exil. Ici, il s'agirait, hypothèse absurde, d'un « Etat en exil climatique ».

En conséquence, et sans préjudice des aspects de responsabilité internationale (notamment en termes d'indemnisation voire de rétablissement de la situation), nous devrions conclure à la disparition d'un Etat en raison d'un événement naturel, quoique déterminé, justement, par des causes humaines. De surcroît, conformément au droit international actuel, l'extinction naturelle d'un Etat par suite de la submersion intégrale de son territoire aurait également comme conséquence de rendre *ipso iure* apatrides ses nationaux. On se trouverait en effet face à une extinction d'Etat *sans* succession d'Etats, du fait précisément de la submersion l'écorce terrestre, base de son assiette territoriale.

Sous cet angle, on comprend aisément le cri d'alarme lancé par le délégué de la République de Palau lors de session annuelle de l'AG en 2008 :

« Jamais auparavant dans l'histoire, la disparition d'une nation tout entière n'a représenté une éventualité aussi concrète »³⁷⁶.

Ou encore de la très médiatisée réunion du Conseil des Ministres des Maldives le 17 octobre 2009 par 5 mètres de fond en combinaison de plongée³⁷⁷.

Dans un registre voisin, celui des espaces maritimes³⁷⁸, s'il est vrai que l'Etat est un animal amphibie, il n'en est pas moins vrai qu'il a besoin du territoire terrestre pour se voir reconnaître des droits sur les espaces maritimes par le droit international, ceux-là étant générés par la souveraineté territoriale terrestre. Ainsi, en envisageant toujours les deux scénarios susmentionnés, même en cas de submersion partielle, on assistera à plusieurs conséquences : le rétrécissement des espaces maritimes et la transformation du statut juridique de certains d'entre eux. En effet, le rehaussement du niveau de la mer

³⁷² Affaire de l'Île de Palmas, p. 838.

³⁷³ En ce sens : J. Jeanneney, 2014, p. 126.

³⁷⁴ Cette situation est encore différente, tout naturellement, de celle d'un Etat dont l'entièreté du territoire se trouve sous occupation militaire, y compris dès le début de son existence en tant qu'Etat, à l'instar de la Palestine (voy. *supra* II.II.B.iv).

³⁷⁵ La doctrine a toujours considéré le gouvernement comme l'élément distinctif, parmi les quatre (voy. *supra* Prolégomènes). Mais même cette affirmation doit être nuancée, dans la mesure où la disparition temporaire d'un gouvernement effectif n'a pas empêché le maintien en vie d'un « Etat effondré » tel que la Somalie (voy. *supra* II.III.C).

³⁷⁶ UNGA 63rd session (25 September 2008) – UN General Assembly resolution on « Climate Change and Its Possible Security Implications » – UN doc A/63/PV.9, M. Chin (Palau)

³⁷⁷ Courrier international, 18 octobre 2009.

³⁷⁸ « Première note thématique établie par Bogdan Aurescu et Nilüfer Oral, coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », CDI, 28 février 2020, A/CN.4/740, pp. 23-84.

entraînera le retrait des lignes de bases (droites ou pas) à partir desquelles est mesurée la largeur de tous les espaces maritimes et, comme conséquence, le recul des espaces maritimes. Il en va de même pour la fixation du rebord externe du plateau continental, car même en l'absence d'un plateau continental d'un autre Etat (faisant face ou adjacent), le retrait de la ligne de base aura comme conséquence le recul du plateau continental, tout en laissant inchangé, bien évidemment, son étendue, puisque le critère retenu par le droit international général, codifié par la Convention sur le Droit de la mer de 1982 (ci-après CNUDM), est celui de la distance de la côte (Article 76 § 4 CNUDM).

Certes, une solution consisterait, toujours en cas de submersion partielle, dans l'immutabilité de la largeur des espaces maritimes et de leur limite extérieure en dépit du rehaussement du niveau de la mer. Le 6 août 2021, le « Pacific Island Forum » (PIF)³⁷⁹ a adopté la « Declaration on Preserving Maritime Zones in the Face of Climate Change-Related Sea-Level Rise », dont le troisième paragraphe est rédigé en ces termes :

« *Declare* that once having, in accordance with the Convention, established and notified our maritime zones to the Secretary-General of the United Nations, we intend to maintain these zones without reduction, notwithstanding climate change-related sea-level rise »³⁸⁰.

Cette solution serait dictée par analogie³⁸¹ avec le régime juridique des frontières internationales fluviales en cas de changements naturels progressifs, attesté à la fois par la jurisprudence internationale³⁸² et par la doctrine³⁸³. De surcroît, elle répondrait aux exigences d'équité et de justice qui imprègnent par ailleurs le droit de la mer relativement à la ZEE et au plateau continental là où on fait référence à la « solution équitable » (respectivement aux Articles 74 et 83 CNUDM). Plus spécifiquement encore, en considérant les causes humaines du rehaussement du niveau de la mer, cette solution siérait parfaitement aux principes de la responsabilité internationale de l'Etat

³⁷⁹ Le « Forum des Iles du Pacifique » est une organisation internationale (Article 1^{er}) créée en 1971, même si elle a été formellement établie par le Traité éponyme conclu le 27 octobre 2005 à Port Moresby (<https://www.forumsec.org/wp-content/uploads/2018/02/Agreement-Establishing-the-Pacific-Islands-Forum-Secretariat-2005-1.pdf>). Elle regroupe 16 Etats en sus de la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie, qui sont également membres en en dépit de l'absence de leur caractère étatique.

³⁸⁰ <https://www.forumsec.org/wp-content/uploads/2021/08/Declaration-on-Preserving-Maritime.pdf>. Le paragraphe suivant s'inscrit dans la même logique et mérite d'être ici reproduit : « *Further declare* that we do not intend to review and update the baselines and outer limits of our maritime zones as a consequence of climate change-related sea-level rise ».

³⁸¹ *Oppenheim's International Law* (1992), vol. I, pp. 717-719.

³⁸² El Chamizal case, p. 320.

³⁸³ D. Anzilotti, « Intorno agli effetti delle modificazioni del corso di un fiume sul confine fra due Stati », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 3 (1914), réimprimé in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, vol. 1, Padoue, 1956, pp. 687-705 ; L. Caflisch, « Règles générales du droit des cours d'eaux internationaux », *RCADI*, vol. 219 (1989-VII), pp. 62-103.

régissant les conséquences d'un fait internationalement illicite, c'est-à-dire la restitution et/ou l'indemnisation. Nous en reparlerons plus loin.

Cette même solution pourrait être adoptée, dans une perspective de développement progressif du droit international (Article 13 CNU), dans le cas de figure de la submersion totale de certaines parties du territoire d'un Etat, c'est-à-dire de certaines îles qui le composent. Il y aurait dès lors immanence des frontières maritimes déterminées par les îles désormais submergées. Dans cette hypothèse aussi, valent, *a fortiori*, les mêmes considérations d'équité et de justice évoquées précédemment dans la situation de submersion partielle. Dans ce contexte il convient d'observer que le changement dans les caractéristiques des îles, du fait du rehaussement du niveau de la mer, se répercute en vertu du principe « la Terre domine la Mer » sur le statut juridique des espaces maritimes limitrophes. Si par exemple, une île devient un « rocher ne se prêt[ant] pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre », alors cette « étendue naturelle de terre » n'aura plus « de zone économique exclusive ni de plateau continental », conformément à l'article 121 § 3 CNUDM, tout en continuant de générer cependant sa mer territoriale (§ 2). Mince consolation car l'Etat viendrait à perdre d'un seul coup d'immenses étendues d'eau, de sol et de sous-sol de la mer ainsi que le droit d'exploiter en exclusivité leurs ressources naturelles. Afin de maintenir ses droits économiques et souverains sur sa ZEE, voire sur son plateau continental, le Japon a consolidé artificiellement l'île de Okinotorishima³⁸⁴ et le Venezuela s'approprierait à faire de même pour l'île d'Aves dans la mer des Caraïbes. Peut-on, cependant, imaginer qu'un Etat fasse de même pour l'entièreté de son territoire ? Au-delà des coûts astronomiques – notamment pour des Etats ne disposant pas de ressources financières suffisantes –, la question de la compatibilité de ces travaux avec l'exigence par le droit de la mer d'« étendue naturelle » du territoire terrestre se pose avec acuité. En d'autres termes, il est difficile d'admettre la statualité d'un Etat dont l'entièreté du territoire serait submergée par la mer ; à moins, bien évidemment, d'introduire des exceptions pour les Etats insulaires « en voie de submersion ».

En revanche, dans le cas de figure de la submersion *totale* de l'Etat, ou à tout le moins d'une partie très substantielle de son territoire, on atteindrait les limites de la solution *équitable* ici proposée. Appliquer celle-ci à cette situation extrême risquerait de heurter à la fois la logique même qui l'innove et ne répondrait aux besoins pratiques qui sous-tendent les droits et compétences reconnus aux Etats riverains sur ces espaces maritimes :

³⁸⁴ La Commission des limites du plateau continental, établie par l'article 76 CNUDM, à laquelle le Japon a déféré la question de savoir si cette « étendue » de territoire terrestre est une île ou un rocher, a suspendu en 2012 son jugement à la résolution préalable des différends à ce sujet entre le Japon, la Chine et Taïwan. Voy. aussi A. L. Silverstein, « Okinotorishima: Artificial Preservation of a Speck of Sovereignty », *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 16 (1990-II), p. 414.

protection, appliquer et faire appliquer le droit international, exercer l'action pénale, *etc.* De plus, comment s'imaginer que le territoire terrestre engendrant des droits souverains et économiques sur des espaces maritimes le juxtant disparaisse sans que ceux-ci ne partagent le même sort ? Encore, à partir de quel espace terrestre l'Etat – désormais submergé – pourrait-il exercer les fonctions régaliennes sur ces espaces maritimes ? Certains éléments de réponse sont à rechercher dans la question plus large qui est celle de la survie de l'Etat – avec son territoire terrestre – tout court.

On en vient tout naturellement au fondement même des droits de l'Etat sur ses espaces maritimes, c'est-à-dire son territoire terrestre, notamment dans le cas de figure, redouté par certains Etats insulaires du Pacifique et de l'océan Indien, de la submersion intégrale. Peut-on imaginer un Etat sans territoire terrestre ? Sinon, la *location* auprès d'un autre Etat d'une parcelle du territoire terrestre de celui-ci serait-elle suffisante pour entretenir la fiction du territoire terrestre comme *fons et origo* des droits de l'Etat locataire sur des espaces maritimes ne juxtant plus ce territoire ? Sans parler, en amont, de l'absence d'une véritable souveraineté puisque le territoire est seulement *loué* en propriété ou en *administration*, l'Etat bailleur gardant le droit de souveraineté³⁸⁵. Même dans le cas de figure le plus favorable de l'administration où l'Etat locataire exercerait des prérogatives de puissance publique, nous serions loin qualitativement de la notion de souveraineté. D'aucuns ont évoqué également la solution de la fusion d'un Etat en voie de submersion avec un autre Etat³⁸⁶ ; ce stratagème serait cependant de courte durée, car si le processus du rehaussement du niveau de la mer se poursuit, le problème sera simplement repoussé plus loin dans le temps³⁸⁷.

Ces scénari, extrêmes, risquent de se présenter très prochainement³⁸⁸ et les Etats et organisations internationales devront puiser dans la boîte à outils du droit international pour confectionner des solutions innovatrices à des phénomènes inédits dans l'histoire des relations internationales.

Dans la même veine, il convient d'effleurer une des conséquences possibles de la submersion des Etats, à savoir celle des « réfugiés climatiques »³⁸⁹,

³⁸⁵ Sur ces concepts, voir plus loin III.I.A.

³⁸⁶ H. A. Soons, « The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries », *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990-2), p. 230.

³⁸⁷ Voy. « Seconde note thématique » (supra note 370), pp. 49-60.

³⁸⁸ Face à l'élévation du Pacifique, Kiribati achète 20 km² de terre refuge aux Fidji. Couverte pour l'essentiel de forêts luxuriantes, l'étendue a été cédée par l'Eglise anglicane pour la somme de 9,3 millions de dollars australiens (6,4 millions d'euros). « J'espère que nous n'aurions à y envoyer personne, mais si cela devenait absolument nécessaire, alors nous pourrions le faire », a déclaré M. Tong (Président de Kiribati), *Le Monde*, 14 juin 2014.

³⁸⁹ Voy. : S.C. McAnaney, « Sinking Islands ? Formulating a Realistic Solution to Climate Change Displacement », *New York Law Review*, vol. 87 (2012), pp. 1172-1209. Voy. Surtout l'étude fouillée et articulée de la CDI (« Seconde note thématique », supra note 370, pp. 61-83).

connus également sous la dénomination « apatrides du climat »³⁹⁰. Il n'y a pas lieu de s'étendre ici, car la réflexion doit être menée au sein d'une autre branche du droit international, le droit des réfugiés. Toutefois, étant donné que la cause matérielle qui pousse certains habitants (ressortissants) des pays en voie de submersion relève du droit international des espaces, il n'est pas inutile d'y consacrer quelques lignes.

A la lumière du régime consacré par la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, le droit à être accueilli dans un autre pays que celui de résidence ou de nationalité (« le principe de non-refoulement ») doit être recherché dans la discrimination fondée sur l'un quelconque des cinq motifs énumérés, de manière limitative, par la Convention de Genève de 1951 en son article 1 § 2 : « du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ». Il faut dès lors une discrimination, apparemment absente dans le cas d'espèce, si l'on suit les considérants de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande :

*« These claims had all been dismissed because the indiscriminate nature of these environmental events did not point to any nexus with a Convention ground »*³⁹¹.

En d'autres termes, le rehaussement du niveau de la mer contraignant les habitants de certaines îles à risque à fuir ces territoires, n'engendre pas une discrimination fondée sur l'un de ces cinq éléments, mais frappe tous les habitants de manière égale. Certes, une discrimination existe et concerne les habitants de certains territoires peu élevés, par rapport à d'autres dans le monde, sur le niveau de la mer, mais elle ne saurait constituer un motif valable de refuge au sens de la Convention de Genève de 1951. En conséquence, en attendant, si jamais, une évolution de celle-ci voire du droit international général sous-jacent, il ne nous reste plus qu'à se tourner vers une autre branche du droit international, c'est-à-dire le droit de la responsabilité internationale des Etats.

Peut-on concevoir une responsabilité internationale des Etats³⁹² pour des activités non interdites par le droit international mais causant, quelques décennies plus tard, des dommages à l'environnement et indirectement aux Etats en voie de submersion ?³⁹³ Nous nous trouvons donc dans l'autre branche de la responsabilité internationale des Etats, celle qui ne requiert pas un fait internationalement illicite, mais qui exige en revanche un dommage matériel

³⁹⁰ Voy. : E. Piguet, « Des apatrides du climat ? », *Annales de Géographie*, n°683 (2012), pp. 86-100.

³⁹¹ *Teitiota v. Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, High Court, Court of Appeal, 26 novembre 2013/8 mai 2014, 158 *ILR*, § 28.

³⁹² Voy. entre autres : R. Verheyen, *Climate Change Damage and International Law. Prevention Duties and State Responsibility*, Leiden, 2005 ; L. Yamamoto, M. Esteban, *Atoll Island States and International Law. Climate Change, Displacement and Sovereignty*, Heidelberg, 2014.

³⁹³ La CDI, dans ses travaux sur « l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international » (*supra* note 368), semblerait avoir laissé de côté cette question, pourtant capitale mais hautement délicate.

engendré par une activité dangereuse. La CDI s'est occupée de la question de la « responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » et a adopté respectivement en 2001 et 2006 deux textes d'articles dénommés : a) « prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses » ; b) « responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses ». Le principe 4 de ce dernier texte est libellé « indemnisation prompte et adéquate » qui pourrait éventuellement viser, dans l'impossibilité de *restituer* le territoire désormais submergés, l'obligation pour les Etats de *vendre* ou *louer* des parcelles de leurs territoires terrestres, ou encore de les concéder en administration ou propriété. Ou encore, en cas de submersion partielle, qu'ils reconnaissent aux Etats lésés par le rehaussement du niveau de la mer, la même étendue d'espaces maritimes en dépit de la disparition des étendues terrestres les générant. En un mot, les Etats à l'origine, par leurs activités industrielles ou autres, du rehaussement du niveau de la mer ne pourraient pas se dérober à leur responsabilité (« liability »), en vertu du principe bien connu : *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* (Ulpian)³⁹⁴.

De l'efficacité des réponses que la Communauté internationale saura donner à la question des Etats en voie de submersion dépendra en partie le naufrage ou non du droit international.

³⁹⁴ Regula 134.

PARTIE III
L'IRÉNISME TERRITORIAL
SITUATIONS ET RÉGIMES TERRITORIAUX PARTICULIERS

I. LA SOUVERAINETÉ PERSISTANTE :
RÉGIMES TERRITORIAUX TRADITIONNELS

A. La scission entre le *ius nudum* et l'*exercitium iuris*, et entre la souveraineté et droits de propriété¹

Une analyse sans préjugés de la pratique diplomatique et des Etats nous conduit à la conclusion que, dans certaines circonstances, un Etat exerce des compétences souveraines sur le territoire d'un autre Etat. Cette situation territoriale est normalement régie par une convention entre les deux Etats de sorte que l'exercice de ces compétences s'effectue de manière pacifique et naturellement avec le consentement de l'Etat sur le territoire duquel elles se déploient².

Dans la même veine, il existe d'autres situations territoriales où l'un des deux Etats possède à la fois la souveraineté et son exercice, mais un autre Etat est *propriétaire* des ressources qui se trouvent sur le territoire en question, tel un *usufruitier*. Nous passerons en revue ces deux catégories de situations tout en insistant sur les différences entre elles.

i. Dissociation entre la souveraineté et son exercice

Un courant doctrinal soutient qu'il ne s'agit là que de « cessions déguisées »³ concoctées afin de ne pas froisser l'Etat territorial ou bien pour ne pas porter atteinte à l'équilibre des Puissances.

¹ Il importe de souligner que la scission entre le *ius nudum* et l'*exercitium iuris* n'est guère assimilable à celle que nous avons étudiée plus haut entre *titulus* et *modus acquisitionis* (voy. *supra* I.I.B). En effet, tous les régimes territoriaux analysés dans la présente section présupposent la réunion incontestée chez un et un seul Etat du *titulus* et du *modus acquisitionis*. Par conséquent, l'exercice par un autre Etat de certaines compétences territoriales découle d'un accord international conclu avec l'Etat qui retient le *ius nudum* ou la *nuda potestas*. Les deux scissions interviennent donc à des stades logiques et temporels complètement différents.

² Il convient toutefois de préciser que la suspension de l'exercice de la souveraineté peut également être engendrée par une décision contraignante du Conseil de sécurité, comme attesté par ailleurs par la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale (1 (b)). L'avis consultatif de la CIJ de 2010 (Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, § 98, p. 444) illustre parfaitement cette situation : « La mise en place de l'administration intérimaire au Kosovo visait à suspendre temporairement l'exercice par la Serbie des pouvoirs découlant de la souveraineté dont elle demeurait titulaire sur le territoire du Kosovo » [les italiques sont de nous].

³ Voy. J. Perrinjaquet, « Des annexions déguisées de territoires », *RGDIP*, Vol. 16 (1909), pp. 316-367 ; A. Gerard, *Des cessions déguisées de territoire en droit international public*, Paris, 1904 ; R. Quadri,

D'un autre côté un vaste courant doctrinal⁴, auquel nous adhérons, penche pour l'admissibilité d'une dissociation entre la titularité de la souveraineté territoriale et son exercice. En effet, la conception de la souveraineté territoriale que nous venons d'énoncer plus haut⁵ permet de résoudre efficacement ces situations territoriales particulières où la titularité⁶ du *dominium* (souveraineté) est scindée de celle de *l'imperium* (exercice de la souveraineté). Or, en qualifiant le territoire à la fois comme chose et comme étendue spatiale de la souveraineté de l'Etat, on parvient à attribuer des statuts juridiques spécifiques à ces situations territoriales. Les actes accomplis par l'Etat qui ne sont pas accompagnés de *l'animus domini* seront considérés comme des actes purement factuels, de même que la possession ou la détention en droit interne. L'absence de cette intention est prévue dans certaines situations particulières par le droit international général, comme dans le cas de figure de l'occupation de guerre. Dans d'autres cas, des normes conventionnelles posées entre les Parties règlent les rapports juridiques entre les deux Etats et définissent les contours du statut juridique du territoire concerné⁷. Laissant de côté l'hypothèse de l'occupation militaire largement

(1968), pp. 718-719 ; H. Kelsen (1920), § 19, pp. 81-82 ; J. De Louter, pp. 369-371 ; F. von Liszt, p. 108 ; G. Diena, « Die Erwerbung Tripolitaniens durch Italien und deren völkerrechtlichen Charakter », *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, Vol. 23 (1913), p. 9 ; P. Cobbett, vol. 1, p. 113 ; J. L. Brierly (1963), p. 190 ; A. Ribère, *Les occupations fictives dans les rapports internationaux*, Bordeaux, 1897 ; R. Redslob (1950), pp. 182-183.

⁴ A. Cavaglieri (1909), pp. 387-402 ; *id.* (1929), p. 484 ; E. Suy, « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », in *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, München-Salzburg, 1971, pp. 498-499 ; J. Combacau, S. Sur, p. 423 ; L. M. Bentivoglio, p. 40 ; G. Diena (1930), p. 223 ; W. Blackstone, Vol. II, p. 197 ; T. J. Lawrence, § 83, p. 183 ; G. Gidel, *Des effets des annexions sur les concessions*, Paris, 1904, qui fut le premier, dans la doctrine, à avoir tracé nettement les linéaments conceptuels de la figure de *l'animus derelinquendi* en droit international [Voy. *supra* I.III.A.] ; W. W. Willoughby, *Types of Restricted Sovereignty and of Colonial Autonomy*, Washington, 1919 ; P. Fedozzi (1938), pp. 425-427 ; B. Conforti, « Sovranità sui paesi in amministrazione fiduciaria e rapporti tra gli ordinamenti dell'amministrante e dell'amministrato », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 38 (1955), p. 21 ; P. M. Eissman, « Le statut d'Okinawa: de la souveraineté résiduelle à la restitution au Japon », *AFDI*, Vol. 17 (1971), pp. 255-280 ; C. Ghirardini, « Delle cosiddette occupazioni qualificate in diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 34 (1942-1943), pp. 193-223 ; A. Marazzi, *I territori internazionalizzati*, Torino, 1959 ; F. B. Sayre, « Legal problems arising from the United Nations Trusteeship System », *AJIL*, Vol. 42 (1948), pp. 263-288 ; G. Scelle, « La situation juridique de Vilna et de son territoire », *RGDIP*, Vol. 35 (1928), pp. 730-780 ; M. Kohen (1997), pp. 75 et suiv. ; S. Romano (1933), pp. 184-186 ; CPJI, affaire du Vapeur Wimbledon, *C.P.J.I. Recueil C 3*, p. 278 [Intervention de M. Pilotti].

⁵ Voy. *supra* Prolégomènes.

⁶ Nous sommes parfaitement conscients qu'il s'agit là d'un néologisme qui n'a pas (encore ?) été consacré par la doctrine juridique en langue française. Par ce terme nous ferons dorénavant référence à la *qualité* (au fait), au bénéfice d'un sujet de droit, *d'être titulaire* d'un droit, d'un bénéfice, d'un privilège, bref *d'un droit subjectif*. La titularité est donc cette expression juridique relative à l'attribution (imputation) d'un droit subjectif à un sujet de droit.

⁷ « It is well known that a territory belongs to a State when it is inherently subject to the sovereignty of that State. The close ties between the two juridical situations – the link between the territory and the State to which it belongs, on the one hand, and the State's subjective right, on the other – allows us to speak of 'nominal sovereignty' or 'naked sovereignty' whenever the first situation exists but the second

définie (et régie) par le DIH coutumier et conventionnel, il convient de passer en revue certaines situations établies par les Etats au moyen de traités – le plus souvent – ou par des coutumes spéciales.

Ces cas de figure où un Etat possède le titre (complet et incontesté) de souveraineté territoriale sur une parcelle du territoire terrestre et où un autre Etat exerce des fonctions régaliennes se caractérisent par la continuité du *nudum ius* révélée par l'obligation de payer un tribut⁸ (droit personnel) à la charge de l'Etat étranger et au bénéfice du premier Etat⁹. Le refus de paiement pourra constituer, dans ces cas, une preuve de *interversio possessionis*. D'ailleurs un des arguments invoqués par ceux qui considèrent de telles situations territoriales comme étant des 'cessions déguisées' a justement trait à leur durée dans le temps. Car, selon d'autres¹⁰, une possession de territoire

does not, owing to the exercise of rights of another [State] over the territory such as to render impossible any effectiveness of the territory by the sovereign. », *Cernorograz and Zudich v. INPS* (Italy, Court of Cassation), award delivered the 6 June 1978, *ILR*, Vol. 77, p. 628. Cette affaire [texte italien, in *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 63 (1980), pp. 506-510] s'inscrit dans la vaste jurisprudence élaborée par les Tribunaux italiens au sujet du statut de la Ville et du Territoire Libre de Trieste avant et après le Mémorandum de Londres de 1954 entre la République italienne et la Fédération Yougoslave (Mémorandum d'Entente, signé à Londres le 5 octobre 1954 par l'Italie et la République populaire fédérative de Yougoslavie et cosigné par la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique, *Relazioni internazionali*, n°41 (octobre 1954), p. 1158). Dans le même sens : *Società Teatro Puccini v. Commissioner General of the Government for the Territory of Trieste* (Council of State, Plenary session), award delivered the 20 December 1961, *ILR*, Vol. 40, p. 45 ; *CEAT v. Società Hungaria* (Court of Cassation), award delivered the 15 March 1951, *ILR*, Vol. 18, p. 83.

⁸ Voy. l'art.14 du traité du 18 novembre 1903 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République de Panama au sujet du bail du territoire du canal et la déclaration du vice sous-secrétaire américain (M.Merchant) datant du 24 novembre 1959 : « During the course of our discussions, in response to a question by the President of Panama, I assured him that the policy of the United States Government with respect to the status of the Canal Zone remains as it had been stated more than 50 years ago to the effect that the United States recognizes the *titular sovereignty* over the Canal Zone remains in the Government of Panama », in M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1963, Vol. 3, p. 1147 [les italiennes sont de nous]. Voy. le statut juridique de la base militaire américaine de Guantanamo (Cuba), « sous location » depuis 1903, *ibid.*, Vol. 2, pp. 1216-1217.

⁹ Il existe pourtant des cas, certes très rares, où cette scission survient sans le paiement d'un tribut que ce soit sous forme pécuniaire ou en nature. Le 17 janvier 1950, le Roi d'Arabie Saoudite – Ibn Saoud – envoya un télégramme au Roi d'Egypte – Farouk – avec la teneur suivante : « At the entrance of the Gulf of Aqaba, there exist[s] two islands about which there had been negotiations between us of old. It's not important now if the two islands belong to us or to Egypt. What's important now is to take quick action to prevent the Jewish advance towards those two islands » (A. H. Enazy, *The Legal Status of Tiran and Sanafir Islands*, Ryadh, 2017, pp. 19-20. L'Egypte procéda à l'occupation non sans avoir envoyé, au préalable, un aide-mémoire à l'ambassade états-unienne au Caire : « The Government of Egypt, acting in full accord with the Government of Saudi Arabia, has given orders to occupy effectively these two islands » (*ibid.*, p. 23). En d'autres termes, cette scission entre la souveraineté et son exercice – qui dura jusqu'en 2016 (voy. *infra* note 244) – ne fut possible que grâce au consentement du souverain (ou à tout le moins de l'un des deux prétendants, l'autre étant précisément l'Egypte). Nous pourrions également qualifier cette situation de *modus vivendi* (voy. *supra* I.III.A).

¹⁰ La thèse de la cession camouflée fut soutenue en ces termes par Lammasch au sujet de la Bosnie-Herzégovine (*Times*, 10 novembre 1908, cité in A. Cavaglieri (1909), pp. 387 et suiv.). L'annexion de la Bosnie-Herzégovine se justifiait, selon le juriste autrichien, du fait qu'elle s'était déjà effectivement réalisée dès 1878, lorsqu'elle fut cédée à l'Autriche-Hongrie « en occupation et administration » [voir l'art.25 du Traité de Berlin, in *NRG*, 2^{ème} série, Vol. 3, p. 449 ; et la Note diplomatique concernant

à temps indéterminé, dépourvue de toute limitation et sans aucun droit permettant à l'Etat territorial de recouvrer son territoire, ne pourrait être qu'une simple abstraction, du fait de l'évanouissement, chez ce dernier, de l'*animus res sibi habendi*. Toutefois, la pratique des Etats¹¹ va à l'encontre de cette argumentation. Nous nous permettons de reproduire deux passages de la dépêche de Lord Cairns (Lord Chancellor) à Lord Salisbury relatifs à la question de l'envergure des droits anglais sur l'île de Chypre :

« ... *I do not think that we can look on Cyprus as in any sense acquired by conquest, ...we acquired it deliberately and for obvious reasons by an arrangement which was described to be the reverse of alienation, and still more of forcible alienation. [Par conséquent :] We must take the arrangement then as it really is. The Porte has given us every power in and over Cyprus which it possessed, but we have got nothing more than the Porte had give [sic]. And we have this for a limited time, the Porte retaining the reversion* »¹².

l'abolition de l'art. XXV du Traité de Berlin de 1878, du 7 avril 1909, envoyée par l'Autriche-Hongrie à l'Allemagne, *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 2, p. 665]. Cette formule ne fut donc adoptée, affirme-t-on, que dans le dessein de ne pas heurter la susceptibilité de l'Etat ottoman et de celer la cession effective. *Contra* (à juste titre) A. Cavaglieri (1909), qui relève en passant que le *ius nudum* de la Turquie n'était pas aussi « dépourvu » qu'on veut bien le faire apparaître. En effet, le Sultan retenait certaines prérogatives régaliennes assez importantes, telles que : la circulation de la devise turque, le pavillon turc devait continuer à être hissé sur les minarets, la prière au Sultan demeurant par ailleurs obligatoire. Par surcroît, il convient d'étudier les travaux préparatoires du traité précité [voir à cet égard *Bruns*, B.1.2, § 630 pour les raisons qui amenèrent le Concert européen à proposer la concession en administration de la Bosnie-Herzégovine] pour se rendre compte qu'il n'y avait nullement l'intention de la part des Etats contractants d'opérer une « cession déguisée ». Par conséquent, l'absence d'une clause temporelle relativement à la durée de l'occupation austro-hongroise n'enlevait rien à la conclusion qu'il s'agissait de l'exercice d'un *ius in re aliena*. De même, la renonciation des autres Puissances (européennes) à leurs droits dérivant des capitulations ne témoigne aucunement d'une reconnaissance implicite de la souveraineté de l'Autriche-Hongrie, mais elle révèle, tout au plus, de leur confiance dans l'administration judiciaire austro-hongroise. Voy. en ce sens : A. Cavaglieri, « La questione cretese », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 7 (1912), pp. 244 et suiv. et 407 et suiv. (plus nuancé au sujet de la permanence du *ius nudum* turc sur l'île de Crète) ; J. Blocislewski, « L'annexion de la Bosnie-Herzégovine », *RGDIP*, Vol. 17 (1910), pp. 417-449 ; M. Vesnitch, « L'annexion de la Bosnie-Herzégovine et le droit international », *RDILC*, Vol. 11 (1909), pp. 123-141 ; affaire du Statut juridique du Groënland oriental, Vol. C 74, p. 252 (Exposé de M. Basdevant, France). L'Autriche-Hongrie s'empessa d'ailleurs en 1908 de chercher le consentement *post festum* de l'Empire ottoman, mais aussi, des Puissances parties au Traité de Berlin de 1878 ! *Contra* : E. Catellani, « Le sentenze civili pronunciate nel Dodecaneso durante l'occupazione italiana », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 3 (1914), pp. 22-31, qui, d'une part maintient la thèse de la cession déguisée dans les espèces de la Bosnie-Herzégovine et de Chypre, administrée par l'Angleterre suite à la Convention anglo-turque du 4 juin 1878, et, d'autre part, affirme que l'occupation italienne du Dodécane n'était au contraire qu'une occupation de garantie (*pledge*) pour l'exécution du Traité de paix de Lausanne (1912). Voy. *infra* III.I.F.

¹¹ Voy. aussi, entre autres références : *Prassi italiana*, p. 753 (au sujet de la Bosnie-Herzégovine), § 2219 et § 2223, p. 1182 et 1186 (au sujet d'une prétendue « ombre de souveraineté nominale » de la Porte sur la Tripolitaine et la Cyrénaïque suite au Traité de paix de Lausanne avec l'Italie). Voy. aussi : Foltina case (USA, High Court of Admiralty, 1814), in *Scott*, p. 186 : « shadowy right ». Par rapport à la cession en location de la baie de Guantanamo par Cuba aux Etats-Unis, il a été affirmé par les Etats-Unis que : « While the United States undoubtedly exercises a certain jurisdiction and control over the United States Naval Station at Guantanamo Bay, it is the view of this Department that this locality has never been incorporated into or become a part of the United States ... », Assistant Secretary of State (Carr) to the Secretary of the Navy (Adams), 1932, G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. III, p. 9.

¹² H.A. Smith, p. 400 [les italiques sont de nous].

D'une teneur similaire, on pourrait citer le propos de Lord Salisbury à Lord Lyons à Paris, du 16 janvier 1879 :

*« If Cyprus had passed to England by absolute cession there can be no doubt that none of the liabilities imposed by the Capitulations or by any other engagements of the Sultan would have been taken over with it by England. The Sultan has not ceded Cyprus absolutely to her Majesty, for it remains within the limits of the Ottoman Empire, and he has reserved the reversion of actual rule in a certain specified contingency »*¹³.

En d'autres termes, la Sublime Porte continuait à détenir sur l'île de Chypre, malgré l'exercice de la souveraineté par l'Angleterre, le droit (nu) de souveraineté (« titular sovereignty ») lui permettant de recouvrer son exercice conformément au traité Berlin de 1878. Ce dernier, donc, ne transférait pas le titre de souveraineté à l'Angleterre qui dès lors n'y acquerrait pas le *ius disponendi*.

Dans le même registre, l'article 69 du Traité de Sèvres – qui n'entra cependant jamais en vigueur – prévoyait la scission entre la souveraineté de la Turquie (Etat vaincu) et l'« exercice de ses [de la Turquie] droits de souveraineté » par la Grèce (Etat vainqueur) sur Smyrne et les territoires adjacents¹⁴. Les événements ultérieurs eurent raison de cet article.

Un exemple un peu plus récent mais qui a fait les gros titres à la fois de la presse généraliste et spécialisée, est représenté par la base étasunienne de Guantanamo à Cuba¹⁵. A l'issue de la guerre entre les Etats-Unis et l'Espagne, Cuba obtint en 1902 l'indépendance. A « titre de remerciement » pour l'appui offert par les Etats-Unis et « *to enable the United States to maintain the independence of Cuba, and to protect the people thereof* », Cuba « *leases to the United States, for the time required for the time required for the purposes of coaling and naval stations, the following described areas of land and water situated in the Island of Cuba* »¹⁶.

¹³ *Ibid.*, pp. 402-403 [les italiques sont de nous]. Afin d'étayer l'interprétation anglaise au regard du régime territorial de Chypre, il importe de rappeler que tant par le Traité de Sèvres (10 août 1920) – jamais entré en vigueur – que par le définitif Traité de Lausanne (24 juillet 1923), la Turquie renonça à tous droits et titres sur ladite île et reconnut ainsi l'annexion britannique du 5 novembre 1914. Le Traité de Sèvres, en effet, avait prévu, à son article 115 que : « Les Hautes Parties contractantes déclarent reconnaître l'annexion de Chypre proclamée par le Gouvernement britannique le 5 novembre 1914 » (*NRG*, 3^{ème} série, Vol. 13, p. 689). Ce qui corrobore ainsi l'affirmation selon laquelle l'Empire ottoman n'avait pas, en 1878, abandonné sa souveraineté sur Chypre mais avait gardé, jusqu'en 1914, le *ius nudum*. Il n'y avait donc pas eu, à l'époque (1878), de transfert de souveraineté.

¹⁴ « La ville de Smyrne et les territoires décrits à l'article 66 restent sous la souveraineté ottomane. Toutefois, la Turquie transfère au Gouvernement hellénique l'exercice de ses droits de souveraineté sur la ville de Smyrne et lesdits territoires. En témoignage de cette souveraineté, le pavillon ottoman sera hissé d'une manière permanente sur un fort extérieur de la ville. Ce fort sera désigné par les Principales Puissances alliées », *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 12, n° 86, pp. 664 et suiv.

¹⁵ Ainsi que « Bahía Honda ».

¹⁶ Article 1^{er} du Traité du 16/23 février 1903 entre Cuba et les Etats-Unis d'Amérique (« Agreement Between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations »).

Il faut relever à cet égard qu'en vertu d'un deuxième traité (conclu le 2 juillet de la même année)¹⁷, les Etats-Unis, en tant que bailleur, s'engageaient à payer une « *annual sum of two thousand dollars, in gold coin of the United States* » (article 1^{er})¹⁸. Aucun de ces deux traités, qui régissent la concession de Guantanamo, n'établit sa durée dans le temps ni ne contient de clauses de dénonciation. Au contraire, par un troisième traité, conclu le 29 mai 1934, les deux Parties convinrent que les stipulations contenues dans les deux traités resteront en vigueur « *[u]ntil the two contracting parties agree to the [ir] modification or abrogation* » (article III)¹⁹.

Même à une époque non suspecte, les Etats-Unis ont toujours reconnu « *the continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba over the above described areas of land and water* »²⁰, tout en exerçant sur ces territoires « *complete jurisdiction and control* » conformément aux accords susmentionnés²¹. La question de Guantanamo, en tant que base militaire, peut poser des problèmes quant à sa permanence dans le temps s'agissant précisément de traités conclus *intuitu personae*, les Parties partageant certains intérêts communs en matière de défense, dont la base militaire représente une des concrétisations de cette alliance. La CDI a justement mentionné, dans son commentaire à l'article 56 § 1 b) CVDT 1969, les traités d'alliance militaire – dont le traité d'établissement d'une base militaire constitue un exemple – parmi les accords internationaux dont la nature admettrait un droit de dénonciation unilatérale²². Dans le même registre, l'article 12 § 3 CVSE 1978 exclut la transmission automatique des traités territoriaux pour les accords internationaux établissant des bases militaires étrangères, lors de la succession d'Etats²³.

¹⁷ « Lease to the United States by the Government of Cuba of Certain Areas of Land and Water for Naval or Coaling Stations in Guantanamo and Bahia Honda ».

¹⁸ Depuis 1959, cependant, le gouvernement cubain a toujours refusé d'encaisser le tribut annuel : « The United States pays Cuba \$ 4,085 a month in rent for the controversial Guantanamo naval base, but Cuba has only once cashed a check in almost half a century and then only by mistake, Fidel Castro wrote in an essay published on Friday », Reuters, 17 août 2007.

¹⁹ Par ailleurs, la phrase finale de cette disposition est rédigée en ces termes : « So long as the United States of America shall not abandon the said naval station of Guantanamo or the two Governments shall not agree to a modification of its present limits, the station shall continue to have the territorial area that it now has, with the limits that it has on the date of the signature of the present Treaty ». Ce qui corrobore la durée indéterminée de la location du territoire de Guantanamo Bay.

²⁰ Une des preuves que le territoire de la base n'est pas soumis à la souveraineté étatsunienne en représentée par l'inapplicabilité du *ius soli* de cet Etat (en vertu du 14^{ème} amendement à la Constitution) : The Assistant Secretary of State (Carr) to the Secretary of the Navy (Adams), 26 mars 1932, cité in G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. III, § 221, p. 9.

²¹ Article III du Traité du 16/23 février 1903.

²² Deuxième Rapport de Sir Humphrey Waldock sur le droit des traités, A/CN.4/156 et Add. 1-3, *ACDI*, 1963, vol. II, p. 71.

²³ G. Distefano, « Article 12. Autres régimes territoriaux », in *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, Bruxelles, 2016, pp. 445-448

Hormis la situation spécifique des bases militaires (voir entre autres celle relative à la base militaire de la Fédération de Russie en Crimée)²⁴, la pratique internationale attestée par la jurisprudence internationale²⁵ et interne²⁶, penchent décidément, en dépit de rarissimes exceptions²⁷, pour le droit de cité dans l'ordre juridique international de la scission de la souveraineté territoriale entre titularité et exercice.

Une situation territoriale bien exotique – et désormais désuète – est celle connue sous le libellé de « settlements ». Par ce terme d'art on désigne les concessions municipales que la Chine fit aux Puissances européennes à cheval sur les XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. Les auteurs se sont souvent affrontés sur la question de savoir si ces concessions ne celaient pas plutôt de véritables empires coloniaux. La pratique des Etats à l'époque²⁸, mais surtout les

²⁴ Voy. *supra* II.II.B.iii.2 (note 285) ainsi que la base militaire émiratie dans le port de Berbera (Somaliland), voy. *supra* II.III.B (note 348).

²⁵ Dans le même sens: « [I]n modern practice, the exercise by a foreign state of the rights of full ownership to large portions of land is not considered as an encroachment on the sovereignty of the territorial state. », Italy v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United Kingdom of Libya, General List N°1 (Merits), United Nations Tribunal for Libya, award delivered the 31 January 1953, *RSA*, Vol. 12, p. 368 ; CPJI, Affaire des Phares en Crète et à Samos (France c. Grèce), arrêt du 8 octobre 1937 : *C.P.J.I. Recueil A/B* 71, p. 103 : « S'il est vrai que le Sultan avait dû y [i.e. en Crète et à Samos] admettre d'importantes restrictions à l'exercice de ses droits de souveraineté, cette souveraineté même, quelle qu'en ait été la qualification doctrinale, n'avait pas cessé de lui appartenir » [les italiques sont de nous] ; Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), 1998, § 442.

²⁶ « Transfer of jurisdiction over a portion of territory from one State to another does not imply a cession of territory or the abandonment of sovereignty by the transferor of the jurisdiction. », State of Madras v. Cochin Coal Company (India, High Court of Kerala), award delivered the 9 October 1957, *ILR*, Vol. 26, p. 116. Dans ce même sens : Burna v. District Court (Eastern District, Virginia, US), award delivered the 13 August 1956 (Court of Appeals, Fourth Circuit, the 7 January 1957), *ILR*, Vol. 24 : « the fact that Japan retained *residual sovereignty* over the Ryuky Islands under Article 3 of the Japanese Peace Treaty meant that Okinawa was a 'foreign country' within the meaning of the Federal Tort Claims Act [...] the transfer temporarily of a measure of sovereignty here [in this case] is not sufficient to dissolve Okinawa's status as a foreign country. », p. 89, 91 [les italiques sont de nous] ; Porter v. Court of Claims, pp. 107-108 ; Bank of Ethiopia v. National Bank of Egypt and Liguori, p. 122 (à propos de l'annexion italienne de l'Ethiopie en 1936 et de la *nuda proprietatis* au bénéfice de l'Empereur d'Ethiopie) ; United States v. Ushi Shirama (District Court, District of Hawaii), award delivered the 12 August 1954, *ILR*, Vol. 21, p. 84, 85, 86 : « The 'residue' or 'residual sovereignty' retained by Japan is the traditional 'de jure sovereignty' ».

²⁷ CPJI, Affaire des Phares en Crète et à Samos, A/B 71, p. 127 : « If it can be said that a theoretical sovereignty remained in the Sultan after 1899, it was a sovereignty shorn of the last vestige of power... A juristic conception must not be stretched to the breaking-point, and a ghost of a hollow sovereignty cannot be permitted to obscure the realities of this situation » (Op. dissidente du juge Hudson).

²⁸ Voy. l'avis de l'Office du Contentieux du ministère pour les Affaires étrangères italien au sujet du statut juridique du 'settlement' de Tientsin : « La natura giuridica della concessione di Tientsin è tuttora oggetto di discordi opinioni. Per riepilogarne le maggiori è opportuno ricordare che l'onorevole Fusinato ebbe a definire i 'settlements' forme giuridiche completamente nuove, le quali difficilmente possono essere costrette nei concetti e nella terminologia delle leggi vigenti nel Regno. [...] Si tratta di rapporti nuovi per i quali deve essere lasciata al Governo scioltezza e speditezza di azione [...]. Più che dai diritti interni dei singoli Stati questa materia è regolata dal diritto internazionale. Il Ministero degli affari esteri, a sua volta, nella gestione tenuta fin oggi di quella concessione, ravvisando una *contraddizione tra il titolo di proprietà* da parte dello Stato italiano e *l'obbligo del pagamento della canone annuo* al Governo cinese, ha ritenuto che lo Stato amministri quella concessione, per tramite

nouveaux arrangements diplomatiques et territoriaux qui s'ensuivirent nous font croire qu'il ne s'agissait là que de l'exercice de la souveraineté de la part des Etats européens²⁹, la Chine conservant *le ius nudum*. Le Céleste empire gardait en somme le droit de *l'interversio possessionis*³⁰. La jurisprudence interne, à défaut de prononcés connus par des tribunaux internationaux, est catégorique à cet égard :

« *The British Municipal area at Tientsin was part of Chinese territory within which Great Britain exercised certain jurisdictional rights. It had never been acquired by settlement or otherwise and had never been recognized as, and was not claimed to be, part of the King's dominions. British courts in China had no jurisdiction to try Chinese subjects for crimes committed within British Municipal areas* »³¹.

Obsédés par l'analogie avec le droit privé, les internationalistes sont tentés d'y voir une location ou territoire cédé en bail ; s'il est vrai que le paiement d'un loyer est une caractéristique qui permet de rapprocher la situation examinée à celle du droit privé, il n'en est pas moins vrai que l'exercice des compétences régaliennes (en droit international) porte irrémédiablement atteinte à cette analogie³². On atteint ici les irréductibles différences entre la souveraineté en droit international et la propriété en droit privé car dans le cas de figure de la scission entre le droit de souveraineté et son exercice, ce dernier comporte tout naturellement la jouissance des ressources du territoire concerné.

ii. Souveraineté et droits de propriété

Passons maintenant, comme annoncé au début de cette sous-section, aux situations, où malgré l'absence de scission entre le droit de souveraineté et son exercice, un Etat étranger jouit sur le territoire d'un autre Etat de droits de propriété, sans pour autant y exercer des compétences relatives à la Puissance publique. Bref, il jouit des ressources de ce territoire alors que l'Etat territorial détient à la fois le droit de souveraineté et son exercice. Nous sommes face ici à un stade encore inférieur dans le transfert de droits souverains par un Etat à un autre Etat relativement à un territoire donné. De même, se rapproche ici à la conception du territoire étatique comme une « chose » (*res*), dont on peut disposer, plutôt que comme « espace », dimension de l'exercice de la souveraineté territoriale.

di esso Ministero, ma con soli poteri di tutela, nell'interesse ed in rappresentanza di quell'ente avvenire, non ancora costituito (municipalità), a vantaggio del quale il settlement fu chiesto ed ottenuto dalla Cina e che perciò deve ritenersi il vero proprietario di quei terreni. », in *Prassi italiana*, § 2321, pp. 1327-1328 [les italiques sont de nous].

²⁹ Voy. J. Escarra, « Le régime des concessions étrangères en Chine », *RCADI*, Vol. 27 (1929-II), pp. 1-140.

³⁰ « [I]l n'y a eu ni transmission de la souveraineté territoriale, ni constitution d'un sujet nouveau. Il ne s'agit donc pas de cession de *l'imperium*, conçu comme l'ensemble des pouvoirs politiques appartenant à un certain Etat, mais d'une substitution d'autorité et d'activité administrative », A. Cavaglieri (1929), pp. 487, 488 [les italiques sont de nous].

³¹ In re *Ning Yi-Ching and Others*, England, Vacation Court, August 23rd, 1939, 9 *ILR*, p.116.

³² En ce sens : CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie/Singapour), 2008, §§ 137 (p. 56), 139 (p. 57), 222-223 (p.80).

La pratique internationale, même récente, n'est pas avare d'exemples³³. Israël et le Royaume Hachémite de Jordanie avaient convenu dans deux annexes jointes au Traité de paix du 26 octobre 1994³⁴ un régime spécial pour la zone de Naharayim/Baqura (annexe 1b) ainsi que pour celle de Zofar/Al-Ghamfr, et ceci pour une durée de 25 ans renouvelable automatiquement, à moins d'un préavis en sens contraire donné au moins 12 mois avant³⁵. La souveraineté jordanienne étant ainsi formellement reconnue, alors que « Israeli private land ownership rights and property interests » demeurent intacts (article 2). La loi jordanienne s'appliquait, mais Israël exerçait certaines fonctions inhérentes à la Puissance publique, tels que la fonction judiciaire, l'investigation policière *exclusivement* à l'égard de ses propres ressortissants, propriétaires des susdites parcelles. De même, l'article 4 prévoit l'application extra-territoriale, à l'égard de ses propres ressortissants, des lois israéliennes alors que la loi jordanienne continue de s'appliquer sur la totalité du territoire en question. On n'est pas loin, finalement, des Capitulations conclues jadis entre l'Empire ottoman et certaines puissances européennes sur ces mêmes territoires.

Un régime territorial semblable a été mis en place dans le Traité entre l'Equateur et le Pérou (arts. 4 et 5) dans le secteur dit de « Tiwinza ». En vertu des susdites dispositions :

« El Gobierno del Ecuador, en su calidad de propietario, tendrá los derechos reales que confiera el derecho nacional del Perú, salvo el derecho de transferir [...] El Gobierno del Ecuador no tendrá efectivos policiales ni militares dentro del área de su propiedad... ».

Toutefois, alors qu'Israël exerçait des compétences régaliennes – sur territoire étranger – à l'encontre de ses propres ressortissants, ici rien de tel. L'Equateur est propriétaire du territoire en question, en jouit de ses fruits et de ses ressources, mais n'exerce point de compétences relatives à la puissance

³³ Certains cas sont extrêmement curieux, comme celui concernant la propriété de la Turquie sur le tombeau « de Suleiman Chah, le grand-père du Sultan Osman, fondateur de la dynastie ottomane ... situé à Djaber-Kalessi [île fluviale en territoire syrien à l'époque sous mandata français] ... avec ses dépendances », la Turquie pouvant « y maintenir des gardiens et y hisser le drapeau turc », Article 9 du Traité entre la France et la Turquie, signé à Ankara le 20 octobre 1921 (*Recueil des Traités de la Société des Nations*, Vol. 54, pp. 178-193). A la suite de l'installation d'un barrage dans l'Euphrate, la Syrie déplaça en amont de ce fleuve le mausolée, désormais à quelques 25 kilomètres au sud de la frontière turco-syrienne. Le 21 février la Turquie, prétextant de la situation en Syrie et craignant pour l'intégrité du mausolée et la sécurité de la garnison chargée de sa protection, lança une opération militaire destinée à *rapatrier* les dépouilles de Suleiman Chah (« Incursion militaire turque en Syrie pour évacuer un mausolée ottoman », *Le Monde*, 22 février 2015). Depuis lors, la scission entre propriété et souveraineté est donc résolue.

³⁴ Voy. le texte in *ILM*, Vol. 34 (1995-1), pp. 43-66.

³⁵ Conformément à l'art. 6 pour la première et la deuxième zone. Quelques jours avant l'échéance de ce délai d'un an, le Roi Abdallah de Jordanie déclara ne pas vouloir renouveler cet accord, mettant ainsi fin à ce régime territorial spécial (« Jordan Reclaims Land Israelis Used Under '94 Peace Accord », *NYT*, 10 novembre 2019).

publique. En dépit de ces différences, ces deux régimes territoriaux établis par des traités de paix, illustrent à merveille les possibilités offertes par le droit international afin de désamorcer un conflit territorial et de parvenir à un règlement qui tienne compte d'intérêts contradictoires. Le territoire et son statut ne sont plus un problème, mais deviennent un élément de la solution à celui-ci³⁶.

B. Les servitudes en droit international (article 12 § 1 CVSE 1978)

On s'attaquera dans cette sous-section à la *vexata quaestio* des servitudes dans l'ordre juridique international. Puisque nous avons naguère constaté la possibilité d'une scission entre la titularité et l'exercice de la souveraineté, on serait tentés de conclure au droit de cité des servitudes par le truchement du même concept de souveraineté territoriale. Toutefois, à la différence du problème traité précédemment, la doctrine est largement divisée³⁷ et ni la pratique des tribunaux internationaux ni celle des Etats ne nous fournissent des indications décisives à ce sujet. Vu la finalité de notre étude, nous ne pouvons ici qu'effleurer cette question en nous bornant à poser quelques jalons.

Une des « causes célèbres » en la matière est représentée par l'affaire relative aux Pêcheries de l'Atlantique septentrionale. La doctrine subséquente s'est engagée dans des discussions herméneutiques pointues afin de discerner le sens véritable des déclarations de la Cour permanente d'arbitrage sur l'argumentation américaine tendant à démontrer l'existence de cette institution en droit international. Il convient de reproduire le passage en question :

« c) *Because a servitude in International law predicates an express grant of a sovereign right and involves an analogy to the relation of a praedium dominans and a praedium serviens; [...] d) because the doctrine of international servitude in the sense which is now sought to be attributed to it originated in the peculiar and now obsolete conditions prevailing in the Holy Roman Empire of which the domini terrae were not fully sovereigns...their right being, moreover, rather of a civil than of a public nature, partaking more of the character of dominium than of imperium, and therefore certainly not a complete sovereignty...[and because] the modern State, and*

³⁶ En 1993 une solution consistant en la souveraineté syrienne sur le Golan contre une concession en bail pour Israël (largement calquée sur le modèle avec la Jordanie en 1994) avait été proposée au président syrien Hafez El-Assad (S. Segev, *Crossing the Jordan*, New York, 1998, pp. 152-153). Cette même solution avait été rejetée par le président Anouar Sadate au sujet de la péninsule du Sinaï.

³⁷ E. De Vattel, Livre III, Ch. XIII, § 199 ; S. Romano (1933), pp. 183-184 ; J. Brierly (1963), pp. 193-194 qui, par un raisonnement tortueux, finit par en reconnaître du bout des dents leur existence : « It seems probable that the notion of servitude has been introduced into the terminology of international law owing to the fact that the international rules relating to territory were in the main originally taken from the Roman rules relating to the ownership of land. Thus, the word can be used loosely to denote merely rights held by one state over the territory of another. But if a right over territory does not have the character of being a right *in rem*, it is merely confusing to call it a servitude, for in legal analysis it does not differ from any other right created by a treaty. » ; P.K. Menon (1994), p. 28 ; opinion dissidente commune des juges Bedjaoui, Korova et Ranjeva jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, 2001, 172.

particularly Great Britain, has never admitted partition of sovereignty, owing to the constitution of a modern State requiring essential sovereignty and independence; [...because] e) this doctrine...has found little, if any, support from modern publicists. It could therefore in the general interest of the Community of Nations, and of the Parties to this Treaty, be affirmed by this Tribunal only on the express evidence of an International Contract »³⁸.

Voilà la *ratio decidendi* de la CPA à l'égard du bien-fondé de la thèse américaine visant à la reconnaissance juridictionnelle d'un droit de servitude. Il y a lieu en conséquence d'examiner les points sur lesquels la CPA étaye son raisonnement.

En premier lieu [c], la notion de servitude prédielle en droit romain requiert un fonds dominant et un fonds servant. Or, s'il est vrai qu'en droit international on ne peut guère parler, à la rigueur des termes, de territoire dominant et de territoire servant³⁹, il n'en est pas moins vrai que les prétendues servitudes de droit international sont bel et bien des droits réels, à savoir opposables *erga omnes*. Le premier argument ne nous paraît donc pas insurmontable.

Deuxièmement [d], nous avons observé qu'en droit international dans certaines circonstances bien particulières, il s'avère qu'il y a scission entre la titularité de la souveraineté territoriale et son exercice. La démonstration de la Cour qui procède de cet argument tombe donc à l'eau.

En dernier lieu [e], la Cour affirme que si l'on ne peut point admettre qu'il existe une règle coutumière de droit international concernant la servitude, il n'est pas exclu que les Parties puissent poser une telle norme dans leurs rapports contractuels. Il s'ensuit que les Etats peuvent conventionnellement créer des servitudes. Celles-ci seront donc des droits réels qui découlent d'obligations personnelles ; la pratique des Etats nous prodigue au demeurant une large moisson de précédents en ce sens⁴⁰.

La question des servitudes est certes intéressante en soi, mais elle revêt aussi une importance capitale dans le contexte de la succession d'Etats aux régimes servitudinaires établis par traité⁴¹. En d'autres termes, les prétendues

³⁸ North Atlantic Coast Fisheries case (USA v. Great Britain), award delivered by the Permanent Court of Arbitration the 7 September 1910, *RSA*, Vol. XI, p. 182.

³⁹ G. Balladore-Pallieri (1962), pp. 470-471. Voy. G. Crusen, « Les servitudes internationales », *RCADI*, Vol. 22 (1928-II), pp. 42-44 ; H. D. Reid, « Les servitudes internationales », *RCADI*, Vol. 45 (1933-I), p. 27.

⁴⁰ Convention concernant la frontière entre l'Archipel des Philippines et l'Etat du Bornéo du Nord, signée à Washington, le 2 janvier 1930, in *NRG*, 3^{ème} série, Vol. 27, p. 61 (art. IV), par laquelle les Parties contractantes avaient convenu que cette servitude resterait applicable en cas de succession entre Etats. A la frontière entre les Pays-Bas et la Prusse (Limbourg), des mines néerlandaises s'étendaient subrepticement sous le territoire prussien, engendrant par là des droits souverains (mineurs) dans le sous-sol du territoire terrestre. Cette bizarre situation territoriale fut finalement confirmée, et la servitude entérinée, par le traité du 18 janvier 1852.

⁴¹ D'aucuns, non sans un brin d'exagération, ont affirmé que « le problème entier de la succession des Etats, conçu comme succession aux droits et obligations internationaux d'un Etat (au sens de droits

« servitudes » survivent-elles au changement de souverain sur le territoire concerné, selon le fameux adage « res transit cum onere suo » ? La réponse doit être cherchée dans l'article 12 § 1 de la CVSE 1978.

Cette disposition est sous-divisée en deux alinéas, respectivement pour les obligations et les droits qui forment le régime territorial établi par le traité. L'alinéa *a*) englobe les restrictions ou obligations à l'usage d'un territoire qui sont « établies par un traité *expressément* au bénéfice d'un *territoire particulier* d'un Etat étranger *et considérées comme attachées aux territoires en question* »⁴². L'alinéa *b*) est en tous points identiques à une exception près, c'est-à-dire, qu'il ne s'agit non pas d'obligations mais de *droits*.

Sautent immédiatement aux yeux l'élément local (enracinement) ainsi que celui « dispositif », à savoir l'intention des parties au traité de régler une situation territoriale. Ces deux éléments sont assurément les linéaments distinctifs de cette catégorie de traités territoriaux. Il reste cependant à identifier la *ratio iuris* du principe engendrant la permanence de ce régime territorial en dépit de la succession d'Etats.

Certains auteurs⁴³ et Etats⁴⁴ fondent précisément la continuité du régime (ou la succession au traité localisé) sur la notion de servitude en droit international ou sur une situation juridique « *analogous to the servitudes or easements of private law* »⁴⁵. Bref, de ce point de vue, il s'agirait de droits territoriaux mineurs – par rapport au droit territorial majeur qu'est la souveraineté – qui ne sont affectés ni par la mutation territoriale ni par le changement fondamental des circonstances ; bref, des « *iura in re aliena* ».

Les auteurs qui réfutent la notion de servitude en droit international admettent cependant qu'il puisse y avoir « succession universelle » à condition

et obligations d'un Etat découlant d'un traité) *s'identifie avec le problème dit des servitudes internationales* », H. Kelsen (1932), p. 340 [les italiques sont de nous].

⁴² Commentaire de la CDI à l'article 30, *ACDI*, 1972, vol. II, p. 334, §37.

⁴³ Parmi lesquels: Sir Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law*, vol. I (Part II), Londres, 1879, p. 392, §283 ; Emer de Vattel, *Livre II*, Ch. 13, pp. 410-411, §203 ; A. G. Mochi Onory, *La succession d'Etats aux traités*, Milan, 1968, p. 134 ; R. Quadri (1968), p. 504 ; P. B. Potter, « The Doctrine of Servitudes in International Law », *AJIL*, vol. 9, 1915, pp. 627-641 ; Lord A. McNair, « So-Called State Servitudes », *BYIL*, vol. 6, 1925, pp. 111-122 ; G. Crusen, « Les servitudes internationales », *RCADI*, vol. 22, 1928-II, pp. 1-79 ; C. Mercier, *Les servitudes internationales*, Lausanne, 1939 ; F. A. Vali, *Servitudes of International Law*, New York / London, 1958 ; R. Monaco / C. Curti Gialdino, p. 530. La jurisprudence ruisselle et change de cap : « Because of this fact, a sort of international servitude has arisen by which Holland is as a State entitled, now as previously, in the matter of this mine, to exercise its own legislative authority and police supervision ; that is, it has real sovereign rights with respect to the object situated within the territory of the foreign state » (Cour suprême de Cologne, 21 avril 1914, *AJIL*, 1914, p. 909).

⁴⁴ « Lorsqu'ils ont été appelés à appliquer les principes du droit international, les tribunaux nationaux ont, dans divers pays, admis l'existence de servitudes internationales. Jamais semble-t-il, ils ne se sont prononcés contre le principe de cette institution » (Note du Gouvernement suisse sur les servitudes internationales soumise à la C.P.J.I. dans l'affaire des *Zones franches*, C.P.J.I., *Série C*, n°19 I (IV), p. 2036).

⁴⁵ J. L. Brierly (1963), p. 154.

que les « rapports internationaux [soient] localisés avec *une efficacité absolue sur le territoire* »⁴⁶. En effet, ces auteurs affirment que la simple transposition d'un principe de droit privé ne saurait suffire à fonder la transmission d'un règlement territorial établi par acte conventionnel. En d'autres termes, ils identifient, à l'instar de la CDI, une règle coutumière internationale prévoyant cette continuité juridique⁴⁷.

D'autres encore estiment que la notion de servitude n'est pas indispensable⁴⁸ pour fonder la transmission des régimes territoriaux localisés, tout en admettant cependant que « *the jurisprudential problem of rationalizing the category is not thereby in any way simplified* »⁴⁹.

Dans sa première affaire contentieuse (« Wimbledon »), la CPJI esquiva la « question, d'ailleurs très controversée, de savoir s'il existe vraiment dans le domaine du droit international, des servitudes analogues aux servitudes du droit privé »⁵⁰. Plus récemment, son successeur (la CIJ) – effleura la notion sans la nommer expressément :

« Le 5 août 1914, le Nicaragua signa avec les Etats-Unis un traité (le traité Chamorro-Bryan) accordant à ces derniers des « droits de propriété exclusifs » et perpétuels pour le percement et l'entretien d'un canal interocéanique empruntant le San Juan. Le 24 mars 1916, le Costa Rica introduisit devant la Cour de justice centraméricaine une instance contre le Nicaragua, qu'il accusait d'avoir manqué à son obligation de le consulter préalablement à tout projet de canalisation, ainsi qu'il était prévu à l'article VIII du traité de 1858. Le 30 septembre 1916, la Cour de justice centraméricaine déclara que, en manquant de consulter le Costa Rica, le Nicaragua avait violé les droits reconnus à ce dernier dans le traité de limites de 1858 et dans la sentence Cleveland de 1888 »⁵¹.

La jurisprudence arbitrale n'est pas en reste, tant furent les occasions où elle dut affronter la question. A titre d'exemple, dans l'affaire des *biens britanniques au Maroc espagnol*, par exemple, l'arbitre unique Max Huber, déclara que l'Espagne avait succédé en tant que puissance protectrice « aux obligations résultant pour le Maghzen des droits britanniques susvisés »⁵², relatifs à l'échange de maisons destinées au consul britannique.

⁴⁶ F. von Liszt, p. 192, §23. De même : P.A. Sereni (1966), vol. II (I), pp. 395-396 ; opinion dissidente du Juge Chagla jointe à l'arrêt du 26 novembre 1957 (Compétence et admissibilité de la demande) de la CIJ dans l'affaire du Droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde) : *Recueil de la CIJ* 1957, pp. 176-178.

⁴⁷ H. Kelsen (1932), p. 220 ; M. Udina, « La succession internationale quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques », *RCADI*, vol. 44 (1933-II), pp. 715-716.

⁴⁸ Lord A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 656.

⁴⁹ D.P. O'Connell, « Independence and Succession to Treaties », *BYIL*, vol. 38, 1962, p. 151.

⁵⁰ CPJI, Affaire du *Vapeur « Wimbledon »* (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Empire allemand ; Pologne intervenant), arrêt du 17 août 1923 : *Recueil de la CPJI* A 1, p. 24.

⁵¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa-Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009 : *Recueil de la CIJ* 2009, § 22, p. 230.

⁵² Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Grande-Bretagne c. Espagne), p. 725.

Il en résulte de ce très sommaire échantillonnage jurisprudentiel que, quelle que soit l'approche doctrinale à l'égard des servitudes, il n'en demeure pas moins que certaines catégories de traités territoriaux, ou à tout le moins leurs effets, survivent à la succession d'Etats.

La pratique des Etats⁵³ et des tribunaux international semble en effet indiquer – et la liste n'est pas exhaustive mais plutôt illustrative – que l'article 12 §1 envisage les catégories suivantes de traités territoriaux : concernant les droits sur les espaces maritimes⁵⁴ ou la navigation fluviale⁵⁵ – que la CDI fait également rentrer dans la catégorie des « traités créant des régimes objectifs »⁵⁶ ; relatifs à l'exploitation d'un barrage fluvial⁵⁷ et à l'entretien des berges⁵⁸ ; accordant des droits de pêche⁵⁹ ; établissant un droit de passage (sur le territoire terrestre)⁶⁰ ; accordant des concessions à des Etats étrangers sur les lignes ferroviaires (les cas de figure de la Prusse sur le Luxembourg⁶¹ et celui du Japon en Manchourie chinoise⁶²).

⁵³ Voy. par exemple l'article 3 du Traité du 14 août 1947 relatif à l'indépendance de l'Inde britannique (et à sa partition) : « 3. (a) Rights and obligations under international agreements having an exclusive territorial application to an area comprised in the Dominion of India will devolve upon that Dominion. (b) Rights and obligations under international agreements having an exclusive territorial application to an area comprised in the Dominion of Pakistan will devolve upon that Dominion », cité dans l'Etude préparée par le Secrétariat de l'O.N.U. relativement à la qualité de Membre (A/CN.4/149, p. 102).

⁵⁴ La reconnaissance par l'Egypte (et Israël) – dans le traité de paix de Washington du 26 mars 1979 (RTNU, vol. 1136, 116-205) – que « the Strait of Tiran and the Gulf Aqaba to be international waterways » (article 5 § 2) emporte des conséquences au niveau territorial dans la mesure où, au moment de la sa conclusion, elle était le souverain des îles Tiran et Safir situées précisément à l'entrée du détroit éponyme. Or, par suite de la cession par traité (8 avril 2016) des Îles Tiran et Safir à l'Arabie Saoudite – partie tierce par rapport au susdit traité – il est incontestable que le régime de « détroit servant à la navigation internationale », s'applique au nouveau souverain territorial, nonobstant les appréhensions d'Israël (« Israelis Ask Egyptians to Redraw Border a Bit », *NYT*, 19 janvier 1982, p. A3). L'Arabie Saoudite est par ailleurs liée par la CNUDM dont les articles 17 et 37 à 44 consacrent et régissent le droit de libre passage inoffensif dans la mer territoriale et dans les détroits servant à la navigation internationale. Une tout autre question est celle des obligations souscrites, toujours au titre du même Traité de paix de 1979, par l'Egypte concernant les forces multinationales d'observation à la suite du retrait de l'armée israélienne des territoires occupés après la Guerre des Six Jours (1967). Voy. *infra* III.I.H.i.2.

⁵⁵ A. G. Mochi Onory, p. 131.

⁵⁶ Commentaire de la CDI à l'article 12, *ACDI*, 1974, vol. II, 1^{ère} partie, p. 210, §30.

⁵⁷ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997 (fond) : *Recueil de la CIJ* 1997, § 123, p. 172.

⁵⁸ A. B. Keith, *The Theory of State Succession with Special Reference to English and Colonial Law*, Londres, 1907, p. 20.

⁵⁹ A. G. Mochi Onory, p. 135.

⁶⁰ Lord A. McNair (1961), p. 658.

⁶¹ La propriété par la Prusse des « Chemins de fer de l'Etat de la Prusse » de la ligne ferroviaire « Vennbahn », partiellement en territoire luxembourgeois, fut invoquée par l'Allemagne impériale en vue de justifier le transport de ses troupes sur le territoire du Grand-Duché – le 2 août 1914 – en direction de la place-forte de Liège, au mépris de la neutralité de ce pays.

⁶² En vertu de l'article 6 du traité paix (de Portsmouth, 23 août 1905) avec la Russie, reçu de cette dernière, avec le consentement de la Chine (Etat territorial), tous les droits de propriété et d'exploitation de la « South Manchuria Railway Zone » (texte du traité in *New York Times*, 17 octobre 1905, p. 6).

C. Les régimes territoriaux objectifs (article 12 § 2 CVSE 1978)

Les régimes envisagés par l'Article 12 § 1 CVSE 1978 ne sont pas constitués « pour des raisons d'intérêt général, mais seulement pour l'utilité de l'un des contractants dans les traités synallagmatiques, ou éventuellement pour l'utilité de plusieurs Etats déterminés – à l'exception de celui auquel incombe l'obligation – dans les autres traités, et jamais dans un intérêt direct, immédiat de tous les contractants, et moins encore des Etats tiers »⁶³. En revanche, les règlements territoriaux dont il est ici question établissent un statut objectif, opposable partant *erga omnes*. Il s'ensuit que, « les Etats tiers peuvent, comme sujets intéressés au maintien du règlement en question, réclamer le respect des stipulations dont celui-ci résulte »⁶⁴. L'intérêt à agir réside, selon ce que prévoit le traité en question, en chef à « un groupe d'Etats ou [à] tous les Etats » (article 12 § 2 CVSE 1978).

La structure de ce paragraphe est absolument identique à celle du paragraphe premier de l'article 12 CVSE 1978. La différence est à rechercher dans les caractéristiques des traités envisagés par cette disposition. En effet, à la différence de l'article 12 § 1, où l'élément décisif était représenté par l'attachement des droits et obligations à un territoire ou à des territoires spécifiques (et spécifiés dans le traité) au bénéfice d'un autre Etat, ici nous sommes confrontés à une réglementation juridique qui a été voulue par les Etats contractants « au bénéfice d'un groupe d'Etats ou de tous les Etats » et non pas au bénéfice d'un territoire (d'un Etat) particulier.

Certes, l'élément territorial est présent puisque les droits et obligations dont jouissent les Etats tiers (par rapport au traité objet de la succession) sont, comme le prévoit par ailleurs l'article 12, « attachés à ce territoire », mais l'idée d'un statut politique demeure cependant décisive dans la configuration de cette catégorie de traités territoriaux. Dans le même registre, il convient de distinguer soigneusement les traités selon qu'ils affectent « *the international status of the ceded territory or of any river, canal, etc., within it, or whether it is merely one creating personal obligations for a given country in respect of that territory or things in it* »⁶⁵.

Les traités envisagés par l'article 12 § 2 CVSE 1978 rentrent précisément dans le premier cas de figure décrit dans cet extrait doctrinal. La CIJ a eu le mérite de le dire clairement dans son arrêt dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* :

⁶³ M. Udina (1933), p. 717.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 718.

⁶⁵ Sir G. Fitzmaurice, « The Juridical Clause of the Peace Treaties », *RCADI*, vol. 73, 1948-II, p. 292. En ce sens, déjà, F. von Liszt, d'après lequel « c'est le caractère *réel*, de droit sur une chose qui manque à ces situations juridiques » (p. 81, §8). Ce cas de figure relèverait-il plutôt du droit de la responsabilité internationale, puisque – ajoute-t-il – l'Etat qui cède un territoire grevé est, tenu, si l'Etat (tiers par rapport à la succession) bénéficiaire n'y renonce pas, à le dédommager car la succession d'Etats affecte précisément la continuité de ce genre de traités (personnels).

« Le traité a aussi établi le régime de navigation applicable à un tronçon important d'un cours d'eau international, notamment en faisant passer le chenal principal de navigation internationale par le canal de dérivation. *Ce faisant, il a inévitablement créé une situation qui a une incidence sur les intérêts des autres utilisateurs du Danube. De plus les intérêts d'Etats tiers ont été expressément reconnus à son article 18 [...]* »⁶⁶.

Une fois déterminé les contours de la catégorie des traités envisagée par l'article 12 § 2, force est de préciser que cette dernière a souvent été rapprochée, jusqu'à s'y méprendre, avec celle des traités créant des régimes objectifs. Cette question, largement débattue, avait déjà occupé la CDI lors de la codification du droit des traités. Le (dernier) Rapporteur spécial pour le projet de la future CVDT 1969 (Sir Humphrey Waldock) avait proposé une disposition (article 63 : « Traités créant des régimes objectifs ») dans le but d'envisager ces traités par lesquels « les parties ont l'intention *de créer dans l'intérêt général un régime d'obligations et de droits de caractère général concernant une région, un territoire ou une localité à l'égard desquels une ou plusieurs d'entre elles ont la capacité de conclure un traité* »⁶⁷. Même si finalement le principe sous-jacent à cette disposition avait recueilli un consensus certain auprès des membres de la CDI, celle-ci décida de ne pas l'inclure dans le projet de codification⁶⁸.

En conséquence, comme Sir Humphrey Waldock l'avait observé⁶⁹ et comme il a été glosé par la doctrine la plus autorisée,

« le silence de la Convention sur les traités établissant un régime objectif implique que [...] des effets ne peuvent découler d'un traité, pour les Etats tiers, que sur la base des articles 35 à 37 [CVDT 1969], et donc avec l'acceptation ou l'acquiescement de ces Etats, ou bien à la suite de la formation d'une règle coutumière correspondante à celle qui est énoncée dans le traité »⁷⁰.

Cette approche semble avoir été épousée par la CDI dans son projet de codification relatif à la future CVSE 1978⁷¹. En ce sens, d'autres auteurs ont envisagé un « processus que la mise en œuvre du traité déclenche et se

⁶⁶ CIJ, Projet Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, §123 p. 72 [les italiques sont de nous].

⁶⁷ Troisième rapport de Sir Humphrey Waldock, *ACDI*, 1964, vol. II, p. 29, §13 [italiques dans le texte].

⁶⁸ Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, *ACDI*, 1964, vol. II, p. 194. Selon d'aucuns – et non à tort – ce cas de figure est subrepticement envisagé par le jeu des articles 34-37 et 38 CVDT 1969. En ce sens : S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, 1985, p. 153.

⁶⁹ « Tout régime général qui peut en résulter doit être considéré comme étant essentiellement un régime coutumier édifié autour du traité », Troisième rapport de Sir Humphrey Waldock, *ACDI*, 1964, vol. II, p. 27, §8 [italiques dans le texte].

⁷⁰ G. Gaja, « Article 38 – Convention de 1969 », in : *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. II, Bruxelles, 2006, p. 1519. Cette hypothèse de création des règles coutumières a été envisagée par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord* et illustre dès lors une règle (secondaire) bien établie sur la production des règles coutumières internationales (CIJ, *Plateau continentale de la Mer du Nord*, 1969, § 73 (p. 43)).

⁷¹ Commentaire de la CDI à l'article 12, *ACDI*, 1974, vol. II, 1^{ère} partie, p. 210, §30.

concrétise par la *conclusion d'accords collatéraux* [Articles 34-37 CVDT 1969] *et par la formation de règles coutumières qui se greffent sur le traité* »⁷².

Quels que soient les liens entre les traités dispositifs – régis par l'article 12 § 1 CVSE 1978 – et les traités créant des situations objectives, l'on a accoutumé de viser par ces expressions les accords internationaux qui « ont pour caractéristique d'attacher des obligations à un territoire, fleuve, canal, etc., donné, au bénéfice [a] soit d'un groupe d'Etats (par exemple les Etats riverains d'un fleuve) soit [b] de tous les Etats en général »⁷³. L'article 12 § 2 envisage partant « les traités ayant pour effet juridique de conférer à un territoire un statut censé être permanent et qui est indépendant de la personnalité de l'Etat exerçant la souveraineté »⁷⁴, bref d'enraciner dans le territoire un règlement général et objectivement opposable⁷⁵.

Comme le juge Sir Arnold McNair l'observa dans sa fameuse opinion dissidente dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* en 1950,

« [i]l arrive de temps à autre qu'un groupe de grandes Puissances ou qu'un nombre important d'Etats grands et petits créent, par un traité multilatéral, quelque régime ou statut international nouveau, qui est bientôt accepté et revêt un caractère durable, dépassant les limites des parties contractantes effectives, et conférant à ce régime une existence objective »⁷⁶.

Les caractéristiques communes à cette catégorie de traités peuvent être résumées comme suit : a) un traité multilatéral (même si l'on peut imaginer également un traité bilatéral) ; b) concernant une partie déterminée d'un territoire d'un Etat (voire de plusieurs Etats) partie au traité⁷⁷ ; c) portant ou consacrant un intérêt général⁷⁸, d'où son rayonnement *erga omnes* ; d) établissant un statut⁷⁹ ou

⁷² M. K. Yasseen, « La Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités », *AFDI*, vol. 24, 1978, p. 87 [les italiques sont de nous].

⁷³ Commentaire de la CDI à l'article 12, *ACDI*, 1974, vol. II, 1^{ère} partie, p. 210, §30.

⁷⁴ Intervention de Siev (Irlande), 21^e séance (20 avril 1977), *ibid.*, p. 134, §6.

⁷⁵ Comme il a été très clairement affirmé par un membre de la CDI et autorité en matière du droit des traités : « un statut fondé sur des considérations de logique, d'utilité et d'humanité », Yasseen, *ACDI*, vol. I, 1195^e séance, p. 286, §22.

⁷⁶ CIJ, Statut international du sud-ouest africain, p. 153.

⁷⁷ Selon M. Udina (1933, p. 708), « L'absence de la condition de l'intérêt général n'entraînerait pas nécessairement l'intransmissibilité des obligations envisagées ; tandis que l'absence d'une localisation spécifique aurait cet effet même si se vérifiait la condition requise de l'intérêt général ». La CDI et la doctrine majoritaire sembleraient en revanche identifier dans l'intérêt général le linéament saillant du cas de figure régi par l'article 12 § 2 CVSE 1978. En revanche, il se peut bien, et ici on rejoint l'auteur précité, que le règlement territorial puisse être encastré dans le §1^{er} de l'article 12 pourvu que les autres conditions à cette fin soient satisfaites.

⁷⁸ Voy. : P. Fiore, article 138 § 2, p. 139 ; Ch. De Visscher, p. 215 ; A.G. Mochi Onory, p. 131 ; B. Stern, « La succession d'Etats », *RCADI*, vol. 262 (1996), p. 168 ; M. Udina (1933), p. 705 ; Affaire des Iles d'Åland, p. 17.

⁷⁹ P.A. Sereni (1966), vol. II (I), p. 391 ; W. Jenks, « State Succession in respect of Law-Making Treaties », *BYIL*, vol. 29 (1952), p. 105. Ce n'est pas un hasard si l'un des très autorisés manuels en langue allemande, les appelle : « Statusverträgen » ; A. Verdross, B. Simma, p. 616, § 998. Voy. aussi l'excellente monographie de : E. Klein, *Statusverträge im Völkerrecht. Rechtsfragen territoriale Sonderregime*, Berlin, 1980.

« règlement territorial ou objectif »⁸⁰. C'est ici que réside la différence fondamentale par rapport au cas de figure régi par le § 1 de l'article 12 et qui a bien évidemment un impact sur l'intérêt à agir des Etats tiers, présent dans le § 2, absent dans le § 1⁸¹. Comme jadis Udina l'avait adroitement remarqué, l'élément décisif, mais non pas unique, réside dans l'établissement, par voie conventionnelle, d'« obligations qui se réfèrent expressément à la condition d'un territoire donné et qui ont été établies dans l'intérêt de tous les contractants d'une convention collective, et éventuellement dans l'intérêt général de tous les Etats »⁸². A cet égard, on peut oser parler d'une coutume locale aussi, même limitée donc *ratione loci*, mais engendrant des effets, de par son régime et objet, *erga omnes*. Dans cette perspective, ce sont précisément les principes généraux qui « blindent » les traités et les mettent hors de portée de la succession d'Etats. De même que, peut-on arguer, un traité multilatéral ne peut pas être modifié, voire éteint, par certains Etats parties seulement⁸³.

La jurisprudence internationale n'est pas en reste et elle a contribué à façonner l'idée d'une communauté d'intérêts⁸⁴ établie par acte conventionnel multilatéral au bénéfice *même* des Etats tiers. La CPJI, dans le sillage de l'affaire des Îles d'Åland, dont nous parlerons très largement à la fin de cette section, fit référence *expressis verbis* à une « communauté d'intérêts » de tous les Etats riverains du fleuve, créant une communauté de droit :

« [La] communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les Etats riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque »⁸⁵.

Dans l'affaire « Wimbledon », la CPJI, tout en ne se prononçant pas, comme nous venons de le voir, sur l'existence de servitudes en droit international public, conclut qu'une « voie internationale, destinée à rendre plus facile » la navigation maritime pouvait être placée « sous la garantie d'un traité »⁸⁶ des effets duquel bénéficiaient même les Etats tiers, dont la Pologne, dans le cas d'espèce.

⁸⁰ M. Udina (1933), p. 705.

⁸¹ Le rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock, cite à ce propos le droit de libre passage consacré par la Convention de 1888 entre le Royaume-Uni et l'Égypte relative au canal de Suez, et confirmée par cette dernière en 1957 : « il a été reconnu que ce droit appartenait aux non-signataires aussi bien qu'aux signataires du traité », Cinquième rapport, A/CN.4/183 and Add.1-4 (1966), p. 64, §44. Il reste cependant à savoir si les Etats non-signataires jouissaient ou non d'un droit au maintien et à la non-modification du régime de libre navigation.

⁸² M. Udina (1933), p. 705.

⁸³ Un principe structurel du droit des gens, consacré par le Protocole de Londres du 17 janvier 1871 ; voy. à cet égard : G. Distefano, « Le Protocole de Londres du 17 janvier 1871 : miroir du droit international », *Journal of the History of International Law*, vol. 6, 2004, pp. 79-142.

⁸⁴ Sur cette notion importante du droit international des espaces en matière de jouissance des attributs de la souveraineté, voir plus loin III.I.D.

⁸⁵ CPJI, Jurisdiction internationale de la Commission internationale de l'Oder, A/23, p. 27.

⁸⁶ CPJI, *Vapeur « Wimbledon »*, p. 21.

De même, dans une autre affaire, *Oscar Chinn*, cette même Cour admit la succession de la Belgique au régime (notamment aux obligations) institué par l'Acte général de la conférence de Berlin de 1885 établissant un régime de libre navigation sur le fleuve Congo⁸⁷.

Son successeur, la CIJ, rappela dans l'Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros, ce principe de communauté de droit entre Etats riverains, et l'a corroboré en citant la « Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation » (1997)⁸⁸, récemment entrée en vigueur⁸⁹.

L'idée de communauté – et de ses intérêts qui sont fait valoir par un groupe d'Etats (que certains auteurs ont appelé les « Gouvernements internationaux de fait »)⁹⁰ par l'établissement d'un statut territorial⁹¹ – est souvent évoquée à cet égard, notamment, en matière d'internationalisation des voies d'eau internationales au bénéfice de tout Etat (donc précisément *erga omnes*)⁹². Se référant plus spécifiquement au régime de la liberté de navigation dans les fleuves internationaux – et en conséquence de leur internationalisation – le juge Jonkheer van Eysinga attribue à Talleyrand la genèse de ce droit qu'il considère comme une « fonction du commerce international » exercée par certains Etats⁹³. Ces derniers agiraient partant en tant qu'« organes tacitement reconnus de la communauté internationale »⁹⁴.

Cet aspect communautaire représente l'un des éléments qui différencie précisément le § 2 de l'article 12 CVSE 1978 du précédent paragraphe, qui se

⁸⁷ CPIJ, Affaire *Oscar Chinn*, p. 80.

⁸⁸ RTNU, n° 52106, vol. 2999. Cette Convention illustre le dépassement du paradigme de l'Île de Palmas consistant dans l'« exclusivité territoriale », selon laquelle chaque Etat du cours d'eau peut faire ce qu'il veut sur « son » tronçon d'un fleuve international. Ce paradigme est désormais battu en brèche par les articles 5, 7 et 8 qui font référence respectivement à l'utilisation et à la participation équitable, à l'obligation de ne pas causer – par l'utilisation – des « dommages significatifs » aux autres Etats dans leur droit égal d'utilisation tout en instituant l'obligation de coopérer.

⁸⁹ CIJ, Projet Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, § 85.

⁹⁰ Il s'agit généralement des Grandes puissances, sinon de tous les « Etats particulièrement intéressés », pour reprendre formule consacrée par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*, 1969, p. 43, §73).

⁹¹ « Un statut fondé sur des considérations de logique, d'utilité et d'humanité », Yasseen, *ACDI*, vol. I, 1195^e séance, p. 286, §22.

⁹² L'internationalisation « doit être conçue [...] comme une manifestation concrète et agissante de la solidarité économique des Etats réunis en société en vue de leur avantage commun » (Rapport de la Commission d'enquête sur le *différend relatif à l'application des articles du Traité de paix touchant l'Oder*, Commission internationale de l'Oder : C.P.J.I., *Série C*, n°17-II, p. 348); de même : « communauté des intérêts des nations en général » (*ibid.*, p. 290, Mémoire des Six Gouvernements).

⁹³ Op. dissidente jointe à l'arrêt de la C.P.J.I. dans l'affaire *Oscar Chinn*, arrêt du 12 décembre 1934, C.P.J.I., *Série A/B*, n°63, pp. 139-140.

⁹⁴ M. Udina, (1933), p. 705. Comme il a été judicieusement observé : « [...] the right in question has been created at the instance and with the concurrence of a group of leading Powers and has come to be regarded as a *permanent part of the public law of Europe or of the world, capable of discharge only by the same kind of machinery* », Lord A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 659 [les italiques sont de nous].

fonde en revanche sur la figure – pas forcément correcte au point de vue juridique – de la servitude, renvoyant à l'idée de fonds servant et dominant. En effet, alors que l'article 12 § 1 se base sur la réciprocité et la soumission d'un territoire par rapport à un autre, le § 2 s'inspire de l'idée d'un bien commun dictée par la Nature et ce indépendamment de toute relation synallagmatique.

Dans l'affaire des Zones Franches, la CPJI semble avoir différencié les régimes juridiques régis par ces deux paragraphes de l'article 12 CVSE 1978. En effet, pour la région de Saint-Gingolph (Haute-Savoie), la Cour déclare que :

« l'accord de volontés, ainsi traduit par le manifeste, confère à la délimitation de la zone de Saint-Gingolph [recul de la ligne douanière du Royaume de Sardaigne] un caractère conventionnel que doit respecter la France, comme ayant succédé à la Sardaigne dans la souveraineté sur ledit territoire »⁹⁵.

Il ne serait dès lors pas inapproprié de parler de servitude – ou de droits réels attachés à un territoire (ou localisés) – limitée (à la différence de l'article 12 § 2) *ratione personarum* aux seuls Etats souverains concernés par les deux territoires : servant et dominant.

En revanche, pour la zone du Pays de Gex, la Cour parle de « stipulations d'ordre territorial », prévues par les différents traités qui émaillèrent le règlement de paix européen de l'époque, pour la communauté des Etats européens et dans leur intérêt, à savoir : la neutralité de la Suisse, l'« arrondissement » du territoire genevois ainsi que le « recul de la ligne douanière française en arrière de la frontière politique du Pays de Gex »⁹⁶. Certes, en fin de compte, les effets juridiques sont similaires, c'est-à-dire la transmission (ou permanence) des droits et obligations territoriaux, mais le moyen et son fondement juridique sont différents. Dans ce contexte, il n'est pas inutile de rappeler qu'à Vienne en 1815, la France était la puissance vaincue, à la différence du Royaume de Sardaigne qui figurait parmi les Etats alliés de la coalition victorieuse.

La CPJI, confirmant la pratique diplomatique antérieure, finit donc par constater que, au moment de l'annexion de la Savoie, la France avait bel et bien, par l'article 2 du Traité de Turin du 24 mars 1860, assumé toutes les obligations incombant jusque-là à la Sardaigne du chef de la neutralisation d'une partie de la Savoie, en vertu d'un traité (du 16 mars 1816), auquel elle n'était pas partie : donc succession de droits réels attachés au territoire savoyard en question.

Aucun examen de la question ne serait complet si l'on ne se penchait pas sur une affaire célèbre, probablement le précurseur jurisprudentiel en la matière, à savoir la « Question des Iles d'Åland », à laquelle nous avons fait allusion tout au début de cette sous-section. La Commission des juristes, confrontée

⁹⁵ CPJI, Zones Franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (France / Suisse), arrêt du 7 juin 1932 : *Recueil de la CPJI A/B* 46, p. 145.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 148-149.

directement à la question de l'existence des servitudes en droit international, constata que le régime de démilitarisation (démantèlement des fortifications sur l'archipel)⁹⁷, établi par le Traité de Paris de 1856 à la charge de la Russie – souveraine des lieux – et au bénéfice des Etats bénéficiant du « Droit public de l'Europe », avait survécu à la succession d'Etats, l'archipel des Iles d'Åland se trouvant désormais sous souveraineté finlandaise⁹⁸.

La Commission des juristes, dans un passage cité jusqu'à la nausée, mais qui fait précisément date, déclara :

« Les Puissances ont, en effet, dans de nombreux cas, depuis 1815, et notamment lors de la conclusion de Traités de Paix, cherché à établir un véritable droit objectif, de vrais statuts politiques, dont les effets se font sentir en dehors même du cercle des parties contractantes. Dans l'espèce, l'intérêt international permanent qui exige le maintien de la situation créée en 1856, s'est encore manifesté après la constitution de la Finlande en Etat indépendant, notamment par l'accord du 30 décembre 1918, relatif à la démolition des fortifications élevées dans les Iles d'Åland par la Russie, conclu entre trois des Puissances les plus directement intéressées par leur situation géographique – la Suède, la Finlande et l'Allemagne »⁹⁹.

Par conséquent, même si la Suède n'est pas partie au Traité de 1856 – et elle est donc bel et bien un Etat tiers par rapport à ces stipulations – il n'en demeure pas moins qu'elle a un intérêt juridique à ce qu'elles soient respectées par la Finlande. Car, en raison du caractère objectif du règlement de la question des Iles d'Åland par le Traité de 1856, « la Suède peut, comme Puissance immédiatement intéressée, réclamer le respect des stipulations de ce Traité tant que les parties contractantes ne l'ont pas abrogé. Cela est d'autant plus vrai que la Suède a toujours revendiqué ce droit et qu'il ne lui a jamais été contesté par les Puissances signataires »¹⁰⁰. Si au contraire, la Commission avait – dans ce cas erronément – configuré la situation juridique comme relevant des servitudes réelles – à savoir conformément à l'article 12 § 1 CVSE 1978 – la Suède n'aurait joui d'aucun titre juridique lui permettant d'exiger à la Finlande le maintien de l'obligation de non-fortification.

En effet, la Commission des juristes avait très clairement et correctement écarté la construction fondée sur la servitude – donc le cas de figure régi par l'article 12 § 1 – là où elle dit : « Il est certain que les stipulations arrêtées à Paris entre les Puissances et la Russie dépassaient la portée *d'intérêts purement suédois* »¹⁰¹. Le collège arbitral ajouta encore :

« On arrive à une conséquence analogue [à celle consistant à affirmer qu'il « s'agit dans l'espèce d'une servitude réelle »] en adoptant le point de vue exprimé ci-dessus

⁹⁷ Encore sur la question des Îles d'Åland sous l'angle des territoires démilitarisés ou neutralisés, voy. *infra* III.I.H.i.

⁹⁸ Affaire des Îles d'Åland, 1920, p. 16.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 18-19.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 17 [les italiques sont de nous].

qu'il s'agit bien en effet d'un règlement positif d'intérêts européens et non de simples obligations politiques individuelles et subjectives »¹⁰².

D'aucuns ont critiqué – avec cependant une certaine naïveté – le fondement de la décision de la Commission des juristes en prétendant que, en fin de compte, l'« intérêt général » celait en fait « la défense unilatérale des intérêts des puissances victorieuses en 1815 [sic ! c'est plutôt 1856] »¹⁰³. Dans la réalité des faits, en revanche, s'il est vrai que ce statut a été imposé (telle une punition) à la Russie, il n'en est pas moins vrai que le cercle des bénéficiaires ait dépassé celui des parties contractantes au Traité de Paris de 1856 pour toucher tous les Etats et tout spécialement les Etats de la région.

A la lumière de la pratique jurisprudentielle et des Etats¹⁰⁴, il est loisible d'affirmer que l'article 12 § 2 est censé s'appliquer aux catégories suivantes de traités internationaux : établissant des régimes fluviaux¹⁰⁵ et de canaux internationaux (comme par exemple pour le Canal de Suez)¹⁰⁶ ; accordant « le libre accès à des territoires frontaliers aux fins de pâture, par exemple, sur la base desquels les Etats intéressés fixent les détails d'un statut particulier »¹⁰⁷ ; relatifs, de manière plus générale, aux voies de communication internationales¹⁰⁸ ; établissant des statuts de neutralité comme c'est le cas de la Suisse ou autrefois de la Belgique.

D. *Condominium* et *coimperium*

Nous avons déjà souligné que la notion de souveraineté territoriale englobe deux rapports absolument *distincts* : d'une part, un rapport de droit réel ayant pour objet le territoire¹⁰⁹, d'autre part un rapport d'exclusivité, d'*imperium*

¹⁰² *Ibid.*, p. 18 [les italiques sont de nous].

¹⁰³ M. Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'Etats aux traités internationaux*, Fribourg, 1969, p. 210.

¹⁰⁴ Accord sur les eaux du Nil conclu en 1929 entre le Royaume-Uni et l'Egypte ; Accords (de 1923 et 1926) entre la France et le Royaume-Uni (en leur qualité de puissances mandataires, respectivement pour la Syrie et la Palestine) concernant l'utilisation des eaux du Jourdain.

¹⁰⁵ L. Oppenheim, p. 128, §82 ; M. Udina (1933), p. 707 ; CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997, § 123 (p. 72) ; dans cet arrêt la CIJ n'hésite pas à reproduire le texte de l'article 12 § 2 CVSE 1978 et à s'y référer en tant qu'expression du droit international général en la matière.

¹⁰⁶ Le Foreign Secretary britannique ainsi annota à la suite de la fusion entre l'Egypte et la Syrie donnant naissance à la « République arabe unie » (RAU) : « [...] It is too early to forecast what effect the union of Egypt and Syria might have on the operation of the Canal. I note, however, that one of the seventeen principles announced by Colonel Nasser as the basis of the union is that : « provisions of international treaties and agreements concluded by Syria and Egypt with other States shall remain in force with regard to the territorial spheres stipulated at the time of their conclusion, in accordance with the provisions of international law », cité in E. Lauterpacht, « The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law. Survey and Comment », *ICLQ*, vol. 7, 1958, p. 531. [Les italiques sont de nous].

¹⁰⁷ M. K. Yasseen, *ACDI*, vol. I, 1195^e séance, p. 286, §22.

¹⁰⁸ « Une succession d'Etats ne peut pas porter atteinte à des traités qui se fondent « sur des principes généraux régissant [par exemple] le droit de libre passage dans certains détroits » », Intervention de Bartos (*ACDI*, 1972, vol. I, 1195^e séance, p. 287, §32).

¹⁰⁹ « [A] *condominium* is a territory over which responsibility is shared by two administering powers (e.g. the New Hebrides) », Douglas Williams, Colonial Attaché, British Embassy, Washington, January 6, 1959, in *Whiteman*, vol. 1, 538.

exercé dans le cadre d'une assiette territoriale bien délimitée. Comme il a été précisé par un tribunal arbitral :

« [A]dmètre qu'en une matière déterminée il ne peut plus être exercé de compétence qu'à la condition ou par la voie d'un accord entre deux Etats, c'est apporter une restriction essentielle à la souveraineté d'un Etat, et elle ne saurait être admise qu'en présence d'une démonstration certaine. Sans doute, la pratique internationale révèle-t-elle quelques cas particuliers dans lesquels cette hypothèse se vérifie ; ainsi parfois deux Etats exercent conjointement les compétences étatiques sur certains territoires (indivision, *coimperium* ou *condominium*) »¹¹⁰.

Cette distinction entre *dominium* (la souveraineté) et *imperium* (exercice de la souveraineté ou compétence territoriale)¹¹¹ qu'on a naguère analysée devient particulièrement claire dans les situations de *condominium* et de *coimperium*¹¹². La titularité commune d'un droit (réel de souveraineté) sur un territoire constitue le *condominium* alors que l'exercice en commun de la souveraineté territoriale exclusive (*ius excludendi alios*) comme Puissance publique constitue le *coimperium*¹¹³. Des situations de *condominium* peuvent donc s'avérer sans qu'il y ait de *coimperium*, et vice-versa¹¹⁴.

¹¹⁰ Affaire du Lac Lanoux, sentence arbitrale (Tribunal arbitral franco-espagnol) rendue le 16 novembre 1957, *RSA*, Vol. XII, p. 306. Plus récemment, la CIJ a observé avec justesse : « [I]l n'y a apparemment aucune raison, en principe, pour qu'une succession ne crée pas une souveraineté commune dans le cas où une zone maritime unique et indivise est transmise à deux ou à plusieurs Etats », Différends frontalier terrestre, insulaire et maritime, 1992, § 399. Voy. aussi Affaire de l'Île de Palmas, p. 838 ; Syndicat indépendant des fonctionnaires du Condominium des Nouvelles Hébrides (Conseil d'Etat, France), award delivered the 2 December 1970, *ILR*, Vol. 57, pp. 116-117, où le *condominium* anglo-français, institué par le Protocole de Londres du 6 août 1914, est confirmé. Voy. à cet égard les études toujours classiques de N. Politis, « La condition internationale des Nouvelles Hébrides », *RGDIP*, Vol. 8 (1901), pp. 121-152, 230-271 ; *id.*, *Le Condominium franco-anglais des Nouvelles Hébrides*, Paris, 1908. En 1980, le *condominium* prit fin et naquit la République de Vanuatu.

¹¹¹ Voy. en ce sens A. Verdross (1929), pp. 396 et suiv. ; G. Sperduti, « L'individu et le droit international », *RCADI*, Vol. 90 (1956-II), pp. 752-757 ; G. Balladore Pallieri (1962), p. 469 ; W. Rudolf, « Das deutsch-luxemburgische Kondominium », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 24 (1986), pp. 301-313 ; A. Coret, *Le condominium*, Paris, 1960, pp. 52-57.

¹¹² Voy. également le statut juridique du Golfe de Fonseca entre le Nicaragua, le Honduras et El Salvador et les affirmations de la Cour de justice centraméricaine (1916 et 1917 ; voy. *infra* note 130) et de la Chambre de la Cour internationale de Justice en 1992. Celle-ci réitéra la distinction entre *condominium* et *coimperium* (en l'espèce) et la possibilité qu'une souveraineté commune pût s'établir, par voie conventionnelle, même sur les espaces maritimes (Différend frontalier terrestre, insulaire, 1992, § 399, 401). La Commission d'arbitrage dans l'affaire du Plateau continental dans la région entre l'Islande et Jan Mayen (sentence arbitrale rendue le 19-20 mai 1981, *ILR*, Vol. 62, p. 126) proposa aux Parties (Islande et Danemark) un *condominium* aux fins de l'exploitation commune des ressources.

¹¹³ Terme également usité dans la pratique diplomatique : « Or, il n'est pas douteux qu'aucun des pays alliés n'a le droit de liquider les biens allemands à Dantzig, encore que Dantzig ait été cédée par l'Allemagne à l'ensemble des Principales Puissances alliées et se trouve actuellement de ce chef sous la co-souveraineté indivise [*coimperium*] desdites Puissances » (Note du Comité de Rédaction de la Conférence de la Paix de Paris, du 14 octobre 1920), in *Prassi italiana*, 3^{ème} série, Vol. V, § 1185, p. 2667 [les italiques sont de nous].

¹¹⁴ Voy., quoique nuancé, B. Aglietti, *Il governo di alcuni condomini. Sudan anglo-egiziano – Nuove Ebridi – Tangeri*, Firenze, 1939, pp. 123 et suiv. ; K. Strupp, Vol. 1, p. 157 ; A. A. El Arian, *Condominium & Related Situations in International Law; With Special Reference to the Dual Administration of the Sudan and the Legal Problems Arising Out of It*, Cairo, 1952, pp. 87-95 ; H. Aufricht, "On Relative Sovereignty", *Cornell Law Quarterly*, vol. 30 (1944), p. 153.

La première situation peut survenir dans les cas de *condominia* sur des territoires tout à fait inhabités¹¹⁵. Elle peut également se produire lorsque l'exercice de la souveraineté sur le territoire (*imperium*) en *condominium* soit confié à un seul des coïndivisaires (ou à chacun d'entre eux dans des parties distinctes de territoires ou bien encore à rotation dans le temps)¹¹⁶. Par exemple, le *condominium* anglo-égyptien sur le Soudan (jusqu'à son indépendance le 1^{er} janvier 1956) était un *condominium* sans *coimperium*¹¹⁷, seule la Grande-Bretagne exerçant donc l'*imperium*, par le biais de son gouverneur à Khartoum¹¹⁸. Inversement, dans le cas des Nouvelles-Hébrides¹¹⁹, la France et la Grande-Bretagne étaient la fois co-souveraines (*dominium*) et exerçaient conjointement la souveraineté (*imperium*)¹²⁰ par le biais de leurs commissaires¹²¹. Quant à la nationalité des indigènes, ces derniers ne devenaient pas ressortissants des deux souverains, mais jouissaient d'un :

« [S]pecial status and the two Powers may not consider them as under the jurisdiction of one of their Governments or grant to them British or French nationality »¹²².

Par ailleurs, des cas de *coimperia* sans *condominium* peuvent s'avérer lorsqu'il y a un exercice en commun de la souveraineté, tout en laissant en suspens la question de la titularité du droit (réel) sur le territoire. Cela peut s'avérer lorsque la souveraineté fait l'objet d'une controverse entre les deux

¹¹⁵ Voy. par ex. le *condominium* franco-espagnol sur l'île des Faisans (ou île de la Conférence), établi par le traité des Pyrénées de 1659, confirmé subséquemment par le traité de Bayonne du 2 décembre 1856 et la convention franco-espagnole du 27 mars 1901.

¹¹⁶ Voy. à cet égard la lettre du 7 février 1866 de Von Mansdorff à Karoly, au sujet de l'administration du duché de Holstein, dans laquelle on affirme que la Prusse, seule administratrice « ist nicht die alleinige *Eigentümerin* der holsteinschen Souverainitätsrechte », cité in *Bruns*, F.B.1.1.1, § 1196. Le cas d'espèce du *condominium* anglo-égyptien est intéressant dans la mesure où l'Égypte (sous protectorat britannique mais relevant formellement de la souveraineté ottomane) et la Grande-Bretagne eurent un *condominium* sur le Soudan entre 1899 et 1956, date de l'accession à l'indépendance. Aux termes de l'Article 2 du Traité anglo-égyptien de janvier 1899, « the supreme military and civil command in Sudan shall be vested in one officer, termed the Governor-General of Sudan. He shall be appointed by Khedival Decree on the recommendation of Her Britannic Majesty's Government and shall be removed only by Khedival Decree with the consent of Her Britannic Majesty's Government ». A l'épreuve des faits l'administration du *condominium* par le Gouverneur-général, qui rendait des comptes au seul Foreign Office par le biais du Résident britannique au Caire, finit par ressembler furieusement à celle d'une colonie. L'accession à l'indépendance de l'Égypte (14 septembre 1936) ne porta pas atteinte à la permanence du *condominium* sur le Soudan.

¹¹⁷ A relever que le traité établissant le *condominium* ne « regulait [pas] the right of the contracting parties to cede the territory of Sudan », H. Aufricht, p. 154.

¹¹⁸ Certes, faut-il le préciser que le Gouverneur du Soudan était nommé par un arrêté khédivial (Égypte) sur recommandation du Gouvernement britannique (Article III du Traité du 19 janvier 1899).

¹¹⁹ Cet archipel accéda à l'indépendance, sous la dénomination de Vanuatu, le 30 juillet 1980 et devint membre de l'ONU le 15 septembre 1981.

¹²⁰ Un autre exemple de *condominium* avec *coimperium* a été celui américano-britannique des Iles Canton et Enderbury, dans le Pacifique, entre 1938 et 1979, en vertu de l'Echange de lettres du 6 avril 1939 (G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 1, pp. 509-510). Ces îles sont aujourd'hui sous la souveraineté de Kiribati.

¹²¹ Article 1^{er} du Traité du 9 août 1914.

¹²² UN Doc. A/4088/Add. 11, p. 4 (14 avril 1959).

Etats¹²³. On peut également faire rentrer dans cette catégorie, les cas d'exercice en commun de la « compétence territoriale exclusive dans un territoire appartenant à une tierce puissance »¹²⁴, comme ce fut le cas entre 1878 et 1908 de l'Autriche et de la Hongrie sur la Bosnie-Herzégovine, sous souveraineté ottomane¹²⁵. Il existe encore des situations analogues lorsque, à la suite de l'occupation par plusieurs cobelligérants, ces derniers n'ont pas encore procédé à l'attribution définitive des « dépouilles » de guerre¹²⁶. Bien évidemment, en droit international des espaces contemporain, issu en large partie de la Charte de l'ONU, les aménagements (cessions et autres) territoriaux doivent être conformes à ses principes, tels que celui de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force et celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. En conséquence, à l'heure actuelle, ce cas de figure n'est plus envisageable en raison du principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force [*supra* II.I.B.iii].

Le *condominium* peut exister sur tout espace soumis à la compétence territoriale d'un Etat, ce qui exclut la haute mer, la ZEE et les autres espaces *res omnium et communis* (à moins d'un titre historique bien évidemment), mais qui inclut non seulement les espaces terrestres mais également les baies, les lacs¹²⁷ et les fleuves¹²⁸ (« communauté d'intérêts »)¹²⁹. C'est justement à l'occasion d'un *condominium* constaté par un tribunal sur une baie que l'on

¹²³ Par exemple, dans le cas du territoire de Moresnet, dont la souveraineté était revendiquée tant par la Prusse que par les Pays-Bas, et qui fut finalement placé d'abord sous administration conjointe néerlandaise et prussienne (Traité du 26 juin 1816) et, à la suite de l'indépendance belge, sous administration prussienne et belge. De même pour la situation qui se produisit pour la Vallée des Dappes depuis le Traité de Paris (1815) jusqu'au traité de Berne du 8 décembre 1862, par le biais duquel la France et la Confédération helvétique procédèrent à la partition du territoire litigieux. Ces espèces furent erronément considérées comme des cas de *condominium* par N. Politis, « Condition internationale du territoire de Moresnet », *RGDIP*, Vol. 11 (1904), pp. 84-87. Voy. aussi l'affaire du Partage de l'archipel de Samoa (Allemagne c. Grande-Bretagne et Etats-Unis d'Amérique), délibération de la Commission mixte du 8 novembre 1899, in *RGDIP*, Vol. 8 (1901), pp. 72-73.

¹²⁴ A. Verdross (1929), p. 396.

¹²⁵ « While in the case of a *condominium* a community of States has sovereignty over a territory belonging to them jointly, a *coimperium* exists, if several States jointly exercise jurisdiction or governmental functions and powers in territory belonging to another State; the administration by Austria-Hungary of Bosnia and Herzegovina from 1878 to 1908, while the territory belonged to Turkey, is usually given as an example of such co-imperium », F. A. Mann, « The Present Legal Status of Germany », in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 33 (1947), pp. 138-139.

¹²⁶ Cette situation est bien évidemment transitoire, voir par ex. les territoires cédés par les Empires centraux par suite de la guerre de 1914-1918 et jusqu'aux Traités de paix successifs.

¹²⁷ L'existence d'un *condominium* sur le Lac de Constance a été réfutée en l'espèce par une cour pénale allemande, qui en a cependant admis la possibilité en droit international : G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 1, pp. 615-616.

¹²⁸ « The Agreement of 1816 created a joint ownership under international law, a so-called *condominium*, according to which both contracting States exercised a joint jurisdiction over frontier streams », Dutch-Prussian Condominium (1816) Case, Germany, Supreme Administrative Court, 24 Novembre 1932, 6 ILR, p. 50.

¹²⁹ CPJI, Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, 1929, A/23, 27.

doit une des causes célèbre en la matière, dont un passage saillant mérite d'être reproduit intégralement :

« C'est un fait que le mot « *condominium* », en tant que terme technique utilisé en droit international, désigne en général, précisément, ce genre de système organisé, mis en place en vue de l'exercice en commun de pouvoirs gouvernementaux souverains sur un territoire ; situation qu'il serait peut-être plus juste d'appeler *coimperium*. Cependant, ce n'est pas cela que la Cour de justice centraméricaine avait en vue. En utilisant le mot *condominium*, elle a manifestement voulu parler de l'existence d'une souveraineté commune en tant que conséquence juridique de la succession intervenue en 1821. La succession d'Etats est l'une des manières dont la souveraineté territoriale se transmet d'un Etat à un autre, et il n'y a apparemment aucune raison, en principe, pour qu'une succession ne crée pas une souveraineté commune dans les cas où une zone maritime unique et indivise est transmise à deux ou plusieurs nouveaux Etats. En conséquence, la Chambre considère que l'arrêt de 1917 emploie le terme « *condominium* », (copropriété), pour désigner ce qui, dans cet arrêt, est considéré comme le résultat juridique obtenu dans les cas où trois Etats ont hérité en commun par voie de succession de certaines eaux qui, depuis près de trois siècles, relevaient de l'autorité unique de l'Etat dont ils sont devenus les héritiers [...] Il n'y a certainement aucune raison qui interdirait l'existence d'une souveraineté commune sur un territoire maritime. Un exemple de *condominium* sur les eaux d'une baie est celui de la baie du Figuier, située à la frontière atlantique entre l'Espagne et la France. En vertu d'une « déclaration » de 1879, la baie comprend, à des fins de juridiction, trois parties, « la troisième formant des eaux communes » [...] un *condominium*, en effet, est presque l'incarnation juridique idéale des exigences de la communauté d'intérêts, qui sont une parfaite égalité dans l'usage des eaux, la communauté des droits du point de vue juridique et « l'exclusion de tout privilège ». Il est intéressant de relever à quel point la terminologie de la communauté d'intérêts, qui insiste sur une communauté, s'approche des termes employés par la Cour de justice centraméricaine dans son arrêt de 1917 »¹³⁰.

La Cour internationale de Justice saisit l'occasion pour souligner la différence bien établie entre *condominium* et *coimperium* tout en précisant que le premier signifie « souveraineté conjointe » des Etats concernés, c'est-à-dire que « les droits sur les eaux [du Golfe de Fonseca] appartiennent conjointement aux trois Etats du Golfe »¹³¹.

Enfin, il convient de souligner que cette « communauté d'intérêts » – à laquelle on a fait référence dans un autre contexte – est incarnée par le *condominium* et elle constitue le véritable archétype de l'irénisme territoriale en droit international des espaces.

¹³⁰ CIJ, Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, 1992, §§ 398, 400, 401, 407 (pp. 590-602). Le *condominium* peut également concerner les espaces lacustres comme il a été admis par une cour pénale allemande relativement au Lac de Constance (voy. *supra* note 127).

¹³¹ *Ibid.*, § 432 (Dispositif de l'arrêt).

E. Les sphères d'influence

La doctrine de droit international fait remonter un des premiers actes d'établissement des « sphères d'influence » (ou d'intérêts, ou d'amitié¹³²) au Traité de Alcaçovas (Portugal) du 4 septembre 1479 entre les deux Puissances ibériques. En effet, en vertu de l'art. 8 dudit traité, les deux Parties délimitèrent les zones d'expansion réciproques et reconnurent de part et d'autre (et au préalable), leurs futures conquêtes¹³³. A la différence des autres cas de figures analysés dans cette section, celui des « sphères d'influence » ne comporte ni de scission entre titularité de la souveraineté et son exercice, ni ne véhiculent de droits réels sur le territoire, ni n'effectuent de transfert de droits ou compétences souveraines¹³⁴. Ils visent uniquement à répartir, avant coup, les territoires à explorer et à acquérir¹³⁵. Ils doivent donc porter, par définition, sur des territoires considérés *nullius*¹³⁶, même si on recense dans la pratique internationale des formes politiques (n'impliquant donc pas l'acquisition de la souveraineté) de sphères d'influence sur des Etats souverains¹³⁷. Comme le juge Weeramantry l'a fort bien affirmé dans son opinion dissidente jointe à

¹³² P. Fiore, « Du protectorat colonial et de la sphère d'influence (Hinterland) », *RGDIP*, Vol. 14 (1907), pp. 148-159 ; H. P. Neuhold, « Spheres of Influence », in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 9, Amsterdam, 1986, pp. 357-359 [passim].

¹³³ Texte in : *Fontes Historiae Iuris Gentium*, ed. by W. Grewe, Berlin, 1995, Vol. 1, p. 685.

¹³⁴ Il est donc exagéré d'affirmer que de telles figures n'aient absolument pas de valeur et de portée juridiques, comme l'on a parfois soutenu: « It can not be irrelevant to remark that 'spheres of influence' and the theory or practice of the 'Hinterland' idea [théories allègrement confondues] are things unknown to international law and do not as yet rest upon any recognized principles of either international or municipal law. », Dépêche du Secrétaire d'Etat américain, N. Olney, à l'ambassadeur anglais à Washington, M. Sir Julian Pauncefote, citée in *Moore*, p. 268. La pratique des Etats et des tribunaux internationaux regorgent d'exemples, mentionnons au passage : l'accord entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne, signé à Berlin le 1^{er} juillet 1890, au regard de Zanzibar et de Heligoland, in *Pasicrisie*, § 125 ; Sentence arbitrale pour trancher la question relative aux limites occidentales du territoire du Royaume du Barotse (Grande-Bretagne c. Portugal), rendue à Rome le 30 mai 1905 par sa Majesté le Roi d'Italie Victor Emmanuel III, *RSA*, Vol. XI, pp. 67-69, dans laquelle la tâche du tribunal consistait justement à « définir la question survenue entre les deux Etats relativement à la *frontière de leurs sphères d'influence respectives* dans l'Afrique Centrale... » (Préambule ; les italiques sont de nous).

¹³⁵ A l'aune du concept de titre juridique (voy, *supra* I.I.B.), les accords dits des sphères d'influence ne concernent nullement le *modus acquisitionis* (car il n'y a pas, par définition, d'occupation effective), mais se bornent à délimiter territorialement, et entre les parties contractantes, le *titulus acquisitionis*.

¹³⁶ En cela, partant, ce genre d'accords diffèrent particulièrement des accords de délimitation territoriale et lors d'un conflit territorial leur cèdent en valeur juridique. La pratique diplomatique est particulièrement attentive à cet aspect si l'on croit les affirmations de l'Ambassadeur italien à Londres, M. della Torretta, contenues dans la note du 22 février 1925 envoyée au chef de la diplomatie britannique, M. MacDonald (relativement au différend territorial opposant les deux Puissances sur la souveraineté de l'oasis de Jarabub) : « Se non occorresse aggiungere un qualche nuovo elemento per dimostrare ancor meglio la infondatezza dell'asserzione britannica che la convenzione del 1919 non modifica le disposizioni della dichiarazione del marzo 1899, io dovrei ricordare all'Eccellenza Vostra il fatto che, mentre la dichiarazione del 1899 costituisce una divisione di sfere di influenza su regioni non occupate ed in parte inesplorate, la Convenzione del 1919 rappresenta una vera e propria delimitazione di frontiera fra i territori occupati stabilmente », in *Prassi italiana*, 3^{ème} série, Vol. V, § 1203, p. 2724.

¹³⁷ Ce fut notamment le cas à Yalta (1945) entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, d'une part, et l'URSS d'autre part relativement au continent européen.

l'arrêt de la Cour internationale de Justice, les traités établissant des sphères d'influence se caractérisaient par leur connotation provisoire et programmatrice à la fois. En effet,

« *A sphere of influence did not necessarily mean that the power claiming it [viz. the area] already had control and possession of it [précisément pas, par définition], but this was clearly the objective towards which it intended to move* »¹³⁸.

Le rapport conventionnel qui s'instaure crée évidemment des droits et des obligations pour les Etats parties contractantes, mais qu'en est-il des effets extra-conventionnels ? Les Etats tiers sont-ils liés par de telles stipulations ? En vertu du principe de l'effet relatif des traités¹³⁹, les Etats tiers ne sont pas touchés dans leurs « titres » et leurs « droits » sur les territoires concernés. Mais,

« [I]orsque les deux Etats ont notifié leur convention aux tierces puissances et que celles-ci ont manifesté de manière expresse ou tacite leur adhésion, ou que leurs éventuelles réclamations ont été vaincues par la concession d'autres avantages, la délimitation conventionnelle des sphères d'influence devient efficace *erga omnes* et les Etats contractants sont libres d'agir à leur gré dans la zone respectivement réservée »¹⁴⁰.

C'est, nous semble-t-il, un cas typique d'obligation pour un Etat tiers¹⁴¹ (en l'espèce, la Communauté internationale des Etats dans son ensemble), que l'on veuille la configurer comme une stipulation pour autrui ou comme un accord collatéral (hypothèse qui a notre préférence)¹⁴². Mais ce qui nous importe ici, c'est de souligner qu'en dehors de toute obligation extra-conventionnelle, l'accord dit des sphères d'influence ne produit pas, à lui seul, des effets juridiques pour les tierces Parties. Seul l'occupation de ces territoires sans maître rend opposable cette situation *erga omnes*. A l'intérieur du cadre conventionnel, en revanche, de tels accords engendrent généralement une forme particulière de titre juridique qu'est l'*inchoate title*¹⁴³. Les accords dits des « sphères d'influence », tout en ne transférant pas de droits réels entre

¹³⁸ CIJ, Affaire de l'Île de Kasikili / Sedudu (Botswana / Namibie), 1999, § 95 de l'opinion dissidente du juge Weeramantry (p. 1185).

¹³⁹ G. Balladore Pallieri (1962), pp. 455-456 (« *res inter alios acta* »). Voy. *supra* I.II.C.

¹⁴⁰ A. Cavaglieri (1929), pp. 411-412. De même : Q. Wright, « Territorial Propinquity », *AJIL*, vol. 12 (1918), p. 522.

¹⁴¹ *Contra* P. Cobbett, p. 117, pour qui « such arrangements confer *no territorial rights* and impose no responsibility on the State in whose favour they are created...Nor can such compacts, *even if acquiesced in by States, give rise to any prescriptive right* » [les italiques sont de nous]. Il nous est impossible d'adhérer à cette assertion pour la raison suivante : si une obligation extra-conventionnelle naît et si une tierce puissance nonobstant son acquiescement y contrevient en occupant le territoire concerné, ceci résultera assurément en un fait internationalement illicite. Toutefois, si l'occupation en violation de l'obligation, demeure effective, elle sera en conséquence opposable *erga omnes*. Car, comme nous l'avons noté [voy. *supra* I.II.B], l'accord collatéral fait naître uniquement un *titulus acquisitionis*, mais seul l'extension effective de la Puissance publique opérera le transfert de souveraineté territoriale. Ces observations s'appliquent également aux rapports conventionnels entre les Parties auxdits accords des « sphères d'influence ».

¹⁴² G. Distefano (2019), pp. 453-461.

¹⁴³ Sur cette notion, voy. *supra* I.I.C.

les Parties contractantes, sont certes d'origine négative mais ils peuvent devenir, par la conduite subséquente desdites Parties, positifs¹⁴⁴. En effet, comme la CIJ l'a observé :

« Il s'agit en l'espèce non d'un traité délimitant des frontières à proprement parler, mais d'un traité délimitant des sphères d'influence, que les Parties acceptent néanmoins comme le traité déterminant la frontière entre leurs territoires »¹⁴⁵.

En d'autres termes, le comportement subséquent dans l'application du traité des sphères d'influence a fini par *compléter* le titre juridique fondant la délimitation des leurs territoires respectifs¹⁴⁶.

Enfin, il convient de souligner que ce genre d'accords sont aujourd'hui inutiles, s'ils portent sur des *res nullius* – car il n'y en a plus, ou contraires au droit international – s'ils portent sur des territoires d'Etats existants – en raison de leur conflit avec le principe de l'égalité souveraine des Etats (article 2 § 1 CNU).

F. L'occupation pacifique

Il convient de procéder à l'intelligence de cette figure¹⁴⁷ en la distinguant des autres institutions similaires. L'occupation dont il est question ici doit être distinguée de l'occupation d'un territoire *nullius*, parce qu'elle porte sur un territoire relevant de la souveraineté d'un autre Etat. Elle doit de même être distinguée de l'occupation de guerre (*occupatio bellica*)¹⁴⁸ parce que cette dernière présuppose l'existence contemporaine ou précédente d'un état de guerre « même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire »¹⁴⁹. Elle doit en outre être différenciée par rapport aux *condominia*, *coimperia* et protectorats divers puisqu'ils présupposent tous un accord international.

¹⁴⁴ Voy. G. Diena, (1913), pp. 5, 7. Voy. en ce sens la dépêche diplomatique de l'ambassadeur italien à Londres, le Marquis de San Giuliano, envoyée le 2 octobre au ministre des Affaires étrangères italien, M. Tittoni, citée in *Prassi italiana*, Seconda serie (1887-1918), Vol. II, § 2329.

¹⁴⁵ CIJ, Affaire de l'Île de Kasikili / Sedudu (Botswana / Namibie), 1999, § 41, p. 1073.

¹⁴⁶ Voy. *supra* I.I.C.

¹⁴⁷ Le lecteur est invité à s'abreuver d'une très vaste littérature (en sus de celle sur l'occupation militaire), dont voici quelques fleurons : R. Robin, *Des occupations militaires en dehors des occupations de guerre*, Paris, Sirey, 1923 ; K. Heyland, *Die Rechtsstellung der besetzten Rheinlande nach dem Versailler Friedensvertrag und dem Rheinlandabkommen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Besetzung fremden Staatsgebietes*, Berlin, 1923 ; S. Cybichowski, « Das völkerrechtliche Okkupationsrecht », *ZV*, Vol. 18 (1934), pp. 295-322 ; E : Bruel, « Militärische Besetzung », *ZÖR*, Vol. 21 (1941), pp. 145-165 ; E. Fraenkel, *Military Occupation and the rule of Law, occupation Government in the Rhineland*, London, 1944 ; G. Sauser-Hall, « L'occupation de guerre et les droits privés », *Annuaire suisse de droit international*, Vol. 1 (1944), pp. 58-125 ; P. Haggenmacher, « L'occupation militaire en droit international. Genèse et profil d'une institution juridique », *Relations internationales*, Vol. 79 (1994), pp. 285-301.

¹⁴⁸ Comme il a été pertinemment observé l'institution de l'occupation militaire et celle de l'occupation pacifique sont intimement liées quant à leur genèse et à certains de leurs contours juridiques, voir en ce sens P. Haggenmacher (1994), p. 298.

¹⁴⁹ La condition de l'article 2 § 2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 n'est donc pas remplie.

Par voie d'exclusion, l'occupation pacifique se réalise donc : en cas d'occupation du territoire d'un Etat vaincu à titre de représailles, et non pas en vertu d'un accord consacré par un traité de paix ; en cas d'occupation due à l'inexécution de clauses conventionnelles¹⁵⁰ ; en cas d'occupation, pendant un conflit, du territoire d'un Etat neutre¹⁵¹ ; en cas d'occupation de territoires d'un Etat allié par l'un des cobelligérants¹⁵² ; ou en cas d'occupation en temps de paix du territoire d'un Etat sans l'accord préalable de celui-ci, comme par exemple l'occupation d'Haïti par les troupes américaines de 1915 jusqu'en 1934 aux fins de la protection des intérêts des Etats étrangers en raison des troubles internes¹⁵³ ; ou en cas d'occupation à titre de garantie (*pledge*) aux fins de l'exécution d'un traité¹⁵⁴ ; ou encore comme moyen de pression pour obtenir la réparation d'un fait internationalement illicite¹⁵⁵.

Comme les autres situations territoriales analysées dans le cadre de ce chapitre, l'occupation pacifique telle que décrite succinctement ici, ne comporte guère de transfert de souveraineté territoriale (en raison du défaut, réciproquement, de l'*animus occupandi* et de l'*animus derelinquendi*). Elle met au contraire en exergue la scission entre la titularité de la souveraineté territoriale et son exercice (pendant un laps de temps provisoire). La figure de l'occupation pacifique constitue l'un des instruments dont l'Etat disposait aux fins de sa propre protection ou de la protection de ses propres intérêts vitaux (*self-help, autotutela, etc.*). La pratique des Etats est singulièrement opulente en matière d'occupation pacifique, les Etats faisant (et ayant, surtout, fait) recours à cet outil de politique étrangère. Ceci a pu prêter à des abus, cachant notamment dans le passé des annexions autrement inacceptables politiquement.

¹⁵⁰ Voy. l'occupation de la Ruhr par les troupes françaises et belges en 1925. Jadis Emer de Vattel écrit : « Si le traité n'est point accompli, on peut retenir et s'approprier ce qui a été donné en engagement », Livre II, Chapitre XII, § 246.

¹⁵¹ Voy. l'occupation de l'Iran par les troupes anglo-soviétiques en 1941.

¹⁵² Voy. l'occupation des colonies françaises de l'Afrique du Nord par les troupes anglo-américaines du 8 novembre 1942 jusqu'au début de l'année 1945.

¹⁵³ « [T]he landing [at Haïti] was entirely friendly and for the preservation of order and protection of legations », G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 2, p. 330 [les italiques sont de nous].

¹⁵⁴ A cet égard on peut mentionner l'occupation des îles du Dodécanèse par l'Italie afin d'assurer l'exécution du Traité d'Ouchy de 1912 relatif à la cession de la Tripolitaine et de la Cyrénaïque par la Turquie à l'Italie (*Prassi italiana*, 1887-1918, vol. I, § 1336, p. 38). Ces îles furent ensuite définitivement transférées à l'Italie par le Traité de Lausanne de 1923 avec la Turquie.

¹⁵⁵ On peut mentionner à cet égard l'occupation de Corfou par l'Italie en 1923 à la suite du meurtre du Général Tellini en attendant la *satisfaction* par la Grèce des demandes italiennes. L'occupation de cette île fut légitimée, par le délégué italien, Salandra, en ces mots, en répliquant aux critiques de son homologue suédois au sein du Conseil de la S.d.N. : « Il ne faut pas croire que le Pacte de la Société des Nations ait interdit ces moyens pacifiques de répression. Ils ne sont défendus par aucun de ses articles. J'ajoute que, dans son préambule, les principes du droit international sont expressément reconnus. On compte parmi ceux-ci le droit de représailles pacifiques et d'occupations à titre de garantie. Ces représailles sont donc légitimes. Il faut noter que des autorités éminentes en matière de droit international, telles que les professeurs Schücking et Wehberg (*Die Satzung des Völkerbundes*, 1921, page 293), qui ont étudié à fond le Pacte de la Société des Nations, déclarent d'une façon tout à fait explicite que les représailles et les rétorsions ne sont pas défendues », 18 septembre 1923, *Journal officiel de la S.d.N.*, 1923, p. 1313.

Toutefois, en règle générale, les Etats se sont servis notamment de l'occupation pacifique afin de faire pression sur un Etat qui n'avait pas encore rempli ses obligations, ou encore avant même qu'il n'avait pu s'en acquitter (on parle alors également de « occupation de garantie ») :

*« Señor Pacheco, however, adds that the Chincha Islands will be occupied, not as a possession of Spain, but as a measure of coercion upon Peru, until full satisfaction shall be obtained, not only for the grievances, the redress of which was the object of Señor Salazar's mission, but for the insults and outrages to which that Commissioner was subjected on leaving Peru for Spain »*¹⁵⁶.

Enfin, il convient de relever que, à moins du consentement de l'Etat sur le territoire duquel s'effectue l'occupation, celle-ci est aujourd'hui illicite car en conflit avec l'article 2 § 1 et § 4 de la CNU, comme il ressort par exemple du fragment de la citation ci-dessus (« as a measure of coercion »). Il s'agirait même d'une agression, c'est-à-dire de la « forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force », voire « d'un crime contre la paix internationale »¹⁵⁷.

Enfin, certains des buts autrefois assurés par l'occupation pacifique, pourraient être atteints aujourd'hui dans le cadre du « Droit de New York », c'est-à-dire par le truchement du système de sécurité collective, conformément à l'interprétation contextuelle des articles 2 § 4, 24, 39 et 51 de la CNU. A cette fin, on doit notamment mentionner le Chapitre VII et plus spécialement les opérations de maintien de la paix (qui exigent toujours le consentement de l'Etat territorial) mais plus encore les opérations d'imposition de la paix en vertu de l'article 42 de la CNU, qui ne requièrent précisément pas le consentement de l'Etat sur le territoire duquel elles se déploient.

G. Le protectorat international

i. Notion

A l'instar des deux cas de figure précédemment passés en revue, le régime du protectorat par un Etat sur un autre Etat est aujourd'hui contraire au droit international contemporain, porté aux fonts baptismaux par la Charte des Nations Unies. La figure juridique du protectorat se heurte en effet frontalement au principe de l'égalité souveraine des Etats (article 2 § 1 CNU), interdisant l'intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, ainsi qu'à celui

¹⁵⁶ Dépêche de l'ambassadeur anglais à Madrid, Sir J. Crampton, à Earl Russell, datant du 22 juin 1864, in *Bruns*, B.1.1 (1856-1871), § 1404.

¹⁵⁷ Respectivement partie préambulaire n°5 et article 5 § 2 de la rés. 3314 de l'AG. Il convient également de mentionner, ne serait-ce qu'en passant, que le crime d'agression figurait en toute première position dans le défunt Article 19 du Projet sur la responsabilité des Etats provisoirement adopté par la Commission du droit international (N.U., Doc. A/51/10, 1996, p. 154). Comme l'on sait, la distinction entre délits et crimes internationaux disparut et, avec elle, cette dernière catégorie de violations internationales, du Texte d'articles définitivement adopté par la CDI en 2001 (ci-après ARE). Il n'en reste pas moins que le crime d'agression – engageant la responsabilité pénale internationale de l'individu – fait désormais partie des crimes internationaux susceptibles d'être poursuivis par la CPI conformément à l'article 8bis du Statut de Rome.

du droit à l'autodétermination des peuples (Article 1 § 2 et résolutions 1514 (XV) et 2625 (XXV) de l'AG). Ainsi, les cas de protectorat, désormais complètement absents de la réalité juridique internationale, ont disparu d'abord en Europe et ensuite dans les autres continents.

En conséquence, certaines des finalités autrefois poursuivies par cette figure juridique peuvent aujourd'hui être atteintes par l'administration internationale directe ou par l'administration fiduciaire dont nous parlerons plus loin.

Avant d'esquisser les contours conceptuels du protectorat international, il importe de rappeler que la « notion d'indépendance [est] la qualité normale des Etats en tant que sujets de droit international »¹⁵⁸ et que celle-ci, comporte, comme le disait Max Huber dans l'affaire de l'Île de Palmas, la *plénitude* et l'*exclusivité* dans l'exercice des fonctions de puissance publique¹⁵⁹. Ou, si l'on veut lire ces concepts en filigrane de la définition d'« indépendance » de Huber dans l'Île de Palmas : la *suprema potestas* met l'accent sur le *l'indépendance* (c'est-à-dire la « souveraineté extérieure »¹⁶⁰) alors que la *summa potestas* se réfère à l'exercice des activités régaliennes comprises par la souveraineté. Cette distinction – et la dissociation – entre la souveraineté et son exercice sur la scène juridique internationale représente la caractéristique fondamentale du protectorat international. La raison d'être du protectorat est à rechercher dans la conception que les Etats européens – et plus généralement occidentaux – avaient de leurs rapports juridiques avec les *peuples ou entités non-civilisées ou ayant une civilisation considérée comme inférieure* : « semi-barbarous »¹⁶¹.

En dépit et par-dessus la variété des cas individuels¹⁶², la figure juridique du protectorat – qui « est [cependant] assez floue en droit international »¹⁶³ – présuppose la présence de deux Etats souverains¹⁶⁴, l'un desquels accepte, à un certain moment de son existence, et dans une mesure très variable, l'intervention ou le contrôle de l'autre :

« An arrangement may be entered into whereby one state, while retaining to some extent its separate identity as a state, is subject to a kind of guardianship by another

¹⁵⁸ Opinion individuelle du juge Anzilotti jointe à l'avis de la CPJI dans l'affaire relative au Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, A/B 41, p. 57.

¹⁵⁹ Voy. *supra* Prolégomènes.

¹⁶⁰ Opinion individuelle du Juge Anzilotti, *loc. cit.*

¹⁶¹ Arbitral Tribunal (Great Britain – United States) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 (18 juin 1913 – 22 Janvier 1926), *RSA*, vol. 6, p. 43.

¹⁶² « Protectorate is ... a conception which lacks exact legal precision, as its real meaning depends very much upon the special case », *Oppenheim's International Law* (1992), vol. I, § 81, p. 268.

¹⁶³ Affaire Pablo Najera (France) c. Mexique, sentence arbitrale du 19 octobre 1928, *RSA*, vol. 5, p. 495.

¹⁶⁴ Article 13 de la Convention de Londres du 29 juillet 1913 par laquelle les deux Parties reconnaissent l'indépendance du Bahreïn, autrefois sous la souveraineté de la Sublime Porte et désormais placé sous la protection de la Grande-Bretagne. Ce traité n'entra jamais en vigueur faute de ratification, mais la Cour internationale de Justice s'empessa de noter à cet égard que : « les accords signés mais non ratifiés peuvent constituer l'expression fidèle des vues communes des parties à l'époque de la signature » (Délimitation maritime et questions territoriales (Qatar c. Bahreïn), 2001, § 89 (p. 68)).

*state.*¹⁶⁵ *The circumstances in which this occur and the consequences which result vary from case to case, and depend upon the particular provisions of the arrangement between the two states concerned* »¹⁶⁶.

En vertu d'un traité, un rapport juridique bilatéral s'établit en vertu duquel un Etat assume la *protection*¹⁶⁷ et s'engage dès lors à l'assister militairement contre toute menace extérieure et/ou à « conduire [ses] relations extérieures »¹⁶⁸. Parallèlement, l'Etat protégé consent à ce que le premier Etat exerce un contrôle ou une intervention – à des degrés différents définis dans le traité – dans l'administration interne et surtout dans la conduite de ses relations extérieures vis-à-vis des Etats tiers. Normalement, l'autorité de l'Etat protecteur est représentée et exercée par son *Résident* (ou *Agent*) auprès de l'Etat protégé¹⁶⁹.

Cette « intervention »¹⁷⁰ s'explique et se justifie par l'obligation que l'Etat protecteur assume de défendre l'Etat protégé contre les menaces et les périls extérieurs¹⁷¹. En effet, l'Etat protecteur ne pourrait pas s'acquitter de cette tâche s'il n'avait pas été préalablement autorisé à exercer son contrôle sur l'Etat protégé et au sein de son ordre juridique¹⁷². En un mot, on peut parler de « *capitis deminutio* », à savoir d'une limitation de la « capacité juridique traditionnelle de contracter des engagements internationaux (*internationale Handlungsfähigkeit*) »¹⁷³.

¹⁶⁵ L'idée de « guardianship » résonnera plus tard dans l'institution des Mandats de la S.d.N. ; elle évoque, certes avec des profondes différences qu'on ne manquera pas de relever (voy. *infra* III.II.A.), une relation de « protection » au sens large. Dans un cas, celui présentement examiné, pour servir finalement les intérêts de l'Etat protecteur, dans l'autre, celui des Mandats, du peuple bénéficiant de la « mission sacrée de civilisation » confiée à la Puissance mandataire.

¹⁶⁶ *Oppenheim's International Law* (1992), § 81 (p. 267).

¹⁶⁷ « The term 'protectorate' has been broadly used by writers on International law to apply to cases wherein a comparatively powerful State assumes the duty of protecting a weaker state with the essential feature that the conduct of the external affairs of the protectorate are placed in the hands of the protecting state », R. Robbins, « The Legal Status of Aden Colony and Aden Protectorate », *AJIL*, vol. 33 (1939), p. 700. De même : W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8^{ème} éd., Oxford, 1924, p. 28.

¹⁶⁸ CIJ, Temple de Préah Vihear, 1962, p. 16. La jurisprudence interne est sans surprise à l'unisson : « [T]he control, for instance, of foreign affairs may be completely in the hands of a protecting Power, and there may be agreements or treaties which limit the powers of the sovereign even in internal affairs without entailing a loss of the position of a sovereign Power », *Duff Development Co., Ltd v. Government of Kelantan and Another*, House of Lords, 10 avril 1924, 2 *ILR*, p.127.

¹⁶⁹ Par exemple, l'Article III du traité du 17 novembre 1905 entre la Corée et le Japon, établissant le protectorat par ce dernier sur le premier Etat.

¹⁷⁰ Affaire Pablo Najera (France) c. Mexique, p. 507.

¹⁷¹ L'exigence de protection se fonde sur le fait que l'Etat protégé est considéré comme un « mineur » et préfigure un élément-clef de l'institution des Mandats de la S.d.N. là où on se réfère « aux peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » (Article 22 § 1 Pacte de la S.d.N.).

¹⁷² Voy. : F. J. Lugard, *Dual Mandate in British Tropical Africa*, Oxford, 1932, p. 35.

¹⁷³ Affaire Pablo Najera (France) c. Mexique, p. 472.

Cette protection doit se manifester *erga omnes*, de sorte que le droit international exige que « *the protected state should exhibit a sign on its flag denoting the protective connection (“as a mark of the protection”)* »¹⁷⁴.

Cette intervention peut prendre notamment deux formes différentes. Tantôt, l'Etat protecteur arrive à assumer *in toto* les relations extérieures de l'Etat protégé, c'est-à-dire qu'il assure la représentation internationale de ce dernier¹⁷⁵. Ainsi, l'Etat protecteur agit en son nom et pour son compte¹⁷⁶, conclut les traités et effectue tout acte sur la scène internationale (c'est notamment le cas de figure qui prévaut généralement dans les protectorats français). Tantôt, l'Etat protégé agit aussi sur la scène juridique internationale, mais ces actes, ou à tout le moins, certains d'entre eux, doivent être avalisés par l'Etat protecteur, ou, à défaut, celui-ci jouit d'un pouvoir de veto sur ces actes¹⁷⁷.

Sous l'angle de la responsabilité internationale, il importe de souligner à cet égard que les rapports entre l'Etat protecteur et l'Etat protégé, établis et régis par un traité international (le traité de protectorat) – qui reste *res inter alios acta* vis des Etats tiers –, relèvent de la compétence exclusive de ces deux Etats :

« Les rapports entre le protecteur et le protégé sont donc à envisager comme une affaire intérieure entre ces deux puissances ; vis-à-vis de l'étranger, les responsabilités du protecteur et protégé, tout en étant juridiquement distinctes, se fondent en une seule, à la charge de la Puissance protectrice »¹⁷⁸.

Il importe de souligner que le traité de protectorat n'éteint guère la subjectivité juridique internationale de l'Etat protégé, voire sa *statualité* ; bien au contraire, celle-ci est la condition *sine qua non* pour son établissement et elle survit à la cessation du protectorat¹⁷⁹. Il faut donc que l'Etat protégé soit

¹⁷⁴ Sentence arbitrale relative à l'interprétation du Traité de Managua entre le Royaume-Uni et le Nicaragua, décision du 2 juillet 1881, *RSA*, vol. 28, p. 178.

¹⁷⁵ Sur la notion de représentation, voir : A. P. Sereni, « La représentation en droit international », *RCADI*, vol. 73 (1948-II), 3-67.

¹⁷⁶ L'Etat protecteur garantit la protection consulaire des ressortissants de l'Etat protégé vis-à-vis des Etats tiers, comme ce fut le cas pour la Grande-Bretagne et le Bahreïn (Article 15 de la Convention de Londres du 29 juillet 1913).

¹⁷⁷ C'était notamment le cas du protectorat britannique sur le Transvaal avant son annexion : les traités conclus par cette entité avec les Etats tiers n'étaient définitifs et n'entraient en vigueur qu'à condition que la Grande-Bretagne n'exerçât pas son droit de veto dans les six mois. Ou encore du Bahreïn : « The present status of Bahrain is based on the Agreement of December 22, 1880, wherein the Ruler of Bahrain bound himself and his successors « to abstain from entering into negotiations or making treaties of any sort with any State or Government other than the British without the consent of the said British Government, and to refuse permission to any other Government than the British to establish diplomatic or consular agencies or coaling depots in our territory, unless with the consent of the British Government », C. U. Aitchison, *A Collection of Treaties, Engagements and Sanads*, Calcutta, 1933, Vol. XI, p. 237. Toutefois, il a été observé que « [n]o decision of an international tribunal has been found which declares that a treaty is invalid for lack of capacity of a party which had previously placed itself under obligation to another State agreeing not to enter into such a treaty », *Draft Convention on the Law of Treaties*, Harvard Law School, Comment, *AJIL Suppl.*, vol. 29 (1935), p. 709.

¹⁷⁸ Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol, 1925, p. 648.

¹⁷⁹ The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, p. 502.

un Etat souverain au regard du droit international pour qu'un rapport conventionnel de protection puisse naître en droit international :

« *The position within the international community of a state under protection is defined by the treaty of protection which enumerates the reciprocal rights and duties of the protecting and protected States. Each case must therefore be treated according to its own merits [...] But it is characteristic of a protectorate that the protected state always has, and retains, for some purposes, a position of its own as an international person and a subject of international law* »¹⁸⁰.

Il convient de rappeler cependant que le traité de protectorat *ne fait loi* qu'entre ces deux Etats et qu'il est *res inter alios acta* vis-à-vis des Etats tiers. C'est la raison pour laquelle, et afin que ce traité puisse déployer ses effets sur la scène juridique internationale, l'Etat protecteur s'empresse de *notifier* le protectorat aux Etats tiers et donc le contenu des rapports juridiques établis entre lui et l'Etat protégé¹⁸¹. A cet égard, la CPJI tint à préciser, dans son avis consultatif relatif aux *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, que la reconnaissance des Etats tiers est indispensable pour que le traité de protectorat puisse produire ses effets à leur égard¹⁸².

Cette pratique était constante dans les relations internationales. Parfois même, elle était obligatoire en vertu d'un traité, comme c'était le cas aux termes de l'Article 34 de l'Acte général de la Conférence de Berlin de 1885, relativement au protectorat colonial¹⁸³. La notification permettait ainsi aux Etats protecteurs de faire valoir leurs droits et revendications au regard du protectorat. En conséquence, l'adhésion – expresse ou tacite (par comportement concluant) – par les Etats tiers avait comme effet celui de reconnaître le protectorat et d'en assumer les conséquences juridiques, c'est-à-dire de n'avoir de rapports juridiques avec l'Etat protégé que par le truchement de l'Etat protecteur. Sous cet angle, nous sommes enclins à configurer cette relation juridique comme un traité créant des obligations pour *des* Etats tiers au sens de l'Article 35 de la CVDT 1969, c'est-à-dire moyennant un accord collatéral.

¹⁸⁰ *Oppenheim's International Law* (1992), § 82, p. 269.

¹⁸¹ Cette condition est nécessaire, comme l'atteste la pratique diplomatique constante, générale et uniforme. Voy., à titre d'exemple, la notification faite par l'Italie en exécution de la disposition litigieuse de l'Article 17 contenu dans le Traité d'Uccioli (Wuhale) du 2 mai 1889 (*Prassi italiana*, seconda serie, vol. II, §§ 1438-1440, pp. 152-157).

¹⁸² « L'étendue des pouvoirs d'un Etat protecteur dépend, d'une part, des traités de protectorat entre l'Etat protecteur et l'Etat protégé et, d'autre part, des *conditions dans lesquelles le protectorat a été reconnu par de tierces Puissances vis-à-vis desquelles on a l'intention de se prévaloir des dispositions de ces traités* », Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif du 7 février 1923 : *Recueil de la CPJI* B 4, p. 27.

¹⁸³ « La Puissance qui, dorénavant, prendra possession d'un territoire sur les côtes du Continent africain situé en dehors de ses possessions actuelles, ou qui, n'en ayant pas eu jusque-là, viendrait à en acquérir, et de même la Puissance qui y assumera un protectorat, accompagnera l'acte respectif d'une notification adressée aux autres Puissances signataires du présent Acte, afin de les mettre à même de faire valoir, s'il y a lieu, leurs réclamations ».

ii. Formes

Comme d'habitude, que ce soit en droit ou dans tout autre discipline scientifique, sous un concept et une dénomination uniques peuvent se cacher des formes différentes. La CPJI ne manqua pas de relever le caractère protéiforme et évolutif du protectorat international en ces termes :

« L'étendue des pouvoirs d'un Etat protecteur sur le territoire de l'Etat protégé dépend, d'une part, des traités de protectorat entre l'Etat protecteur et l'Etat protégé, et, d'autre part, des conditions dans lesquelles le protectorat a été reconnu par des tierces Puissances vis-à-vis desquelles on a l'intention de se prévaloir des dispositions de ces traités. Malgré les traits communs que présentent les protectorats de droit international, ils possèdent des caractères juridiques individuels résultant des conditions particulières de leur genèse et de leur degré de développement »¹⁸⁴.

Le protectorat peut être individuel et collectif, selon s'il est exercé par un ou par plusieurs Etats conjointement. Alors que les exemples de protectorat individuel sont bien plus nombreux¹⁸⁵, quelques exemples historiques de protectorat collectif méritent d'être signalés : a) celui de la Russie, Autriche et Prusse sur la République de Cracovie entre 1815-1846¹⁸⁶ ; b) de l'Angleterre, Allemagne et les Etats-Unis sur les Iles Samoa entre 1889 et 1899¹⁸⁷.

Dans un registre voisin, il faut distinguer le véritable protectorat international des « special treaty relations »¹⁸⁸, dans la pratique britannique, où l'Etat *protégé* jouissait d'un exercice de sa souveraineté sur la scène juridique internationale bien plus large que ses voisins des émirats du Golfe persique placés sous protectorat britannique : c'est le cas du sultanat d'Oman¹⁸⁹. En revanche, les « Etats protégés » que furent le Bahreïn et le Qatar vis-à-vis de la Grande-Bretagne, respectivement en 1861 et 1913, jouissaient d'une marge de manœuvre bien plus circonscrite sur la scène juridique internationale.

¹⁸⁴ CPJI, Décrets de nationalités promulgués en Tunisie et au Maroc, p. 27.

¹⁸⁵ Par exemple, le protectorat anglais sur les « Etats-Unis des Iles Ioniennes » entre 1815 et 1863 lorsqu'elles furent annexées à la Grèce. Cette situation sera également examinée sous un autre angle car elles furent « neutralisées » au moment de leur cession (réunion) au Royaume de Grèce (voy. *infra* III.I.H.ii)

¹⁸⁶ Voy. *infra* III.II.C (« Les villes et territoires internationaux »).

¹⁸⁷ Ce protectorat collectif fut institué par le Traité de Berlin du 14 juin 1889 (*NRG*, vol. 15, deuxième série, pp. 571-590) et fut éteint par la Convention tripartite du 2 décembre 1899 (*Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, Vol. 1, compiled by Charles I. Bevans for the State Department, Washington, 1968-1976, 276-290).

¹⁸⁸ Sur les différences entre les différents statuts qui ressortent de la pratique britannique dans la péninsule d'Arabie, voir : G.-R. Tadjbakhche, *La question des îles Bahreïn*, Paris, 1960, pp. 171-179.

¹⁸⁹ Après l'entrée en vigueur du traité établissant ces « special treaty relations » entre la Grande-Bretagne et le Sultanat d'Oman (1839), ce dernier put conclure notamment des traités d'amitié et de commerce avec la France, les Etats-Unis et les Pays-Bas. En outre, « [t]he status of Muscat as an independent sultanate was affirmed by The Hague Court of Arbitration in its decision in the Muscat Dhow Case in 1905. Britain itself has indicated that it does not put Muscat into the same category as the other Persian Gulf shaikhdoms by giving, for example, the Political Agent in Muscat the official title of consul », H. J. Liebesny, « International Relations of Arabia: The Dependent Areas », *The Middle East Journal*, vol. 1 (1947), p. 163.

Dans la même veine, la pratique internationale, surtout états-unienne, recense des situations provisoires, comme celles de *client States*, lesquels, au-delà d'un ectoplasme d'indépendance, ne satisfont cependant pas le test de Palmas consistant dans la plénitude et l'exclusivité dans l'exercice effectif des fonctions relatives à la puissance publique. Il s'agit bel et bien d'Etats, mais dont la souveraineté est exercée, aussi bien sur le plan international qu'interne, à des degrés variables, par les Etats-Unis d'Amérique. On peut citer pêle-mêle : Cuba (entre 1899 et 1902), situation successivement modifiée en vertu du traité de 1903 avec les USA¹⁹⁰ ; Saint Domingue, depuis 1907 (en vertu de la convention de la même année) jusqu'en 1924¹⁹¹. Dans tous ces cas, les USA avaient obtenu à ce que ces Etats ne concluent pas de traités avec des Etats tiers pouvant compromettre leurs (de ces Etats) indépendance ni ne contractent des dettes disproportionnées par rapport à leurs ressources.

Il faut enfin mentionner, afin de le *distinguer soigneusement* (du moins dans l'esprit de l'époque), le protectorat colonial, c'est-à-dire les cas de figure dans lesquels, les puissances occidentales conclurent des accords avec les chefs indigènes. Il n'était en effet pas rare que les Etats européens dans leur expansion coloniale¹⁹² préférèrent, au lieu de livrer une guerre contre une entité considérée comme *inférieure*, conclure un traité de protectorat (ou encore un traité de cession plus ou moins déguisé)¹⁹³. Ainsi les Etats obtinrent indirectement, parfois sans coup férir, les mêmes avantages qu'ils auraient retirés en menant une guerre coloniale, plus dispendieuse, aboutissant à la conquête¹⁹⁴. Dans d'autres cas encore, l'Etat en question n'était pas encore en mesure ou ne voulait pas procéder à l'occupation effective¹⁹⁵ des territoires gouvernés par les chefs indigènes et recourrait ainsi au « protectorat colonial »¹⁹⁶ qui requerrait aux fins de sa validité, la notification aux termes

¹⁹⁰ Voy. *supra* III.A.i, notes 16 et suiv.

¹⁹¹ Conformément à ce traité, le consentement des Etats-Unis était nécessaire « for the modification of the import duties of the Dominican Government », G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. 5, p. 360. Entre 1916 et 1924, l'administration états-unienne était renforcée par l'occupation de l'île elle-même.

¹⁹² D'où l'exigence de la notification prévue à l'article 34 de l'Acte général de la conférence de Berlin du 26 février 1885.

¹⁹³ Voy. *supra* I.II.D..

¹⁹⁴ « [A] l'époque de la Conférence de Berlin, les Puissances européennes signèrent des nombreux traités avec des chefs locaux. La Grande-Bretagne en conclut quelque trois cent cinquante avec les chefs locaux du delta du Niger », CIJ, *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigeria ; Guinée Equatoriale, intervenant)*, 2002, § 203, p. 404.

¹⁹⁵ Requis par l'article 35 de l'Acte général de la conférence de Berlin de 1885 (relativement au continent africain) et plus généralement par le droit international coutumier (Palmas, Clipperton, Groënland oriental).

¹⁹⁶ « Assurément, les traités de protection représentaient parfois une première étape vers la constitution d'un titre colonial à part entière, ou, comme on les a décrits « un levier juridique pour acquérir une ébauche de titre territorial [inchoate title] : un titre à même d'être parachevé plus ou moins à loisir » (D. J. Latham Brown, « The Ethiopia – Somaliland Frontier Dispute », *ICLQ*, vol. 5, pp. 254-255), mais jusqu'à ce qu'un tel résultat fût atteint et en l'absence de dispositions pouvant être interprétées comme conférant un titre, ils demeuraient un levier et rien de plus », CIJ, *Frontière terrestre et maritime*

de l'Article 34 de l'Acte général de la conférence de Berlin précité¹⁹⁷. La jurisprudence internationale a parfois considéré ces traités de protectorat colonial comme une relation de *suzeraineté*, de seigneur à vassal, donc excluant toute égalité entre les parties contractantes¹⁹⁸.

En vertu du protectorat colonial, l'Etat protecteur se voit ainsi investi du pouvoir non seulement de gérer les relations extérieures¹⁹⁹ de l'Etat protégé mais également de l'administrer sur le plan interne en vertu du droit d'ingérence : contrôler les finances, droit d'occuper militairement certains endroits stratégiques, droit d'instituer ces propres tribunaux chargés d'administrer la justice à l'égard de ses propre ressortissants (prérogative qui remonte historiquement aux Capitulations)²⁰⁰, *etc.*

Rentrent dans ce cas de figure : les protectorats français sur le Tonkin, sur l'Annam, sur la Tunisie, sur la zone attribuée du Maroc ; les protectorats britanniques sur l'Egypte (1914-1922)²⁰¹, sur le Sultanat de Zanzibar, sur les trois Etats de l'Ile du Bornéo, sur les Etats malais, sur le Sultanat de Johore, sur les Iles Tonga, sur les princes féodaux (maharajas) de l'Inde, sur le Népal, sur le Somaliland, sur Tonga ; le protectorat espagnol sur la zone attribuée du Maroc ; le protectorat de l'Inde sur le Sikkim ; le protectorat japonais sur la Corée (1905-1910)²⁰².

La CIJ a été confrontée à la question du protectorat colonial dans l'affaire Cameroun c. Nigéria, lors de laquelle elle a examiné le Traité du 10 septembre 1884 entre la Grande-Bretagne et les rois et chefs du Vieux-Calabar, dont le l'article II est rédigé en ces termes :

« [I]es rois et chefs du Vieux-Calabar s'engagent à s'abstenir de toute correspondance, de tout accord et de tout traité avec une quelconque nation ou puissance étrangère sans l'autorisation préalable du gouvernement de Sa Majesté britannique »²⁰³.

La Cour observe qu'il convient de distinguer entre les traités de protection coloniale par lesquels la souveraineté de l'Etat protégé est « conservée » (protectorat français sur le Maroc, la Tunisie et le Madagascar, respectivement

(Cameroun c. Nigéria ; Guinée Equatoriale intervenant), 2002, Op. individuelle du juge Al-Khasawneh, § 7 (p. 497).

¹⁹⁷ Voy. à titre d'exemple, la notification faite par l'Italie de l'établissement de son protectorat sur Zula (Erythrée) : *Prassi italiana*, seconda serie, vol. II, § 1550, p. 397.

¹⁹⁸ Affaire de l'Ile de Palmas, p. 858.

¹⁹⁹ Ce qui inclut, par exemple, le droit de protection diplomatique exercé par la Puissance protectrice au bénéfice des ressortissants de l'Etat protégé : Traité franco-marocain de Protectorat de 1912.

²⁰⁰ L'établissement d'une justice duale est une des marques caractéristiques du régime colonial (voy. *supra* II.II.A.i).

²⁰¹ Taba case (Egypt/Israel), §§ 64-69 (pp. 23-24).

²⁰² En vertu respectivement des articles I et II du Traité du 17 novembre 1905, le Japon était en charge des sujets et des intérêts de la Corée auprès des Etats tiers ainsi que de l'exécution (y compris donc la responsabilité en cas de violation) des traités en vigueur entre la Corée et les autres Puissances.

²⁰³ CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigeria ; Guinée Equatoriale, intervenant), 2002, § 203, p. 404.

en 1885, 1895 et 1912 pour la France) et ceux, notamment en Afrique subsaharienne, conclus « non pas avec des Etats, mais avec d'importants chefs indigènes exerçant un pouvoir local sur des parties identifiables de territoire »²⁰⁴. Aux fins de différencier ces deux catégories de situations, la Cour se réfère à bon escient à la sentence arbitrale dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, où Max Huber souligne que : « il n'y a pas là accords entre égaux »²⁰⁵. Dans la même veine, la Cour, citant son propre avis consultatif dans l'affaire du Sahara occidental, précise qu'il s'agit d'un mode d'acquisition dérivé²⁰⁶ et que « le choix d'un traité de protectorat par la Grande-Bretagne découlait de ses préférences quant à la façon de gouverner »²⁰⁷. La Cour en conclut donc que le traité entre la Grande-Bretagne et les chefs du Vieux-Calabar n'établissait pas un véritable protectorat international, mais simplement un protectorat colonial²⁰⁸.

Comment alors distinguer ce genre de traités (établissant un protectorat colonial) d'un traité établissant un véritable protectorat international ? La Cour, en s'appuyant sur son arrêt dans l'affaire Qatar/Bahreïn de 2001, « relève que l'une des caractéristiques d'un protectorat international réside dans des rencontres et discussions régulières entre la puissance protectrice et les dirigeants locaux du protectorat »²⁰⁹.

Ce qui n'est pas forcément le cas dans le cas de figure du protectorat colonial²¹⁰.

Dans le dessein de distinguer ces deux types de protectorat, d'aucuns ont soutenu que le protectorat colonial n'est rien d'autre qu'une occupation déguisée d'un territoire sans maître ; d'autres, non sans raison, ils ont vu dans ces traités la preuve d'une administration indirecte de ces territoires, et donc finalement l'effectivité de l'occupation par l'Etat « protecteur »²¹¹.

A moins de considérer ces entités d'organisation politique (sur base territoriale) comme des véritables Etats, dotés du *treaty-making power*, et en conséquence ces accords comme des véritables traités internationaux

²⁰⁴ *Ibid.*, § 205, p. 405.

²⁰⁵ Affaire de l'Ile de Palmas, p. 858.

²⁰⁶ CIJ, Sahara occidental, 1974, § 80, p. 39.

²⁰⁷ CIJ, Questions territoriales et délimitation maritime, 2001, § 206, p. 405.

²⁰⁸ *Oppenheim's International Law* (1992) § 81, p. 269. *Contra* op. dissidente du juge Koroma, CIJ, Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigeria ; Guinée Equatoriale, intervenant), 2002, §§ 12-17, pp. 478-482.

²⁰⁹ *ibid.*, § 207, p. 406.

²¹⁰ D'autres auteurs (R. Robbins (1939), p. p. 714) identifient les différences entre le protectorat traditionnel et le protectorat colonial dans le fait que ce dernier se caractérise par le fait que « government in the colonial protectorate had experienced little development beyond the tribal state at the time of the protection agreement ». Indirectement, on peut tout de même affirmer que l'absence de « rencontre et discussions régulières » est la preuve d'un degré inférieur de développement étatique de l'entité protégée comme Robbins le prétend.

²¹¹ Affaire de l'Ile de Palmas, pp. 858-859. De même W.E. Hall (1924), § 38a, p. 150.

véhiculant le *titulus*²¹², on peut *dans tous les cas* les considérer comme créant des droits subjectifs territoriaux. En d'autres termes, l'Etat protecteur obtient, une fois notifié et après avoir reçu l'adhésion par les Etats tiers, un *ius excludendi alios* conventionnel²¹³ sur ces territoires de sorte que ces derniers doivent s'abstenir de procéder à leur occupation effective sous peine d'engager leur responsabilité internationale (en raison de la violation de l'acceptation expresse ou tacite de la notification)²¹⁴ avec les conséquences usuelles de l'époque pouvant aller jusqu'aux représailles armées, voire à la guerre (avant 1928)²¹⁵.

iii. Quelques aspects spécifiques relatifs au protectorat

1. Nationalité

En principe, l'Etat protecteur n'accorde pas sa nationalité aux ressortissants de l'Etat protégé qui gardent la nationalité de ce dernier mais qui deviennent sur la scène juridique internationale en vertu du traité de protectorat, des « protégés »²¹⁶. La doctrine²¹⁷ ainsi que la jurisprudence nationale et internationale convergent en ce sens.

2. Responsabilité internationale

En raison de la présence de deux personnalités juridiques internationales distinctes – de l'Etat protecteur et de l'Etat protégé – il y a lieu d'envisager très sommairement deux cas de figure. Dans la première situation, si les deux Etats sont liés par la même obligation enfreinte²¹⁸, l'Etat protecteur verra sa propre responsabilité et celle de l'Etat protégé engagées, mais c'est lui qui représentera ce dernier sur la scène juridique internationale, en recevant ou introduisant par exemple la réclamation internationale. En revanche, si l'obligation enfreinte ne concerne que l'Etat protégé, c'est donc seulement lui qui est responsable – ou, alternativement, qui engage la responsabilité de l'Etat

²¹² M. Hebié (2015), pp. 515 et suiv.

²¹³ A cet égard, enfin, il n'est pas inutile de souligner les affinités de ce système avec celui des « sphères d'influence » dont il partage les mêmes soucis et raison d'être (voy. *supra* III.I.E.).

²¹⁴ *Mutatis mutandis*, il importe de souligner comme le fait Anzilotti dans son opinion dissidente dans l'affaire du Statut juridique du Groënland oriental (§ 8), que si un Etat (tiers) au mépris d'un engagement avec un autre Etat de ne pas procéder à l'occupation effective d'un territoire, réalise celle-ci, il viole l'engagement avec le premier Etat mais cette violation ne rend pas l'occupation « nulle et non avenue » comme le prétend la CPJI dans cette affaire. Bien sûr il y a des différences entre le cas de figure du Groënland et celui des notifications dans le contexte du protectorat colonial, mais pour les aspects qui nous concernent ici (*ius ad rem*, c'est-à-dire des droits d'exclusion de nature conventionnelle par voie de notification), les conclusions du grand maître italien gardent ici toute leur valeur.

²¹⁵ Voy. *supra* II.I.A.

²¹⁶ Affaire Pablo Najera (France) c. Mexique, p. 473.

²¹⁷ W. E. Hall (1924), p. 28.

²¹⁸ CPJI, Affaires de phosphates du Maroc, A/B 74, pp. 25-27 (où la CPJI faite à maintes reprises référence aux « obligations internationales de la France et du Maroc »).

tiers – même si l'Etat protecteur agit en sa représentation sur la scène internationale. Comme il a été adroitement observé par l'arbitre Max Huber :

« Les rapports entre le protecteur et le protégé sont donc à envisager comme une affaire intérieure entre ces deux Puissances ; vis-à-vis de l'étranger, les responsabilités du protecteur et du protégé, tout en étant juridiquement distinctes, se fondent en une seule, à la charge de la Puissance protectrice »²¹⁹.

Par exemple, en cas de violation du droit des étrangers, seules les juridictions internes de l'Etat protégé devront être sollicitées par les ayants-droits avant que l'Etat étranger (tiers) ne prenne fait et cause pour ses ressortissants lésés²²⁰.

3. Succession aux traités dans le cas de figure du protectorat

En vertu de la règle coutumière désormais codifiée à l'article 29 CVDT 1969, les traités conclus par l'Etat protecteur qui ne se rapportent pas à l'Etat protégé²²¹, ne lient pas ce dernier, « *unless it expressly stipulated in its capacity of protecting power* »²²². Cette précision faite, deux cas de figure peuvent être envisagés, selon si le traité a été conclu par l'Etat protégé ou par l'Etat protecteur. Dans le premier cas, si le traité a été conclu avant que l'Etat protégé ne soit placé sous le régime du protectorat, alors il reste applicable et l'Etat protecteur en assure le respect sur la scène juridique internationale au bénéfice de l'Etat protégé. A la fin du protectorat (voy. *infra* III.I.G.iii.7), le traité continuera bien évidemment de lier l'Etat protégé avec capacité juridique pleine et entière. Il en va de même si le traité a été conclu par l'Etat protecteur *pour le compte et en représentation* de l'Etat protégé. En revanche, concernant les traités conclus par l'Etat protecteur, il y a lieu de remarquer que la CVSE 1978 ne règle pas directement la question²²³, mais si l'on se réfère à son article 16, qui consacre le principe de la table rase pour les Etats nouvellement indépendants, alors il n'y aura pas de succession de l'Etat protégé aux traités conclus par l'Etat protecteur²²⁴. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas du protectorat colonial dont le caractère témoigne de manière irréfutable

²¹⁹ Biens britanniques au Maroc espagnol, p. 648. L'arbitre ajoute aussitôt : « La responsabilité du protecteur – responsabilité dont l'étendue coïncide strictement avec celle qui résulte des règles générales régissant cette matière – découle ... du fait que seul le protecteur représente le territoire protégé dans ses rapports internationaux » (p. 649). De même CPJI, Affaire des Phosphates du Maroc (Italie c. France), arrêt du 14 juin 1938 : *Recueil de la CPJI* A/B 74, p. 20.

²²⁰ Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol, pp. 634-636.

²²¹ En général, les traités d'extradition, à moins d'une stipulation contraire, ne s'appliquaient pas au territoire de l'Etat protégé, G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 4, p. 10.

²²² W. E. Hall, (1924), p. 29. Voy. la pratique des Etats-Unis vis-à-vis de Puerto-Rico avant que celui-ci ne devienne « Etat associé » (G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5, p. 173) ainsi que la pratique de la Grande-Bretagne relativement à la Fédération des Etats Malais, *ibid*, pp. 406-407.

²²³ B. Sá Traoré, « Les régimes d'administration internationale de territoire et la succession en matière de traités », *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques* [ci-après : *Commentaire CVSE 1978*], Vol. 2, Bruxelles, 2016, pp. 1703-1754. Dans l'affaire de la délimitation maritime et questions territoriales (Qatar c. Bahreïn), la Cour internationale de Justice n'aborda pas cette question pourtant soulevée par le Qatar (CIJ, 2001, § 105, p. 73).

²²⁴ E. Henry, « Article 16. Position à l'égard des traités de l'Etat prédécesseur », *Commentaire CVSE 1978*, Vol. 1, pp. 561-612.

qu'il s'agit d'Etats nouvellement indépendants, donc d'un territoire non-autonome au moment de la conclusion du traité par l'Etat colonial²²⁵.

4. Délimitation des frontières de l'Etat protégé par l'Etat protecteur

Etant donné que l'Etat protecteur représente l'Etat protégé sur la scène internationale et que la délimitation des frontières relations internationales relève de la compétence exclusive conjointe des Etats concernés, il convient de se demander si l'Etat protecteur peut, et si oui à quelles conditions, exercer ce pouvoir. Or, si on a l'esprit les contours conceptuels et les finalités du protectorat international, il n'est pas surprenant de constater que, à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité, le consentement de l'Etat protégé est nécessaire pour que l'Etat protecteur puisse procéder à la délimitation des frontières ou à un arbitrage en ce sens²²⁶. C'est ainsi que s'exprima par ailleurs la Cour internationale de Justice dans l'affaire Qatar / Bahreïn de 2001 :

« La compétence du Gouvernement britannique pour prendre la décision concernant les îles Hawar découlait de ce double [c'est-à-dire des deux Etats « protégés »] consentement [...] Dès lors la décision de 1939 doit être regardée comme une décision qui était dès l'origine obligatoire pour les deux Etats et a continué de l'être pour ces mêmes Etats après 1971, année au cours de laquelle ils ont cessé d'être des Etats protégés par la Grande-Bretagne »²²⁷.

5. Cession du territoire de l'Etat protégé

Par analogie avec la sous-section précédente, et je dirais *a fortiori*, le pouvoir de l'Etat protecteur consistant à céder une partie du territoire de l'Etat protégé, voire à en acquérir pour son compte, doit découler du traité de protectorat. En cas de silence, c'est-à-dire la plupart du temps, il est difficile de soutenir un pouvoir – implicite dans le régime (commun) du protectorat – de l'Etat protecteur de *disposer (ius disponendi)* de parties (voire de la totalité) du territoire de l'Etat protégé sans le consentement de l'Etat protégé.

6. Belligérance

La réponse à cette question doit être recherchée dans l'intention des belligérants et dans l'effectivité des activités militaires : si le territoire de l'Etat

²²⁵ Font exception au principe de la table rase, les traités établissant des frontières (Article 11 CVSE 1978) et ceux créant des régimes territoriaux (Article 12 CVSE 1978), voy. *supra* III.I.B et III.I.C.

²²⁶ CIJ, Temple de Préah Vihéar, 1962, p. 16 ; de même CIJ, Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), arrêt du 11 novembre 2013 : *Recueil de la CIJ* 2013, § 15 (p. 291).

²²⁷ CIJ, Délimitation maritime et questions territoriales, 2001, § 137, 139 (p. 83) ainsi que pour la frontière maritime et insulaire (§§ 239-240, pp. 113-114). Sur la nature juridique de cette décision, voy. G. Distefano, « L'arrêt de la CIJ du 16 mars 2001 dans l'affaire de la délimitation entre Qatar et Bahreïn », *RBDI*, 2001/2, pp. 376-383. Voy. aussi la décision arbitrale dans l'affaire de la délimitation entre Dubaï et Sharjah (p. 577), là où il fut question également de discerner la nature et les effets juridiques de certaines décisions prises par l'Etat protecteur (toujours la Grande-Bretagne) vis-à-vis de ces Etats protégés de la Côte des Pirates (les futurs Emirats arabes unis).

protégé n'est pas occupé par l'ennemi, il n'est pas belligérant et les règles de la neutralité lui s'appliquent. Les cas de San Marino et d'Andorre pendant la Deuxième Guerre Mondiale reflètent l'état du droit international général.

7. Extinction du protectorat

Le protectorat étant un régime/situation conventionnelle, il prend fin par commun accord, en conformité avec le droit des traités, et se traduit par le recouvrement de l'exercice des fonctions relatives à la puissance publique (Koweït, Tunisie, Maroc, Maldives, Brunei, *etc.*) :

« En 1971, Qatar et Bahreïn cessèrent d'être des Etats protégés par la Grande-Bretagne, à la suite d'un échange de notes entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Bahreïn, en date du 15 août 1971, et d'un échange de notes entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Qatar, en date du 3 septembre 1971. Le 21 septembre 1971, Qatar et Bahreïn furent tous deux admis à l'Organisation des Nations Unies »²²⁸.

H. Les territoires neutralisés ou démilitarisés

D'entrée de jeu, force est de distinguer entre neutralisation et démilitarisation, termes souvent et à tort amalgamés, mais qui sous-tendent des concepts fort différents.

La démilitarisation est une situation opposable à tous les Etats ou à un Etat ou groupe d'Etats défini, par laquelle l'Etat dont le territoire est démilitarisé s'engage à ne pas y stationner, y déplacer ses forces armées et/ou à y ériger des fortifications ou autres installations militaires. La démilitarisation représente donc une restriction, une charge à l'exercice par l'Etat concerné de ses puissances régaliennes et, corrélativement, un avantage au bénéfice, selon les cas, de tous les Etats ou d'un seul Etat ou groupe défini d'Etats.

L'effet de la neutralisation est, en revanche, de rendre « inviolable » le territoire concerné ; en conséquence, traverser ce dernier ou y stationner des forces armées pendant un conflit armé constitue une violation de ce régime. Comme ce fut le cas précisément de la Belgique et du Luxembourg par le Reich Allemand en 1914 lors de la première guerre mondiale²²⁹. La neutralisation représente partant un avantage au bénéfice de l'Etat dont le territoire est neutralisé *et* une charge pour les autres Etats qui sont donc dans l'obligation de la respecter.

Il n'est dès lors pas étonnant que, dans l'omniprésente affaire des Îles d'Åland, la Commission des juristes prit soin de distinguer la démilitarisation, qui avait été établie pour ledit archipel, et la neutralisation dont elle cita l'exemple des Iles Ioniennes, qui sera étudié plus loin²³⁰.

²²⁸ CIJ, Délimitation maritime et questions territoriales (Qatar c. Bahreïn), 2001, § 65, p. 62.

²²⁹ Voy. aussi *supra* note 61.

²³⁰ Commission internationale des juristes, décision du 5 septembre 1920, p. 16.

i. Démilitarisation de territoires

Il convient tout d'abord de distinguer entre deux cas de figure : la démilitarisation au bénéfice de tous les Etats (ou d'un groupe indéterminé d'Etats) et celle au bénéfice d'un seul Etat ou d'un groupe défini et limité d'entre eux. Cette différenciation doit être lue en filigrane de la notion de régime territorial et de la succession d'Etats en matière de traités internationaux les établissant. C'est justement l'article 12 CVSE 1978, dont nous avons discuté plus haut, qui codifie ce binôme et s'y appuie afin de régler en aval la question de la succession. Nous allons donc examiner, à l'aide d'exemples concrets, d'abord le cas de figure de la démilitarisation *erga omnes* (envisagé par l'article 12 § 2) a) CVSE 1978) et ensuite celui de la démilitarisation restreinte au point de vue du nombre de bénéficiaires (envisagé par l'article 12 § 1) a) CVSE 1978).

1. La démilitarisation *erga omnes*

Par souci de brièveté et de cohérence, nous aimerions examiner ce type de démilitarisation dont les avantages bénéficient à l'ensemble des Etats, en prenant comme exemple concret celui de l'archipel des îles d'Åland, dont nous avons déjà parlé plus haut sous l'angle des régimes territoriaux objectifs (*infra* III.I.C).

Le Traité de Paris de 1856 clôt l'un des innombrables épisodes de la Question d'Orient, constante et paradigme des relations internationales euro-méditerranéennes des siècles durant. L'un des paramètres de cette Question est la quête russe des mers chaudes (Baltique mais surtout et en premier lieu la Méditerranée). Le conflit Russo-ottoman, qui voit trois puissances (l'Angleterre, la France et la Sardaigne) et demi (l'Autriche qui y participe diplomatiquement)²³¹ chrétiennes s'allier avec la Sublime Porte contre la Troisième Rome surgit précisément de la volonté de Saint-Petersbourg d'accroître sa présence en la mer Noire et surtout d'obtenir de Constantinople un passage libre pour ses navires de guerre dans les Détroits du Bosphore et des Dardanelles.

Cette tentative ne sera pas couronnée de succès et la Russie, défaite dans la Guerre de Crimée (1853-1856), se verra verrouiller non seulement la mer Noire (Sud) mais également entraver le passage dans la Baltique (Nord) précisément par les dispositions du Traité de Paris de 1856 qui lui imposeront la démilitarisation des îles d'Åland. Ce parallélisme géographique se reflète dans le régime juridique finalement ordonné par ce traité²³² destiné à jeter les bases du « droit public de l'Europe »²³³.

²³¹ La Prusse garda une neutralité bienveillante à l'égard de l'ours russe.

²³² Préambule de la Convention (de démilitarisation des îles d'Åland) du 30 mars 1856 : « Les hautes parties contractantes voulant étendre à la mer Baltique l'accord si heureusement rétabli entre elles en Orient et consolider par-là les bienfaits de la paix ont résolu ... » (cité dans la Décision, p. 17).

²³³ Article 15 du « Traité général de paix et d'amitié », conclu le 30 mars 1856 à Paris ; la formule a été reprise par la Commission des juristes dans sa Décision du 5 septembre 1920, § 2, p. 17.

L'article 1^{er} de la Convention du 30 mars 1856, conclue entre la France et la Grande-Bretagne, d'une part, et la Russie d'autre part a la teneur suivante :

« Sa Majesté l'Empereur de toutes les Russies, pour répondre au désir qui lui a été exprimé par leurs Majestés la Reine du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et l'Empereur des Français, déclare que les Iles d'Åland ne seront pas fortifiées et qu'il n'y sera maintenu ni créé aucun établissement militaire ou naval »²³⁴.

L'importance et le caractère européen, c'est-à-dire finalement universel²³⁵, de la démilitarisation ressort on ne peut plus clairement de ce passage extrait de la Décision du 5 septembre 1920 rendue par la Commission des juristes :

« C'est d'ailleurs parce qu'il s'agissait d'un intérêt européen que le Congrès a déclaré dans l'article 33 du Traité de Paix que la Convention sur la démilitarisation des Iles d'Åland « est et demeure annexée au présent Traité et aura même force et valeur que si elle en faisait partie. » Par cet article 33 et malgré la demande contraire de la Russie, on faisait intervenir des Puissances qui « n'avaient pas pris part aux faits de guerre dont la Baltique avait été le théâtre. » On a donc voulu créer par la Convention sur la démilitarisation d'Åland du « droit public européen, » comme on en a créé par d'autres stipulations du Traité de 1856. Lord Clarendon, à son retour du Congrès de la Paix, a fait une déclaration expresse à ce sujet à la Chambre des Lords »²³⁶.

2. La démilitarisation restreinte *ratione personarum*

Dans cette sous-section il est question d'une démilitarisation qui affecte un territoire donné au bénéfice d'un Etat particulier ou d'un groupe défini d'Etats. Contrairement à la situation précédemment examinée, ici l'intérêt de la démilitarisation territoriale n'est pas universel, mais plutôt bilatéral, voire plurilatéral. Cette différenciation au niveau de la titularité du droit ou de l'intérêt au respect et au maintien de la démilitarisation peut à nouveau être analysée à l'aune de la notion de droits territoriaux auxquels fait référence l'article 12 § 1 CVSE 1978. Cette disposition, comme nous l'avons déjà souligné (III.I.B) fait le clin d'œil à la notion de servitude qui présuppose un rapport de dominance entre deux territoires ou (fonds). Bref, la restriction à l'exercice par un Etat de l'une de ses puissances régaliennes (militarisation) concernant une partie de son territoire sert l'intérêt d'un Etat (ou groupe d'Etats) particulier(s) et s'explique par cette distinction entre fonds dominant (Etat bénéficiaire) et fonds servant (Etat à la charge duquel est créée la

²³⁴ Cette Convention fut annexée au Traité général de Paix et d'amitié entre l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, la Prusse, la Russie, la Sardaigne et la Porte Ottomane, signé à Paris le 30 mars 1856. L'article 33 de ce Traité, dont les ratifications furent échangées à Paris, dispose expressément que « La Convention conclue en ce jour entre leurs Majestés l'Empereur des Français, la Reine du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, d'une part, et sa Majesté l'Empereur de toutes les Russies, d'autre part, relativement aux Iles d'Åland est et demeure annexée au présent Traité et aura même force et valeur que si elle en faisait partie » (Décision du 5 septembre 1920, p. 15).

²³⁵ La Commission internationale des juristes parle à juste titre d'« intérêt international permanent » exigeant le démantèlement des fortifications et l'obligation de ne plus en ériger (Décision du 5 septembre 1920, p. 17).

²³⁶ *Loc.cit.*

servitude). Si une telle séparation venait à disparaître, alors la servitude viendrait à manquer sa raison d'être et suivrait le même sort.

Ici réside donc la différenciation entre la démilitarisation, par le biais de la servitude, dont il est ici question et la démilitarisation *erga omnes* (ou universelle). La Commission des juristes, dans l'affaire précitée des Iles d'Åland décortiqua cette différence en les termes suivants :

« Si on envisage l'hypothèse où la Suède entrerait elle-même en possession des Iles d'Åland, elle resterait liée par les stipulations de 1856, exactement pour les mêmes raisons qui lui permettent en ce moment d'invoquer ces stipulations. Bien que la Suède ait été la Puissance la plus directement intéressée à la défense de fortifier les Iles d'Åland au moment où cette défense fut établie, il serait inadmissible de considérer cette défense comme pouvant perdre sa raison d'être par l'application par analogie de la règle de l'extinction des servitudes réelles par suite de la confusion des fonds dominant et servant. Dans l'hypothèse envisagée, la Finlande acquerrait un intérêt à la démilitarisation des Iles tout aussi grand que celui dont peut, à l'heure actuelle, se prévaloir la Suède. La raison supérieure qui se trouve à la base des stipulations de 1856 est en effet le désir d'empêcher qu'une influence trop grande puisse être acquise par la Puissance possédant le point stratégique si important de l'archipel d'Åland. Cette raison garde tout son poids, quels que soient les changements territoriaux qui puissent avoir lieu »²³⁷.

Afin d'illustrer la démilitarisation restreinte *ratione personarum*, nous avons choisi un autre exemple : la péninsule du Sinaï. Comme les antécédents historiques de cette question le montrent bien (les trois guerres israélo-arabes en sus des opérations militaires franco-britanniques-israéliennes dans le Canal de Suez), la démilitarisation de cette région soumise à la souveraineté égyptienne a été introduite au bénéfice d'Israël qui l'avait occupée en 1967 à l'issue de la Guerre des Six Jours. Or, conformément au Traité de Paix du 26 mars 1979 signé à Washington, le retrait du Sinaï des forces armées israéliennes et la mise en place initiale des zones furent placés sous la surveillance aérienne des Etats-Unis, conformément à l'article VII de l'Appendice à l'Annexe I (« Protocol concerning Israeli Withdrawal and Security Arrangements »)²³⁸. Le territoire fut divisé, à la suite de ce retrait échelonné dans le temps²³⁹, en trois zones, spécifiées toujours par l'Annexe I (A, B, C)²⁴⁰.

Par l'article VI de l'Annexe I au Traité de Paix, les deux Parties confièrent un rôle spécial aux Forces de Nations Unies (la FUNU II, chargée des opérations de maintien de la paix) dans la surveillance du respect de ces « arrangements ».

²³⁷ *Ibid.*, p. 19.

²³⁸ « Both Parties request the United States to continue airborne surveillance flights in accordance with previous agreements until the completion of final Israeli withdrawal ».

²³⁹ La mise en œuvre de cette annexe fut placée sous la surveillance des forces de NU ; à cet effet, les deux Parties s'accordèrent pour le redéploiement de la FUNU II (Article III de l'appendice à l'Annexe I), « up to the time of completion of final Israeli withdrawal ».

²⁴⁰ Les articles 2 à 7 de l'Annexe I détaillent les Zones et établissent le « Security Arrangements », pierre angulaire du Traité de Paix de 1979.

Le retrait des forces militaires (et des civils) israéliennes marque donc la fin de l'occupation militaire du Sinaï par cet Etat et l'Egypte peut donc à nouveau exercer²⁴¹ sa souveraineté sur ce territoire²⁴². Par le Traité de paix, l'Egypte s'était cependant engagée *vis-à-vis* d'Israël à respecter certaines obligations relatives à la démilitarisation de la péninsule du Sinaï. Ici réside la condition de réciprocité consacrée par ce traité : la fin de l'occupation de guerre israélienne *contra* la démilitarisation du Sinaï. L'article II § 1 de l'Annexe I au Traité de paix énonce très clairement le « concept du retrait » israélien de cette région :

« *In order to provide maximum security for both Parties after the final withdrawal, the lines and the Zones delineated on Map I are established and organized as follows...* [suit la description détaillée des Zones et de leurs caractéristiques en termes d'effectifs et capacités militaires égyptiennes] »²⁴³.

Cette annexe établit une démilitarisation à géométrie variable, décrivant un mouvement d'ouest en est, avec une présence militaire égyptienne décroissante aussi bien en quantité d'effectifs que de capacités (équipements) militaires au fur et à mesure que l'on s'approche de la frontière avec Israël. Quatre Zones, dont trois (A-C) en territoire égyptien et une (D) en territoire israélien, sont établies ; de la plus lointaine de la frontière israélo-arabe (A) à la plus proche (C)²⁴⁴, l'Egypte ne peut maintenir que des forces militaires de plus en plus réduites jusqu'en C où « [o]nly United Nations [lisez : FMO] forces and Egyptian civil police »²⁴⁵ sont présentes. En d'autres termes, l'interdiction du maintien des forces militaires égyptiennes près de la frontière s'accompagne avec la présence de la force multinationale. Inversement, en Zone D, c'est-à-dire en territoire israélien, « *there will be an Israeli limited force of four infantry battalions, their military installations, and field fortifications, and United Nations [lisez : FMO] observers* »²⁴⁶.

²⁴¹ « Egypt will resume the exercise of its full sovereignty over evacuated parts of the Sinai upon Israeli withdrawal as provided for in article I of this Treaty », Article VIII de l'Appendice à l'Annexe I du Traité de Paix de 1979).

²⁴² Il convient de rappeler que la souveraineté égyptienne sur la péninsule du Sinaï n'a jamais été affectée par l'occupation militaire israélienne, mais simplement elle était suspendue dans son exercice du fait de cette dernière (voy. *supra* II.I.A.).

²⁴³ Les italiques sont de nous.

²⁴⁴ Il convient de préciser que les Iles Tiran et Safir (voy. *supra* note 54), situées à l'entrée du Golfe d'Aqaba et sous souveraineté égyptienne au moment de la conclusion du traité de paix de 1979, étaient placées par ce dernier dans la Zone C. Or, le 8 avril 2016, l'Egypte les céda par traité à l'Arabie Saoudite (« Maritime Boundary Limitation Agreement »). La validité de ce traité, au regard de l'article 46 de la CVDT 1969 a été finalement constatée par la Cour Constitutionnelle (le 3 mars 2018), qui cassa une décision du Tribunal Administratif Suprême, du 16 janvier 2017, portant invalidité du traité en raison de la violation de l'article 151 de la Constitution égyptienne de 2014 (« Egypt court upholds Tiran, Sanafir transfer to Saudi Arabia », *Al Jazeera*, 3 mars 2018, <https://www.aljazeera.com/news/2018/3/3/egypt-court-upholds-tiran-sanafir-transfer-to-saudi-arabia>). Or, la démilitarisation de ces îles et la présence d'une force d'observation ayant été constituée au bénéfice d'Israël (à la différence d'un régime territorial objectif), le nouveau souverain de ces îles n'étant pas partie aux susdites stipulations du Traité de Paix de 1979, l'Arabie Saoudite ne saurait être liée par elles.

²⁴⁵ Article II (1) c) de l'Annexe I au Traité de paix de 1979.

²⁴⁶ Article II (1) d) de l'Annexe I au Traité de paix de 1979.

Le contrôle du respect de ces obligations de démilitarisation aurait dû être originellement confié à une force internationale créée par le Conseil de sécurité, mais le 18 mai 1981, son Président déclara qu'une telle mission n'avait pas pu être décidée du fait du veto de l'URSS. En lieu et place de cette force internationale, les parties intéressées (Égypte, Israël et États-Unis) conclurent le 3 août 1981 un Protocole au Traité de Paix de 1979 visant l'établissement d'une force multinationale de paix, la FMO (Force Multinationale d'Observateurs au Sinaï), entrée en activité le 25 avril 1982 (www.mfo.org). Ne relevant donc pas de l'ONU, cette organisation internationale de sécurité est financée par ces trois États alors que les contingents, dispersés dans 35 tours et postes de contrôle²⁴⁷ et d'observation le long d'une bande étroite sur le versant oriental du territoire sinaïtique, sont fournis sur base volontaire par une douzaine de pays.

ii. Neutralisation d'États ou d'une partie de leurs territoires

La neutralisation – qui est régie également par le droit des conflits armés²⁴⁸ – doit être entendue, comme souligné plus haut, dans son acception passive c'est-à-dire d'une situation territoriale dont le respect peut être exigé de tout État de la Communauté internationale. Ce régime territorial, opposable (la plupart du temps) *erga omnes*, consiste dans l'*immunisation* d'État – ou d'une partie de son territoire – des effets d'un conflit armé. En d'autres termes, l'État ou une partie de son territoire sont inviolables et protégés contre tout acte d'hostilité de la part des parties belligérantes. C'est ainsi donc que l'État neutralisé ou l'État dont une partie du territoire est neutralisé est le bénéficiaire d'un avantage garanti par une obligation corrélative à la charge de tout autre État.

La pratique internationale recense des États neutralisés, tels que, avant la Première Guerre mondiale, la Suisse, la Belgique et le Luxembourg²⁴⁹. Le statut de neutralité de la première, établi par les Actes du Congrès de Vienne de 1815, est un vrai succès dans la mesure où il a été respecté lors deux conflits mondiaux du XX^{ème} siècle²⁵⁰ ; la Suisse elle-même a fait de sa neutralité le pilier de sa politique étrangère à tel point qu'elle en fit la condition expresse de sa participation à la Société des Nations, dont elle accueillait par ailleurs le siège à Genève²⁵¹.

²⁴⁷ Il y a également lieu de mentionner au passage la mise en place d'un moyen innovant de « confidence building » qu'est le système d'un « agent de liaison » entre les Parties prévu à l'Article VII de l'Annexe qui complète l'« early warning system » instauré, en Zones A et D, par l'Article V.

²⁴⁸ Voy. par exemple l'Article I de la V^e Convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre.

²⁴⁹ On peut également mentionner la neutralisation : de l'« État indépendant du Congo » – sous la souveraineté du Roi des Belges (Léopold II) – entre 1885 et 1908, en vertu de l'article 10 de l'Acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1885 ; du Honduras, conformément à l'article III du Traité de Washington du 20 décembre 1907, conclu entre tous les États mésoaméricains.

²⁵⁰ Pour la Belgique, voir G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. VII, pp. 354-355.

²⁵¹ En 2002, lorsque finalement la Suisse devint membre de l'ONU, cette condition ne fut pas réitérée. L'expérience, quoiqu'à certains égards différente, de l'Autriche, elle aussi neutralisée à l'issue de la

Le sort des deux autres Etats fut moins heureux. En effet, la Belgique, dont la neutralisation avait été établie dès (et comme condition) de sa création (Article 7 du traité de Londres du 15 novembre 1831)²⁵², et le Luxembourg (Article II du traité de Londres du 11 mai 1867) furent tous deux envahis par le Reich allemand lors de la Première guerre mondiale. Alors que la neutralité de la Belgique fut abrogée par le Traité de Versailles de 1919 (Article 31)²⁵³, celle du Luxembourg fut d'abord tacitement abrogée par ce dernier pour être finalement reconnue par les Etats parties contractantes au Traité de 1867²⁵⁴. Il reste encore à signaler, quelques années plus tard, la neutralisation de l'Etat du Vatican, par le biais de l'article 24 des Accords du Latran (11 février 1929).

Les exemples de neutralisation partielle, c'est-à-dire de parties définies de territoire d'Etats, sont en revanche bien plus nombreux. Qu'il suffise ici de mentionner la neutralisation : des territoires du Chablais et du Faucigny (en France) décidées au Congrès de Vienne de 1815, et finalement abrogées par l'article 435 du Traité de Versailles de 1919 ; des îles de Corfou et de Paxos (à partir du Traité du 14 novembre 1863 jusqu'en 1920), dont on parlera plus loin ; de la précitée Zone Internationale de Tanger (en vertu de l'article 3 de la convention du 18 décembre 1923)²⁵⁵. D'autres solutions originales comme la création de zones-tampon, telle la neutralisation de la rive gauche du Rhin, en territoire français, doivent être mentionnées à cet égard (articles 42-43 du Traité de Versailles).

D'autres exemples de neutralisation concernent ou ont concerné les grandes voies de communication internationale, comme les canaux (Suez²⁵⁶,

Seconde Guerre mondiale mais rapidement membre de l'ONU, avait rendu superfétatoire une telle mention. En d'autres termes, la neutralité, même permanente, et la participation à l'ONU ne sont pas considérés, à juste titre, comme incompatibles.

²⁵² Prévue par le Protocol du 20 janvier 1831, elle fut subséquemment garantie par les Grandes Puissances et reconnue par les Pays-Bas (ancien souverain), par le Traité de Londres du 19 avril 1839. Voy. E. Descamps, *La neutralité de la Belgique*, Bruxelles, 1902.

²⁵³ Même si ce traité n'exprimait que le consentement de l'Allemagne à l'abrogation des clauses de neutralité de la Belgique, d'autres accords internationaux vinrent s'y ajouter pour parfaire l'extinction de ce régime : voir op. individuelle du juge Negulesco jointe à l'arrêt de la CPJI dans l'affaire relative aux Zones Franches, A/22, pp. 31-32.

²⁵⁴ Il est intéressant d'observer que le Luxembourg fut finalement admis à la Société des Nations, à la suite d'une première tentative infructueuse, seulement après avoir supprimé la réserve relative à sa neutralisation qui assortissait sa demande d'admission. Voy. à cet égard A. Wehrer, « Le statut international du Luxembourg et la Société des Nations », *RGDIP*, vol. 31 (1924), pp. 169-202.

²⁵⁵ Voy. *infra* III.II.C.ii. La neutralité suivit naturellement le même sort du statut international de la Zone et fut abrogée avec l'extinction de cette dernière.

²⁵⁶ Articles I et IV de la Convention de Constantinople du 29 octobre 1888.

Panama²⁵⁷, Kiel²⁵⁸), les détroits (Bosphore et les Dardanelles²⁵⁹, le détroit de Magellan²⁶⁰), voire les phares (celui du Cap Spartel)²⁶¹.

A titre d'illustration, nous aimerions examiner de plus près le cas de figure la neutralisation des Îles Ioniennes²⁶² étant donné qu'il présente des aspects qui ont été examinés dans le cadre d'autres sections de cet ouvrage.

Ces îles, « neutralisées par les Traités du 14 novembre 1863 et 29 mars 1864 »²⁶³, avait été auparavant placées sous protectorat britannique par traité du 5 novembre 1815 (entre la Grande-Bretagne, l'Autriche, la Prusse et la Russie)²⁶⁴ et prirent la dénomination de « République des Îles Ioniennes ».

Leur neutralisation précède, et en est sans surprise la condition de, leur cession à la Grèce qui les annexa le 2 juin 1864. En effet, l'Article II du Traité du 14 novembre 1863, dont les Parties sont le même que celui établissant le protectorat britannique en 1815²⁶⁵, prévoit que :

« *The Ionian Island, after their Union to Greece, shall enjoy the advantages of a perpetual Neutrality; consequently no armed force, either naval or military, shall at any time be assembled or stationed upon the territory or in the waters of those Islands, beyond the number that may be strictly necessary for the maintenance of public order, and to secure the collection of the public revenue* »²⁶⁶.

Le Traité du 29 mars 1864, destiné à exécuter le précédent accord²⁶⁷, se limite à préciser, en son Article II, que « *the Islands of Corfu and Paxo ... shall, after their Union to Hellenic Kingdom of Greece, enjoy the advantages of perpetual neutrality* »²⁶⁸.

Il convient de relever au passage que la réaffirmation par les Parties intéressées de la *transmission* de ce régime territoriale de neutralisation à la Grèce signifie

²⁵⁷ Voy. R. Perruchoud, *Le régime de neutralité du Canal de Panama*, Genève-Paris, 1983.

²⁵⁸ Article 380 du Traité de Versailles ; voir aussi CPJI, Vapeur Wimbledon, A/1, pp. 23-24.

²⁵⁹ Sections I et II de la Convention de Montreux du 20 juillet 1936 (récemment revenue d'actualité à la suite de sa fermeture aux bâtiments militaires russes, conformément à son article 19 § 1, par la Turquie à l'occasion du conflit en Ukraine), *Chronique de politique étrangère*, vol. 19 (novembre 1966), pp. 706-713.

²⁶⁰ Article 5 du Traité de frontière (entre l'Argentine et le Chili) du 23 juillet 1881 (*AJIL*, vol. 3 (supplément), 1909, pp. 121-122) subséquemment confirmé par l'article 10 du Traité de paix et amitié de 1984 (24 *ILM* 1985, pp. 11-16).

²⁶¹ Convention du 31 mars 1865.

²⁶² Ce groupe de sept îles, qui avaient fait partie de la République Sérénissime jusqu'au Traité de Campoformio de 1797 entre l'Autriche et la France scellant la fin de l'indépendance de Venise, avait été tour à tour annexé par les Français, occupé par les forces russo-ottomanes, placé sous protectorat *de facto* russe, rétrocédé à la France pour finalement être placé sous protectorat britannique en 1815.

²⁶³ Affaire des Îles d'Åland, p. 16.

²⁶⁴ Sir Edward Hertslet, *The Map of Europe by Treaty*, vol. II, Londres, 1875, N° 39 : en vertu des Articles I & II, les Îles ioniennes « shall form a single, Free and Independent State, under the denomination of the United States of the Ionian Islands » et placé « under the immediate Protection » de la Grande Bretagne qui y était représentée par un « Lord High Commissioner » (Article III).

²⁶⁵ Ce sont les Puissances garantes du Royaume de Grèce.

²⁶⁶ Sir Edward Hertslet (1875), p. 1571 (n° 355). L'article III disposait la démolition des fortifications existantes par la Grande-Bretagne avant et comme condition de la cession.

²⁶⁷ On ne peut s'empêcher de noter la disparition de la Prusse parmi les parties contractantes

²⁶⁸ Sir Edward Hertslet (1875), p. 1597 (n° 357).

vraisemblablement que la règle coutumière – désormais codifiée à l'article 12 CVSE 1978 – n'avait probablement pas encore émergé²⁶⁹. En ce sens s'explique la présence de la Grèce parmi les parties contractantes qui exprime par cette voie son consentement au maintien de la neutralisation de ces Îles qu'elle acquiert par cession. En d'autres termes, l'obligation du maintien de la neutralisation se fait par acceptation expresse, du nouveau souverain (la Grèce), dans le traité de cession de ces Îles par la Grande-Bretagne et non par le truchement de la succession d'Etats aux traités dans le cas de régimes territoriaux. Si, en revanche, la règle codifiée à l'article 12 CVSE 1978 avait existé à l'époque, l'Article II du Traité de 1863, prévoyant la neutralisation des Îles et auquel la Grèce n'était pas partie, aurait suffi pour que cette dernière y fût liée plus tard par voie de succession.

II. LA DÉTERRITORIALISATION DE L'ESPACE :

LES ADMINISTRATIONS INTERNATIONALES INDIRECTES ET DIRECTES

J'aimerais introduire cette vaste thématique, dont on ne verra que quelques fragments, en citant une affirmation d'un diplomate britannique dont le nom a été consigné à la postérité :

*« Imperialism, annexation, military triumph, Whiteman's burden have been expunged from the popular political vocabulary ... Consequently, Protectorates, spheres of influence, annexations, bases, etc. have to be consigned to the Diplomatic lumber-room »*²⁷⁰.

Ainsi s'exprima Sir Mark Sykes à l'occasion de l'entrée en guerre des Etats-Unis et de la révolution bolchévique (événements qui eurent lieu quasi simultanément, en 1917).

Le fil rouge qui sous-tend cette dernière section a commencé à se dérouler à partir de la figure du protectorat international et incarne de manière progressive l'internationalisation de l'espace en tant que lieu physique de la « communauté d'intérêts ». Des Mandats de la S.d.N. jusqu'à l'administration internationale directe par l'ONU, en passant des statuts territoriaux fort divers qui traduisent à la fois les exigences de la *Realpolitik* et la nécessité de prendre en compte des réalités hétéroclites.

Point d'orgue de ce cours, cette partie marque en effet le dépassement, la transcendance de l'espace en tant que territoire comme dimension de l'exercice de la souveraineté étatique. A des degrés différents, nous aurons affaire à des régimes territoriaux où la souveraineté étatique est, sinon évanescence, à tout le moins suspendue dans son identification et dans son exercice ; ou de manière moins drastique, de la restriction faite à un Etat dans l'usage de son territoire (démilitarisation, neutralisation) ; ou encore, la souveraineté résiderait

²⁶⁹ Voy. *supra* III.I.C.

²⁷⁰ Cité in T. Dodge, *Inventing Iraq: The Failure of Nation Building and a History Denied*, New York, 2003, pp. 12-13.

conjointement chez une organisation internationale et un peuple (mandats, administration fiduciaire) ; ou encore, une entité nouvelle prend naissance avec, parfois, des liens forts avec un Etat préexistant, le tout sous un contrôle international direct (Dantzig, et à des degrés différents, les autres villes libres réellement créées ou restées sur le papier) ; ou encore, véritable sommet de l'internationalisation de l'espace, l'administration internationale directe par l'ONU, ou jadis par la S.d.N.²⁷¹. Dans cette perspective, le territoire devient un enjeu de paix après avoir été pendant des siècles uniquement la pomme de discorde entre Etats et autres sujets de l'ordre international.

Nous passerons en revue en premier lieu les administrations internationales indirectes, qui se caractérisent par la présence d'un Etat (ou groupe d'Etats) exerçant les prérogatives de puissance publique sous le contrôle – et pour le compte – d'une organisation internationale (Mandats et Tutelle), pour ensuite aborder les administrations internationales directes où une organisation internationale exerce sans intermédiaire ces prérogatives (Villes et Territoires internationaux)²⁷².

A. Le système des Mandats de la Société des Nations

i. Origines, notions et finalités

Sur les mandats de la Société des Nations existe une bibliographie immense²⁷³ qui n'a peut-être d'égale que celle sur la Société elle-même. A certains égards, du fait de l'ampleur des droits et obligations établis par l'article 22²⁷⁴, ce dernier peut être considéré comme un traité à part entière

²⁷¹ Voy. I. Ingravallo, « L'administration directe de territoires dans la pratique de la Société des Nations », in *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations* (dir. R. Kolb), Bruxelles, 2015, pp. 1207-1246.

²⁷² Voy. sur l'administration internationale directe par les Nations Unies la résolution adoptée par l'IDI en 2021 (« L'administration territoriale par les Nations Unies et d'autres institutions internationales autorisées par les Nations Unies »), https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_13_fr.pdf.

²⁷³ Voy. J. Stoyanovsky, *La théorie des mandats internationaux*, Paris, 1925 [passim].

²⁷⁴ « 1. Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, à la suite de la guerre, ont cessé d'être sous la souveraineté des Etats qui les gouvernaient précédemment et qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne. Le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission.

2. La meilleure méthode de réaliser pratiquement ce principe est de confier la tutelle de ces peuples aux nations développées qui, en raison de leurs ressources, de leur expérience ou de leur position géographique, sont le mieux à même d'assumer cette responsabilité et qui consentent à l'accepter : elles exerceraient cette tutelle en qualité de Mandataires et au nom de la Société.

3. Le caractère du mandat doit différer suivant le degré de développement du peuple, la situation géographique du territoire, ses conditions économiques et toutes autres circonstances analogues.

4. Certaines communautés, qui appartenaient autrefois à l'Empire ottoman, ont atteint un degré de développement tel que leur existence comme nations indépendantes peut être reconnue provisoirement à la condition que les conseils et l'aide d'un Mandataire guident leur administration jusqu'au moment où elles seront capables de se conduire seules. Les vœux de ces communautés doivent être pris d'abord en considération pour le choix du Mandataire.

instituant un régime et des mécanismes institutionnels particulièrement complexes. Preuve en est que, lors de la Conférence de la paix à Paris en 1919, il fut envisagé d'insérer les mandats dans les traités de paix eux-mêmes.

Il est coutume de faire remonter l'idée originelle des mandats aux discours du Président Wilson par lesquels ce dernier fixa les conditions de l'entrée en guerre des Etats-Unis aux côtés des Alliés. On fait notamment allusion à celui du 8 janvier 1918, contenant les fameux Quatorze Points, ainsi qu'à celui précédent du 27 mai 1916 devant le Sénat : « L'idée fondamentale serait que le *monde* agisse comme tuteur par l'intermédiaire d'un Mandataire »²⁷⁵.

Ces points étaient innovateurs, voire révolutionnaires, dans la mesure où ils consacraient l'application du principe des nationalités (Mazzini), précurseur du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, à des territoires coloniaux ; ce qui n'allait pas forcément de soi²⁷⁶. Car l'idée selon laquelle l'administration (voire le protectorat) coloniale était bénéfique à la population indigène – comme le signifiaient les articles 6 et 9 de l'Acte général de Berlin de 1878 – était fortement ancrée dans l'esprit des gouvernants et sous-tendra ainsi l'approche mandataire.

5. Le degré de développement où se trouvent d'autres peuples, spécialement ceux de l'Afrique centrale, exige que le Mandataire y assume l'administration du territoire à des conditions qui, avec la prohibition d'abus, tels que la traite des esclaves, le trafic des armes et celui de l'alcool, garantiront la liberté de conscience et de religion, sans autres limitations que celles que peut imposer le maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs, et l'interdiction d'établir des fortifications ou des bases militaires ou navales et de donner aux indigènes une instruction militaire, si ce n'est pour la police ou la défense du territoire, et qui assureront également aux autres Membres de la Société des conditions d'égalité pour les échanges et le commerce.

6. Enfin, il y a des territoires, tels que le Sud-Ouest africain et certaines îles du Pacifique austral, qui, par suite de la faible densité de leur population, de leur superficie restreinte, de leur éloignement des centres de civilisation, de leur contiguïté géographique au territoire du Mandataire, ou d'autres circonstances, ne sauraient être mieux administrés que sous les lois du Mandataire, comme une partie intégrante de son territoire, sous réserve des garanties prévues plus haut dans l'intérêt de la population indigène.

7. Dans tous les cas, le Mandataire doit envoyer au Conseil un rapport annuel, concernant les territoires dont il a la charge.

8. Si le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le Mandataire n'a pas fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société, il sera expressément statué sur ces points par le Conseil.

9. Une Commission permanente sera chargée de recevoir et d'examiner les rapports annuels des Mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats »

²⁷⁵ Cité dans l'opinion dissidente du juge Koretsky jointe à l'arrêt de la CIJ dans les Affaires du Statut du Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), arrêt du 18 juillet 1966 (deuxième phase) : *CIJ Recueil* 1966, p. 245. Cette formule fut répétée par le président des Etats-Unis d'Amérique lors de la Conférence de la paix de Paris : « The fundamental idea would be that the world was acting as trustee through a mandatory, and would be in charge of the whole administration until the day when the true wishes of the inhabitants could be ascertained ... », *1919 Foreign Relations of the United States*, volume 3, Paris Peace Conference, Washington, 1946, pp. 740-741.

²⁷⁶ « Le mandat constitue une forme transitoire dans sa définition même. Prenant acte de l'épuisement du phénomène colonial, les responsables de la conférence de la paix avaient voulu tout autant prolonger que signifier la fin de l'expansion coloniale de l'Europe », H. Laurens, *La Question de Palestine*, vol. II, Paris, 2002, p. 150.

La tâche de définir le mandat de la S.d.N. et d'en appréhender le concept « constitue un difficile exercice d'analyse »²⁷⁷, et même si, selon certains, la résolution de la question n'a pas nécessairement de portée pratique²⁷⁸, il convient de lui consacrer quelques réflexions.

D'entrée de jeu, il convient de distinguer le *système de mandats*²⁷⁹, établi par l'article 22, des accords d'application, c'est-à-dire les *mandats*, ou *accords de mandat* : l'institution mandataire des mandats proprement dits²⁸⁰. Le mandat en tant que figure juridique renvoie bien évidemment au droit civil²⁸¹. Dans le sillage du droit romain, on entend par ce terme à la fois le contrat (de mandat) et l'institution elle-même qui se réalise par le premier²⁸². Mais l'analogie est surtout terminologique, car l'institution représente bel et bien une nouveauté²⁸³ dans le panorama des relations internationales. En même temps, certaines similitudes avec d'autres notions juridiques de droit interne doivent être relevées²⁸⁴ : le *trust* ou *trusteeship*²⁸⁵ du droit anglo-saxon et la tutelle du droit continental. La notion de tutelle²⁸⁶ n'est pas étrangère à celle du mandat de la S.d.N., car « la tutelle n'est pas un contrat, c'est une *fonction publique*

²⁷⁷ CIJ, Namibie 1971, p. 157 (opinion individuelle du juge Dillard).

²⁷⁸ Voy. Q. Wright, « Sovereignty of the Mandates », *AJIL*, vol. 17 (1923), p. 692. Que cette notion ne fût pas immédiatement assimilée par les diplomates peu accoutumés à la science du droit occidentale, voire d'inspiration romaine, est révélé par l'étonnement d'un délégué chinois à la Conférence de paix, lequel, après avoir appris que les possessions allemandes en Chine allaient être administrées par un Mandataire, demanda, avec effarement : « *Who is Mandatory ?* », cité in M. MacMillan, *Paris 1919*, Londres, 2001, p. 99.

²⁷⁹ Dans cette acception on peut souscrire à l'affirmation selon laquelle le mandat est « une *fonction sociale d'ordre international* », L. Comisetti, *Mandats et souveraineté. La notion de souveraineté au sein du système mandataire international. Critique de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations*, Paris-Genève, 1934, p. 130.

²⁸⁰ A titre d'exemple, il convient d'évoquer le cas de la Mésopotamie (ou Irak), où il n'y eut jamais d'accord de mandat et ce même si l'institution mandataire avait bel et bien été établie.

²⁸¹ CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1966, p. 267 (opinion dissidente du juge Tanaka).

²⁸² « Presque tous les systèmes juridiques possèdent quelque institution permettant de confier à une personne responsable, en qualité de « trustee », de *tuteur* ou de *curateur*, les biens (et parfois la personne) de ceux qui ne sont pas *sui juris*, tels que les mineurs ou les aliénés », *Statut international du Sud-ouest africain*, avis consultatif du 11 juillet 1950 : *CIJ Recueil* 1950, p. 149 (opinion individuelle du Juge Lord Arnold McNair).

²⁸³ « [I]l s'agit d'une matière entièrement nouvelle, d'un sujet qui relève du *droit international nouveau* », *Statut international du Sud-ouest africain*, p. 175 (opinion dissidente du juge Alvarez ; les italiques sont de nous) ; « *L'institution mandataire est tout à fait originale* en ce sens qu'elle crée, dans le plan international une *fonction publique qui s'exerce dans l'intérêt général universel* », L. Comisetti, p. 153.

²⁸⁴ Voy. Sir Hersch Lauterpacht, « The Mandate in the Covenant », in *International Law being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 3, Cambridge, 1977, pp. 59-60. *Contra* G. Diena, « Les mandats internationaux », *RCADI*, vol. 5 (1924- IV), p. 237.

²⁸⁵ Que l'on peut traduire en français par tutelle et qui sera, dans ces deux langues, la dénomination finalement adoptée par la Charte des Nations Unies pour désigner les territoires anciennement sous mandat ; *Società A.B.C. v. Fontana and Della Rocca*, Italie, Corte di Cassazione (Sezioni riunite), 10 août 1954, *ILR*, vol. 22, pp. 78-79 ; *The Administration of the Territory of Papua and New Guinea v. Blasius Tirupia and Others (In re Vunapaladig and Japalik Land)*, Papua and New Guinea, Supreme Court, 1^{er} juillet 1971, *ILR*, vol. 55, p. 60.

²⁸⁶ L'un des juges de la CIJ parla indifféremment de « *guardianship* », en anglais, et de « *tutelle* », en français (Affaires du Sud-Ouest africain, 1966, p. 217 (opinion dissidente du juge Wellington Koo)).

confiée à une personne capable qui consiste à prendre soin de la personne d'un incapable et à administrer ses biens en bon *pater familias* »²⁸⁷. A cet égard le terme « pupille », souvent employé, paraît approprié. Qu'il s'agisse donc d'une véritable tutelle est également étayée par le fait que les autres Etats, au nom desquels le mandat est exercé peuvent recourir à différents organes, administratifs (Conseil de la S.d.N. et Commission Permanentes des Mandats) et judiciaires (Cour Permanente de Justice Internationale) aux fins de la surveillance de la gestion mandataire. Le mandat est donc bel et bien une tutelle exercée au nom de la S.d.N.

Le Mandat revêt une nature conventionnelle (de notamment par son origine) et constitutionnelle²⁸⁸ (de notamment par sa fonction) à la fois²⁸⁹ ; le mandat représente à bien des égards la constitution du pays sous mandat²⁹⁰. Mais, surtout, le Mandat incarne une « œuvre de civilisation »²⁹¹ et concrétise les principes d'humanité et de solidarité (représentés par le contrôle exercé par la S.d.N. sur le régime mandataire)²⁹². Comme la CIJ l'a affirmé à maintes reprises : « La Cour a rappelé dans son avis consultatif de 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* que, lorsque le système des mandats fut créé, « deux principes furent considérés comme étant d'importance primordiale : celui de la non-annexion et celui qui proclamait que le bien-être et le développement de ces peuples formaient « une mission sacrée de civilisation » *CIJ Recueil 1950*, p. 131 »²⁹³.

Les finalités des mandats, qui transcendent leur typologie tripartite – dont nous discuterons plus loin – sont clairement énoncées au paragraphe 1^{er} ; la « tutelle » qui est créée au bénéfice des populations, vise leur « bien-être et [leur] développement » et constitue une « mission sacrée de civilisation »²⁹⁴. A cette fin, le Pacte *incorpore* « des garanties pour l'accomplissement de cette mission ».

²⁸⁷ L. Comisetti, p. 138. « [B]y the Mandate the British Government is charged as Agent for the League of Nations with the tutelage of the Palestine Administration, and no doubt it is to be held responsible for any breach by that country of that article », Discours de Sir Douglas Hogg (Grande-Bretagne), lors de l'affaire Mavrommatis, (Grèce c. Royaume-Uni, *CPJI Recueil C 7-II*, p. 101).

²⁸⁸ « Le Mandat ... constitue un acte international de caractère institutionnel », CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1962, p. 332.

²⁸⁹ Ceci n'est pas sans rappeler, *mutatis mutandis*, ce que dira plus tard la CIJ au sujet des traités constitutifs d'organisations internationales : Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat lors d'un conflit armé, avis consultatif du 8 juillet 1996 : *Recueil de la CIJ 1996*, § 19, pp. 74-75.

²⁹⁰ Les tribunaux mandataires devaient dès lors examiner les actes de la Puissance mandataire à la lumière de leur conformité avec le mandat.

²⁹¹ Président du Conseil italien, M. Vittorio-Emanuele Orlando (intervention du 28 janvier 1919 à la Conférence de la paix à Paris), in *Prassi italiana*, 3^{ème} série, vol. IV, Rome, 1995, p. 2317.

²⁹² « [I]f the words « a sacred trust of civilization » are to be ignored then the mandatory system is a fraud from the beginning to the end, merely a new word of imposing imperialistic will upon subject people », C. Lee, *The Mandate for Mesopotamia and the principle of trusteeship in English Law*, Londres, 1921, p. 17.

²⁹³ CIJ, Namibie 1971, § 45, p. 28.

²⁹⁴ « [Q]ualunque siano per esseerne le deformazioni pratiche, [l'institution mandataire] rappresenta il tentativo più ardito fatto fin qui per per la protezione internazionale dei popoli meno progrediti », D. Anzilotti, 1955, p. 119.

ii. Typologie des Mandats et système de contrôle

L'article 22 en son paragraphe 3 établit la taxonomie des mandats « suivant le degré de développement du peuple, la situation géographique du territoire, ses conditions économiques et toutes autres circonstances analogues »²⁹⁵. La terminologie employée pour désigner les trois classes de mandat trahit clairement la décroissance au regard du « développement » : « communautés » (qui se traduit par une organisation sociale et politique) ; « peuples » (absence d'une telle organisation) ; « territoires » (l'aspect humain, présent dans les deux premières classes est ici absent, seule l'« écorce terrestre » étant juridiquement relevant).

Le Mandat de type A sera appliqué à certaines « communautés »²⁹⁶ de l'Empire ottoman, dotées d'une existence propre et ayant la capacité d'acquérir l'indépendance²⁹⁷ ; ce paragraphe fait référence aux articles 94 et 95 du Traité de Sèvres²⁹⁸. Furent finalement soumises à cette catégorie la Syrie et le Liban, sous mandat français, ainsi que la Palestine, la Transjordanie et la Mésopotamie (Irak), sous mandat britannique. Ces mandats, notamment ceux sous administration britannique, connurent cependant une organisation et un sort différents les uns des autres.

Le Mandat de type B concernait certains « peuples » d'Afrique centrale, en d'autres termes toutes les colonies allemandes dans ce continent, excepté l'Afrique sud-occidentale qui échet dans le type C. Aux termes de ces accords de mandat, la Puissance mandataire prenait en charge l'administration du territoire à la condition d'obtempérer à certaines obligations²⁹⁹ et à celle de respecter certaines garanties de caractère général (obligation d'interdire la traite des esclaves et le commerce d'alcool – applicable aux seuls indigènes, cependant – et des armes, assurer la liberté de conscience et de religion). Ce régime fut appliqué aux anciennes colonies allemandes du Togo (divisé en

²⁹⁵ Le Projet du Général Smuts prévoyait une typologie bipartite : d'une part les territoires métropolitains des quatre empires vaincus, et d'autre part les possessions coloniales allemandes d'Afrique et du Pacifique.

²⁹⁶ « D'après la tradition, qui a une force si particulière dans les pays d'Orient, la « communauté » apparaît comme une collectivité de personnes vivant dans un pays ou une localité donnés, ayant une race, une religion, une langue et des traditions qui leur sont propres, et unies par l'identité de cette race, de cette religion, de cette langue et de ces traditions dans un sentiment de solidarité, à l'effet de conserver leurs traditions, de maintenir leur culte, d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément au génie de leur race et de s'assister mutuellement », « Communautés » gréco-bulgares, avis consultatif du 31 juillet 1930, *Recueil de la CPJI*, B 17, p. 21.

²⁹⁷ L'Arménie, ayant été reconnue dans le Traité de Sèvres « comme un Etat libre et indépendant » (Article 88), ne fut pas érigée en mandat de la S.d.N. L'URSS ne s'embarrassera pas outre-mesure de cette disposition et l'Arménie finit par s'éteindre dans le giron bolchévique en 1922 jusqu'en 1991.

²⁹⁸ Le Traité de Lausanne du 24 juillet 1923, donc conclu après les mandats de la S.d.N., ne comporte aucune clause correspondante aux dispositions susmentionnées du Traité de Sèvres, fors l'article 16 qui dispose une renonciation générique de la Turquie aux territoires situés en dehors des frontières fixées par le Traité, leur sort ayant été scellé par d'autres actes internationaux.

²⁹⁹ *Rex v. Christian, South Africa (Union of)*, Supreme Court, Appellate Division, 30 novembre 1923, 2 *ILR*, p. 30.

deux mandats, français et britannique) et du Cameroun (divisé en deux mandats, français et britannique), au Tanganyika (sous mandat britannique), au Ruanda-Urundi (sous mandat belge). Les mandats de type B, sans être aussi détaillés que ceux de type A, sont bien plus articulés que ceux de type C ; ils contiennent des clauses que l'on retrouve également dans ceux de type C, mais ils y ajoutent des obligations substantielles.

Le Mandat de type C, concernait certains « territoires » d'Afrique sud-occidentale et à certaines îles du Pacifique lesquels, en raison de la faible densité de la population, de leur étendue, leur distance des centre de « civilisation » ainsi que leur contiguïté aux territoires de la Puissance mandataire, ne pouvaient pas mieux être administrés que par celle-ci directement *comme s'ils en faisaient partie intégrante* : «*The words in Art. 2 of the Mandate, 'as an integral portion of the Commonwealth' are found, with the necessary substitution of the mandatory, in the other mandates of the same class [C], namely those for Samoa to New Zealand, for German South-West Africa to the Union of South Africa, and for Nauru to the British Government. The words in the Australian Mandate appear to mean, not that the mandated territory is deemed to be physically part of the continent of Australia, but as territory belonging to the King in right of the Commonwealth of Australia*»³⁰⁰.

Ce type de mandat fut appliqué à l'ancienne colonie allemande d'Afrique sud-occidentale (confiée à l'Union sud-africaine) ainsi qu'aux anciennes possessions insulaires allemandes du Pacifique : îles Samoa (mandat exercé par le dominion de la Nouvelle-Zélande, mais conféré à l'Empire britannique), Nauru (conféré à l'Empire britannique), Nouvelle-Guinée et autres possession allemandes du Pacifique au Sud de l'Equateur (conféré à l'Empire britannique, mais exercé par l'Australie), les Carolines, Mariannes et Marshall (conféré au Japon). Les accords de mandat de type C étaient tous quasiment identiques et se caractérisaient par leur relative simplicité et brièveté.

Toutes les « communautés », tous les peuples et les territoires soumis au Mandat de la S.d.N. acquerront – à des moments différents – l'indépendance, la dernière en date étant la Namibie (anciennement Sud-Ouest africain). Ne reste aujourd'hui, telle une plaie béante en souvenir d'un échec retentissant de l'ONU – et dans une bien moindre mesure – de la S.d.N., que la fraction arabe de la Palestine mandataire, du moins dans les faits³⁰¹.

Le Pacte de la S.d.N. instituait un système de contrôle de l'activité de la Puissance mandataire. Or, s'il est vrai que la Société a été dûment laissée à l'écart, aux fins de la désignation du binôme territoire / mandataire, de la définition des limites territoriales du mandat ainsi que du choix du type de

³⁰⁰ *Mainka v. Custodian of Expropriated Property, Australia, High Court, 10 juin 1924, 7 ILR, p. 52.*

³⁰¹ *Voy. supra II.II.B.iv. (Etat de Palestine).*

mandat³⁰², il n'en est pas moins vrai qu'elle s'est vu attribuer un rôle de tout premier ordre dans le *contrôle* sur les actes du mandataire dans l'accomplissement de sa tâche sociétaire³⁰³. On peut affirmer que le « droit de contrôle appartenant [aux Principales Puissances alliées et associées] comme mandantes, a passé automatiquement à la Société des Nations »³⁰⁴. Le contrôle qu'instaure le septième paragraphe de l'art. 22, renforce les liens entre le Mandat et la Société et accroît le caractère institutionnel du premier. Le contrôle, en tant qu'« élément de surveillance », « fait partie intégrante du mandat »³⁰⁵ et représente à bien d'égards « le trait vraiment original de l'institution nouvelle »³⁰⁶. Lors de la Conférence de la paix à Paris, déjà, l'accent avait été mis sur la nécessité du contrôle « tutélaire » par la S.d.N. Dans son avis consultatif de 1971, la CIJ s'exprima ainsi : « La réponse à la question essentielle *quis custodiet ipsos custodes ?* était donc que les mandataires étaient tenus de rendre compte à des organismes internationaux »³⁰⁷. Plusieurs organes mettent en œuvre cette action de contrôle de la S.d.N. qui assure la garantie des droits des pays sous mandat : la Commission permanente des Mandats [ci-après la CPM], le Conseil, l'Assemblée et, enfin, la Cour permanente de Justice internationale.

Parmi ceux-ci, il convient de dire quelques mots sur la CPM. Cet organe consultatif de la Société est mentionné dans le dernier paragraphe de l'article 22 qui dispose que la Commission « sera chargée de recevoir et d'examiner les rapports annuels des Mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats »³⁰⁸. Il existe donc clairement une répartition de rôles dans le contrôle par la Société de la gestion du territoire par la Puissance mandataire : « La Commission permanente des Mandats avait seule ce rôle consultatif, tout comme le Conseil avait seul une fonction de surveillance »³⁰⁹. La CPM devint très vite la cheville ouvrière dans le système de surveillance de la gestion mandataire et soutint le Conseil dans son activité exécutive ; à cet égard, force est de souligner que la quasi-totalité des mémorandums, rapports et avis préparés par elle, furent adoptés par le Conseil

³⁰² Ces tâches furent accomplies avec zèle par les principales puissances victorieuses en dehors du système de la Société.

³⁰³ « La surveillance administrative exercée par la Société des Nations représentait une garantie normale visant à assurer la pleine exécution par le Mandataire de sa « mission sacrée » à l'endroit des habitants du territoire sous Mandat », CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1962, p. 336. *Contra* CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1962, pp. 454, 457-458 (opinion dissidente du juge Winiarski).

³⁰⁴ Rapport de M. Van Rees sur le régime domanial dans les territoires sous mandat B et C (CPM, P.V., 3^{ème} session (1923), p. 222 (annexé au Procès-verbaux).

³⁰⁵ CIJ, Namibie 1971, § 78, p. 41.

³⁰⁶ J. Ray, *Commentaire du Pacte de la Société des Nations*, Paris, 1930, p. 606.

³⁰⁷ CIJ, Namibie 1971, § 48, pp. 29-30.

³⁰⁸ Il est impossible, dans un registre littéraire, de ne pas renvoyer le lecteur aux premières 100 pages (environ) du magnifique roman d'Albert Cohen (*Belle du Seigneur*, Paris, 1968) qui dépeignent de manière exhalante le quotidien d'un fonctionnaire de la S.d.N. rattaché à la « Section des mandats ».

³⁰⁹ CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1966, § 22, p. 25.

chez qui « elle a très généralement trouvé une approbation chaleureuse et un soutien efficace »³¹⁰. La CPM se réunissait en session ordinaire au moins une fois par an et, au cours de celle-ci, elle examinait les rapports annuels rédigés par les Puissances mandataires, en vue d'établir un rapport destiné au Conseil. Il importe de souligner, enfin, que cet organe de surveillance institutionnelle constituait assurément une innovation importante dans les relations juridiques internationales et ne manquera pas d'inspirer les organes que l'ONU et les autres organisations internationales (universelles et régionales) institueront afin de garantir le respect des obligations internationales de leurs Etats membres.

iii. Travaux préparatoires

Sur la nature du Mandat à la lumière de la titularité de la souveraineté et de son exercice, il faut distinguer entre mandats de type A, d'une part, et ceux de type B et C, d'autre part. Le point de départ de la réflexion est néanmoins commun, à savoir l'art. 22 § 1^{er}, aux termes duquel les colonies et territoires (placés ensuite sous mandat) : « ont cessé d'être sous la souveraineté » des pays vaincus. La simple interprétation littérale nous permet d'aboutir à la conclusion suivant laquelle ces derniers ne jouissent plus de la souveraineté territoriale objet du mandat. Dès lors, la question est celle de savoir qui sont les nouveaux titulaires.

1. Mandats de type A

Les traités de paix véhiculent le consentement des Etats vaincus à céder les territoires, alors que par les mandats, les Puissances occupantes acceptent vis-à-vis de la S.d.N. un certain nombre d'obligations, déjà contenues par ailleurs dans le Pacte. La cession par l'Allemagne de tous ses droits, intérêts et titres, contenue aux articles 118 et 119 du Traité de Versailles, ne constitue pas une cession *sic et simpliciter*, mais une cession par laquelle les Etats cessionnaires recevaient les territoires sous la condition qu'ils n'y étendent pas leur souveraineté, mais qu'ils y établissent des mandats (2^{ème} paragraphe de l'article 118). Faut-il donc relever que l'on pourrait concevoir les mandats comme une restriction volontaire des Puissances occupantes de ne pas annexer les territoires des Etats vaincus ?

L'interprétation littérale des textes pertinents était cette lecture. Dans les différents traités de paix, on retrouve l'expression « Gouvernements exerçant l'autorité » (articles 120, 122, 127 Versailles ; article 34 du Traité de Lausanne). La formulation retenue par les Parties est bien distante du langage juridico-diplomatique de l'époque indiquant les possessions coloniales³¹¹.

³¹⁰ H. Rolin, « La pratique des mandats internationaux », *RCADI*, vol. 19 (1927-IV), p. 544.

³¹¹ N'en déplaise à certains auteurs qui, se fondant sur des aprioris idéologiques, liquident assez rapidement la question, en assimilant les mandats B et C à un « régime de colonisation pur et simple », Ch. Ayoub, *Les Mandats orientaux*, Paris, 1924, pp. 137-138.

L'article 46 du Traité de Lausanne, relatif au partage de la (pondéreuse) dette ottomane introduit le principe de la succession *parmi* la Turquie et « les Etats en faveur desquels des territoires ont été détachés de l'Empire ottoman à la suite des guerres balkaniques de 1912-1913 ... et enfin les Etats nouvellement créés sur les territoires asiatiques détachés de l'Empire ottoman en vertu du présent traité [voir l'article 16] ». Par ce dernier fragment, le Traité de Lausanne fait clairement référence à la Syrie et à la Palestine – y compris la Jordanie – qui, précisément au titre d'Etats souverains, se virent imposer une partie au *prorata* de la dette ottomane.

L'article 257 du Traité de Versailles est à cet égard plus éloquent que le Traité de Lausanne : il y est question du transfert des territoires soumis au mandat « à la Puissance mandataire, *prise en cette qualité* ». En qualité de mandataire, partant, et non pas en tant que souverain territorial. L'article 312 de ce même traité fait une distinction nette entre cession et administration. Derechef, dans le langage juridico-diplomatique d'hier comme d'aujourd'hui, la première indique le transfert de souveraineté, la seconde l'exercice des prérogatives régaliennes sans que pour autant l'Etat administrant ne soit nanti du *ius disponendi*³¹² ou de l'*intersersio possessionis* : ultime et véritable linéament de la souveraineté³¹³. La souveraineté était reconnue aux pays sous mandats A ou, à tout le moins, il était unanimement admis³¹⁴ que les Mandataires n'y avaient pas étendu la leur, bien qu'il eût certains auteurs lesquels, surtout au début, envisagèrent une « souveraineté partagée » entre le Mandataire et la « communauté indépendante »³¹⁵.

Les travaux préparatoires des accords de mandat tendent à le confirmer assez nettement. L'article 1^{er} du mandat britannique en Palestine était originellement ainsi rédigé : « *His Britannic Majesty shall have the right to exercise as Mandatory all the powers inherent in the Government of a Sovereign State, save as they may be limited by the terms of the present Mandate* »³¹⁶. La délégation italienne à Londres ne manqua pas de remarquer que cette formulation était trop « étendue et générique » et que dès lors elle était en contradiction avec l'article 22 du Pacte. De surcroît, il faut observer que, à la différence de la Syrie et de la Mésopotamie (que l'article 94 du Traité de Sèvres reconnaissait comme « Etats indépendants »), dans l'article 95, relatif à la Palestine, une telle qualification est absente. Ceci, relevait toujours la

³¹² « [La Puissance mandataire] ne jouissait d'aucun droit de disposition, d'aucun *ius disponendi* : elle n'était qu'un Mandataire au nom de la Société des Nations », CIJ, Statut international du Sud-ouest africain, p. 168 (opinion individuelle du juge Read).

³¹³ Voy. *supra* III.I.A.

³¹⁴ « [L]a situation des territoires sous mandat fait réfléchir ... », Réplique de M. Rundstein (Pologne), à l'occasion de l'avis consultatif relatif à *La Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail*, vol. C 18-II, p. 114.

³¹⁵ H. Rolin, « Le système des mandats coloniaux », *RDILC*, vol. 1 (1920), p. 348.

³¹⁶ *Prassi italiana*, Vol. V, p. 2687.

délégation italienne, pouvait étayer l'interprétation (erronée) suivant laquelle, le statut juridique de la Palestine était différent des deux premiers ; cette lecture aurait été de toute manière en contraste avec le paragraphe 4 de l'article 22, aux termes duquel, toutes les « communautés qui appartenaient autrefois à l'Empire ottoman » jouissaient d'un statut identique et étaient placées sur un pied d'égalité³¹⁷. Le délégué japonais, M. Adachi, critiqua également les amendements britanniques aux projets de mandat car ils ne tenaient pas compte de la finalité ultime de l'institution des mandats, à savoir l'indépendance et la liberté politiques. C'est en vue de l'accomplissement de cette tâche, disait-il, que « les Etats mandataires assument momentanément la responsabilité de l'administration de ces pays »³¹⁸.

Finalement, l'article premier du mandat britannique sur la Palestine ne contiendra plus de référence à la souveraineté, mais se bornera à énoncer « des pleins pouvoirs de législation et d'administration ». De même, il était contesté la formulation relative à l'exequatur des consuls étrangers, étant donné que la Palestine était souveraine même si la puissance mandataire en exerçait les fonctions régaliennes³¹⁹. Pour donner suite à ces observations critiques, le projet de mandat britannique fut amendé et la phrase « all the powers inherent in the Government of a Sovereign State » fut remplacée par « all the powers of legislation and administration ».

Au § 3 de l'article 22, il est fait mention des « vœux » que le pays sous mandat peut exprimer à la Puissance mandataire. Cela pourrait nous faire penser qu'il ne s'agit pas vraiment d'un protectorat étant donné que la « protection » a été mise en œuvre sans le consentement du pays en question, le mandat ayant été conclu entre la S.d.N. et la Puissance mandataire. Pour Balladore Pallieri, seuls les mandats de type A pourraient être rapprochés des protectorats³²⁰.

Selon Brierly, il s'agirait d'un « responsable protectorate » dans la mesure où la Puissance mandataire doit s'acquitter de certaines obligations internationales (de nature également institutionnelles) vis-à-vis à la fois de la S.d.N. et des populations sous tutelle³²¹ ; une telle thèse fut soutenue par le Gouvernement français devant la CPJI dans l'affaire des Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc³²².

³¹⁷ Voy. *Prassi italiana*, vol. V, pp. 2687-2691.

³¹⁸ *Journal Officiel de la S.d.N.*, juin 1923, p. 571.

³¹⁹ De même pour la Syrie et le Liban (*ibid.*, v, pp. 2703-2705).

³²⁰ G. Balladore Pallieri (1962), § 51, p. 156.

³²¹ J.L. Brierly (1963), p. 182. Cet auteur ne fait aucune distinction à cet égard entre les différents types de mandat.

³²² Conclusions du Gouvernement français, cité in *Recueil de la CPJI*, B 4, p. 13.

Il convient dès lors de distinguer les protectorats³²³ des mandats de la S.d.N. sous l'angle de la souveraineté³²⁴. Pour les premiers, il y a scission entre exercice de la souveraineté, par l'Etat protecteur, et souveraineté elle-même, dont le *ius nudum* se trouve en chef de l'Etat protégé.

Les mandats de la S.d.N. présentent, dans ce registre une complexité toute nouvelle. En effet, à tout le moins pour ce qui concerne les mandats de type A, ceux-ci ressemblent furieusement aux protectorats avec néanmoins la notable différence de la présence d'un tiers, la Société, qui joue un rôle de garant, bien qu'avec les limitations que nous avons déjà relevées (révocation et modification du mandat impossible) : « La Palestine avait ... cessé d'être une province autonome ; elle était virtuellement élevée à titre provisoire au rang d'Etat indépendant, placé sous la tutelle de la Grande Bretagne en qualité de mandataire de la Société des Nations »³²⁵ ; l'on parle parfois de « dormant sovereignty »³²⁶ ; on affirme justement que « La Grande Bretagne n'est pas le souverain de la Palestine, mais tout simplement le Mandataire de la Société des Nations ... »³²⁷. Ainsi, les organes de la « communauté indépendante » ne se confondent pas avec ceux de l'administration mandataire³²⁸ et les décisions rendues par le Mandataire sont considérées comme « jugements étrangers » dans son ordre interne³²⁹.

Dans un registre voisin, et par analogie avec l'institution du protectorat, toute modification territoriale par la Puissance mandataire du territoire de la « communauté » – autrefois appartenant à l'empire ottoman – doit être approuvée à la fois par les représentants de celle-ci ainsi que par le Conseil de la S.d.N.³³⁰. La cession en 1939 par la France du sandjak d'Alexandrette³³¹ à la Turquie, après un processus des plus tortueux et discutables, représente hélas l'exception qui confirme la règle.

³²³ Voy. *supra* III.I.G. Voy. en général T. Baty, « Protectorates and Mandates », *BYIL*, vol. 2 (1921-1922), pp. 109-121. La jurisprudence internationale est en parfaite consonance : Affaire Pablo Najera (France) c. Mexique, § 2, p. 468 : « les pays sous mandat ne constituent pas des protectorats ».

³²⁴ Bien que, parfois, une jurisprudence interne peu attentive aux spécificités du droit international public ait hâtivement conclu à cet amalgame (Cape Law Society v. Van Aardt, Supreme Court of South Africa (Cape of Good Hope Provincial Division), 1926, 2 *ILR*, p. 43). Voy. aussi *supra* III.I.G.

³²⁵ Discours de M. Politis présenté devant la CPJI dans l'affaire Mavrommatis, vol. C 5-I, p. 45.

³²⁶ Réplique de Sir Cecil Hurst (Grande-Bretagne), dans l'affaire Mavrommatis, vol. C 5-I, p. 74.

³²⁷ CPJI, Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, Série A/2, p. 81 (Opinion dissidente du juge Bustamante).

³²⁸ Lebanon Expropriation Case, Court of Cassation of Lebanon, 6 juillet 1926, 2 *ILR*, p. 45.

³²⁹ District Governor, Jerusalem-Jaffa District and Another v. Suleiman Murra and Another, Supreme Court of Palestine, 25 juin 1925, 2 *ILR*, p. 46.

³³⁰ De même pour les mandats de type C, voy. *infra* III.II.A.iii.2.

³³¹ Sur l'histoire du rattachement du sandjak d'Alexandrette à la Turquie, voy. S. Yérasimov, « Le sandjak d'Alexandrette : formation et intégration d'un territoire », *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, vol. 48 (1998), pp. 198-212.

2. Mandats de type B et C

Un discours différent doit être tenu pour les mandats de type B et C, car leur agencement se révèle encore plus sophistiqué. L'interprétation littérale et téléologique de l'art. 22 dans son ensemble empêche de reconnaître un tel statut d'indépendance aux autres types de mandats. D'autre part, les mandats ne pouvaient guère être assimilés aux colonies : l'interprétation littérale, téléologique, juridictionnelle³³² ainsi que le recours aux travaux préparatoires convergent sur ce point. Selon l'interprétation téléologique, il apparaît clair, aujourd'hui comme hier, que la finalité poursuivie par cette institution innovatrice dans les relations internationales n'était sûrement pas celle de transférer les territoires concernés d'une souveraineté à une autre, fût-ce celle des puissances victorieuses. L'interprétation littérale viendrait étayer cette lecture là où il est écrit, dans l'article 22 du Pacte, que les territoires seront administrés « comme partie intégrante de son territoire ». Ce fragment devrait ou, à tout le moins, pourrait signifier « *as if it were, contrary to the fact, an integral portion of the Commonwealth* »³³³ de la Puissance mandataire, et ce pour les finalités du Mandat³³⁴.

Toutefois, la dérogation de la souveraineté du Mandataire ne répond pas automatiquement à la question de savoir où elle réside. Sous l'éclairage d'une lecture téléologique – conjointement avec le recours à la pratique de la CPM – il est loisible de maintenir que la souveraineté réside auprès des peuples des territoires concernés par le mandat³³⁵ ; seul l'exercice est confié à la puissance mandataire. Force régimes territoriaux se caractérisent par cette scission entre le *ius nudum* et l'*exercitium iuris*³³⁶. La nouveauté, et la différence fondamentale par rapport au simple protectorat ainsi qu'aux autres cas de divorce entre la titularité du droit de souveraineté territoriale et son exercice, est représentée par le contrôle exercé par la S.d.N. qui est le mandant : là, rapport bilatéral, ici, rapport triangulaire. La souveraineté coloniale n'est donc plus admissible pour expliquer le titre des pouvoirs régaliens du Mandataire sur les territoires sur lesquels il exerce

³³² « Palestine ... was not at the time [du Mandat] a British Colony ... but a Mandated territory », Stampfer v. Attorney-General, Israel, Supreme Court sitting as the Court of Criminal Appeals, 4 janvier 1956, *ILR*, vol. 23, p. 289.

³³³ Jolley v. Mainka, Australia, High Court, 27 avril 1933, 7 *ILR*, p. 48 (*Per Evatt*). De même : Rex v. Offen, South-West Africa, High Court, Central Circuit Court, 23/24 août 1934, 7 *ILR*, p. 53. De même : The Administration of the Territory of Papua and New Guinea v. Blasius Tirupia and Others (*In re Vunapaladig and Japalik Land*), Papua and New Guinea, Supreme Court, 1^{er} juillet 1971, 55 *ILR*, p. 59. Une lecture différente a été prônée, et nous croyons à tort, par la District Court de New York : « [T]he words 'as an integral part of the United States' which appeared in an earlier draft [de l'accord de tutelle] were deleted to negate any impression that the United States was claiming sovereignty », Morgan Guaranty v. Republic of Palau, Décision du 10 juillet 1986, 87 *ILR*, p. 606 [les italiques sont de nous].

³³⁴ Voy. Falema' I Lesa v. Attorney-General of New Zealand, New Zealand, Judicial Committee of the Privy Council, 28 juillet 1982, 79 *ILR*, p. 691.

³³⁵ Voy. E. Pelichet, *La personnalité internationale distincte des collectivités sous mandat*, Paris, 1932, p. 108.

³³⁶ Voy. *supra* III.I.A.i.

la « tutelle ». Une telle construction des rapports juridiques entre Mandataire, population et territoire n'est point concevable. Le Mandataire exerce des fonctions dont le titre est le Mandat. Le titre de souveraineté n'appartient donc pas à la Puissance mandataire (voir plus haut le principe de non-annexion)³³⁷.

iv. Le contexte et la pratique subséquente

1. Doctrine

A cet égard, le panorama doctrinal³³⁸ apparaît, quant à lui, sûrement plus kaléidoscopique. Pour certains, « en tout cas, les pays sous mandat ne sont pas des Etats »³³⁹, d'autres parlent erronément, de « délégation de souveraineté »³⁴⁰. D'autres encore n'hésitent pas à affirmer que la souveraineté appartient au mandataire, pour les mandats de type A en tant que protectorat³⁴¹ et pour les mandats de type B et C en tant que colonies³⁴². Les restrictions à la souveraineté des Mandataires, à savoir les obligations découlant à la fois de l'article 22 et du mandat lui-même (en sus du contrôle par la Société), devaient être configurées

³³⁷ Selon Kelsen (1950, p. 688), l'affirmation que les Mandataires ne jouissaient pas de la souveraineté sur les territoires dont ils avaient la « tutelle » est une « une legal fiction incompatible with the rules of international law ». Toutefois, l'illustre juriste autrichien ajouta que l'interprétation (fondée sur l'article 22 § 8) suivant laquelle la S.d.N. « was the sovereign in relation to the mandated territories » pouvait être admissible (*ibid.*, p. 689).

³³⁸ J. Stoyanowsky, p. 75 [*passim*]. Cet auteur passe également en revue les différentes théories, qu'il qualifie d'« éclectiques », avancées afin d'appréhender la question de la souveraineté du mandataire : a) théorie de la souveraineté partielle du mandataire ; b) théorie de la souveraineté partagée ; c) théorie de la souveraineté suspendue ; d) souveraineté virtuelle [pp. 78-86]. L'examen de ces explications théoriques échappe à la présente étude. La (vague) théorie de la souveraineté virtuelle avait été également avancée par Millot (*Les mandats internationaux. Etude sur l'application de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations*, Paris, 1924, pp. 117-118) ; P. Pic, « Le régime des mandats d'après le traité de Versailles », *RGDIP*, vol. 30 (1923-IV), p. 334. Pour une critique de cette dernière conception : L. Comisetti, pp. 106-110.

³³⁹ Discours de M. Kaufmann (Dantzig) lors de l'avis consultatif *La Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail*, vol. C 18-II, p. 94.

³⁴⁰ Voy. pour tous : P.T. Furukaki, *Les Mandats internationaux de la Société des Nations*, Lyon, 1923, p. 180.

³⁴¹ « ... [L]a sovranità territoriale o diritto di Governo spettava evidentemente alla Potenza mandataria, dato che l'organizzazione di potere che esisteva in quei territori non era che una sua emanazione e che sia la S.d.N. a mezzo dei suoi organi, sia le Potenze individualmente avevano come tale riconosciuta. Tutto quello che si può dire è che si trattava di una *sovranità territoriale* (almeno formalmente) *controllata* cioè *qualificata* anche per gli obblighi particolari imposti alle Potenze mandatarie, obblighi che si riassumevano fondamentalmente nell'esercitare tale potere nell'interesse delle popolazioni sottoposte a Mandato e sotto il controllo di un apposito organo internazionale. Ultronea appare pertanto la formula dell'art. 22 per la quale il Mandato sarebbe stato esercitato 'a nome e per conto della S.d.N.' », R. Quadri, (1968), p. 723.

³⁴² H. Rolin (1920), pp. 348-351 ; G. Diena, (1924), pp. 240-242. *Contra*: *In re Tamasese*, A prisoner, New Zealand, Supreme Court, 21 février 1929, 7 *ILR*, p. 45 ; *Jolley v. Mainka*, Australia, High Court, 27 avril et 31 août 1933 (Appeal from the Central Court of the Territory of New Guinea), 7 *ILR*, p. 47 (*Per Starke and Dixon*) ; « Lo Stato esercita sovranità piena ed esclusiva sullo spazio atmosferico che sovrasta il suo territorio, comprese in esso le acque territoriali. Agli effetti di tale sovranità, per territorio dello Stato devesi intendere il territorio nazionale, metropolitano e coloniale, e quello dei protettorati et dei *Paesi affidati per mandato* e per qualsiasi altro titolo allo Stato italiano, quando speciali convenzioni internazionali non dispongano diversamente », D.L. (décret-loi) du 20 août 1923 n°2207 (in : *Prassi italiana*, 3^{ème} série, vol. V, p. 2378).

comme des servitudes³⁴³. Lord Balfour n'hésita pas à déclarer que « [l]e mandat est, par définition, une limitation que les vainqueurs s'imposent à eux-mêmes dans l'exercice de leur souveraineté sur les territoires conquis »³⁴⁴.

Pour Redslob³⁴⁵ et Lauterpacht³⁴⁶, la souveraineté appartient à la S.d.N. qui l'exerce à travers l'un de ses organes, le mandataire. Cette lecture se heurte cependant à la logique et à la réalité factuelle qui ont présidé et à la désignation des mandataires : ce ne sont ni le Conseil ni l'Assemblée qui ont procédé à l'attribution des mandats, mais c'était le Conseil suprême. La renonciation de la souveraineté par les puissances vaincues a été faite à l'égard des principales puissances alliées et associées et non pas au bénéfice de la S.d.N.³⁴⁷ qui d'ailleurs n'existait pas encore. Selon Brierly, « *the only possible theory is that the rights of the trustee have their foundations in his obligations; they are tools given to him in order to achieve the works assigned to him. The trustee gets all the tools necessary for such end, but only those* »³⁴⁸ ; d'après Corbett, le territoire mandataire doit être considéré comme "*never to be incorporated*" dans le territoire du mandataire³⁴⁹. D'aucuns parlent, pour les mandats B et C de « souveraineté du mandataire [qui] s'exerce dans toute sa plénitude »³⁵⁰. Rien ne pourrait être plus faux, étant donné que, dans la meilleure des hypothèses, le Mandataire *exerce* la souveraineté qui *réside* chez le peuple du territoire. L'hypothèse d'une « souveraineté suspendue »³⁵¹ fut également évoquée, sans pour autant vraiment convaincre.

Certains auteurs soutiennent que les Mandataires ne jouissent que du droit à exercer les prérogatives de la Puissance publique sans toutefois disposer du droit de souveraineté : dans un cas ils exercent la souveraineté directement (Mandats de type B et C), dans l'autre « indirectly through Native institutions »³⁵². La description n'est pas inexacte, mais elle faillit à répondre à la question de savoir qui est le titulaire du *ius nudum* ; or, ceci n'est pas soutenable car comment imaginer un sujet de droit international exercer la souveraineté sans qu'il en ait reçu la faculté de son titulaire, quel qu'il soit : « *Sovereignty is not vested in*

³⁴³ Voy. H. Rolin (1920), p. 350.

³⁴⁴ *Journal Officiel de la S.d.N.*, juin 1922, p. 547 (intervention lors de la séance du 17 mai 1922).

³⁴⁵ R. Redslob (1927), p. 196.

³⁴⁶ Sir Hersch Lauterpacht, « Particular Types of Statehood », in *International Law being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 3, Cambridge, 1977, pp. 68-69.

³⁴⁷ Voy. O. Hojer, *Le pacte de la Société des Nations (S.d.N.)*, Paris, 1926 p. 374. Cette lecture a été critiquée par A. Millot (1924), p. 117.

³⁴⁸ J. Brierly, « Trusts and Mandates », *BYIL*, vol. 10 (1929), pp. 218, 219.

³⁴⁹ P.E. Corbett, « What is the League of Nations ? », *BYIL*, vol. 10 (1929), p. 135.

³⁵⁰ Voy. : Ch. Ayoub (1924), p. 121 ; T. Baty (1921-1922), pp. 117 et suiv. ; P. Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. 1^{er}, Paris, 1925, p. 298 [uniquement pour les mandats de type B et C] ; H. Rolin (1920), pp. 338-353.

³⁵¹ J. Stoyanowsky (1925), pp. 90-93.

³⁵² J.C. Hales, « Some Legal Aspects of the Mandate System: Sovereignty – Nationality – Termination and Transfer », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 23 (1937), p. 93.

anyone, as in the case of a Native Protectorate »³⁵³. L'exercice d'un droit ne peut être fait que par le titulaire ou par celui qui est autorisé par ce dernier.

D'autres hypothèses explicatives ont été prônées, se fondant, à des degrés et modalités différents, sur une souveraineté « mixte » ou « divisée » entre : a) la S.d.N. et le Mandataire ; b) la S.d.N. et le peuple ; c) le Mandataire et le peuple³⁵⁴. Lord McNair dans son opinion individuelle jointe à l'avis de la CIJ dans l'affaire du Statut international du Sud-Ouest africain annota :

« La souveraineté sur un territoire sous Mandat est en suspens ; si les habitants du territoire obtiennent que ce territoire soit reconnu comme un Etat indépendant – ainsi que cela s'est déjà présenté pour certains des territoires sous Mandat – et quand cette reconnaissance a lieu, la souveraineté revit et elle est confiée au nouvel Etat »³⁵⁵.

Selon Kelsen, « *an interpretation was possible according to which the League of Nations was the sovereign in relation to the mandated territories* »³⁵⁶ ; la lecture herméneutique à laquelle se réfère l'illustre juriste autrichien s'articule autour des paragraphes 2 et 8 de l'article 22 du Pacte. Une telle construction ne nous paraît pas invraisemblable, à la rigueur, mais seulement pour les mandats de type B et C³⁵⁷.

Enfin, l'Institut de droit international, lors de sa session de 1931 (Cambridge), adopta la résolution VI qui est ainsi rédigée : « Les collectivités sous mandat [quel que soit le type, donc] sont des sujets de Droit International. Elles ont un patrimoine distinct de celui de l'Etat Mandataire, elles jouissent d'un statut national et peuvent acquérir des droits ou être tenues d'obligations propres ».

2. Pratique des organes de la Société des Nations

La Société se pencha une première fois sur la question et, comme le dit le rapporteur M. Hymans (rapport du 5 août 1920, approuvé par le Conseil), évita l'écueil : « Je n'entrerai pas dans une controverse certainement fort intéressante sur la question de savoir où réside la souveraineté. Nous nous trouvons en présence d'une institution nouvelle. La Science décidera dans

³⁵³ *Ibid.*, p. 94.

³⁵⁴ Pour un tableau complet, cf. L. Comisetti, (1934), pp. 110-112.

³⁵⁵ CIJ, Statut international du Sud-Ouest africain, p. 150.

³⁵⁶ H. Kelsen (1950), p. 689 ; de même : G. Cioriceanu, *Les mandats internationaux. Une des conséquences des principes fondamentaux de la Société des Nations. Le nouveau régime politico-administratif des anciennes colonies allemandes et des territoires ayant appartenu à la Turquie*, Paris, 1921, pp. 35-37 et 85-89 ; P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Tome 1^{er}, deuxième partie, pp. 848 ss. ; G. Distefano (2006), pp. 188-190.

³⁵⁷ Aux fins de la démonstration de la personnalité juridique internationale de la S.d.N., il a été soutenu que cette dernière exerçait des prérogatives de souveraineté territoriale, précisément sur la base de l'art. 22 du Pacte. A cet égard : Sir John Fischer Williams, *Rapport*, Conférence de Vienne de 1926 à l'*International Law Association*, qui insista notamment sur le paragraphe 2 de cette disposition : « the League has Mandatories who act on its behalf, not on behalf of the Members of the League » (*Status of the League of Nations in International Law. The Maritime and Commercial Section*, p. 683).

quelle mesure on peut lui appliquer les anciennes notions juridiques »³⁵⁸. En tout état de cause, dès le début la CPM s'évertua à condamner toute revendication pure et simple de souveraineté sur les territoires soumis à mandat ; le Marquis Théodoli, son président, affirma, le 23 avril 1923, que :

« tout principe, toute mesure législative qui assimilerait les territoires sous mandat à des territoires annexés, tendrait à affaiblir l'institution des mandats et la Société des Nations toute entière, dans la mesure où l'opinion publique jugeait cette dernière d'après ces institutions »³⁵⁹.

L'accord entre l'Union Sud-Africaine et le Portugal concernant les frontières entre l'Afrique sud-occidentale et l'Angola constitua l'occasion pour les organes de la S.d.N. (Conseil et CPM) de se pencher sur un cas concret. Le préambule de ce traité de frontière avait la teneur suivante :

« ... Considérant qu'en vertu d'un mandat à lui conféré par le Conseil de la Société des Nations conformément à l'art. 22 du Traité de Versailles, le Gouvernement de l'Union Sud-Africaine, sous réserve des termes dudit mandat, possède la souveraineté sur le territoire du Sud-Ouest africain placé antérieurement sous la souveraineté de l'Allemagne »³⁶⁰.

Il s'agissait d'une revendication de souveraineté difficilement soutenable que celle de l'Union Sud-Africaine, comme nous le rappellera d'ailleurs la CIJ quelques décennies plus tard. Toutefois, une telle affirmation de souveraineté ne paraissait pas à l'époque comme complètement scandaleuse, comme l'attestent certaines décisions judiciaires internes de la Puissance mandataire concernée. A cet égard, il suffit de citer une sentence de la Chambre d'appels de cet Etat :

« ... *the full power of administration and legislation is vested in the mandatory, that the plenary authority to make laws and enforce them covers the whole sphere of government and that in taking such measures as are calculated to maintain public order the mandatory acts as any other sovereign authority would act in like circumstances* »³⁶¹.

Le Conseil de la S.d.N. fut saisi une première fois de la question, sur sollicitation de la Commission, mais décida de « de ne pas exprimer d'opinion sur un territoire sous mandat »³⁶². Cette absence de prise de position ne pouvait pas satisfaire la Commission, qui représentait d'une certaine manière les

³⁵⁸ Rapport Hymans adopté par le Conseil le 5 août 1920, *J.O.*, septembre 1920, p. 339. Une tout autre attitude fut choisie par M. Van Rees, le membre néerlandais de la CPM, qui, dans son rapport consacré au régime domaniale dans les territoires sous mandat B et C, affirma que cette question « loin d'avoir une signification purement académique [présente] un intérêt essentiellement pratique pour l'appréciation des règlements domaniaux édictés dans les territoires sous mandat B et C » (CPM, P.V., 3^{ème} session (1923), p. 217.

³⁵⁹ *Journal Officiel de la S.d.N.*, juin 1923, p. 571.

³⁶⁰ *Ibid.*, novembre 1926, p. 1533 [les italiques sont de nous].

³⁶¹ *Winter v. Minister of Defence and Others* (Cour suprême, Appel), 13 décembre 1939, 9 *ILR*, pp. 45-46 (Juge : De Wet).

³⁶² *Journal Officiel de la S.d.N.*, avril 1927, p. 347.

intérêts de la S.d.N. vis-à-vis du Mandataire. Le Conseil finit par céder aux demandes pressantes de la Commission et nomma un rapporteur en la personne de M. Beelaerts van Blokland (Pays-Bas). Ce dernier exprima le désir de recevoir des renseignements du Gouvernement de l'Union sud-africaine³⁶³ et affirma que :

« [i]l me semble que, du point de vue pratique, la situation est tout à fait claire ; le Pacte, aussi bien que d'autres articles du Traité de Versailles, les mandats eux-mêmes, les décisions déjà adoptées par le Conseil sur des questions telles que le statut national des habitants des territoires sous mandat, l'extension aux territoires sous mandat des conventions internationales applicables aux colonies avoisinantes des Puissances Mandataires, la question des emprunts et du placement des capitaux publics et privés dans les territoires sous mandat, celles des domaines ayant auparavant appartenu au Gouvernement allemand, ces instruments et ces décisions ont tous contribué à déterminer ou à préciser les rapports juridiques entre les Puissances Mandataires et les territoires placés sous leur mandat. Ces rapports, à mon avis, sont évidemment nouveaux en droit international et c'est pourquoi l'emploi de la terminologie habituelle, avec son sens traditionnel, ne s'adapte peut-être pas toujours aux conditions nouvelles »³⁶⁴.

Le Rapporteur souhaite également que ses observations fussent transmises au Gouvernement sud-africain pour que celui en prît connaissance et réagît. La réponse du Gouvernement mandataire fut sibylline dans la mesure où il se bornait à prendre acte du rapport et fit savoir qu'il « n'avait pas de remarques à présenter, étant donné l'opinion exprimée par le Conseil sur ce sujet »³⁶⁵. Certes, le rapport pouvait présenter quelques ambiguïtés et pouvait ne pas trancher de manière claire sur certains points relatifs à la revendication de souveraineté, il n'en allait pas moins qu'il était catégorique dans la réfutation de celle-ci. La CPM s'est en effet toujours conduite selon « *the governing principle that sovereignty has not been acquired and has seen to it that the principle is honoured* »³⁶⁶.

Sur la base de ces considérations, le représentant néerlandais proposa au Conseil d'adopter les conclusions auxquelles avait abouti la CPM. Le Conseil s'exécuta le jour même (8 septembre 1927). Cette question revint alors à l'examen du Conseil lors de la séance du 13 janvier 1930, qui, par la bouche du représentant de la Finlande, remarqua qu'il convenait d'adopter les

³⁶³ *Ibid.*, octobre 1927, pp. 1119-1120 (46^{ème} session du Conseil).

³⁶⁴ *Op.cit.*, p. 1120 [les italiques sont de nous]. A la 6^{ème} Commission de l'Assemblée (1929), le Docteur Nansen affirma que « Le Conseil a définitivement tranché cette question », c'est-à-dire dans le sens d'une absence de souveraineté du mandataire sur le territoire sous mandat (A., 10^{ème} Assemblée, Séances des Commissions, 1929, VI, p. 21).

³⁶⁵ *Journal Officiel de la S.d.N.*, juillet 1928, p. 709.

³⁶⁶ N. Bentwich, *The Mandates System*, Londres, 1930, p. 20. *Contra*: T. Baty (1921-1922, p. 119), selon lequel l'article 22 du Pacte « reads like a University Extension Lecture » ajoutant que « There is, however, a difference between legal pedantry and ordinary precision. In avoiding the former, the article has drifted many miles away from the latter ». Nous ne souscrivons pas à ce point de vue, largement infondé.

conclusions de la CPM et qu'il n'y avait lieu « d'apporter aucune modification à cette opinion [du Conseil], de laquelle il ressort implicitement *que la souveraineté, dans le sens traditionnel du mot, ne réside pas dans la Puissance mandataire* »³⁶⁷. L'absence de véritable contestation de la part de la Puissance mandataire laissait donc penser que cette dernière était « disposée[e] à accepter ... la définition des pouvoirs de la Puissance mandataire, qui figure dans les rapports susmentionnés »³⁶⁸ finalement avalisée par le Conseil.

De surcroît, dans un autre contexte, le membre néerlandais de la CPM, M. van Rees, dans son mémoire sur le régime domanial présenté à la Commission étudia la question qui était « loin d'avoir une signification purement académique »³⁶⁹. Après avoir passé au crible force opinions doctrinales ainsi que la pratique des Etats (mandataires et non), Van Rees conclut que l'article 22 à lui seul ne fournissait pas de réponse claire à la question et fit dès lors appel à l'interprétation systémique (aujourd'hui codifiée à l'art. 31 § 3 lit. c) de la CVDT 1969)³⁷⁰. A cet effet, il évoque notamment l'article 257 du Traité de Versailles ; aux termes de ce dernier,

« [l]a souveraineté de l'Allemagne sur ses possessions d'outre-mer a passé aux Principales Puissances alliées et associées. En vertu de leurs pouvoirs souverains, ces Puissances ont désigné les Mandataires chargés de l'administration des territoires cédés par l'Allemagne [...] Ce contrôle, portant sur la gestion entière et non sur certaines parties déterminées de l'administration du Mandataire, qui d'ailleurs n'agit qu'au nom de la Société des Nations, exclut toute idée que la souveraineté du territoire lui appartiendrait »³⁷¹.

Il est important de souligner que, conformément à un principe d'interprétation bien établi – déjà à l'époque – la pratique d'un organe d'une organisation internationale dans l'application d'une norme le concernant doit être prise en compte aux fins de l'appréhension de sa signification. Or, à cet égard, la CPM, comme le rappela l'un de ses membres (van Rees), « a toujours interprété le paragraphe 6 de l'article 22 du Pacte, dans ce sens que le territoire sous mandat doit être administré « *comme s'il* » faisait partie intégrante du territoire du pays mandataire »³⁷². Il s'ensuit que le Mandataire ne jouissait pas de la souveraineté sur le territoire dont il avait la tutelle. La CPM ne manqua dès lors aucune occasion pour réitérer l'intégrité du Mandat face aux tentatives de modification émanant de (certains) Mandataires.

³⁶⁷ *Journal Officiel de la S.d.N.*, février 1930, p. 70 [les italiques sont de nous].

³⁶⁸ Lettre du Gouvernement de l'Union sud-africaine (16 avril 1930) au Secrétaire général de la S.d.N., *Journal Officiel de la S.d.N.* juillet 1930, pp. 838-839.

³⁶⁹ Mémoire de M. van Rees, p. 217.

³⁷⁰ G. Distefano (2019), pp. 487-494.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 222 [les italiques sont de nous].

³⁷² CPM, P.V., 9^{ème} session (1926), p. 33 [les italiques sont de nous]. *Contra* Sir Hersch Lauterpacht, (1977), p. 67, selon lequel, cette phrase signifiait « a straightforward annexation ».

v. La pratique jurisprudentielle (internationale et des Etats)

1. Mandats de type A

L'interprétation littérale, corroborée par la jurisprudence interne des Etats tiers³⁷³, confirme l'absence d'une telle souveraineté : « *Syria and Lebanon ... are in accordance with the Covenant of the League of Nations, to be deemed to be independent States and persons of public international law...* »³⁷⁴. Même la jurisprudence interne des Mandataires, de la « communauté indépendante »³⁷⁵ ainsi que la doctrine³⁷⁶ sont très clairs à cet égard :

*« Palestine was not a territory transferred to Great Britain [...] The true effect of this [Article 5 du Mandat britannique sur la Palestine] is that his Britannic Majesty accepted the mandate in respect of Palestine and undertook to exercise it on behalf of the League of Nations in conformity with the provisions contained in it. There was no provision in art. 30 for the transfer of territory to Great Britain. If there had been, there would have been no need for the mandate »*³⁷⁷.

Sous l'éclairage d'autres décisions juridictionnelles internes³⁷⁸, le défaut d'*animus domini* et le caractère non *nullius* du territoire empêcheraient l'établissement de la souveraineté de la Puissance mandataire sur le territoire concerné ; par ailleurs, une éventuelle manifestation en ce sens par le Mandataire aurait été invalide car elle aurait été en contraste avec l'article 22 du Pacte et le mandat correspondant, titres de la présence du Mandataire sur le territoire. Cela ne signifie pour autant pas que « les communautés indépendantes » soient des Etats au sens du droit international³⁷⁹ ; pour qu'elles le deviennent, il faudra des actes internationaux supplémentaires qui auront comme effet celui de mettre fin au mandat et donc d'accompagner le « pays » à l'indépendance (comme ce sera pour l'Irak et de la Trans-Jordanie).

La jurisprudence internationale n'hésita en revanche pas à considérer les « communautés indépendantes » du défunt Empire ottoman comme des véritables Etats, en tous cas sous l'angle de la succession aux dettes de ce dernier³⁸⁰ : « Le paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte stipulait que « [l]e bien-

³⁷³ Alta Corte de Justicia de Uruguay, 7 mars 1928, 4 *ILR*, p. 47.

³⁷⁴ Antoine Bey Sabbagh v. Mohammed Pacha Ahmed and Others, Mixed Court of Mansura (Egypte), 15 novembre 1927, *ILR*, vol. 4, pp. 48-49.

³⁷⁵ « The Crown had not acquired full sovereignty by accepting the Mandate for Palestine ... », Attorney-General v. Goralschwili and Another, High Court of Palestine, 1925, 2 *ILR*, p. 48.

³⁷⁶ CPJI, Affaire des Concessions Mavrommatis, p. 81 (opinion dissidente du juge Bustamante).

³⁷⁷ The King v. Ketter, England, Court of Criminal Appeal, 21 février 1939, 9 *ILR*, pp. 47, 48 ; « Mandated Palestine was not regarded as a British Possession », Stampfer v. Attorney-General, Israel, Supreme Court sitting as the Court of Criminal Appeals, 4 janvier 1956, 23 *ILR*, p. 292 (opinion dissidente du juge Gotein).

³⁷⁸ The Egyptian Enterprise and Development Company v. Minister of War, France, Tribunal civil de la Seine, 1^{er} Mars 1937, 11 *ILR*, p. 54.

³⁷⁹ Voy. Klausner v. Levy, United States, District Court, Eastern District of Virginia, 10 mars 1940, 16 *ILR*, p. 39.

³⁸⁰ Ottoman Debt Arbitration (prés. M. Borel), 18 avril 1925, 3 *ILR*, p. 42.

être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation ». La seule limitation posée par le Pacte à la souveraineté et à l'indépendance pleine et entière du peuple palestinien était la tutelle temporaire confiée à la puissance mandataire »³⁸¹.

2. Mandats de type B et C

La jurisprudence interne des puissances mandataires n'est pas uniforme. Des tentatives y ont été faites afin de distinguer la cession à titre de souverain et celle grevée par les obligations découlant de l'institution mandataire :

*« Thus the title under which the territory is to be held as a mandated territory is different from that under which a territory transferred by simple cession would have been held. The article shows that the intention was to achieve a transfer of a territory without making that territory in the ordinary sense a possession of the mandatory. A territory which is a 'possession' can be ceded by a power to another power so that the latter power will have complete authority in relation to that territory [...] A mandated territory is not a possession of a power in the ordinary sense »*³⁸².

Le *ius disponendi* (le droit de disposer du territoire)³⁸³ – marque indélébile du droit de souveraineté – et le pouvoir de modifier son statut juridique³⁸⁴ font défaut à la Puissance mandataire. Les obligations qui lui incombent, et qui découlent conjointement de l'article 22 et du mandat lui-même, font obstacle à la reconnaissance de ce pouvoir : *« Consideration of the provisions of the Treaty Peace with Germany shows, I think, the mandated territories did not become possessions, in the ordinary sense, of the mandatory powers »*³⁸⁵ ; ou encore : *« The power and jurisdiction is ample, but the supreme principle is that Australia is unable to treat the territories as part of its own dominions, but it is subject to international duties of an onerous kind, including the duties of not attempting to alter or to derogate from the status of the territory under mandate »*³⁸⁶. La Haute Cour d'Australie conclut que *« it is impossible to believe that the acceptance by the mandatory power of its international trust – 'sacred trust' – in the interests of those who are 'not yet' able to stand by themselves in the modern world is to be regarded as a new method of 'acquisition' of territory by the mandatory power »*³⁸⁷. Dans la même veine, la Haute Cour de la

³⁸¹ CIJ, Mur en Palestine, 2004, p. 249 (opinion individuelle du juge Elaraby). Voy. aussi : *ibid.*, p. 237 (opinion individuelle du juge Al-Khasawneh).

³⁸² *Frost v. Stevenson*, Australie, High Court of Australia, 13 août 1937, 8 *ILR*, p. 105 (*Per Latham*).

³⁸³ Voy. G. Distefano (2002), p. 35.

³⁸⁴ « Thus, it appears that the only probable manner of changing the status of a mandated territory is through action of the League by amending art. 22 by admitting a mandatory community to its membership. Thus, the League of Nations seems competent and *alone competent* to change the status of territories now under Article 22 », Q. Wright, *The Mandates under the League of Nations*, Chicago, 1930, pp. 505, 506 [les italiques sont de nous].

³⁸⁵ *Frost v. Stevenson*, Australie, High Court of Australia, 13 août 1937, 8 *ILR*, p. 102 (*Per Latham*).

³⁸⁶ *Op.cit.*, p. 108 (*Per Evatt*).

³⁸⁷ *Op.cit.*, p. 109 (*Per Evatt*).

Nouvelle-Zélande affirma : « *Western Samoa, being a 'trust territory', is not British or New Zealand territory* »³⁸⁸.

D'autres interprétations juridictionnelles internes cachent mal la difficulté des tribunaux dans l'appréhension de l'institution mandataire montrant par là toute sa nouveauté révolutionnaire :

« *The Mandated Territory occupies a peculiar position : on the one hand it is a foreign country territorially vis-à-vis the Union, on the other hand, the Union Parliament has power of legislation in respect thereof, but the operative effect of such legislation within the Territory is not dependent upon conventions, or treaty or international law, but upon promulgation of the legislation within the Mandated Territory, or upon the Union Act incorporating the Mandated Territory as part of the Union Territory* »³⁸⁹.

La jurisprudence internationale – quant à elle – a été bien plus cohérente et constante dans la réfutation de toute souveraineté du Mandataire ; comme le dit la CIJ :

« Il ressort des termes de ce Mandat, ainsi que des dispositions de l'article 22 du Pacte et des principes qui y sont énoncés, que la création de cette nouvelle institution internationale n'impliquait ni cession de territoire ni transfert de souveraineté à l'Union sud-africaine »³⁹⁰.

B. L'administration fiduciaire du système des Nations Unies

*i. La succession des mandats dans l'Organisation des Nations Unies*³⁹¹

Comme la CIJ a pu l'affirmer en 1950, la dissolution de la S.d.N. n'emporta pas l'extinction du régime mandataire. Les effets juridiques créés conjointement par l'article 22 et par les accords de mandat demeuraient. A défaut de dispositions spéciales contenues dans le Pacte de la S.d.N. et dans les accords de mandat spécifiques, c'est le régime général, codifié à bien des égards par la CVDT 1969, qui s'applique, notamment la règle coutumière reflétée par son art. 70 § 1 lit. b)³⁹².

Lors de sa vingt-unième et dernière session ordinaire – en 1946 –, l'Assemblée discuta de la question relative à la dissolution du système des mandats. Une seule intervention est à recenser, celle du délégué égyptien, visant à ce que l'Assemblée prenne en compte le fait que la Palestine avait, du

³⁸⁸ *Annandale v. Collector of Customs, New Zealand Supreme Court of Wellington*, 8 novembre 1954, 22 *ILR*, p. 88.

³⁸⁹ *Faul v. South African Railways and Harbours, South West Africa, High Court*, 20-21 septembre 1948, 16 *ILR*, p. 40.

³⁹⁰ CIJ, Statut international du Sud-Ouest africain, p. 132.

³⁹¹ En général, à l'encontre de toute succession entre la S.d.N. et l'ONU, cf. : CIJ, Namibie 1971, pp. 227-252 (op. dissidente du juge Sir Gerald Fitzmaurice).

³⁹² Nous pouvons affirmer que le principe général sous-jacent à cette disposition avait un caractère coutumier à l'époque de la dissolution de la S.d.N.

point de vue intellectuel, économique et politique, « atteint un degré de développement tel qu'elle ne doit plus être placée sous un régime de mandat ou de tutelle, ni sous quelque autre régime de cet ordre qui puisse être envisagé »³⁹³. La demande n'ayant pas été formulée en tant qu'amendement, la résolution fut finalement adoptée à l'unanimité moins l'abstention – annoncée – de l'Égypte³⁹⁴.

La résolution adoptée par l'Assemblée de la S.d.N. le 18 avril 1946, par laquelle l'Organisation genevoise mettait un terme à son existence, se bornait, en ce qui concerne les Mandats, à « relever » l'identité entre les finalités de la S.d.N. et de l'ONU (aux chapitres 12 et 13 de la CNU). Cette résolution se fondait sur et, en même temps, jetait un pont vers l'article 80 de la Charte. Les Puissances mandataires décidèrent de continuer l'administration des territoires en conformité avec les principes du Mandat. La dissolution de la S.d.N. ne signifiait pas l'extinction des mandats³⁹⁵ : « elle [l'Assemblée] n'a pas dit que les Mandats eux-mêmes prendraient fin »³⁹⁶.

La saga du Sud-Ouest africain illustre à merveille les problèmes liés à la succession des mandats au sein de l'ONU. Le Gouvernement sud-africain avait à maintes reprises affirmé que ses obligations mandataires au sujet de l'Afrique du Sud-Ouest demeuraient en vigueur³⁹⁷. La fonction du contrôle était reprise, en conformité avec la résolution susmentionnée, par l'ONU, et plus précisément par l'Assemblée générale, dont la compétence « pour recevoir et examiner des rapports se dédui[s]ait des termes généraux de l'article 10 de la Charte qui autorise l'Assemblée générale à discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la Charte et à formuler sur ces questions ou affaires des recommandations aux Membres des Nations Unies »³⁹⁸. La CIJ s'exprima ainsi à cet égard :

« On peut donc affirmer que, malgré la dissolution de la Société des Nations, un accord unanime s'est produit parmi les Puissances mandataires dans le sens que les Mandats devaient continuer à être exercés conformément aux règles des accords de Mandat, en attendant que le régime de tutelle soit définitivement fixé »³⁹⁹.

Peut-on parler dès lors d'une succession automatique ? Voici les considérants de la CIJ :

³⁹³ A., 21^{ème} assemblée, 1946, séances plénières, p. 59 (séance du 18 avril 1946).

³⁹⁴ La tentative égyptienne d'établir un régime différent pour la Palestine mandataire fut évidemment répétée à San Francisco, mais elle aboutit également à l'échec (R. Russell, *A History of the United Nations Charter*, Washington, 1958, pp. 828-829). De peur de susciter la « Zionist opposition » (*loc. cit.*), il fut décidé de que d'autres consultations seraient menées et la discussion de la question renvoyée à plus tard.

³⁹⁵ D'où la différence avec l'institution du mandat en droit civil (voy. *supra* III.II.A.i).

³⁹⁶ CIJ, Statut international du Sud-Ouest africain, p. 134.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 135.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 137. Voy. *infra* note 414. *Contra* H. Kelsen (1950), pp. 598-599.

³⁹⁹ CIJ, Affaire du Cameroun septentrional, 1963, p. 160 (opinion dissidente du juge Bustamante).

« Il n'est donc ni très anormal, ni déraisonnable de voir dans l'Organisation des Nations Unies et dans le régime de tutelle respectivement le successeur de la Société des Nations et celui du système des Mandats. Nous ne pouvons cependant pas dire qu'il y ait eu en l'occurrence succession universelle au sens juridique. L'Organisation des Nations Unies n'est pas le légataire universel de la Société des Nations. On ne peut pas non plus dire que les dispositions afférentes au régime de tutelle s'appliquent au Mandat s'il n'y a pas eu au préalable d'accord de tutelle »⁴⁰⁰.

Par ailleurs, le préambule de certains accords de tutelle⁴⁰¹ contient une référence expresse aux mandats : « *in substitution for the terms of the mandate under which the territory has been administered* »⁴⁰².

Toutes les Puissances mandataires confièrent à l'administration de l'ONU les territoires dont elles avaient la tutelle, avec la notable exception de l'Union sud-africaine relativement à l'Afrique sud-occidentale⁴⁰³. De ce refus contrasté au consentement exprimé par les autres Puissances mandataires, l'on infère qu'il n'y eut pas de succession automatique et qu'il fallait à cet effet un accord entre la Puissance mandataire et l'ONU⁴⁰⁴. La Cour établit en 1950 qu'il n'existe pas d'obligation incombant aux Etats mandataires de *convertir* le mandat en *tutelle*⁴⁰⁵ : « Les territoires sous Mandat n'ont pas été soumis automatiquement par la Charte au nouveau Régime international de Tutelle »⁴⁰⁶. Une telle lecture est corroborée par la prise en compte de l'article 80, § 2, de la CNU et de la Résolution du 9 février 1946, par laquelle l'AG

⁴⁰⁰ CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1966, p. 274 (opinion dissidente du juge Tanaka).

⁴⁰¹ A titre d'exemple : la Nouvelle-Guinée et les Îles Samoa.

⁴⁰² « [T]he Mandate has been superseded by the present Trusteeship Agreement by means of which territories originally held under Mandate from the League of Nations can be placed under the international trusteeship of the General Assembly of the United Nations in accordance with Articles 75 and 77 of the United Nations Charter. The text of the present Trusteeship Agreement follows the pattern of the old Mandate », *Maleksultan v. Jeraj*, East Africa, Court of Appeal of Nairobi, 22 janvier 1955, 22 *ILR*, p. 86.

⁴⁰³ Dans ce cas, « [l]e système de tutelle des Nations Unies n'a pas remplacé le Système des Mandats ; ce dernier demeure en vigueur en ce qui concerne le Sud-Ouest africain », Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif du 7 juin 1955 : *CIJ. Recueil 1955*, pp. 96-97 (opinion individuelle du juge Sir Hersch Lauterpacht). De même : *Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 138. Il est indubitable que la dissolution de la S.d.N. (avec son système des mandats) un an avant l'introduction du système de tutelle laissa un intergène qui fut utilisé sans scrupules par l'Union sud-africaine afin de légitimer l'annexion du Sud-Ouest africain.

⁴⁰⁴ La Cour a cependant démontré, dans les différentes espèces qui ont émaillé le différend relatif au territoire mandataire, que l'Union sud-africain avait reconnu, par ses comportements, la compétence des Nations Unies de surveillance.

⁴⁰⁵ CIJ, Statut international du Sud-Ouest africain, pp. 140, 144. *Contra* opinion dissidente du juge Alvarez, *ibid.*, pp. 183-184 ; opinion dissidente du juge De Visscher, *ibid.*, p. 186 ; opinion dissidente du juge Krylov, *ibid.*, p. 191 ; CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1962, p. 366 (opinion individuelle du juge Bustamante), selon lequel, l'obligation pour le Mandataire de placer le Territoire sous le régime de tutelle doit au contraire être recherchée dans la qualité de membre de l'ONU et d'en avoir « assumé toutes les obligations qui en découlent ; et, par conséquent, si un de ces Etats Membres est un mandataire, il a accepté au préalable et librement l'obligation de renouveler ou de transformer le Mandat en accord de tutelle »).

⁴⁰⁶ CIJ, Statut international du Sud-ouest africain, p. 138. La décision de la Cour, exprimée dans la réponse à la Question b), fut adoptée par huit voix contre six. *Contra* « Il ne peut y avoir de solution de continuité dans l'exercice de cette mission » (opinion dissidente du juge Alvarez, *ibid.*, p. 182).

invitait les Etats mandataires à « prendre, de concert avec les autres Etats directement intéressés, les mesures nécessaires pour l'application de l'article 79 ». L'interprétation systémique de ces deux textes montre qu'il n'y aucune obligation pour les Etats mandataires de conclure un accord de tutelle :

« *The trusteeship system did not automatically replace the mandate system, and the United Nations did not succeed to the rights of the League of Nations as to the former mandated territories* »⁴⁰⁷.

Seuls les mandats de type B et C furent concernés par la succession entre organisations internationales⁴⁰⁸, étant donné que « les communautés indépendantes » de l'Empire ottoman, en d'autres termes les Mandats de type A, accédèrent toutes à l'indépendance avant l'établissement du régime de tutelle de l'ONU (hormis le cas notoire de la Palestine). S'ajoutèrent aux Mandats de type B et C les territoires coloniaux du Japon et de l'Italie, que les Puissances alliées voulaient soumettre à l'administration des Nations Unies (art. 77 § 1 lit. c de la CNU). Un seul territoire colonial, soustrait à l'une des Puissances vaincues (l'Italie)⁴⁰⁹, c'est-à-dire la Somalie, fut placé sous le régime de tutelle. Etant donné que la Somalie fut confiée à la tutelle de l'ancienne puissance coloniale⁴¹⁰, le Conseil de tutelle, qui avait élaboré le projet d'accord, s'arrogea des pouvoirs très étendus en conformité avec la lettre et surtout l'esprit du régime de tutelle. En témoigne le fait que l'Italie était assistée (et surveillée) – dans l'exercice de sa fonction de tutelle – par un Conseil consultatif comprenant les Philippines, la Colombie et l'Egypte⁴¹¹.

Toutefois, l'absence d'une succession automatique ne portait nullement atteinte à la persistance des obligations à la charge du Mandataire qui aurait choisi de ne pas placer le territoire sous le régime de tutelle. Les obligations restent les mêmes, avec substitution des organes de contrôle à la suite de la dissolution de la S.d.N.⁴¹². Sur ce dernier point, la CIJ fut sollicitée à maintes reprises, nous livrant ainsi un impressionnant affinage jurisprudentiel. L'absence d'une obligation de transférer les territoires concernés au système

⁴⁰⁷ H. Kelsen (1950), p. 596.

⁴⁰⁸ « It must also be borne in mind that Tanganyika was then being administered in accordance with Article 22 of the Covenant of the League of Nations under a Mandate conferred on the King of England, that the Mandate has been superseded by the present Trusteeship Agreement by means of which territories originally held under Mandate from the League of Nations can be placed under the international trusteeship of the General Assembly of the United Nations in accordance with Articles 75 and 77 of the United Nations Charter. The text of the present Trusteeship Agreement follows the pattern of the old Mandate and will be found at p. 1 of Vol. V of the current Laws of Tanganyika and one of the principal objects of the Mandate is the government of the territory in the interest of the inhabitants of the territory », *Maleksultan v. Jerai*, East Africa, Court of Appeal of Nairobi, 22 janvier 1955, *ILR*, vol. 22, p. 86.

⁴⁰⁹ Par l'article 23 du Traité de paix de 1947 avec l'Italie, cette dernière renonçait à tous ses droits et titres sur son ancienne colonie.

⁴¹⁰ Faut-il préciser que, à l'époque où la tutelle sur la Somalie fut établie, l'Italie n'était pas membre de l'ONU.

⁴¹¹ Voy. la résolution 289 (IV) adoptée le 21 novembre 1949 par l'AG.

⁴¹² CIJ, Statut international du Sud-Ouest africain, pp. 137-138 ; CIJ, Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif du 1^{er} juin 1956 : *CIJ Recueil* 1956, p. 27.

de tutelle et le refus de l'un des Mandataires (l'Union sud-africaine) soulevèrent la question de la persistance du contrôle. Question épineuse, car l'accord de mandat en question n'était que le dernier vestige d'un système complexe ayant complètement disparu. Une fois affirmé la persistance des obligations mandataires et aussi longtemps que l'ancienne puissance mandataire occupait le territoire namibien, la question du contrôle de la gestion mandataire se posait ainsi dans toute son acuité. Il fallait réinventer un système de contrôle dans lequel il aurait été possible d'enchaîner ce mandat.

Dans son avis de 1955 (*Procédure de vote*), la Cour avait affirmé que : « [...] la compétence de l'Assemblée générale pour exercer une surveillance sur l'administration du Sud-Ouest africain en tant que territoire sous mandat est fondée sur les dispositions de la Charte »⁴¹³ ; les dispositions en question étaient celles relatives aux prérogatives de l'Assemblée, et notamment l'article 10 de la CNU⁴¹⁴. L'idée sous-jacente à cette succession – inédite, imprévisible et, pour certains, *inouïe*⁴¹⁵ – résidait dans l'existence d'une Communauté internationale⁴¹⁶ représentée et agissant d'abord par la S.d.N., ensuite par l'ONU. De plus, il y avait une succession entre organisations internationales, et ce alors que la CIJ venait à peine de déclarer que l'ONU possédait la personnalité juridique internationale, qui plus est objective⁴¹⁷. La Cour est très claire à ce propos :

« [I]l faut voir avant tout dans l'organisation des Nations Unies, *successeur de la Société des Nations, agissant par l'intermédiaire de ses organes compétents*, l'institution de surveillance qui a compétence pour se prononcer, en cette qualité, sur le comportement du mandataire à l'égard de ses obligations internationales et pour agir en conséquence »⁴¹⁸.

Plus récemment, la CIJ tint à préciser que l'ONU – et notamment mais pas exclusivement l'AG – avait un intérêt juridique dans la résolution de la question palestinienne : « La responsabilité de l'Organisation à cet égard trouve également son origine dans le mandat et dans la résolution relative au plan de partage de la Palestine. Cette responsabilité a été décrite par l'Assemblée générale comme « une responsabilité permanente à assumer en ce qui concerne la question de Palestine jusqu'à ce qu'elle soit réglée sous tous

⁴¹³ CIJ, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif du 7 juin 1955 : *Recueil de la CIJ* 1955, p. 76.

⁴¹⁴ « La compétence de l'Assemblée générale des Nations Unies pour exercer un tel contrôle et pour recevoir et examiner des rapports se déduit des termes généraux de l'article 10 de la Charte qui autorise l'Assemblée générale à discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la Charte et à formuler sur ces questions ou affaires des recommandations aux Membres des Nations Unies », CIJ, Statut international du Sud-ouest africain, p. 137.

⁴¹⁵ CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1962, pp. 611-613 (opinion dissidente du juge ad hoc Van Wyk).

⁴¹⁶ « Responsibility for the supervision and proper enforcement of the Mandate for South West Africa lay with the international political community acting under the aegis of the United Nations General Assembly », *Binga v. Administrator-General for South-West Africa and Others*, South West Africa, Supreme Court, 22 juin 1984, 82 *ILR*, p. 466.

⁴¹⁷ CIJ, Réparations des dommages, p. 185.

⁴¹⁸ CIJ, Namibie 1971, § 103, pp. 49-50 [les italiques sont de nous].

ses aspects de manière satisfaisante et dans le respect de la légitimité internationale » (résolution 57/107 de l'Assemblée générale, en date du 3 décembre 2002) »⁴¹⁹. Si l'AG put procéder au partage de la Palestine mandataire, c'est parce qu'elle en avait hérité le titre de la S.d.N.

*ii. Affinités et différences par rapport à l'administration sous tutelle instaurée par la Charte des Nations Unies*⁴²⁰

Le Comité de négociation à San Francisco chargé de la discussion et de la rédaction des chapitres consacrés au système de tutelle de l'ONU estima que, à tous égards, les expressions « trusteeship » et « tutelle internationale » étaient synonymes⁴²¹ : « Il n'est pas exagéré d'affirmer que l'article 76 sur les fins du régime de tutelle est en filiation directe avec l'article 22 du Pacte de la S.d.N. »⁴²². En conséquence, cette institution fut introduite dans la Charte par analogie *et* dans le sillage du système des mandats, même en l'absence de toute succession automatique (*supra* III.II.B.i). La CIJ s'exprima ainsi sur la genèse des mandats et des tutelles, ainsi que sur les rôles joués respectivement par l'ONU et par la S.d.N.⁴²³ :

« Les accords de tutelle ont été négociés aux Nations Unies à partir de 1946 dans des conditions totalement différentes de celles dans lesquelles les accords de Mandat avaient été négociés en 1919 et pendant les années suivantes. Comme on l'a vu, l'accord s'est d'abord réalisé en 1919 sur les territoires à placer sous Mandat, après quoi les termes des Mandats ont été mis au point par la Commission Milner en 1919 puis approuvés par le Conseil des chefs de délégation à la conférence de la paix. Bien que l'Assemblée de la Société des Nations ait insisté plus tard pour connaître le texte des projets, les Principales Puissances alliées et associées ont établi d'un commun accord le libellé des Mandats que le Conseil de la Société des Nations a ensuite confirmé ; les Puissances ne se sont pas prêtées à un débat contradictoire à l'Assemblée »⁴²⁴.

La CIJ. se plut de rappeler, au sujet du mandat sud-africain, qu'« [u]ne fois la Société des Nations dissoute, la même idée et les mêmes principes ont été repris sous la forme du « régime international de tutelle » prévu dans la Charte des Nations Unies »⁴²⁵. L'Assemblée de la S.d.N. elle-même, par sa résolution de la vingt-unième (et dernière) séance portant extinction du système des mandats, reconnut : « que la dissolution de la Société des Nations mettra fin à ses

⁴¹⁹ CIJ, *Mur en Palestine*, 2004, § 49, p. 159.

⁴²⁰ Voy. R.N. Chowdhuri, *International Mandates and Trusteeship Systems*, La Haye, 1955 ; L. Gross, *U.N. Trusteeship and League of Nations Mandate System*, Oxford, 1948 ; A. Messineo, « Dal mandato all'amministrazione fiduciaria », *Civiltà cattolica*, 1948, pp. 579-645.

⁴²¹ Huitième séance du Comité II/4 (22 mai 1945), vol. 10, p. 471.

⁴²² M. Glele-Ahahanzo, « Article 76 », in *Commentaire de la Charte de des Nations Unies*, 2^{ème} éd., Paris, 1991, p. 1124.

⁴²³ Voy. en général : D. S. Leeper, « Trusteeship compared with Mandate », *Michigan Law Review*, vol. 50 (1951-1952), pp. 1199-1210.

⁴²⁴ CIJ, *Affaires du Sud-Ouest africain*, 1966, p. 408 (opinion dissidente du juge Jessup).

⁴²⁵ *Ibid.*, 1966, p. 265 (opinion dissidente du juge Tanaka).

fonctions en ce qui concerne les territoires sous mandat, mais note que des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 du Pacte sont incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies »⁴²⁶.

La tutelle a été introduite par la Charte afin d'établir un régime plus avantageux que celui relatif aux « territoires non autonomes », pour lesquels le mot clé « indépendance » ne fut pas employé. Les territoires placés sous le régime de tutelle étaient distincts des territoires non autonomes par leurs caractéristiques et leurs origines : ils avaient déjà fait l'objet d'un *international concern*, puisqu'ils étaient sous régime mandataire. Toutefois, l'accélération du processus d'émancipation des « territoires non autonomes » (les colonies des vainqueurs) fera bénéficier finalement l'administration fiduciaire des avancées des premiers. Quelques mots sur le système de tutelle instauré par la Charte, sous lequel furent placés les territoires sous mandat, s'imposent.

L'article 73 joue le même rôle que l'article 22 du Pacte et évoque même le caractère « sacré » de la mission de tutelle. Aux termes de cette disposition, les Etats (puissances coloniales) s'engageaient à promouvoir le progrès politique, économique et social des populations concernées. Le pouvoir de contrôle, exercé par l'AG, était particulièrement restreint et se fondait sur l'article 10 de la Charte, c'est-à-dire sur les compétences générales de l'Assemblée. La pratique applicative subséquente de ces dispositions montre une opposition entre les Etats concernés et l'AG, celle-ci désirant s'arroger des compétences de plus en plus larges en matière de possessions coloniales. La pratique de l'organe plénier de l'ONU a engendré une norme interdisant aux Etats concernés d'entraver l'accès des territoires coloniaux à l'indépendance. En effet, la Résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 fut rapidement considérée comme le reflet du droit international général⁴²⁷. De surcroît, la rédaction floue de l'article 79 de la Charte a favorisé la « mission décolonisatrice » de l'ONU⁴²⁸.

L'article 77 était, dans l'intention des négociateurs à San Francisco, la disposition « fondamental[e] du présent chapitre [chapitre XII] »⁴²⁹. Cette disposition énumère les catégories de territoires susceptibles d'être placés sous le système. Il introduit l'exigence d'un « accord de tutelle » déterminant « dans quelles conditions » ces territoires y seront soumis. A la différence du système des mandats, où la typologie variable était établie dans le Pacte lui-même, dans le système de la Charte celle-ci reste à cet égard silencieuse, la typologie étant définie à *la carte* par chaque « accord de tutelle ». Même si le

⁴²⁶ « Résolution portant dissolution du système des Mandats », adoptée le 18 avril 1946 par la 21^{ème} assemblée de la S.d.N., A., 21^{ème} assemblée, 1946, séances plénières, pp. 278-279 [Annexe 27].

⁴²⁷ Voy. *supra* II.II.A.i.

⁴²⁸ J.-R. Henry, « Article 79 », in *Commentaire de la Charte de des Nations Unies*, 2^{ème} éd., Paris, 1991, pp. 1152-1153.

⁴²⁹ Projet de rapport du Comité II/4, vol. 10, p. 626.

régime de tutelle, à la différence de celui des mandats, n'établissait en soi qu'un régime unique, les territoires concernés furent dès lors finalement soumis à des conditions et des modalités différentes les uns des autres.

L'article 80 § 1 de la CNU vise à garantir les droits des peuples des territoires soumis à mandat qui n'ont pas encore été placés sous le système de tutelle. Cette disposition constituera l'obstacle juridique infranchissable à l'annexion par l'Union sud-africaine du Sud-Ouest africain (Namibie). Il dispose que le système de tutelle ne portera pas atteinte aux droits que tout peuple ou Etat pourrait avoir en vertu d'« actes internationaux en vigueur auxquels les Membres de l'Organisation peuvent être parties ». A San Francisco, lors de la discussion du futur article 80, il avait été proposé d'insérer une « référence expresse au paragraphe 4 de l'Article 22 du Pacte de la Société des Nations. On a objecté à cette proposition qu'il serait inopportun de citer expressément un instrument international auquel toutes les Nations Unies n'étaient pas parties »⁴³⁰. Il ressort également des travaux préparatoires, ainsi que de l'interprétation littérale et contextuelle, que les droits mentionnés dans cette disposition sont *tous* les droits découlant de l'article 22 *et* de son application subséquente par les Etats, ainsi que par les organes compétents de la S.d.N. L'article 80 fera l'objet d'une interprétation judiciaire impressionnante, de nature contentieuse et consultative, dans les avis consultatifs de la CIJ de 1950 et de 1955, ainsi que de son arrêt de 1956. L'article 80, avec l'accession à l'indépendance de la Namibie, est désormais caduc au sens de l'article 61 de la CVDT 1969. En un sens, cette disposition achève définitivement la « mission sacrée de civilisation », initiée par l'article 22 du Pacte.

1. Affinités avec le système des Mandats

Au point de vue territorial, l'extension du système de tutelle des Nations Unies coïncide avec celui des mandats, à la notable exception des mandats de type A. A l'instar du système des mandats – davantage encore suite à l'extinction des mandats de type A –, le système de tutelle se concentre de manière prédominante sur le continent africain, avec aussi quelques territoires coloniaux dans le Pacifique (les anciennes possessions japonaises)⁴³¹.

A la Conférence de San Francisco, la finalité politique du système de tutelle domina les débats relatifs aux territoires non autonomes. Un clivage se dessina au sein des Cinq Grands, d'une part les Puissances coloniales et, de l'autre, celles qui ne l'étaient pas. La solution finalement adoptée reflète le compromis

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 591.

⁴³¹ « Kwajalein was formerly part of the Japanese mandated group under the League of Nations. Following World War II, the Marshall, Caroline and Marianas Islands (excepting Guam, at that time a possession of the United States) passed to the United Nations as successor to the League of Nations », Application of Reyes, United States, District Court, District of Hawaii, 12 avril 1956, 23 *ILR*, p.36 [les italiques sont de nous].

auquel les négociations aboutirent : le Chapitre XII évoque à la fois « la capacité à s'administrer eux-mêmes [self-government] et l'indépendance » (article 76 lit. b), alors que le Chapitre XI ne vise que les « populations [qui] ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes [self-government] » (article 73).

Le système finalement établi reprend la procédure en deux étapes⁴³² : la première, politique, consiste dans l'accord par les « Puissances, sorties vainqueuses de la guerre » sur la désignation de « l'autorité administrante du territoire ». La seconde voit l'ONU prendre le relais « pour donner son label à cet accord, l'approuver et éventuellement le corriger »⁴³³. Quant à l'accord de tutelle, étant donné « [sa] nature double, à la fois contractuelle et 'quasi légale' »⁴³⁴, il n'est pas sans rappeler l'accord de mandat, avec sa double nature conventionnelle et institutionnelle (*supra* III.II.A.i)⁴³⁵. L'administration pouvait être confiée à plusieurs Etats. Nauru fut placée sous l'administration conjointe de l'Australie, de la Grande-Bretagne et de la Nouvelle-Zélande⁴³⁶. Dans ces cas, « l'autorité chargée de l'administration [...] ne jouissait pas d'une personnalité juridique internationale distincte de celle des Etats ainsi désignés »⁴³⁷. La responsabilité était alors « conjointe » et « solidaire »⁴³⁸.

Les finalités des deux systèmes sont les mêmes⁴³⁹. Dans une perspective historique, on peut estimer que l'identité entre les deux régimes représente un pas en arrière, étant donné que le contexte normatif et factuel avait considérablement changé entre les deux après-guerres. En d'autres termes, le maintien du système revient à dire que le régime de tutelle a certes consolidé les acquis de la S.d.N., mais sans l'améliorer ni le mettre au diapason avec les nouvelles exigences de la Communauté internationale. A l'instar du système des mandats, le régime des accords de tutelle a une « nature essentiellement dynamique »⁴⁴⁰, dans la mesure où ils étaient censés évoluer en fonction des résultats à atteindre. Les limitations à l'exercice des compétences de l'autorité chargée de l'administration ne sont pas dissemblables de celles qui grevaient autrefois la Puissance mandataire.

⁴³² « L'accord de tutelle, à sa naissance, est une institution qui a déjà un passé. Elle s'inspire incontestablement de l'expérience de la S.d.N. en matière d'élaboration des mandats, et reproduit globalement le mécanisme à deux temps, que les dispositions du Pacte corrigées par la pratique avaient dégagé », J.-R. Henry (1991), p. 1144.

⁴³³ *Loc.cit.*

⁴³⁴ CIJ, Certaines terres à phosphates à Nauru, p. 278 (opinion individuelle du juge Shahabuddeen).

⁴³⁵ « [T]he régime of Trusteeship Administration is *connected* like that under the former Mandate system, with the Anglo-Saxon *legal institution of trusteeship*, which consists in entrusting the full administration of property to a person for the benefit of a third person », *Società A.B.C. v. Fontana and Della Rocca*, Italie, Corte di Cassazione (Sezioni riunite), 10 août 1954, 22 *ILR*, p. 77 [les italiques sont de nous].

⁴³⁶ CIJ, Certaines terres à phosphates à Nauru, §§ 43-47, pp. 257-258.

⁴³⁷ *Ibid.*, § 47, p. 258.

⁴³⁸ *Ibid.*, pp. 285-286 (opinion individuelle du juge Shahabuddeen).

⁴³⁹ J.L. Brierly (1963), p. 181.

⁴⁴⁰ G. Vedovato, « Les accords de tutelle », *RCADI*, vol. 76 (1950-I), p. 642.

A l'autorité administrante incombait d'abord le devoir de développer le progrès social et économique du territoire. Une résolution a été adoptée par l'Assemblée générale le 15 novembre 1949, par laquelle le seul organe plénier de l'ONU priait le Conseil de tutelle de « demander aux autorités chargées de l'administration d'étudier la possibilité d'inclure, dans le programme d'études des écoles des territoires sous tutelle, l'enseignement sur l'Organisation des Nations Unies, le régime international de tutelle et le statut spécial des territoires sous tutelle, et, à cette fin, de recourir, si elles le jugent souhaitable, à la collaboration que pourrait leur apporter l'Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture »⁴⁴¹. Par ailleurs, la Charte des Nations Unies impose aux Etats administrant les territoires non autonomes la « mission sacrée [...] de favoriser [la] prospérité [des territoires] » (article 73 CNU).

La CIJ se voit attribuer le même pouvoir de constatation des violations des accords de tutelle dont jouissait sa devancière : 8 des 11 accords de tutelle comportaient une clause compromissoire en tous points identiques à celle autrefois insérée dans les accords de mandat. La clause juridictionnelle insérée dans les Mandats se retrouve dans les accords de tutelle prévus par le système de la Charte⁴⁴² bien que, comme il a été remarqué, le « contexte n'est pas le même »⁴⁴³. La CIJ fut appelée – sur la base de la clause compromissoire insérée dans l'accord de mandat sud-africain – à connaître de pas moins de 5 fois (1950, 1955, 1956, 1962 et 1971), à la fois dans l'exercice de sa fonction contentieuse et de celle consultative, du mandat de la S.d.N. confié à l'Union sud-africaine. La portée de la clause juridictionnelle fut ainsi délimitée par la CIJ :

« En conséquence, si l'on tenait pour exacte dans son principe la thèse que les demandeurs soutiennent en l'espèce, thèse fondée essentiellement sur l'existence et les termes de la clause juridictionnelle et aussi l'hypothèse erronée d'après laquelle cette clause pourrait en soi conférer des droits au fond, on serait amené à conclure que les Membres des Nations Unies ont individuellement un droit ou intérêt juridique au regard de la gestion et de l'administration du *trust* pour certaines tutelles et non pour les autres, alors que celles-ci sont des tutelles exactement au même titre et ne correspondent pas moins à une 'mission sacrée de civilisation'. Cette conclusion frappe encore davantage si l'on songe que les accords de tutelle ne comportant pas de clause juridictionnelle concernent trois anciens Mandats C pour la région du Pacifique, c'est-à-dire des territoires habités précisément par les peuples les moins développés et les moins 'capables de se diriger eux-mêmes' »⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Paragraphe 2 de la résolution 320 (IV) du 15 novembre 1949 (« Progrès politiques des Territoires sous tutelle »).

⁴⁴² Voy. CIJ, Cameroun septentrional, pp. 25-26.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 65 (opinion individuelle du juge Sir Percy Spender).

⁴⁴⁴ CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1966, § 95, pp. 49-50.

Le système de tutelle prévoyait un questionnaire à remplir par l'autorité administrante dans le cadre de la rédaction des rapports envoyés au Comité de tutelle.

A l'instar du Secrétariat de la S.d.N., dont la Section des Mandats était l'une des onze qui le composaient, le Département des Territoires sous tutelle constitue l'un des huit principaux départements du Secrétariat de l'ONU.

En ce qui concerne la terminaison des accords de tutelle, seule la Chine parmi les Cinq Grands, proposa, lors des négociations à San Francisco, « *to provide for action against violation of a trust agreement* »⁴⁴⁵. L'Égypte également, rappelant la violation par le Japon des obligations mandataires et l'impuissance des organes de la S.d.N., appuyait le pouvoir de l'ONU d'éteindre unilatéralement un accord de tutelle. La Grande-Bretagne et les États-Unis s'y opposèrent, en arguant du caractère conventionnel de ce dernier. Sur ce point, la CNU ne marqua guère un progrès par rapport au système mandataire. Dans le silence des textes, d'aucuns ont prétendu, d'ailleurs à tort, que l'accord de tutelle est irrévocable. Cette argumentation, soutenue par G. Vedovato⁴⁴⁶, est spécieuse dans la mesure où elle s'appuie sur l'exemple de l'administration italienne de la Somalie. Or, celle-ci représente, comme nous l'avons entrevu, un cas *sui generis*.

2. Différences avec le système des Mandats

Le Secrétaire général de l'ONU, Trygve Lie, s'exprima ainsi lors de l'inauguration du Conseil de tutelle le 26 mars 1947 : « The International Trusteeship System is no more prolongation of the Mandates System under the League of Nations. It is a new system of international supervision. Its scope is wider, its power broader, and its potentialities far greater than those of the Mandates System »⁴⁴⁷. L'un des juges de la CIJ renchérit, en affirmant que « le régime de tutelle [est], par sa nature, par sa portée, par sa structure et par son fonctionnement, différent du système des Mandats et la surveillance de l'administration des territoires sous tutelle [est] en conséquence beaucoup plus large et effective que ne le fut celle des territoires sous Mandat [...] »⁴⁴⁸.

Deux chapitres et 17 articles au lieu d'un seul : l'arithmétique trahit à elle seule la différence d'approche entre les deux institutions. Elle est à l'image des deux traités fondateurs : « *The complexity and variety of the Trusteeship problems forced the General Assembly, unlike the League Assembly, to create a multiplicity of subsidiary bodies under Article 22 of the Charter* »⁴⁴⁹. Ce

⁴⁴⁵ R. Russell, (1958), p. 836.

⁴⁴⁶ G. Vedovato, (1950), p. 643.

⁴⁴⁷ Cité in : R. N. Chowdhuri (1955), p. 300.

⁴⁴⁸ CIJ, Cameroun septentrional, p. 46 (op. individuelle du juge Wellington Koo) ; de même l'opinion dissidente du juge Beba Don jointe à ce même arrêt (*ibid.*, p. 184).

⁴⁴⁹ R. N. Chowdhuri (1955), p. 155.

besoin est difficilement compréhensible : le nombre de territoires sous tutelle n'avait pas augmenté par rapport à ceux placés sous mandat. En conclusion, sur un plan de stricte efficacité institutionnelle, il n'est pas complètement faux d'affirmer que la rachitique S.d.N. ne faisait pas forcément moins bien que l'hypertrophique ONU. Quelles différences apparaissent entre les deux systèmes ?

Par rapport aux territoires sous mandat, disparaît l'interdiction faite à la Puissance mandataire d'ériger des fortifications, des bases navales et d'autres installations militaires, ainsi que l'entraînement militaire des indigènes (art. 22 § 5).

Alors que les Etats étaient libres, conformément à l'article 77 de la CNU, de placer certains territoires sous le régime de tutelle, les Principales Puissances alliées et associées, comme le témoignent les articles des traités de paix mettant fin à la Première guerre mondiale, s'étaient engagées à soumettre certains territoires, peuples et communautés au système des mandats. A bien des égards, le régime de la Charte constitue un pas en arrière par rapport à l'état d'esprit qui présida la Conférence de la paix en 1919 (voy. *supra* III.II.A.i). Un autre pas en arrière est à enregistrer dans la mesure où l'article 22 prévoyait que les « vœux » des communautés indépendantes (mandats de type A) devaient être pris « d'abord en considération pour le choix du mandataire » (§ 4). Rien de tel ne figure dans l'article 81 de la CNU, aux termes duquel l'accord de tutelle désignera l'autorité qui administrera le territoire. La désignation relève de la compétence exclusive conjointe des Etats directement concernés et de l'ONU. Certes, on pourrait arguer que ceci ne concernait que les « communautés indépendantes », dont le degré de développement était assurément plus élevé que celui de tout autre peuple habitant les territoires à placer sous le régime de tutelle. Il n'empêche que le texte du Pacte allait plus loin que celui de la Charte. De plus, à la différence des mandats, les accords de tutelle se sont bornés à confirmer la « possession » *durante bello* du territoire, en lui attribuant un autre titre juridique, celui du *trusteeship*. Alors que l'ONU doit approuver les accords de tutelle, dans le système de la S.d.N. le Conseil jouissait, conformément au paragraphe 8 de l'article 22 (voy. *supra* III.II.A.ii), du pouvoir de définir le contenu de l'accord de mandat⁴⁵⁰.

La Charte, à la différence du Pacte, n'énumère pas les qualités que doit posséder l'autorité chargée de l'administration fiduciaire. A la différence des mandats, l'administration peut être confiée à un Etat, à un groupe d'Etats ou

⁴⁵⁰ « La Charte de San Francisco représente un progrès très net sur le Pacte de la Société des Nations quant au développement de l'institution protectrice des pays non indépendants, sous-développés ou ex-coloniaux », CIJ, Affaires du Sud-Ouest africain, 1962, p. 365 (opinion individuelle du juge Bustamante).

encore à l'ONU même⁴⁵¹ (art. 81 CNU). A cet égard, la Charte représente une innovation certaine par rapport au Pacte. Elle reprend l'idée de l'internationalisation des territoires mandataires, telle qu'elle avait germé lors des travaux préparatoires à Paris avant d'être finalement rejetée. Comme il a été écrit, à propos du système mandataire : « L'évolution du système doit donc être recherchée *dans l'exercice direct de cette mission par les organisations internationales existantes* ou à venir, qui ne disposent pas, malheureusement, aujourd'hui, que d'un droit de contrôle purement moral, peut-être efficace, mais dépourvu de forces coercitives dont il a un urgent besoin »⁴⁵². Toutefois, l'hypothèse mineure envisagée par l'article 81 de la CNU, prévoyant l'administration directe de « l'Organisation elle-même », ne se réalisa jamais. L'exemple se rapprochant le plus de ce cas de figure a été celui de la Somalie, où l'Italie, ancienne puissance coloniale, était assistée et surveillée par un groupe d'Etats – l'Egypte, la Colombie et les Philippines – composant un Conseil consultatif⁴⁵³.

Dans toutes les dispositions relatives au régime de tutelle apparaît désormais le substantif « administrer » ainsi que le verbe qui en dérive. Le flou régnant sur la question de la titularité de la souveraineté dans le régime mandataire (voy. *supra* III.II.A.iv) est définitivement dissipé. L'autorité (autrefois « la puissance ») administrante ne jouit pas de la souveraineté, mais est autorisée par l'accord de tutelle ainsi que par l'article 81 à « administrer » le territoire. Une partie non minoritaire de la doctrine a d'ailleurs soutenu, correctement, la souveraineté des pays sous tutelle⁴⁵⁴. Une certaine jurisprudence interne est allée jusqu'à affirmer la souveraineté de l'ONU : « *Kwajalein Island as part of a Trust Territory, was primarily under the sovereignty and jurisdiction of the United Nations and was accordingly foreign territory for immigration purposes* »⁴⁵⁵.

De surcroît, l'appareillage institutionnel des mandats s'est enrichi par un corps normatif établissant les règles et les finalités poursuivies. Qu'il suffise de penser à la Déclaration de 1960 (résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960), relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux. Il est indubitable que le nouveau paradigme des droits de l'homme a influencé le régime de tutelle de l'ONU⁴⁵⁶. Dans la même veine, l'AG a réitéré la fin ultime et la raison d'être de ce système dans sa : « Le manque de préparation

⁴⁵¹ Ce dernier cas de figure met en exergue le caractère anticolonialiste de la CNU et de l'ONU. En sus d'une administration quelque peu diluée du Congo, les NU ont assumé le contrôle direct, quoique pour une période intérimaire, de la Nouvelle Guinée hollandaise (ou Irian occidental), avant son transfert sous souveraineté indonésienne.

⁴⁵² L. Comisetti (1934), p. 153.

⁴⁵³ Résolution 289 (IV) de l'AG de l'ONU (21 novembre 1949).

⁴⁵⁴ S. Krylov, « Les notions principales du droit des gens : la doctrine soviétique du droit international », in *RCADI*, vol. 70 (1947-I), p. 472 ; J. Roche, « La souveraineté dans les territoires sous tutelle », *RGDIP*, vol. 59 (1954), p. 167 ; G. Dahm, *Völkerrecht*, vol. 1, Stuttgart, 1958, p. 71 (qui parle de sujet *sui generis*).

⁴⁵⁵ *Ardanas v. Hogan, United States, District Court, District of Hawaii*, 11 et 29 octobre 1957, 24 *ILR*, p. 58.

⁴⁵⁶ Voy. R. Brunet, *La garantie internationale des droits de l'homme*, Genève, 1947, pp. 127-140.

dans les domaines politique, économique ou social ou dans celui de l'enseignement ne doit jamais être pris *comme prétexte pour retarder l'indépendance* » (§ 3)⁴⁵⁷. Encore plus clairement, au paragraphe 5 : « Des mesures immédiates seront prises, *dans tous les territoires sous tutelle*, les territoires non autonomes et tous les autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires [...] afin de leur permettre de jouir d'une indépendance et d'une liberté complètes ». En fonction du contexte normatif et historique différent, l'AG adopta un rôle très actif dans la gestion de la tutelle. Cette nouvelle dynamique prit non seulement la forme d'interventions plus musclées à l'égard des autorités administrantes ; elle se concrétisa surtout dans le *Manifesto* de la décolonisation, à savoir la susmentionnée Résolution 1514 (§ 5)⁴⁵⁸.

A cet égard, force est de relever la souplesse du contenu des accords de tutelle par rapport à la rigidité taxonomique du système des mandats. Il en est ainsi même si, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, les accords d'application différaient quelque peu entre eux afin de prendre en compte les spécificités locales. A la différence du régime des mandats, qui établissait une typologie tripartite (communauté, peuple, territoire), le système onusien de tutelle est monolithique. Dans la Charte, aucune référence n'est faite à l'« incapacité » des peuples administrés, à leur « civilisation » inférieure ou encore aux colonies⁴⁵⁹.

Une autre différence réside dans l'article 84 de la CNU, aux termes duquel l'autorité administrante « a le devoir de veiller à ce que le territoire sous tutelle apporte sa contribution au maintien de la paix et de la sécurité internationales ». A cet effet, elle peut lever des troupes indigènes⁴⁶⁰, ériger des fortifications, et maintenir des garnisons si ceci lui est nécessaire afin de s'acquitter de ses obligations découlant du Chapitre VII de la CNU. Les exigences du système de sécurité collective l'emportent sur celles relatives au régime de tutelle. La « mission sacrée de civilisation » cède le pas devant la valeur suprême du maintien et du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. La différence avec le système des mandats saute ici aux yeux (*supra* III.II.A.iii). Elle est le corollaire de l'établissement d'un système de sécurité collective plus intégré que celui de la S.d.N.

⁴⁵⁷ Les italiques sont de nous. Voy. *supra* III.II.A.i.

⁴⁵⁸ « L'obscur rédaction de l'article 79 aura deux conséquences sur son *application*. D'une part, elle ne favorisera pas l'extension du régime de la tutelle en dehors de l'indispensable reconstitution du système des mandats ; et ce sera par d'autres voies que sera réalisée la décolonisation », J.-R. Henry (1991), p. 1147.

⁴⁵⁹ Voy. *supra* I.II.A.i.

⁴⁶⁰ Voy. le Rapport (M. Mendez Octavio) de la Deuxième Commission à la Session plénière de la Conférence des Nations Unies à San Francisco sur l'Organisation internationale, Vol. II, p. 264.

Il faut mentionner également la distinction introduite par la CNU entre zones stratégiques et non stratégiques à l'intérieur du territoire placé sous le système de tutelle (arts. 82-83). La définition de ces zones était indiquée dans l'accord de tutelle. Dans les zones stratégiques, « toutes les fonctions dévolues à l'Organisation » en matière de gestion de l'institution tutélaire « sont exercées par le Conseil de sécurité » (art. 83 § 1). En revanche, ces mêmes fonctions sont exercées par l'Assemblée générale pour ce qui est des zones non stratégiques (art. 85 § 1).

Sur la nécessité d'un système de surveillance, il a été affirmé que : « [l]es rédacteurs de la Charte ont eu la même préoccupation lorsqu'ils ont organisé un Régime international de Tutelle »⁴⁶¹ et se sont clairement inspirés du système des mandats. En ce qui concerne le contrôle de la gestion mandataire, le Conseil de tutelle, organe principal des Nations Unies – à la différence de la CPM dans le système de la S.d.N. – se voit confier un rôle de plus grande envergure par rapport à sa devancière. Alors que le système de contrôle de l'ancienne Organisation ne prévoyait que l'examen des rapports annuels et, sur base de pratique subséquente modificative, les pétitions écrites, le régime de tutelle ira notablement plus loin. L'expérience de la S.d.N. est tout naturellement présente dans les esprits des négociateurs à San Francisco. La nécessité d'ajouter d'autres moyens de contrôle en sus du rapport annuel émergea assez rapidement. L'article 87, lit. b), de la Charte introduisit le droit de pétition (y compris oral), alors que dans le paragraphe suivant (lit. c) le pouvoir d'effectuer des « visites périodiques dans les territoires administrés » est stipulé au bénéfice du Conseil de tutelle.

Toutes les fonctions de surveillance du régime de tutelle sont assumées par l'Assemblée générale. Elle se voit dès lors attribuer un rôle de tout premier rang, alors que l'Assemblée de la S.d.N. avait été marginalisée. Les chapitres de la Charte relatifs au système de tutelle prévoient que les fonctions principales – en ce qui concerne les zones non stratégiques – « y compris l'approbation des termes des accords de tutelle et de leur modification ou amendement, sont exercées par l'Assemblée générale » (article 85 § 1). H. Kelsen va encore plus loin et, en s'appuyant sur une interprétation strictement littérale, affirme que l'AG « *has an important competence with respect to all strategic areas, whereas the Security Council has no competence with respect to non strategic areas* »⁴⁶². La pratique étatique et institutionnelle dans l'application de ces dispositions ne confirmera pas cette interprétation, le Conseil de sécurité, conjointement avec les Etats administrants, s'accrochant à une interprétation plus stricte. De plus, si l'on s'appuie sur l'interprétation contextuelle, on ne manquera pas de remarquer que, conformément à l'article

⁴⁶¹ CIJ, Statut international du Sud-Ouest africain, p. 136.

⁴⁶² H. Kelsen (1950), p. 624.

83, « toutes les fonctions dévolues à l'Organisation, y compris l'approbation des termes des accords de tutelle ainsi que de la modification ou de l'amendement éventuel de ceux-ci, sont exercées par le Conseil de sécurité ». Une telle compétence – exclusive ? – du Conseil de sécurité relativement aux « zones stratégiques » est corroborée par l'article 76.

Au sein de la S.d.N., le rôle de l'Assemblée fut d'entrée jeu minimisé par le Conseil ainsi que par les Etats mandataires. L'Assemblée se borna à exercer une action morale par le truchement d'une collaboration étroite avec le Secrétariat. Sa Sixième Commission agissait en tant que trait d'union entre les deux organes. Le rôle du Conseil de sécurité de l'ONU est moins étendu que celui du Conseil de la S.d.N., dans la mesure où le premier se borne à approuver les accords de tutelle alors que le second jouit du pouvoir résiduel prévu par le § 8 de l'article 22.

La différence la plus importante résidait néanmoins dans la prérogative dont l'AG est investie dans la constatation, et l'accélération, du processus d'« autonomie » et d'« indépendance », des territoires placés sous tutelle. Ainsi, l'AG se voit attribuer un rôle allant considérablement au-delà de l'examen des rapports annuels, de la réception des pétitions et de l'audition des pétitionnaires. Elle peut assumer un rôle plus dynamique et adopter des initiatives comme celle d'inviter le Conseil de tutelle à « recommander » aux Etats administrants de « faire flotter le drapeau des Nations Unies sur tous les territoires sous tutelle, au côté du drapeau de l'Autorité administrante, et, le cas échéant, du drapeau du territoire »⁴⁶³. De surcroît, la CNU reconnut à l'AG le pouvoir de modifier les termes de l'accord de tutelle et surtout celui d'y mettre fin *avec* le consentement de l'autorité administrante, dans les zones de tutelle « non stratégiques ».

Le droit de pétition est quant à lui inscrit d'entrée de jeu dans la Charte, alors qu'il ne figurait pas dans le Pacte de la S.d.N., même si, comme nous l'avons vu, il a été développé par la pratique subséquente des organes de la Société dans l'application de l'article 22. L'article 87, lit. b), établit le droit des pétitions que l'AG « reçoit ». Les modalités et le fonctionnement de la pétition furent définis dans les règles de procédure adoptées par le Conseil de tutelle lors de la 22^{ème} séance de sa 1^{ère} session (23 avril 1947). Aux sens de cette résolution, les pétitions, quelle que soit leur forme (écrite ou orale), devaient être transmises à l'ONU à travers la Puissance administrante (comme c'était le cas sous le régime de la S.d.N.) ou encore remises aux représentants de l'ONU présents sur le territoire. Selon l'article 87, lit. b), le Conseil de tutelle (sous l'autorité de l'Assemblée générale) est habilité par la Charte à « recevoir des pétitions et les examiner en consultation avec [l'autorité] chargée de

⁴⁶³ Résolution 325 (IV) de l'AG (15 novembre 1949).

l'administration ». Selon les règles de procédure du Conseil de tutelle, « *written petitions may be addressed directly to the Secretary-General or may be transmitted to him through the Administrative Authority [...]* »⁴⁶⁴.

Dans ce même registre, il faut évoquer la procédure de l'audition orale des pétitionnaires. Cette possibilité, à la différence du système des mandats où elle avait été récusée par le Conseil (voy. *supra* III.II.A.iv.2), est envisagée par l'article 88, qui dispose que le Conseil de tutelle « *may designate one or more of its representatives to accept oral petitions the subject-matter of which has been previously communicated to the Trusteeship Council and the Administering Authority concerned. Oral petitions and oral presentations may be examined either in public or in private [...]* »⁴⁶⁵. De même, les visites sur les lieux, dont l'admissibilité avait été longuement débattue au sein de la S.d.N. pour être finalement rejetée, sont envisagées par le système de tutelle aux articles 91 à 96 des Règles de Procédure du Conseil de tutelle. De surcroît, l'administration sous tutelle présente une autre différence par rapport au système des Mandats, différence qui renforce le contrôle de l'ONU sur la Puissance administrante et affermit la protection dont jouit la population indigène. Nous faisons référence au droit de visite au bénéfice du Conseil de tutelle : « visites périodiques dans les territoires administrés par ladite autorité, à des dates convenues avec elle » (article 87 lit. c.).

Le contrôle exercé par l'AG ainsi que par le Conseil de tutelle se différencie par rapport au système de la S.d.N. par ses moyens d'intervention notablement plus importants. Toutefois, aux termes de l'article 79, l'Assemblée générale ne peut qu'*approuver* les accords de tutelle alors que, conformément à l'article 22 § 8, le Conseil de la S.d.N. était revêtu de la compétence de définir le contenu du mandat si les Principales Puissances alliées ne parvenaient pas à se mettre d'accord entre elles⁴⁶⁶. Il faut néanmoins préciser qu'à aucun moment le Conseil de la S.d.N. ne se prévalut de cet important pouvoir.

La sanction prévue en cas de non-respect des obligations contenues dans l'accord de tutelle et dans les dispositions pertinentes de la Charte est, selon H. Kelsen, l'expulsion aux termes de l'article de 6 de la CNU⁴⁶⁷. Au surplus, les mécanismes de sanction prévus par le Chapitre VII de la Charte demeurent applicables.

⁴⁶⁴ Article 80 des « Rules of Procedure », amendées en 1995 [les italiques sont de nous].

⁴⁶⁵ Article 88 des « Rules of Procedure », amendées en 1995 [les italiques sont de nous].

⁴⁶⁶ Voy. *supra* III.II.A.iv.2.

⁴⁶⁷ H. Kelsen (1950), p. 694. Même s'il ajoute que « Nor has the expulsion the effect to divest a state of the legal power it has over a non-self-governing territory referred to in Article 73 ».

iii. Héritage du système des Mandats dans le régime de tutelle de l'ONU

Un commentateur autorisé en vint à affirmer que « [l]e système des mandats sera en droit ce qu'il sera en fait »⁴⁶⁸. Il est temps de se pencher sur son impact dans les relations internationales.

Le bilan de l'institution mandataire ne peut guère se faire dans l'absolu. Elle doit se faire en filigrane de l'expérience coloniale (dimension rétrospective) et dans l'optique de l'administration fiduciaire de l'ONU (dimension prospective). Ce dernier aspect a déjà été examiné précédemment. Il convient dès lors de se pencher sur ce que représenta le mandat de la S.d.N. dans le panorama historique du début du Vingtième siècle. Le mandat de la S.d.N., parfois nommé par la doctrine « mandat colonial », s'inspira, comme nous l'avons vu, de la gestion coloniale, surtout aux yeux des contemporains. Or, il comporte aussi des différences structurelles fondamentales par rapport à la notion de colonisation. Ce sont notamment la finalité – la mission civilisatrice – et la relation triangulaire (S.d.N., territoire, mandataire) qui tranchent singulièrement avec l'institution coloniale, pour ne pas mentionner l'absence de souveraineté en chef à la puissance mandataire. La relation triangulaire fait référence tout particulièrement au contrôle qui est censé l'incarner. Le contrôle par la S.d.N., au travers de ses différents organes, marque une différence notable par rapport au système colonial. Dans ce dernier cas, la responsabilité est une chimère, l'administrateur étant presque toujours juge et partie. La responsabilité interne devant le parlement est dans les faits inexistante, les abus n'arrivant guère à connaissance des députés.

Le régime de mandat est tout autre chose. Il a pu être conçu, au début, comme un compromis de fortune entre d'un côté les exigences de l'Angleterre et de la France, qui voulaient enlever à l'Allemagne ses colonies, et de l'autre les Points du Président Wilson, qui repoussait toute annexion territoriale (*supra* III.II.A.i). Il faut savoir gré à la CPM de la manière dont elle a compris et accompli sa tâche. Grâce au dévouement de ses membres, qui consacrèrent à la S.d.N. une grande partie de leurs temps, il y eut quelques territoires mandataires dont les fonctionnaires gouvernementaux se sentirent constamment placés sous le contrôle de l'opinion publique mondiale. Loin de relâcher sa vigilance, la CPM devint de plus en plus efficace. Au début, les gouvernements lui envoyèrent, de préférence, des fonctionnaires de leurs administrations centrales. Ceux-ci étaient peu au courant de ce qui se passait dans tel ou tel autre territoire. Subséquemment, les gouverneurs des territoires mandataires prirent l'habitude de venir eux-mêmes se justifier devant la CPM. Au cours de sa première session, la CPM avait exprimé le désir que les

⁴⁶⁸ H. Rolin (1920), p. 329.

administrateurs personnellement responsables fussent chargés de venir présenter eux-mêmes le rapport annuel des puissances mandataires.

Parmi les organes de la Société, la CPM assumait rapidement une importance particulière, non seulement en raison des qualités de ses membres et de la grandeur de sa mission, mais aussi en raison du fait que ses sessions devinrent de plus en plus nombreuses finissant par prendre un caractère quasi-permanent⁴⁶⁹. Être membre de la CPM devint en quelques années une véritable « fonction publique internationale » ; dès 1926, la CPM tiendra au moins deux sessions annuelles. La CPM eut de son rôle une conception extrêmement consciencieuse. On aurait pu imaginer – et certains États mandataires l’avaient un certain moment espéré – que la CPM se bornât à enregistrer les rapports présentés en les accompagnant d’un examen purement formel et de quelques commentaires plus ou moins élogieux. Ce n’est pas ce que fit la CPM. Elle se saisit des rapports et exigea qu’ils lui fussent expliqués oralement par les fonctionnaires compétents de l’administration mandataire concernée. Elle fit sur chaque rapport une enquête si approfondie et si détaillée qu’il était véritablement impossible que quelque chose d’important lui échappât. De cette façon, le régime des mandats, qui aurait fort bien pu n’être qu’une comédie hypocrite, devint l’une des réalités importantes de la vie internationale de l’époque. L’un de ses membres avait souhaité que peu à peu pût se dégager des travaux de la Commission un ensemble de règles d’administration pouvant s’appliquer à tout pays colonial⁴⁷⁰.

Certes, on peut incontestablement adresser certaines critiques aux méthodes de la CPM. On peut se plaindre que, chargée d’une *mission sacrée de civilisation*, elle se soit parfois entourée du secret. Le ton diplomatique de ses communiqués, son émotion devant quelques informations qui n’étaient même pas des indiscretions, ont pu paraître en contradiction avec sa véritable fonction, qui était fondamentalement d’assurer le contrôle de la S.d.N. (mais aussi de l’opinion publique) sur l’administration mandataire. Mais ce n’est là qu’une question de forme. Par ailleurs, le public pouvait se rendre exactement compte, hélas avec retard, de ses travaux, par la publication de ses rapports au Conseil et de ses procès-verbaux détaillés dans le *Journal officiel de la S.d.N.*

Il est impossible de nier la filiation directe du système de tutelle de celui des mandats. Avec le recul, il est également possible de montrer une espèce de fil d’Ariane qui, de la colonisation arrive jusqu’à l’indépendance, en passant par le mandat⁴⁷¹. En effet, la création des Mandats, avec la Communauté internationale comme Mandant, et les finalités qu’ils poursuivaient, eut une

⁴⁶⁹ Ceci semble rappeler, dans un domaine voisin, l’évolution actuelle du Conseil des droits de l’homme de l’ONU.

⁴⁷⁰ Méthodes de travail de la CPM, CPM, P.V., 5^{ème} session (1924), p. 150.

⁴⁷¹ Quelques auteurs, et pas forcément des moindres, nommèrent le mandat de la S.d.N., « mandat colonial ».

indéniable influence sur la décolonisation⁴⁷², qui aura lieu quelques décennies plus tard⁴⁷³. Les Puissances mandataires administraient les territoires sous mandat (autrefois des colonies de l'Allemagne vaincue, dans les mandats B et C), tout en exerçant la souveraineté sur leurs colonies. La présence simultanée d'un même souverain et mandataire sur des territoires différents, et parfois limitrophes, finit sans doute par accélérer le processus de décolonisation⁴⁷⁴. En effet, si d'une part la Puissance mandataire devait accompagner la population du territoire concerné à l'indépendance (notamment pour les Mandats de type A et B), d'autre part elle laissait inaltéré le régime juridique des colonies. La situation asymétrique en résultant mettait en exergue l'inanité de cette dualité : les anciennes colonies des Puissances vaincues étaient vouées à prendre leur destin en main alors que les colonies des vainqueurs ne pouvaient guère bénéficier de cette avancée du droit des gens⁴⁷⁵. Les premières étaient assistées par les Puissances mandataires sur la voie de l'émancipation, cependant que ces dernières maintenaient le système colonial sur leurs possessions d'outre-mer. Inégalité criante, qui survivra encore pendant quelques décennies. Sous cet angle, il n'est pas osé d'affirmer que les mandats constituent le premier acte dans l'éviction définitive du système colonial⁴⁷⁶. Comme l'avait prophétisé le représentant de l'Empire britannique, Lord Balfour devant la première Assemblée de la S.d.N. : « Ce qui sera fait dans les territoires soumis aux mandats aura, sans nul doute, une répercussion sur les autres colonies [...] »⁴⁷⁷. Enfin, tous les territoires placés sous le régime de tutelle ont recouvré l'indépendance. En d'autres termes, avec l'émancipation de la Namibie, le système des Mandats a finalement atteint le but fixé par l'article 22 du Pacte.

⁴⁷² « L'article 22 du pacte établit pour la première fois des obligations de la race blanche au regard de la race de couleur », *Journal de Genève*, 21 septembre 1922, p. 2.

⁴⁷³ « The Court is not unaware of the historical evolution of the old colonial systems and the *new conception of colonial affairs as expressed in the Covenant of the League of Nations and now in the Charter of the United Nations* », *Società A.B.C. v. Fontana and Della Rocca*, Italie, Corte di Cassazione (Sezioni riunite), 10 août 1954, 22 *ILR*, p. 77 [les italiques sont de nous].

⁴⁷⁴ Force est de souligner que M. Roden Buxton (Empire britannique) proposa une application extensive du système des Mandats dont l'art. 22 devait être considéré comme la « charte générale des colonies ». Cette proposition demeura au stade d'idée.

⁴⁷⁵ « L'octroi du « self-government » ou de l'indépendance à certaines possessions coloniales de population en partie ou essentiellement européenne – notamment dans l'hémisphère occidental – était de nature à engendrer l'idée que d'autres dépendances coloniales pourraient éventuellement à leur tour accomplir une évolution semblable », H. Rolin (1920), p. 11.

⁴⁷⁶ Le discours tenu par M. Malcolm McDonald devant le Club Ouestr africain (le 9 octobre 1935) est révélateur des craintes de voir les colonies (britanniques en l'espèce) transformées en territoires sous mandat (*Morning Post*, 10 octobre 1935 ; voir aussi *Bulletin d'information coloniale*, 5 décembre 1935, p. 3). Il est paradoxal d'y apprendre qu'un tel changement de régime porterait atteinte à la liberté des indigènes qui se verraient traités « comme une simple propriété ».

⁴⁷⁷ A., 1^{ère} Assemblée, 1920, séances plénières, p. 721.

Le système de tutelle ne connut cependant pas le succès espéré. Il n'empêcha pas dans tous les cas la mainmise de la Puissance administrante⁴⁷⁸. A cet égard – il est vrai dans un contexte de pleine Guerre froide – l'Union soviétique se retira du Comité de tutelle en janvier 1950 afin de signifier son désaccord par rapport au projet d'accord sur la Somalie⁴⁷⁹. Le système de tutelle fut vite dépassé par la décolonisation, rendue possible, par l'œuvre quasi-législative de l'AG, mais également par l'expérience du système des mandats, qui avait semé les germes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Quel avenir peut-on aujourd'hui imaginer pour l'idée d'une tutelle internationale ? Peut-on l'envisager pour des entités pas viables (comme les micro-territoires), voire pour des Etats en voie de submersion ?⁴⁸⁰ Peut-on y recourir en l'attente d'un règlement définitif d'une situation territoriale litigieuse ? Ces questions restent posées.

C. Les villes et territoires internationaux

Le phénomène du territoire internationalisé, ou si l'on préfère de l'internationalisation de territoires, quel que soit leur régime, n'est pas nouveau. L'ancêtre est sûrement la Ville libre de Cracovie établie par la Déclaration Finale du Congrès de Vienne du 9 juin 1815. Aux termes cet acte (Article 6) elle était rendue perpétuellement neutre, indépendante et libre sous la protection de la Prusse, l'Autriche et la Russie. Cette « perpétuité » ne dura cependant que jusqu'en 1846 lorsqu'elle fut annexée à l'Autriche après accord avec les autres Etats intéressés (sans toutefois consulter les organes de la Ville...)⁴⁸¹.

Toutefois, en dépit de l'ancienneté de la pratique internationale, peut-on vraiment parler d'un concept et d'un régime uniques, par-delà la panoplie de (fort) différents cas de figure ; ou s'agirait-il plutôt d'une catégorie définitionnelle résiduelle ? C'est-à-dire négative, dans le sens où la souveraineté d'un Etat est *déniée* ou absente ?

A l'instar des autres sous-sections, nous regroupons donc ici par commodité des situations et régimes territoriaux fort variables. Ils se caractérisent cependant par des éléments d'internationalisation qui les distinguent d'autres catégories de régimes territoriaux précédemment étudiés. Etant donné le nombre relativement important de ces phénomènes et en raison de leur extrême variété, nous nous bornerons à en examiner certains d'entre eux seulement en le classant par ordre décroissant d'internationalisation.

⁴⁷⁸ R. De Nova, *Il Patto della Società delle Nazioni*, Milan, 1945, p. 74.

⁴⁷⁹ *UN Doc. A/C.4/SR.177*, 15 novembre 1950, pp. 219-220.

⁴⁸⁰ *Voy. supra* II.III.D.

⁴⁸¹ Le manque de consultation révèle-t-il le maquillage d'un protectorat tripartite ? Peut-être. Mais même dans ce cas il est utile de noter que les diplomates recourent fréquemment à cette solution juridique.

La Ville libre de Dantzig représente assurément l'exemple le plus poussé d'internationalisation alors que le régime relatif au Territoire de Memel se situe à l'extrême opposé ; la Zone internationale de Tanger qui survit à la Deuxième guerre mondiale, peut être classée quelque part entre ces deux. En effet, alors que dans le premier cas, il existe une véritable souveraineté dantzikoise, dans le deuxième cas, la Lituanie possède la pleine et entière souveraineté sur le Territoire de Memel, mais dont l'exercice est grevé par des restrictions conventionnelles au bénéfice notamment de la minorité germanophone. Dans le troisième cas, celui de Tanger, la souveraineté marocaine est reconnue mais son exercice est confié, toujours par traité, à un groupe d'Etats qui forment ainsi un véritable « coimperium »⁴⁸².

Enfin, pour des raisons de concision, nous n'examinerons ni le cas du Territoire Libre de Trieste⁴⁸³ ni celui de l'internationalisation de la Ville Sainte

⁴⁸² Voy. *supra* III.I.D.

⁴⁸³ Aux termes de l'article 21 § 1 du Traité de paix entre l'Italie et les (Quatre) Puissances Alliées (1947), « se trouve constitué le Territoire Libre de Trieste » dont « l'intégrité et l'indépendance seront assurées par le Conseil de sécurité des Nations Unies ». L'instauration de ce Territoire aurait dû faire suite à la cessation de la souveraineté de l'Italie (§ 2) ; il est intéressant de relever que, contrairement à la plupart des situations similaires, « [l]e Territoire Libre de Trieste ne sera pas considéré comme territoire cédé » par la Puissance vaincue aux Puissances Alliées (§ 4). Conformément à l'Annexe VI au Traité de 1947, un Gouverneur, nommé par le Conseil de sécurité, aurait été chargé de l'administration du Territoire et aurait exercé ses pouvoirs en tant que « représentant du Conseil de sécurité » (article 17 dudit Annexe). A cette fin, il aurait été épaulé par un Exécutif et un Législatif tout en étant cependant responsable uniquement devant le Conseil de sécurité. Il aurait joui du pouvoir de « casser » une loi de l'Assemblée législative s'il avait estimé qu'elle allait à l'encontre du Statut du Territoire. Ce statut aurait dû être « établi par le Conseil des Ministres des Affaires Etrangères [des Quatre Puissances Alliées] et approuvé par le Conseil de sécurité (article 21 § 3 du Traité de 1947). Par ailleurs, selon l'article 24 § 1 de l'Annexe VI, le Gouverneur aurait géré la politique étrangère de la Ville. Cette même disposition – en son paragraphe 4 – faisait interdiction à « toute union économique ou association de caractère exclusif avec un Etat quelconque ». Cette disposition rappelle furieusement l'article 80 du Traité de Versailles de 1919 ainsi que son « jumeau », l'article 88 du Traité de Saint-Germain, concernant l'indépendance inaliénable de l'Autriche et l'obligation faite à l'Allemagne de la respecter. Pour revenir au Territoire Libre de Trieste, il fut impossible, en raison de la tension entre les deux blocs de nommer un Gouverneur, de sorte que pendant 7 ans il y eut respectivement occupation de la Zone A par les Etats-Unis et le Royaume-Uni et de la Zone B par la Yougoslavie. En 1954, à Londres, fut signé le « Memorandum of Understanding regarding the Free Territory of Trieste », par lequel, attendu l'impossibilité « to put into effect the provisions of the Italian Peace Treaty relating to the Free Territory » de Trieste, les Parties (à savoir les Etats-Unis, le Royaume-Uni, l'Italie et la Yougoslavie) décidèrent que la Zone A fût soumise à l'occupation de l'Italie alors que la Zone B demeurât sous occupation yougoslave. Il faut cependant souligner que la situation juridique ne changea pas vraiment, en sus de la prise de conscience politique de l'impossibilité de parvenir à la réalisation du Territoire Libre de Trieste tel que prévu par le Traité de Paix de 1947. Bien évidemment, l'Italie succédait aux Etats-Unis et au Royaume-Uni dans l'administration de la Zone A, mais comme le dit très bien le Conseil d'Etat italien en 1961 : « the Memorandum was not an instrument which could technically achieve such an object for the reason, if for no other, that the other signatories of the Treaty of Peace [de 1947] did not participate in the Memorandum » (Società Teatro Puccini v. Commissioner-General of the Government for the Territory of Trieste, 20 décembre 1961, 40 ILR, 43, 47-48). Il eût fallu attendre le Traité d'Osimo du 10 novembre 1975 entre l'Italie et la Yougoslavie pour que la question ne fût définitivement enterrée, plutôt que résolue. Car s'il est vrai que ce traité (Article 7) abroge le Mémoire de Londres – alors qu'ici aussi il n'y a pas d'identité totale entre les Parties (manquent les Etats-Unis et le Royaume-Uni) – il n'est pas fait mention du régime juridique relatif au Territoire Libre de Trieste. En fin de compte, les deux seules questions qui sont

de Jérusalem⁴⁸⁴. Tous deux partagent par ailleurs le même sort dans la mesure où ils ne virent jamais le jour. Il importe, dans un autre registre, de signaler que ces deux cas ainsi que celui de la Ville libre de Dantzig peuvent également être étudiés, et portés en exemple, d'administration internationale directe, dont il sera question plus loin. A cet égard, ils ont assurément inspiré le Conseil de sécurité au moment du façonnement du régime transitoire du Kosovo établi par sa résolution 1244 (10 juin 1999)⁴⁸⁵.

i. La Ville libre de Dantzig

Par l'article 100 du Traité de Versailles, l'Allemagne renonce à « tous droits et titres » sur les territoires définis par cette même disposition en faveur des Principales Puissances alliées lesquelles, par l'article 102, « s'engagent à constituer la Ville de Dantzig, ensemble le territoire visé à l'article 100, en ville libre. Elle sera placée sous la protection de la Société des Nations ».

L'articulation entre la renonciation par l'Allemagne vaincue, l'acquisition par les Principales Puissances alliées et finalement la constitution d'une nouvelle entité n'est pas sans rappeler la création des Mandats de la S.d.N. Mais là s'arrête la similitude puisque nous faisons face ici à une situation et à un régime différents.

Le « statut juridique *sui generis* »⁴⁸⁶ de la Ville libre de Dantzig, la nature juridique des rapports entre celle-ci et la Pologne ont donné lieu à divers prononcés de la CPJI qui a examiné, soit par avis consultatif ou par jugement, ces questions sous différents angles. Sans surprise, la Cour de La Haye finit par bâtir une véritable internationalisation de la Ville libre de Dantzig, excluant donc au passage toute forme possible de « protectorat » de la Pologne sur celle-ci. Certes, la première jouit de droits et de prérogatives sur et à l'égard

explicitement résolues par le Traité d'Osimo se réfèrent la nationalité des personnes habitant sur les deux zones ainsi qu'à la délimitation des frontières terrestres et maritimes (mer territoriale et zone contigüe) dans le Golfe de Trieste.

⁴⁸⁴ Selon la résolution 303 (IV) du 9 décembre 1949, faisant suite à la résolution de partage de la Palestine mandataire 181 (II), l'AG « Décide ... de réaffirmer ... son intention de voir instaurer un régime international permanent qui prévoie des garanties satisfaisantes pour la protection des Lieux saints, tant à Jérusalem, qu'en dehors de cette ville, et de confirmer expressément les dispositions suivantes de sa résolution 181 (II) : 1) la Ville de Jérusalem sera constituée en *corpus separatum* sous un régime international spécial et sera administrée par les Nations Unies ... » (§ 1). Conformément à cette résolution, le Conseil de tutelle fut chargé de préparer un Statut de la Ville qui fut ensuite soumis à la Jordanie et à Israël, puissances occupantes. Face au refus de ces deux Etats d'y donner suite, le Conseil de tutelle, décida – dans sa résolution du 14 juin 1950 – de le soumettre pour approbation à l'AG. Cette dernière cependant ne put se décider à la majorité requise (deux-tiers des votes). Par la suite les deux Etats effectuèrent des faits accomplis rendant dès lors illusoire la mise en œuvre de la Ville Internationale de Jérusalem. Par exemple, la Jordanie fit construire des bureaux de représentation pour le roi hachémite en Jérusalem Est (1960) alors qu'Israël, pour sa part, démarra la migration de ses ministères de Tel Aviv à Jérusalem, notamment celui des Affaires étrangères (en 1952).

⁴⁸⁵ Voy. *infra* III.I.B.a.

⁴⁸⁶ Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif du 4 février 1932, *Recueil de la CPJI*, A/B 44, p. 23.

de la seconde, mais, même pris ensemble, ils ne permettent point d'assimiler la relation juridique entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig comme étant un protectorat, aussi léger soit-il. Par ailleurs, la Convention de Paris de 1920, que les Principales Puissances alliées s'étaient engagées à négocier, aux termes de l'article 104 du Traité de Versailles, entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig est « un traité international »⁴⁸⁷.

Dans le but de différencier la Ville libre de Dantzig par rapport à la Pologne, l'article 103 du Traité de Versailles prévoit l'élaboration de la Constitution de la Ville, « d'accord avec un haut commissaire de la Société des Nations, par des représentants de la Ville libre, régulièrement désignés. Elle sera placée sous la garantie de la Société des Nations »⁴⁸⁸. Le haut commissaire jouissait de pouvoirs très étendus⁴⁸⁹, parmi lesquels, celui de « statuer en première instance sur toutes les contestations qui viendraient à s'élever entre la Pologne et la Ville libre au sujet du présent traité ou des arrangements et accords complémentaires » (*ibid.*). L'article 39 de la Convention de Paris précitée fait référence au pouvoir d'arbitrage du haut commissaire tout en ajoutant que celui-ci, « s'il estime nécessaire, renverra l'affaire au Conseil de la Société des Nations »⁴⁹⁰. Il convient d'observer, que la Constitution, votée par l'Assemblée constituante dantzigoise le 11 août 1920 et approuvée par le haut-commissaire le 14 juin suivant, ne pouvait être modifiée qu'avec le consentement du Conseil de la Société des Nations⁴⁹¹.

Le fait de placer la Ville libre de Dantzig et sa constitution sous la garantie de la Société des Nations a comme conséquence de que « toute violation ou mauvaise application de la Constitution par Dantzig est donc, dans le domaine international, exclusivement affaire entre la Société des Nations, en sa qualité de *garante*, et Dantzig »⁴⁹².

Certes, la Pologne était chargée, mais avec des restrictions, d'assurer les relations extérieures de la Ville libre de Dantzig :

⁴⁸⁷ CPJI, Compétence des tribunaux de Dantzig, 1928, p. 17.

⁴⁸⁸ Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, pp. 21-22.

⁴⁸⁹ Le souvenir de la figure du haut-commissaire de la Ville libre de Dantzig résonnera tel un écho puissant au moment du façonnement, par le Conseil de sécurité, du statut et des prérogatives du Haut Représentant du Kosovo en 1999 (voy. *infra* III.III.B).

⁴⁹⁰ Ces pouvoirs dépassaient en effet la simple dimension arbitrale puisqu'ils lui permettaient d'« examiner lui-même et indépendamment des Parties en litige, la situation de fait et de droit, et d'éclaircir et de solutionner les points litigieux... », Avis de M. Verzijl, annexé au Mémoire du Gouvernement de la Ville libre de Dantzig, *Recueil de la CPJI*, C 8 (Service postal polonais à Dantzig), p. 340.

⁴⁹¹ CPJI, Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, p. 21 ; CPJI, Compatibilité de certains décrets-lois dantzigois avec la constitution de la Ville libre, avis consultatif du 4 décembre 1935, *Recueil de la CPJI*, A/B 65, p. 50.

⁴⁹² CPJI, Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, p. 24 [les italiennes sont de nous].

« Il est maintenant communément admis par la Pologne et la Ville libre que les droits de la Pologne en matière de conduite des relations extérieures de la Ville libre ne sont pas absolus. Le Gouvernement polonais n'a pas le droit, contrairement à la volonté de la Ville libre, de lui imposer une politique déterminée, ni de prendre contre sa volonté des mesures visant ses relations extérieures. En revanche, la Ville libre ne peut inviter la Pologne à prendre, relativement aux relations extérieures de la Ville libre, des mesures opposées à la politique propre de la Pologne »⁴⁹³.

De même, une décision du Conseil de la Société des Nations du 22 juin 1921 confia à la Pologne la charge d'une éventuelle défense la Ville libre ainsi que du maintien de l'ordre sur son territoire au cas où les forces de la police dantzigaise n'auraient pas été en mesure de le garantir. Il convient néanmoins de relever que la question d'une armée dantzigaise, évoquée lors de pourparlers informels, fut finalement écartée de la négociation et partant de la Convention de Paris. Toutefois, selon une interprétation autorisée des textes normatifs pertinents, « la Société des Nations s'engage à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de la Ville libre de Dantzig de la même manière qu'elle le fait pour tous les Membres de la Société des Nations, aux termes de l'article 10 du Pacte »⁴⁹⁴.

Or, en dépit d'une représentation diplomatique assurée par la Pologne, on est loin de la relation unilatérale qui s'établit normalement entre Etat protecteur et Etat protégé⁴⁹⁵ ; ici on est plutôt en présence d'obligations et intérêts synallagmatiques visant ultimement à concilier voire à façonner une politique extérieure concertée entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig. Ce sont, comme le dit la CPJI, des limitations à l'« indépendance de la Ville libre, ils constituent des limitations organiques qui sont un des traits essentiels de la structure politique de la Ville libre »⁴⁹⁶. De surcroît, et contrairement au cas de figure traditionnel du Protectorat, il y a une garantie *matérielle* internationale⁴⁹⁷ de la Ville libre de Dantzig et de sa constitution. De même, la S.d.N. joua un rôle institutionnel, par exemple, lors de la nomination du haut commissaire de la Ville (dont les pouvoirs et les compétences ressemblent à ceux du Haut-Représentant de l'ONU au Kosovo). Cette interprétation du

⁴⁹³ CPJI, Ville libre de Dantzig, 1930, B/18, p. 13. De même : Affaire Pablo Najera (France) c. Mexique, § 9, p. 483.

⁴⁹⁴ Voy. aussi le « Rapport présenté au Conseil de la Société des Nations par le vicomte Ishii », *Recueil de la C.P.J.I.* C 8 (Service postal polonais à Dantzig), p. 194 [les italiques sont de nous].

⁴⁹⁵ Affaire Pablo Najera (France) c. Mexique, § 9, p. 474.

⁴⁹⁶ CPJI, Ville libre de Dantzig et OIT, avis consultatif du 26 août 1930 : *Recueil de la CPJI* B 18, p. 11.

⁴⁹⁷ « Encore que l'interprétation de la Constitution de Dantzig soit essentiellement une question d'ordre interne pour la Ville libre, il est clair que cette interprétation peut engager la garantie de la Société des Nations, telle que cette garantie a été interprétée par le Conseil et par la Cour », CPJI, Compatibilité de certains décrets lois dantzigois avec la Constitution de la Ville libre, avis consultatif du 4 décembre 1935 : *Recueil de la CPJI* A/B 65, p. 50.

régime juridique régissant les relations entre deux sujets territoriaux divers que sont un Etat et une Ville libre est confirmée par la jurisprudence arbitrale :

« La situation est presque identique, à cet égard, à celle des ressortissants de la Ville libre de Dantzig, placés sous la protection diplomatique de la République polonaise, bien que ce petit Etat libre ne soit pas non plus un protectorat de la Pologne »⁴⁹⁸.

En d'autres termes, le fait que les ressortissants de la Ville libre de Dantzig aient été placés sous la protection de la Pologne, ne faisait pas de cette dernière l'Etat protecteur de la première. Dans un autre registre, le fait que, aux termes des textes normatifs précités, la Pologne ait obtenu des facilités douanières sur le territoire dantzigois ainsi qu'un « libre accès à la mer », ne porte pas préjudice à l'indépendance de la Ville libre par rapport à la Pologne⁴⁹⁹. De tels droits, que l'on peut configurer comme des « servitudes », ont existé dans les rapports entre Etats indépendants sans que leur *statualité* en ait souffert. Dans le cas d'espèce, son « indépendance » est néanmoins « restreinte et ... ses affaires extérieures sont soumises à l'action de deux autorités : la Société des Nations, d'une part, le Gouvernement polonais, d'autre part »⁵⁰⁰.

En filigrane des éléments qui précèdent, la Ville libre de Dantzig était-elle un Etat ? La réponse semble être positive⁵⁰¹ :

- Il y avait une nationalité dantzigoise (Article 105 du Traité de Versailles)⁵⁰² ;
- La Constitution de la Ville libre « malgré ses particularités, est et demeure la Constitution d'un Etat étranger »⁵⁰³ ;
- Elle fut admise à ester devant la CPJI⁵⁰⁴ et put nommer un juge *ad hoc* dans une affaire contentieuse⁵⁰⁵ ;
- Elle put devenir membre d'une OI, la Pologne pouvant cependant exercer son pouvoir de veto (OIT)⁵⁰⁶ ;
- La Ville libre « possède, dans l'ensemble, un pouvoir législatif indépendant »⁵⁰⁷ ;
- Elle était partie à plusieurs traités internationaux, bilatéraux et multilatéraux, ce qui démontre et présuppose sa capacité de conclure des traités et elle était

⁴⁹⁸ Affaire Pablo Najero, p. 474.

⁴⁹⁹ Accès et stationnement des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig, avis consultatif du 11 décembre 1931, *Recueil de la CPJI*, A/B 43, pp. 143-144.

⁵⁰⁰ Rapport soumis par le B.I.T. à la 48^{ème} session du Conseil d'administration, *Recueil de la CPJI* C 18-II, p. 189 (Ville libre de Dantzig et OIT, 1930).

⁵⁰¹ « [L]e régime de la Ville libre répond à celui d'un Etat de droit (*Rechtstaat*)... », Compatibilité de certains décrets-lois dantzigois avec la constitution de la Ville libre, avis consultatif du 4 décembre 1935, *Recueil de la CPJI*, A/B 65, p. 54.

⁵⁰² « De la mise en vigueur du présent traité, les ressortissants allemands domiciliés sur le territoire ... perdront, *ipso facto*, la nationalité allemande, en vue de devenir nationaux de la ville libre de Dantzig ».

⁵⁰³ CPJI, Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, p. 24.

⁵⁰⁴ Le 23 juin 1922, la CPJI communiqua à tous les Etats parties à son statut la liste des Etats qui, tout en n'étant pas « membres de la Société des Nations » pouvaient faire recours à elle.

⁵⁰⁵ CPJI, Accès et stationnement des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig, 1931, pp. 23-24.

⁵⁰⁶ CPJI, Ville libre de Dantzig et OIT, 1930, p. 15.

⁵⁰⁷ Mémoire du B.I.T., *Recueil de la CPJI* C 18-II, p. 165 (Ville libre de Dantzig et OIT, 1930).

conséquemment « responsable à l'égard des autres Etats et ... en droit de demander l'accomplissement des obligations internationales que les autres Etats [avaient] à son égard »⁵⁰⁸ ;

- Le territoire de la Ville n'était pas un espace soumis à la souveraineté polonaise⁵⁰⁹.

La fin de la Ville libre de Dantzig et de son statut juridique s'apparente à une situation d'extinction implicite par comportement subséquent des Parties concernées : la disparition de la S.d.N., l'acquiescement des autres Parties – garantes – comme le Royaume-Uni, qui après avoir timidement soulevé des objections, reconnut tacitement son annexion par la Pologne. En 1945, alors que les prémices de la Guerre froide se manifestaient, nul n'était prêt à mourir pour le maintien du statut de Ville libre de Dantzig.

ii. La Zone internationale de Tanger

Lorsque les puissances occidentales commencèrent à entretenir des relations diplomatiques stables et continues avec le Sultanat du Maroc, leurs représentants ne furent pas autorisés à résider de manière permanente auprès de la Cour chérifien à Fez, mais durent établir leurs quartiers officiels à Tanger. La future Zone internationale de Tanger trouve dès lors ses racines historiques dans cette interdiction alors qu'une série de dahirs (décrets) chérifiens bâtit son régime.

Le 5 novembre 1914, la France, l'Espagne et la Grande-Bretagne conclurent un traité jetant les bases d'une administration internationale de ville, suivi d'un dahir chérifien (d'application) émis le même jour, mais, du fait de l'éclatement de la première guerre mondiale, ce régime ne vit jamais le jour.

La véritable internationalisation de la Zone de Tanger fut établie⁵¹⁰ par la Convention du 18 décembre 1923 entre la France, la Grande-Bretagne, et l'Espagne, successivement modifiée par un accord conclu le 25 juillet 1928 entre ces mêmes Etats et l'Italie. Entretemps, les parties originelles au traité invitèrent les Etats-Unis à adhérer à la Convention de 1923 ; cette demande

⁵⁰⁸ Discours de M. Kaufmann (Dantzig), *Recueil de la CPJIC* 18-II, p. 22 (Ville libre de Dantzig et OIT, 1930).

⁵⁰⁹ CPJI, Accès et stationnement des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig, 1931, p. 142 : « Le port de Dantzig n'est pas territoire polonais et, par suite, les droits que revendique la Pologne s'exerceraient par dérogation aux droits de la Ville libre. Des droits de cette nature doivent donc reposer sur une base bien claire ». Selon le « principe du Lotus », que cette même Cour avait formulé en 1927 dans l'affaire du même nom, les restrictions à la liberté des Etats (en l'espèce Dantzig) ne se présument pas. Il convient de noter que cette présomption n'a pas joué dans le cas de figure du Territoire de Memel, et à la faveur de celui-ci, puisque précisément ce dernier n'était pas un Etat. Le seul Etat concerné, étant, dans le cas d'espèce, ... la Lituanie.

⁵¹⁰ Elle fut précédée et préparée : par l'Acte d'Algesiras du 7 avril 1906 (article 61), par le traité de protectorat français sur le Maroc du 30 mars 1912, de même que par le Traité franco-espagnol relatif au protectorat français sur le Maroc, signé la même année, en vertu duquel l'Espagne se vit reconnaître trois zones d'influence, au Nord, au Sud, et autour d'Ifni, conformément à un accord secret conclu dès le 3 novembre 1904 (*RGDIP*, 1912, documents, pp. 18 et s.).

fut cependant rejetée, même si les Etats-Unis « *expressed a readiness to consider the possibility of suspending its extraterritoriality rights in the Tangier Zone provided certain assurances were given* »⁵¹¹.

Quelques dispositions saillantes de la Convention de 1923 (telle que modifiée par l'accord du 25 juillet 1928) méritent d'être mentionnées : a) par l'article 25, les droits souverains du Sultan sur la Zone sont reconnus ; b) la démilitarisation et neutralisation⁵¹² permanente de la Zone sont établies par l'article 3⁵¹³ ; c) les pouvoirs législatifs et administratifs les plus étendus sont conférés par l'autorité chérifienne aux puissances administrantes (Article 5)⁵¹⁴ ; d) en vertu du traité de protectorat franco-marocain, la France protège les intérêts des ressortissants marocains de la Zone qui se trouvent à l'étranger (article 6) ; e) la liberté de religion est garantie (articles 11 et 26) ; f) l'abrogation des Capitulations qui fait suite à l'établissement des Cours Mixtes (articles 25 et 29) ; g) égalité économique et fiscale ou « régime de la porte ouverte ».

L'architecture institutionnelle qui chapeautait le régime de la Zone était constituée par : a) une Assemblée Législative, composée du représentant du Sultan (*Mendoub*), qui la présidait, et de trente membres représentant les communautés étrangères et indigènes de la Zone⁵¹⁵ ; b) un Administrateur, désigné par le Comité de contrôle, qui exerçait le pouvoir exécutif et disposait d'une force de police internationale ; c) un Comité de contrôle, composé de huit membres, chargé de veiller au respect du Statut de la Zone et au respect de l'égalité économique ; d) des Cours Mixtes chargées de l'administration de la justice vis-à-vis des étrangers⁵¹⁶.

Le 15 juin 1940, l'Espagne occupa la Zone en invoquant la nécessité de préserver sa neutralité étant donné que les autres Parties contractantes étaient engagées dans le deuxième conflit mondial. Le *modus vivendi* qui s'installa depuis⁵¹⁷, ne dura cependant pas très longtemps puisque le 4 novembre 1940, l'Espagne abrogea unilatéralement le régime et annexa la Zone à sa partie de protectorat sur le Maroc⁵¹⁸.

A la Conférence de Potsdam (17 juillet – 2 août 1945), les chefs de gouvernement de l'Union Soviétique, des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne

⁵¹¹ G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 1, pp. 94-95.

⁵¹² Sur la signification de neutralisation et démilitarisation, voy. *supra* III.I.H.i et III.I.H.ii.

⁵¹³ Exception faite pour le droit de passage des troupes françaises et espagnoles.

⁵¹⁴ Exception faite pour les questions diplomatiques réservées à la France en vertu de l'Article V du traité franco-marocain de protectorat de 1912. Il importe de relever au passage que la Zone Internationale de Tanger doit être située dans le contexte plus général du protectorat français sur le Maroc (voy. *supra* III.I.G).

⁵¹⁵ Il importe de souligner que cet organe exerçait ses compétences législatives sur mandat du Sultan.

⁵¹⁶ Ces tribunaux mixtes furent réorganisés par la Convention du 10 novembre 1952.

⁵¹⁷ Whiteman, vol. 1, pp. 595-596.

⁵¹⁸ J. A. C. Gutteridge, « The Dissolution of the International Regime in Tangier », *BYIL*, vol. 33 (1957), p. 296.

décidèrent que la Zone « *which includes the City of Tangier and the area adjacent to it, in view of its special strategic importance, shall remain international* »⁵¹⁹. On ne peut pas s'empêcher de relever à cet égard que cette décision est prise sans le consentement des trois autres Parties à la Convention de 1923 (France, Italie et Espagne)⁵²⁰, à laquelle, inversement, les Etats-Unis n'étaient pas parties⁵²¹.

Quelques jours plus tard (31 août 1945) fut conclu un traité entre la Grande-Bretagne et la France – annexé à l'Acte final de la Conférence – qui disposa le rétablissement temporaire de l'administration internationale de la Zone en conformité avec la Convention de 1923, en attendant la tenue d'une conférence internationale pour le règlement définitif de la question.

Ce traité mit également fin officiellement à l'occupation espagnole en « demandant » au gouvernement espagnol de « hand over to the Committee of Control the administration of the Zone and the archives of the administration... »⁵²². Ici, à nouveau, on ne peut s'empêcher d'observer que ce traité ne liant pas l'Espagne, elle n'était pas astreinte par ses stipulations (*res inter alios acta*) et pourtant elle exécuta l'obligation. On pourrait dès lors construire cette dernière comme un accord collatéral au sens de l'article 35 de la CVDT 1969.

Cette situation perdura pendant moins de 5 ans. Le 2 mars 1956, les négociations entre la France et le Maroc aboutirent à une déclaration conjointe (avec Protocole annexé) par laquelle les deux parties contractantes ayant pris acte de « l'évolution réalisée par le Maroc sur la voie du progrès » en conclurent que

« le traité de Fès du 30 mars 1912 [établissant le protectorat français sur le Maroc] ne correspond plus désormais aux nécessités de la vie moderne et ne peut plus régir les rapports franco-marocains ».

Par la même occasion, la France reconnaissait l'indépendance du Maroc et affirmait « sa volonté de respecter et de faire respecter l'intégrité du territoire marocain, garantie par les traités internationaux ». Cette déclaration conjointe fut suivie par une déclaration (du 7 avril 1956) ayant une teneur analogue entre l'Espagne et le Maroc (relativement aux trois zones d'influence espagnole sur le Maroc).

Si ces deux déclarations conjointes mettaient fin à la fois au protectorat français sur le Maroc et aux trois zones d'influence espagnole, la Zone internationale de Tanger, quant à elle, continuait d'exister.

⁵¹⁹ Whiteman, vol. 1, p. 596.

⁵²⁰ La première étant considérée un partenaire mineur, la seconde étant une puissance vaincue, l'autre étant restée neutre pendant la Deuxième guerre mondiale. Quant à l'Italie, il y a lieu de remarquer qu'elle avait donné son accord par l'article 41 du Traité de Paix de 1947.

⁵²¹ Voy. *supra* I.I.C.

⁵²² Whiteman, vol. 1, p. 597.

Enfin, une Conférence internationale fut conviée à Tanger par le Sultan du Maroc du 8 au 29 octobre 1956 « en vue du règlement des questions soulevées par l'abrogation du régime spécial de la zone de Tanger »⁵²³. La Déclaration finale, adoptée par les Etats participants⁵²⁴, a) consacra « les principes de l'indépendance du Maroc, de l'unité et de l'intégrité territoriale de son territoire » ; b) reconnut « l'abolition du régime international de la zone de Tanger » ; c) le recouvrement par le Sultan de l'intégralité de ses pouvoirs et compétences [dans la Zone] qui ne relève plus désormais que de Sa souveraineté entière et exclusive ».

Finalement, on peut d'une certaine manière rapprocher la Zone internationale de Tanger à l'« International Settlement of Shanghai » (1845-1944)⁵²⁵, c'est-à-dire une extension et une *institutionnalisation* du régime des capitulations (depuis les premières entre la France et l'Empire ottoman, en 1526). Dans le cas de la Zone internationale de Tanger, elle constitue une internationalisation, avec administration internationale, du régime de la porte ouverte qui prévalait jadis sur l'ensemble du Maroc.

iii. Le territoire de Memel

Cette situation territoriale se place, comme annoncé plus haut, à l'extrême opposé par rapport à la Ville libre de Dantzig⁵²⁶ ; ils partagent cependant tous deux le même acte constitutif, à savoir le Traité de Versailles. Il s'agit du territoire de Memel (en Lituanien : « Klaipėda ») ayant appartenu, jusqu'en 1919⁵²⁷, à la Prusse orientale, que l'Allemagne céda, par ce traité, aux Principales Puissances alliées. A nouveau, il fallait concilier certains intérêts allemands – plutôt les intérêts des habitants majoritairement germanophones – dans le territoire avec ceux de la Lituanie sous la souveraineté de laquelle il sera finalement soumis. Par l'article 99,

« [l'] Allemagne renonce, en faveur des Principales Puissances alliées et associées, à tous droits et titres sur les territoires compris entre la mer Baltique [suit la description du futur territoire de Memel]. L'Allemagne s'engage à reconnaître les dispositions que les Principales Puissances alliées et associées prendront relativement à ces territoires, notamment en ce qui concerne la nationalité des habitants »

⁵²³ Préambule de la Déclaration Finale, 29 octobre 1956, *RTNU*, vol. 263, p. 166.

⁵²⁴ C'est-à-dire : la Belgique, l'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique, la France, l'Italie, le Maroc, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni.

⁵²⁵ Voy. C. F. Fraser, « The Status of the International Settlement at Shanghai », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 21 (1939), pp. 38-53.

⁵²⁶ En effet, lorsque pendant l'été 1922, les bruits coururent selon lesquelles la Commission spéciale pour la révision du statut du Territoire de Memel aurait envisagé la transformation de ce dernier en Ville libre à l'image de Dantzig, les habitants d'origine lituanienne de la région constituèrent, de connivence avec la Lituanie, un gouvernement insurrectionnel présidé par M. Simonaïtis.

⁵²⁷ Le 23 mars 1938, le Reich allemand adopta une loi pour l'annexion du Territoire de Memel, signifiant ainsi l'extinction du régime qui lui était associé jusqu'alors.

Par un mécanisme similaire à celui de la Ville libre de Dantzig et, *mutatis mutandis*, aux Mandats de la Société des Nations, le territoire de Memel fut rétrocédé – après une période d’administration internationale – par les principales puissances alliées à la Lituanie, mais *grevé* de restrictions relatives notamment à la nationalité des habitants⁵²⁸, autrefois allemands, et au bénéfice des habitants de ce territoire. En d’autres termes, la cession du territoire de Memel était subordonnée à l’acceptation par la Lituanie de toutes les clauses contenues dans une notification que les (cinq) Principales Puissances alliées et associées firent au gouvernement lituanien et qui furent finalement consacrées par la Convention de Paris du 8 mai 1924 conclue avec la Lituanie, dont l’annexe I contient le « Statut du territoire de Memel »⁵²⁹.

A l’instar de la Ville libre de Dantzig, donc, le Traité de Versailles envisagea, quoiqu’ici implicitement, la conclusion d’une convention d’application de la disposition relative au Territoire de Memel⁵³⁰. Ce traité non seulement définit le nouveau régime de droit matériel régissant le Territoire mais, encore plus important, créa l’architecture institutionnelle incarnant son autonomie⁵³¹ au sein de l’ordre juridique lituanien. Au sommet de cette structure, on trouve le Gouverneur nommé par le Président de la Lituanie⁵³², et ensuite le Directoire, lequel aux termes de l’Article 17 du Statut du territoire de Memel, exerçait le pouvoir exécutif⁵³³. S’il est vrai que « [l]e droit d’initiative législative appart[enait] également à la Chambre des représentants et au Directoire » (Article 18 du Statut), il n’en est pas moins vrai que le Gouverneur avait le « droit de veto sur les lois votées » par ces deux organes, « si ces lois dépassent la compétence des autorités du Territoire, telle qu’elle est fixée par le présent Statut, ou si elles vont à l’encontre des dispositions de l’article 6 ou des obligations internationales de la Lituanie »⁵³⁴.

« Lorsque la Convention de Paris de 1924 a transféré à la Lituanie tous les droits et titres qu’en vertu de l’article 99 du Traité de Versailles ces quatre Puissances tenaient de l’Allemagne sur le Territoire de Memel, et que la Lituanie s’est engagée à assurer

⁵²⁸ Voy. article 6 de la Convention de Paris de 1924. De même : Affaire entre l’Allemagne et la Lituanie concernant la nationalité de diverses personnes (Allemagne c. Lituanie), décision arbitrale du 10 août 1937, *RSA*, vol. III, p. 1751.

⁵²⁹ *Recueil des Traités de la Société des Nations* [ci-après : *RTSDN*], vol. 29 (1924), pp. 86-106.

⁵³⁰ *RTSDN*, vol. 29 (1924), pp. 95-106. En application de la susdite convention, la Lituanie arrêta le statut relatif au Territoire de Memel. L’Allemagne fit de même par la loi du 20 février 1925 « pour l’exécution des articles 8 et 10 » de la Convention de 1924. La Lituanie, en vertu de l’article 6, succéda, au *pro rata*, aux dettes de l’Etat allemand relativement au Territoire de Memel.

⁵³¹ Le préambule du Statut du Territoire de Memel évoque en son premier paragraphe « qu’il y a lieu d’accorder l’autonomie au Territoire de Memel et de sauvegarder les droits traditionnels et la culture de ses habitants » [les italiques sont de nous].

⁵³² Article 2 du Statut du Territoire de Memel (voy. *supra* note 530).

⁵³³ Le président était nommé par le Gouverneur, à son tour, comme nous l’avons vu, nommé par le Président de la Lituanie. Par contraste avec la situation de la Ville libre de Dantzig, on observe un pouvoir de contrôle indiscutable de la Lituanie sur le Territoire de Memel.

⁵³⁴ Article 16 du Statut du Territoire de Memel [les italiques sont de nous].

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

à ce Territoire l'autonomie stipulée dans les limites fixées par le Statut de Memel, les Parties à la convention n'ont certainement pas cherché à partager la souveraineté entre deux organismes devant coexister sur le même territoire. Elles ont voulu, tout simplement, assurer au territoire transféré un certain degré de large décentralisation législative, judiciaire, administrative et financière, devant se réaliser en harmonie avec l'unité de l'Etat lithuanien et dans le cadre de sa propre souveraineté »⁵³⁵.

L'objet du litige dans la présente espèce était représenté par la conclusion d'un accord commercial entre l'Allemagne et le Directoire du Territoire de Memel. *Mutatis mutandis*, les enjeux politiques ressemblaient à ceux soulevés par l'affaire du Régime douanier austro-allemand, dans la mesure où les aspects commerciaux *cachaient* des implications politiques que les textes normatifs régissant le Territoire visaient justement à éviter, c'est-à-dire la mainmise de l'Allemagne sur le territoire qu'il avait cédé par le Traité de Versailles.

En effet, comme la CPJI se plut à observer, l'autonomie du Territoire, bien que non négligeable, n'était guère totale ; par exemple, le Gouverneur avait le pouvoir de veto sur les lois internes du territoire (Articles 2 & 16) ainsi que le pouvoir de nommer l'exécutif dont les nominés devaient cependant être confirmés par le Législatif.

Quant à la politique extérieure, et contrairement au futur (et non réalisé) Territoire (libre) de Trieste, elle relevait, conformément à l'article 7 de la Convention de Paris de 1924, de « la compétence exclusive de la République lithuanienne »⁵³⁶. La conduite des relations extérieures par une entité territoriale constitue assurément une prérogative régaliennne, et si son exercice peut être confié à un Etat, comme dans la figure du protectorat, il faut que cette entité en possède le titre, ce qui n'est pas le cas pour le territoire de Memel. C'est la preuve que l'article 99 du Traité de Versailles, ainsi que les autres actes internationaux et internes, ne visait qu'à établir une autonomie interne sans pour autant entacher la puissance publique lituanienne dans sa dimension extérieure. Ceci était corroboré par le fait que, aux termes de l'article 34 du Statut du Territoire de Memel, contenue dans ladite convention, « [l]es passeports [délivrés par le Directoire du Territoire] mentionneront la nationalité lithuanienne du porteur, aussi bien que son caractère de citoyen du Territoire de Memel »⁵³⁷. Il n'y avait donc pas, contrairement à la Ville libre de Dantzig, de nationalité du territoire de Memel.

⁵³⁵ CPJI, Interprétation du Statut du Territoire de Memel (Royaume-Uni, France, Italie et Japon c. **Lithuanie**), arrêt du 11 août 1932 : *Recueil de la CPJI A/B* 49, p. 313. Voy. aussi l'article 1^{er} du Statut du Territoire de Memel (voy. *supra* note 530) de même que l'article 2 de la Convention de Paris de 1924.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 325. Ceci est indirectement corroboré par l'article 9 § 1 du Statut du Territoire de Memel selon lequel les citoyens de Memel jouissaient de « tous les droits civils reconnus aux *autres* ressortissants lithuaniens » sur le territoire lituanien [les italiques sont de nous].

⁵³⁷ Inversement, l'article 11 de la Convention prévoyait la protection des minorités habitant le Territoire de Memel. A ce sujet le Gouvernement lituanien avait fait, devant le Conseil de la S.d.N., une déclaration par laquelle il s'engageait en ce sens.

Dans un autre registre, la Conférence des ambassadeurs des Principales Puissances alliées décidèrent, le 11 mars 1920 que le territoire de Memel devait être doté de son propre pavillon « destiné à faciliter la navigation fluviale et maritime des ressortissants du territoire de Memel »⁵³⁸.

Il n'est donc pas inexact d'affirmer que le territoire (non libre) de Memel constitue un exemple de forte autonomie locale⁵³⁹ – garantie par des traités internationaux (conférant par ailleurs un intérêt à agir aux Principales Puissances alliées) – au sein de la souveraineté d'un Etat. Il ne s'agit dès lors pas d'un territoire *internationalisé* – comme ce fut le cas pour Dantzig et Trieste – mais plutôt, répétons-le d'une garantie internationale d'une autonomie locale sans préjudice de la (seule) souveraineté étatique présente, à savoir celle de la Lituanie. C'est dans ce sens qu'il convient d'interpréter les affirmations de la CPJI se référant à l'article 1^{er} du Statut du Territoire de Memel énonçant la « souveraineté de la **Lithuanie** »⁵⁴⁰.

III. L'ADMINISTRATION INTERNATIONALE DIRECTE DE TERRITOIRES

D'entrée de jeu, deux mots sur le qualificatif « directe » s'imposent. Ils nous permettent de distinguer la situation actuellement sous examen de celles dans lesquelles un – ou plusieurs – Etat(s) administrent un territoire sous la surveillance – à des degrés variables de contrôle – d'une organisation internationale compétente. Rentrent dans ce dernier cas de figure : a) l'administration mandataire (S.d.N.) ; b) l'administration fiduciaire (ONU). Situations que l'on pourrait qualifier d'administration internationale *indirecte* et que nous avons déjà passées en revue⁵⁴¹.

Ne rentrent pas non plus sous cette rubrique ni le cas de figure des Villes Libres, comme Dantzig qui, tout en étant placée sous la garantie de la S.d.N. (Articles 47-49 du Traité de Versailles de 1919)⁵⁴², était cependant administrée par les autorités locales (certes sous surveillance de la S.d.N.) ni la Zone internationale de Tanger dont l'administration était confiée à une assemblée formée par des représentants d'Etats en dehors de toute organisation internationale. De plus, comme nous le verrons, les villes internationales, y compris celles qui ne virent jamais le jour comme Trieste et Jérusalem, étaient destinées à durer dans le temps alors que dans tous les cas examinés

⁵³⁸ In : *Prassi italiana*, 3^{ème} série, vol. 5, § 1287, p. 2877.

⁵³⁹ CPJI, Interprétation du Statut du Territoire de Memel, 1932, p. 314. Voy. aussi l'article 5 du Statut du Territoire de Memel qui détaille les compétences « qui seront du ressort des pouvoirs locaux du Territoire de Memel », dont le maintien de l'ordre assuré par la police locale. Il importe de souligner que ces pouvoirs étaient exercés par les pouvoirs locaux en conformité « avec les principes de la Constitution lithuanienne » sauf « dispositions contraires » (article 6 du Statut).

⁵⁴⁰ *Loc. cit.*

⁵⁴¹ Voy. *supra* III.II.

⁵⁴² Voy. *supra* III.II.C.i.

ici, il s'agit d'une solution provisoire dans le cadre du maintien ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. C'est là un élément de différenciation dont l'on ne saurait minimiser l'importance.

Dans les différents scénarii que l'on envisage ici, c'est une organisation internationale qui administre directement, c'est-à-dire par le biais de ses organes, un territoire. En d'autres termes, on franchit un pas supplémentaire dans l'internationalisation de l'administration en raison de la disparition de l'élément étatique dans l'exécution de l'administration, respectivement la Puissance mandataire (dans le système de la S.d.N.) et l'autorité chargée de l'administration fiduciaire (dans le système de l'ONU). En conséquence, l'élément qui différencie ces deux catégories (directe et indirecte) réside dans l'exercice par l'organisation internationale compétente de la fonction d'administration.

De surcroît, qui dit organisation internationale exclut aussi, dans un autre registre, les situations dans lesquelles un groupe d'Etats – sans mandat d'une organisation internationale – administre un territoire. Si ce scénario est difficilement envisageable à l'heure actuelle, justement en raison de l'existence de ces compétences et pouvoirs auprès de l'ONU⁵⁴³, notamment, ceci pouvait se réaliser par le passé à travers des organisations internationales de facto (« les Gouvernements internationaux de fait ») s'étant octroyées un pouvoir dispositif des territoires (avant 1919 et 1945 respectivement)⁵⁴⁴.

Dans ce cas spécifique au sein de cette catégorie plus large de redistribution ou d'aménagement territorial, il n'était en effet pas rare que les Grandes Puissances confiassent le mandat d'administrer un territoire ou un pays à un Etat voire qu'ils exerçassent directement cette administration. Dans le premier cas, on parlait d'administration internationale *indirecte*, qui pouvait prendre la forme d'un protectorat⁵⁴⁵, alors que dans le deuxième cas il s'agissait d'une administration internationale *directe*⁵⁴⁶. Il est curieux, mais pas surprenant, d'observer que ce binôme a été reproduit aussi bien dans la S.d.N. et l'ONU, c'est-à-dire ce système binaire entre administration internationale *indirecte* (Mandats et Administration fiduciaire) et *directe*, dont nous examinerons sur-le-champ quelques cas d'espèce.

⁵⁴³ Le principe de l'égalité souveraine des Etats, consacré à l'article 2 § 1 de la CNU, et son corollaire, le principe de non intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, font par ailleurs obstacle à la licéité de cette pratique aujourd'hui.

⁵⁴⁴ Voy. *supra* II.I.B.

⁵⁴⁵ Comme ce fut le cas pour l'exemple historique précédemment examiné du protectorat britannique sur les Iles Ioniennes.

⁵⁴⁶ On peut citer comme exemple l'inédite expérience du « Gouvernement international de Crète » entre 1897 et 1913, établie par le Traité de Constantinople du 4 décembre 1897. Voy. *supra* II.I.B.i.

Mais avant de faire ceci, il importe de souligner que toutes ces formes d'administrations internationales directes – à l'instar de celles *indirectes* – se caractérisent par le fait d'être provisoires⁵⁴⁷. Cette qualité est par ailleurs inscrite dans leurs gènes et reflète les finalités de cette administration, qui consistent dans l'accompagnement du pays concerné à l'indépendance ou encore dans le règlement voire dans la prévention d'un conflit armé sans pour autant préjuger de la solution définitive quant au statut final.

A. L'expérience de la Société des Nations

i. La Commission de gouvernement de la Sarre et son appendice après la Seconde Guerre mondiale

Le règlement de la question de la Sarre après la Première Guerre mondiale résume quelques aspects du droit international des espaces que nous avons évoqués jusqu'ici. En vertu de l'Article 45 du Traité de Versailles, la France obtient « [e]n compensation de la destruction des mines de charbon ... la propriété entière et absolue ... des mines de charbon situées dans le bassin minier de la Sarre » ; en même temps l'Allemagne « renonce, en faveur de la Société des Nations, considérée ici comme fidéicommissaire [« in the capacity of trustee »] au gouvernement » du territoire de la Sarre (Article 49). Nous avons trois sujets qui sont titulaires de droits de nature et contenu différents : la France possède la propriété⁵⁴⁸ du Territoire de la Sarre, qui demeure sous souveraineté allemande mais dont l'exercice est confié à la Société des Nations :

« [T]he powers of government over the Saar Territory passed from the German Reich and the States of Prussia and Bavaria, for the period of duration of the Statute, to the Governing Commission of the Saar Territory »⁵⁴⁹.

Le détachement de la Sarre et la création d'une administration internationale directe peuvent se rapprocher, eu égard à la finalité, de l'occupation pacifique de territoires en tant que gage. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une occupation permettant à la France de s'assurer que les dommages de guerre pâtis durant la Première Guerre mondiale soient intégralement réparés par l'Allemagne. Plus concrètement, la France, en tirant bénéfice des ressources en charbon de la Sarre, pourvoit à l'exécution de cette obligation à la charge de l'Allemagne.

Deux éléments nous permettent de distinguer d'ores et déjà l'administration directe et indirecte de territoires : dans tous les cas des Mandats, (a) les Puissances vaincues renoncent en faveur des Puissances alliées et (b) le « trustee » est le Mandataire. Ici, l'Allemagne garde la souveraineté nue⁵⁵⁰,

⁵⁴⁷ Voy. *infra* note 553.

⁵⁴⁸ Voy. *supra* III.I.A.i.

⁵⁴⁹ Pensions of Officials of the Saar Territory, décision arbitrale du 4 septembre 1934, *RSA*, vol. 3, p. 1557.

⁵⁵⁰ In Re Kremer, décision du Conseil d'Etat (France) du 12 juin 1936, *ILR*, vol. 8, p. 142.

à la différence de ses anciennes colonies, et son exercice n'est pas attribué à un Etat sous contrôle international mais *directement* à un organe d'une organisation internationale.

Les paragraphes 16-33 de l'Annexe à l'article 50 du Traité de Versailles confient l'administration de la Sarre à la S.d.N. pour une *période transitoire* de quinze ans, jusqu'à l'organisation d'un plébiscite qui décidera du destin de ce territoire : i) réintégrer l'Allemagne dans l'exercice de sa souveraineté ; ii) transférer le territoire à la France ; iii) maintenir l'administration internationale.

Aux termes du Traité de Versailles l'exercice de cette administration incombe à la « Commission spéciale » composée de 5 membres (un Français, un non-Français originaire de la Sarre et y habitant, trois ressortissants d'autres Etats que la France et l'Allemagne), nommés avec un mandat annuel par le Conseil lequel décidait aussi de son président que le § 18 qualifiait de « agent exécutif » de la Commission. Le Conseil examinait les rapports produits par la Commission. Selon le § 19, cette dernière exercera « tous les pouvoirs de gouvernement appartenant antérieurement à l'Empire allemand, à la Prusse et à la Bavière », y compris donc, les trois pouvoirs de l'Etat : législatif et exécutif et judiciaire ; en effet en vertu du § 25, « la justice sera rendue au nom de la commission de gouvernement ».

Sur le plan des relations internationales, il convient de relever que la Commission de gouvernement de la Sarre exerça des compétences limitées en matière d'affaires étrangères, parmi lesquelles il faut mentionner sa qualité de membre de l'UPU.

Encore plus intéressant, en conformité avec le § 33, la Commission fut investie du pouvoir de régler les différends entre la France et l'Allemagne sur l'interprétation de ses pouvoirs, en imposant sa décision aux deux Etats ; ce qui montre bien le caractère international de la titularité et de l'exercice des fonctions régaliennes, voire leur supranationalité par rapport à l'Allemagne (notamment, car détentrice de la souveraineté nue) et de la France. Ces pouvoirs de la Commission ne sont pas sans rappeler, *mutatis mutandis*, ceux du haut commissaire de la Ville libre de Dantzig.

Dans un autre registre, le Conseil de la S.d.N. décida de la création d'une force internationale neutre chargée du maintien de l'ordre dans la Sarre pendant la période plébiscitaire (fin 1934-début 1935).

Lors du plébiscite, les habitants finirent par choisir avec une majorité écrasante de rejoindre l'Allemagne. En conséquence, le 28 février 1935, la Commission, sur la base de la décision du Conseil de la S.d.N. (par laquelle il avait pris acte de la volonté plébiscitaire), lui transféra ses pouvoirs que le Conseil, à son tour, transmit le lendemain à l'Allemagne. Ainsi, la double scission, entre souveraineté et son exercice, et entre souveraineté et propriété fut résolue par l'absorption par l'Allemagne de l'*exercitium iuris*.

Après la Seconde Guerre mondiale, l'Allemagne et l'Autriche furent soumises au régime d'occupation militaire par les Quatre Puissances alliées. En 1947, une partie du territoire de la Sarre, sous occupation française en tant que sixième Land de la RFA, fut détachée de l'Allemagne et se constitua en entité autonome sous protectorat de la France le 15 décembre 1947. L'article 60 de la Constitution de l'« Etat sarrois », élaborée par un *Landtag* élu le 5 octobre 1947, était ainsi rédigé :

« [L]a Sarre est un territoire organisé de manière autonome, démocratique et sociale, et économique rattaché à la France »

La loi fondamentale de la Sarre fut complétée par pas moins de onze conventions additionnelles conclues en 1950 et finalement modifiées en 1953. Les habitants de cette partie de la Sarre acquéraient une nouvelle nationalité, distincte des deux pays concernés, et cette zone jouit, en vertu de la convention générale, d'une autonomie législative, administrative et judiciaire.

La France, d'abord représentée par un Haut-Commissaire et ensuite par un Ambassadeur, était chargée d'assurer la défense du territoire et de la gestion de ses relations internationales. Cette zone de la Sarre put participer à certains traités multilatéraux, parmi lesquels il convient de mentionner la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950. Cette qualité de partie avait été bien évidemment précédée par son admission au sein du Conseil de l'Europe le 20 juillet 1950.

Bien que le statut de cette zone de la Sarre pût être assimilé à certains égards à celui d'une union réelle avec la France, voire d'un protectorat⁵⁵¹, sa définition précise ne fit jamais l'objet d'une réglementation conventionnelle internationale. Aux fins de l'éclaircissement de son statut international, force est de tourner notre regard vers la pratique internationale.

Par le plébiscite du 23 octobre 1955 – aux termes de l'accord franco-allemand du 23 octobre 1954 – les habitants de la Sarre refusèrent le « Statut de la Sarre », fruit des négociations franco-allemandes. Ce Statut prévoyait d'une part « l'internationalisation, à l'échelle de l'Europe occidentale, de la gestion politique du territoire » et d'autre part « le maintien de l'union économique franco-sarroise »⁵⁵². Enfin, le 27 octobre 1956, la France et l'Allemagne conclurent une série d'accords visant entre autres le retour de cette zone sous souveraineté allemande au 1^{er} janvier 1957. On peut dire que la création de la CECA en 1952 et la future naissance de l'EURATOM et surtout de la CEE en 1957 non seulement répondaient aux exigences françaises en matière énergétique mais rendaient, surtout la CEE, inconcevable voire insupportable un tel régime juridique dans cette zone de la Sarre.

⁵⁵¹ A la genèse cependant un peu particulière, puisque nous sommes ici confrontés à un rapport trilatéral alors que le protectorat international présuppose deux Etats souverains (voy. *supra* III.I.G)

⁵⁵² M. Merle, « L'accord franco-allemand du 23 octobre 1954 sur le statut de la Sarre », *AFDI*, vol. 1 (1955), p. 129.

Or, si le statut de la Sarre dans l'entre-deux guerres illustre bien une forme d'administration internationale indirecte⁵⁵³, celui après la Seconde Guerre mondiale s'apparente plutôt à une Zone ou Ville internationale, pas très dissemblable de la Ville de Dantzig avec cependant bien plus de pouvoirs de la part de la France que la Pologne et donc moins d'émancipation de la Sarre par rapport à la Ville libre de Dantzig.

Bien évidemment, la grande différence résidait dans l'instrument conventionnel établissant ce régime ; alors que dans tous les cas passés en revue jusqu'ici le règlement était bel et bien consigné dans une convention multilatérale, ici on est en présence d'un traité bilatéral en attendant un traité de paix général. Les besoins sécuritaires de la France ainsi que ses intérêts dans les bassins miniers de la région prévalaient sur tout autre considération de sécurité et d'intérêt collectif. Nous sommes ici bien loin de la Ville libre de Dantzig, de la Zone Internationale de Tanger, du territoire de Memel et autres régimes territoriaux ou, encore, de l'« intérêt européen » et du « droit objectif » des Iles d'Åland.

ii. *La Commission d'administration de Leticia (1933-1934)*

Le deuxième exemple d'administration internationale directe par la Société des Nations que nous aimerions brièvement traiter ici est celui du « District de Leticia », un lambeau de forêt amazonienne, peuplé – pendant la période concernée – par moins d'un millier de personnes, dont environ deux cents habitant la petite ville du même nom. Cette solution ingénieuse d'administration internationale temporaire fut concoctée par la S.d.N. afin d'éviter un nouveau conflit entre la Colombie et le Pérou⁵⁵⁴.

En effet, à la suite de l'occupation de ce territoire par un groupe de simples particuliers péruviens des districts limitrophes, la S.d.N. dut arbitrer entre la revendication colombienne consistant dans la reprise du territoire et celle péruvienne qui contestait la validité du traité de délimitation de 1922 en vertu duquel la souveraineté colombienne sur le district de Leticia avait été constatée⁵⁵⁵.

La proposition du Conseil, qui fut saisi de cette question par la Colombie aux termes de l'article 15 du Pacte, prévoyait la constitution d'une Commission de la Société chargée de gérer le territoire que les forces

⁵⁵³ Sans que l'on puisse toutefois parler d'un Etat, bien entendu, comme le dit Kaufmann dans sa Réplique soumise à la CPJI dans l'affaire relative à la Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du travail, *Recueil de la CPJI*, C 18-II, p. 94 : « J'ai entendu, non sans étonnement, soulever un certain rapprochement du statut extraordinaire du bassin de la Sarre, statut qui a été conçu pour une période transitoire de quinze années, avec le statut de la Ville libre [de Dantzig]. Le bassin de la Sarre ... n'est pas un Etat ».

⁵⁵⁴ Au sujet du conflit territorial opposant ces deux Etats, voir : G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 1, pp. 752-754.

⁵⁵⁵ Le Traité Salomon-Lozano du 24 mars 1922, signé à Lima, établit *grosso modo* le thalweg du fleuve Putumayo comme la frontière entre la Colombie et le Pérou (article 1^{er}).

péruviennes avaient par la suite occupé, alors qu'il n'avait pas dans un premier temps reconnu l'action de ses ressortissants. Cette proposition, acceptée par la Colombie, fut cependant rejetée par le Pérou. Finalement, le Conseil réussit à obtenir un accord des deux Etats (le 25 mai 1933 à Genève)⁵⁵⁶ sur la base duquel la Commission d'administration à Leticia « au nom du gouvernement de la Colombie, prendra en charge l'administration du territoire [de Leticia] évacué par les forces péruviennes » ; pour ce faire, elle était investie de tous les pouvoirs nécessaires⁵⁵⁷. Afin de maintenir l'ordre, elle « fera appel à des forces militaires de son choix et pourra s'attacher les autres éléments qu'elle jugera nécessaires » ; elle ne recourut dans les faits qu'aux seules forces armées colombiennes en tant que forces internationales. La Commission fut constituée le 19 juin 1933 et composée de trois membres : états-unien, brésilien et espagnol (les deux premiers étant ressortissants d'Etats non membres de la S.d.N.). Ils se répartirent l'administration par secteurs : ordre et sécurité, travaux publics et hygiène, examen et évaluation des réclamations concernant les biens perdus par les habitants du district lors des événements de septembre 1932.

La pratique de la Commission montre, plus encore que le texte de l'accord de 1933, qu'elle prétendit et réussit à se faire reconnaître une autonomie substantielle par rapport aux deux Etats, notamment de la Colombie ; elle présenta, à l'instar de la Commission spéciale sarroise, des rapports au Conseil.

La période d'administration internationale et transitoire prit fin par le traité conclu entre les deux Etats à Rio de Janeiro le 24 mai 1934, par lequel, notamment, la Commission transféra le 19 juin l'administration du district aux autorités colombiennes selon les indications reçues par le Conseil de la S.d.N.

B. L'expérience de l'administration internationale directe par l'ONU

La pratique, toujours actuelle, de l'ONU en matière d'administration internationale directe de territoires est assurément plus riche, même s'il est indéniable que, surtout au début, elle s'inspira de celle de sa prédécesseure en vue de l'élargir et de l'étoffer. Les finalités et les caractéristiques restent donc *grosso modo* les mêmes, surtout leur caractère temporaire, comme l'a souligné très correctement l'IDI :

« les prérogatives de puissance publique doivent être restituées sitôt que possible à la population ou au peuple concernés pour être exercées dans le cadre d'un état respectueux des principes démocratiques, de l'état de droit et des droits de la personne humaine »⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ *RTSDN*, Vols. 138-139.

⁵⁵⁷ *Journal officiel de la S.d.N.*, 1933, pp. 944-945.

⁵⁵⁸ Article 3 § 5 de la Résolution de l'IDI sur l'administration internationale (2021), https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_13_fr.pdf.

Si on laisse de côté les tentatives, par ailleurs infructueuses, de villes internationales que furent Trieste et Jérusalem, pour les raisons que nous avons exposées plus haut, on peut recenser dans l'ordre chronologique plusieurs exemples. On ne manquera pas d'observer que, dans la plupart des cas, la genèse et le statut de l'administration sont décidés par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la CNU, alors que dans certains cas, c'est un traité international, entre les parties concernées⁵⁵⁹, qui est l'acte constitutif.

Dans cet échantillonnage, forcément succinct, il y a lieu de mentionner tout d'abord, la Nouvelle-Guinée occidentale, également connue sous la dénomination de Irian Jaya occidental, où l'administration par l'AETNU (« Autorité exécutive temporaire des Nations Unies ») était prévue par l'accord de New York du 15 août 1962 entre le Pays-Bas, ancienne puissance coloniale, et l'Indonésie, Etat nouvellement indépendant. En vertu de son Article V, un Administrateur, nommé par le Secrétaire général, était investi de la « pleine autorité d'administrer le territoire » sous la direction du Secrétaire général, alors que la sécurité était garantie par l'UNSF (« United Nations Security Force in West New Guinea »).

L'administration internationale prit fin par suite de l'exercice du droit à l'autodétermination par le peuple de Irian Jaya, et son incorporation en tant que province par l'Indonésie.

Il convient également de mentionner, en passant, le Conseil pour la Namibie, institué par l'Assemblée générale en vertu de sa résolution 2248 (S-V) du 19 mai 1967. Toutefois, en raison de l'opposition sud-africaine, ses membres ne furent jamais autorisés à fouler le territoire namibien et à y exercer leurs fonctions. Ce défaut évident d'effectivité fut cependant pallié par les actes accomplis par le Conseil sur le plan de la diplomatie multilatérale, ce dernier agissant pour le compte du peuple namibien. Parmi ces représentations faites par le Conseil, on ne peut pas passer sous silence sa participation aux conférences diplomatiques telles que celles aboutissant à la CVDT 1969 (1968-1969) et à la CVSE 1978 (1977-1978). Il n'est pas osé d'affirmer que par son activité sur la scène juridique internationale en épaulant la SWAPO (le mouvement de libération nationale du peuple namibien), le Conseil a contribué à renforcer le droit à l'autodétermination du peuple namibien et par là à saper l'effectivité illégale de l'occupation sud-africaine⁵⁶⁰.

Moins bien heureuse, du moins jusqu'à ce jour, a été l'action de la MINURSO au Sahara occidental⁵⁶¹. Le Conseil de sécurité attribua au Représentant spécial tous les pouvoirs nécessaires pour l'organisation et la

⁵⁵⁹ Article 4 de la Résolution de l'IDI sur l'administration internationale (2021).

⁵⁶⁰ Voy. *supra* II.II.A.

⁵⁶¹ Mission des Nations unies pour l'organisation d'un référendum au Sahara occidental (créée par la rés. 690 du Conseil de sécurité (29 avril 1991).

gestion du processus référendaire relatif à l'indépendance du territoire. Le référendum n'a toujours pas eu lieu à ce jour ... et l'on ne peut pas vraiment parler d'administration internationale du territoire, ce territoire étant sous occupation militaire marocaine⁵⁶².

Au Cambodge, l'APRONUC (1992-1993)⁵⁶³ fut chargée, toujours par le Conseil de sécurité, du contrôle direct des secteurs de l'administration cambodgienne susceptibles d'influencer le déroulement des consultations électorales, organisées à la suite du conflit comme élément central du règlement global dans ce pays.

En Croatie, on relève l'ATNUSO (1996-1998)⁵⁶⁴, instituée par la rés. 1037 (15 janvier 1996) à la suite des « Accords de Paix de Dayton », signés à Paris le 14 décembre 1995. Le Conseil de sécurité accéda ainsi à la demande des différentes parties d'instituer une administration provisoire ayant le pouvoir de « gouverner » ces parties du territoire croate. Elle fut techniquement définie comme une opération de maintien de la paix et comprenait un volet civil et un volet militaire, tous deux sous l'« autorité générale » d'un Administrateur provisoire qui était également investi de la fonction législative. Prolongée une fois, elle prit fin en 1998.

Aucune liste d'administrations internationales directes par l'ONU ne pourrait faire l'impasse sur le Kosovo, dont le statut nous a, dans ce volume, intéressé sous plusieurs angles, auxquels nous renvoyons le lecteur pour ajouter d'autres tesselles à cette mosaïque complexe. La MINUK (« Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo »), établie par la résolution 1244 (10 juin 1999) représente assurément à ce jour, l'exemple le plus avancé d'une administration internationale directe par l'ONU. A l'instar de l'ATNUSO, elle comporte une partie civile et militaire⁵⁶⁵. De surcroît, la

⁵⁶² Voy. *supra* II.II.A.ii (pp. 148 et suiv.).

⁵⁶³ Autorité provisoire des Nations unies au Cambodge.

⁵⁶⁴ Administration transitoire des Nations unies pour la Slavonie orientale, la Baranja et le Srem occidental.

⁵⁶⁵ Par cette résolution, le Conseil de sécurité « 5. Décide du déploiement au Kosovo, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, de présences internationales civile et de sécurité dotées du matériel et du personnel appropriés, en tant que de besoin, et accueille avec satisfaction l'accord de la République fédérale de Yougoslavie relatif à ces présences ; [...] 10. Autorise le Secrétaire général, agissant avec le concours des organisations internationales compétentes, à établir une présence internationale civile au Kosovo afin d'y assurer une administration intérimaire dans le cadre de laquelle la population du Kosovo pourra jouir d'une autonomie substantielle au sein de la République fédérale de Yougoslavie, et qui assurera une administration transitoire de même que la mise en place et la supervision des institutions d'auto-administration démocratiques provisoires nécessaires pour que tous les habitants du Kosovo puissent vivre en paix et dans des conditions normales : Son Annexe II ajoute une brique à l'échafaudage institutionnel de l'administration internationale directe dans la mesure où il dispose la « 5. Mise en place, en vertu d'une décision du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et dans le cadre de la présence internationale civile, d'une administration intérimaire pour le Kosovo permettant à la population du Kosovo de jouir d'une autonomie substantielle au sein de la République fédérale de Yougoslavie. L'administration intérimaire sera chargée d'assurer

pratique du Représentant spécial, « proconsul » du Conseil de sécurité, conjointement à l'acquiescement de ce dernier, lui permit de s'arroger, avec le 1^{er} Règlement adopté par la MINUK (1999/1), des pouvoirs très étendus d'administration directe nonobstant l'opposition de Belgrade. La section 1.1. dudit Règlement prévoit : « *All legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary is vested in UNMIK and is exercised by the Special Representative of the Secretary General* »⁵⁶⁶.

La MINUK a administré le Kosovo neuf ans durant jusqu'à la déclaration d'indépendance du 17 février 2008. Le Conseil de sécurité, divisé en raison de la position de la Russie, et accessoirement de la Chine, ne réussit pas à adopter une résolution prenant compte à la fois cette déclaration et les 117 reconnaissances internationales qui en suivirent à ce jour. Toutefois, le Secrétaire Général de l'ONU, obviant au blocage du Conseil de sécurité, a revu à la baisse les pouvoirs de la MINUK qui se rapportent désormais à la promotion de la sécurité, à la stabilité et au respect des droits de l'homme au Kosovo. De toute évidence, on ne peut plus parler d'administration internationale, encore moins directe, de ce territoire par l'ONU.

Enfin, le Timor-Leste, à maints égards une *success story* de l'administration internationale directe. Le 5 mai 1999, le Portugal et l'Indonésie conclurent un « Accord sur la question du Timor oriental » et en stipulèrent deux autres avec le Secrétaire Général au sujet des modalités de déroulement d'un référendum sur ce territoire permettant finalement au peuple timorais de choisir entre une large autonomie au sein de l'Indonésie ou l'indépendance. En cas de victoire pour ce deuxième scénario, l'article 6 de l'Accord établissait l'institution d'une Administration de l'ONU chargée de créer les structures gouvernementales du futur Etat du Timor oriental. Le référendum eut lieu le 30 août 1999 et une majorité écrasante opta pour l'indépendance. En conséquence, le Conseil de sécurité créa, par sa résolution 1272 (25 octobre 1999), l'ATNUTO, composée d'un corps militaire (autorisé à « utiliser tous les moyens nécessaires pour réaliser son mandat »)⁵⁶⁷ et d'un corps civil. L'ATNUTO, guidée par un Administrateur provisoire nommé par le Secrétaire général, a administré ce territoire jusqu'à son indépendance, qui eut

l'administration transitoire tout en organisant et en supervisant la mise en place d'institution d'auto-administration démocratiques provisoires propres à garantir des conditions permettant à tous les habitants du Kosovo de vivre en paix dans des conditions normales ».

⁵⁶⁶ Dans son avis consultatif relatif à la déclaration d'indépendance (2010), la Cour souligna que le Représentant spécial jouissait entre autres d'un pouvoir éminent en matière législative : « Le cadre constitutionnel [formé par la rés. 1244 et les Règlements de la MINUK] conférerait à celui-ci [le Représentant spécial] le pouvoir de superviser et, dans certaines circonstances, d'annuler les actes des institutions provisoires d'administration autonome » (§ 108) Le Représentant spécial n'hésita pas à juger « plusieurs actes incompatibles avec le cadre constitutionnel au motif qu'ils « dépassaient le champ de compétence [de l'Assemblée] » (*ibid.*).

⁵⁶⁷ Cette formule n'est pas anodine puisqu'elle permet de classer cette opération de paix parmi celles revêtues du pouvoir d'« imposer » la paix au sens de l'Article 42 de la Charte de l'ONU.

lieu le 20 mai 2002 sous le nom de Timor-Leste. Sur la base du paragraphe 1^{er} de la résolution susmentionnée, l'ATNUTO avait le pouvoir d'« exercer l'ensemble des pouvoirs législatif et exécutif, y compris l'administration de la justice. Parmi les pouvoirs et les compétences dont jouit l'ATNUTO il y a lieu de mentionner : « a) assurer la sécurité et le maintien de l'ordre sur l'ensemble du territoire du Timor oriental ; b) mettre en place une administration efficace ; c) aider à créer des services civils et sociaux ; d) assurer la coordination et l'acheminement de l'aide humanitaire, ainsi que l'aide au relèvement et au développement ; e) appuyer le renforcement des capacités en vue de l'autonomie ; f) contribuer à créer les conditions d'un développement durable » (paragraphe 2 de la résolution 1272). Il n'est pas difficile d'entrevoir parmi ces fonctions régaliennes, l'intention du Conseil de sécurité de préparer la construction d'un Etat qui soit conforme aux « standards » internationaux (« onusiens »), par exemple en matière de droits de l'homme, du droit de l'environnement, de la gouvernance et du développement humain.

Comme nous venons de le voir, aussi bien en filigrane de la pratique de la S.d.N. que de celle de l'ONU, l'administration internationale directe de territoires est l'un des instruments dont s'est servie la première et continue de se servir la seconde dans le but de maintenir et/ou de restaurer la paix et la sécurité internationales, « sachant que le bénéficiaire ultime du processus doit être la population ou le peuple concernés »⁵⁶⁸.

A cet effet, les organes compétents agissent dans le cadre du système de sécurité collective et cette dimension est une énième illustration des liens entre le « Droit de New York » et le droit international des espaces.

⁵⁶⁸ Article 3 § 5 de la Résolution de l'IDI sur l'administration internationale (2021).

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|----|
| PROLÉGOMÈNES : ETAT, SOUVERAINETÉ ET ESPACE | 9 |
| PARTIE I. LA TECHNIQUE : CRÉATION, EXTINCTION ET MODIFICATION DU TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE | 13 |
| I. LE CONCEPT DE TITRE JURIDIQUE | 13 |
| A. Les prétendus « modes d'acquisition » du titre au territoire | 16 |
| B. Vers une nouvelle articulation du concept de titre de souveraineté territoriale..... | 24 |
| C. Force ou poids relatif du titre territorial : les « gradations » du titre juridique | 26 |
| II. ACQUISITION ET PERTE DU TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE PAR ACTE JURIDIQUE CONVENTIONNEL : LE TRAITÉ TERRITORIAL ET SES SPÉCIFICITÉS | 37 |
| A. Le principe de la stabilité et de la finalité des frontières..... | 38 |
| B. <i>Nemo plus iuris ad alium transferre quam ipse haberet</i> | 40 |
| C. Le principe de l'effet relatif des traités | 41 |
| D. Les accords avec les « chefs indigènes » | 43 |
| E. Le « plébiscite » en tant que condition de la validité de la mutation territoriale | 48 |
| III. ACQUISITION ET PERTE DU TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE PAR « FAIT JURIDIQUE »..... | 52 |
| A. L'acquiescement..... | 55 |
| B. L'estoppel | 62 |
| C. L'accord tacite | 66 |
| i. Accord tacite modificatif ou extinctif de traités territoriaux | 67 |
| ii. Accord tacite comme source autonome de titres territoriaux | 70 |
| D. La « consolidation historique des titres territoriaux » ou le « fait complexe » | 73 |
| i. Le concept et sa genèse..... | 73 |
| ii. Sa vie jurisprudentielle tourmentée..... | 76 |
| IV. LE DILEMME (APPARENT) ENTRE LE TITRE JURIDIQUE FORMEL ET L'EFFECTIVITÉ | 79 |
| A. L'occupation effective de territoires sans maître | 83 |
| B. Les paradigmes de l'antinomie titre juridique (<i>titulus</i>) / effectivité (<i>modus</i>) | 85 |
| i. Possession immémoriale | 85 |
| ii. Possession contestée (« Disputed possession »)..... | 86 |
| iii. L'usucapion en droit international : une notion hautement controversée..... | 88 |

PARTIE II. LA POLÉMOLOGIE TERRITORIALE : CAS DÉVIANTS ET CAS
LIMITES DANS LA CRÉATION DES TITRES TERRITORIAUX 95

I. LE TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE ET LA MENACE OU L'EMPLOI DE LA
FORCE..... 95

A. Conquête, annexion forcée, *debellatio* 97

B. Les situations territoriales illégales..... 104

i. La fonction de reconnaissance et l'« adjudication » de territoires avant 1945 105

ii. L'invalidation des situations territoriales illégales, l'« adjudication » de territoires et
la Charte des Nations Unies (après 1945)..... 117

iii. Le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force et la
doctrine de la non-reconnaissance 125

II. LE TITRE DE SOUVERAINETÉ TERRITORIALE ET LE PRINCIPE DU DROIT DES
PEUPLES À DISPOSER D'EUX-MÊMES 140

A. Comme fondement du titre de souveraineté territoriale..... 140

i. La naissance du principe et sa dimension politique originelle 140

ii. L'affermissement et l'extension du champ opératoire 142

iii. La question institutionnelle : qui constate ? 146

iv. L'apparente contradiction avec le principe de l'*uti possidetis*..... 147

B. Distingué de la sécession 151

i. Sécessions violentes réussies : l'exception 153

ii. Sécessions non couronnées de succès : la règle 156

1. La prétendue sécession-remède..... 156

2. La négation d'un droit à la sécession : la confirmation par la pratique
internationale 157

iii. Deux cas (actuellement) controversés : Kosovo et Crimée..... 158

1. Kosovo (1999-2008-aujourd'hui) : la gestation laborieuse d'un Etat
sécessionniste..... 158

2. La Crimée (depuis 2014 jusqu'à nos jours)..... 162

iv. Un cas (véritablement) *sui generis* : la Palestine (1998-2012-aujourd'hui) 166

III. « L'ÉTAT DANS TOUS SES ÉTATS » 169

A. Les Etats fantoches 170

B. Les Etats *de facto*..... 175

C. Les Etats effondrés ou « en voie d'effondrement »..... 182

D. Les Etats en voie de submersion : la déterritorialisation de la souveraineté ? 184

PARTIE III L'IRÉNISME TERRITORIAL SITUATIONS ET RÉGIMES
TERRITORIAUX PARTICULIERS..... 191

I. LA SOUVERAINETÉ PERSISTANTE : RÉGIMES TERRITORIAUX TRADITIONNELS 191

A. La scission entre le *ius nudum* et l'*exercitium iuris*, et entre la souveraineté et droits
de propriété..... 191

DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

| | |
|--|-----|
| i. Dissociation entre la souveraineté et son exercice | 191 |
| ii. Souveraineté et droits de propriété..... | 198 |
| B. Les servitudes en droit international (article 12 § 1 CVSE 1978)..... | 200 |
| C. Les régimes territoriaux objectifs (article 12 § 2 CVSE 1978) | 205 |
| D. <i>Condominium</i> et <i>coimperium</i> | 212 |
| E. Les sphères d'influence..... | 217 |
| F. L'occupation pacifique..... | 219 |
| G. Le protectorat international | 221 |
| i. Notion | 221 |
| ii. Formes | 226 |
| iii. Quelques aspects spécifiques relatifs au protectorat | 230 |
| 1. Nationalité..... | 230 |
| 2. Responsabilité internationale | 230 |
| 3. Succession aux traités dans le cas de figure du protectorat | 231 |
| 4. Délimitation des frontières de l'Etat protégé par l'Etat protecteur..... | 232 |
| 5. Cession du territoire de l'Etat protégé..... | 232 |
| 6. Belligérance | 232 |
| 7. Extinction du protectorat..... | 233 |
| H. Les territoires neutralisés ou démilitarisés..... | 233 |
| i. Démilitarisation de territoires | 234 |
| 1. La démilitarisation <i>erga omnes</i> | 234 |
| 2. La démilitarisation restreinte <i>ratione personarum</i> | 235 |
| ii. Neutralisation d'Etats ou d'une partie de leurs territoires..... | 238 |
| II. LA DÉTERRITORIALISATION DE L'ESPACE : LES ADMINISTRATIONS | |
| INTERNATIONALES INDIRECTES ET DIRECTES..... | 241 |
| A. Le système des Mandats de la Société des Nations | 242 |
| i. Origines, notions et finalités | 242 |
| ii. Typologie des Mandats et système de contrôle..... | 246 |
| iii. Travaux préparatoires | 249 |
| 1. Mandats de type A | 249 |
| 2. Mandats de type B et C | 253 |
| iv. Le contexte et la pratique subséquente..... | 254 |
| 1. Doctrine | 254 |
| 2. Pratique des organes de la Société des Nations..... | 256 |
| v. La pratique jurisprudentielle (internationale et des Etats) | 260 |
| 1. Mandats de type A | 260 |
| 2. Mandats de type B et C | 261 |
| B. L'administration fiduciaire du système des Nations Unies..... | 262 |
| i. La succession des mandats dans l'Organisation des Nations Unies | 262 |
| ii. Affinités et différences par rapport à l'administration sous tutelle instaurée par la Charte des Nations Unies..... | 267 |
| 1. Affinités avec le système des Mandats..... | 269 |

GIOVANNI DISTEFANO

| | |
|---|-----|
| 2. Différences avec le système des Mandats | 272 |
| iii. Héritage du système des Mandats dans le régime de tutelle de l'ONU..... | 279 |
| C. Les villes et territoires internationaux..... | 282 |
| i. La Ville libre de Dantzig..... | 284 |
| ii. La Zone internationale de Tanger | 288 |
| iii. Le territoire de Memel | 291 |
| III. L'ADMINISTRATION INTERNATIONALE DIRECTE DE TERRITOIRES | 294 |
| A. L'expérience de la Société des Nations | 296 |
| i. La Commission de gouvernement de la Sarre et son appendice après la Seconde Guerre mondiale | 296 |
| ii. La Commission d'administration de Leticia (1933-1934) | 299 |
| B. L'expérience de l'administration internationale directe par l'ONU..... | 300 |
| TABLE DES MATIÈRES..... | 305 |