



ANNALES
DE
L'UNIVERSITE
MARIEN NGOUABI

Sciences Juridiques et Politiques

Volume 21, Numéro spécial

ANNEE: 2021

ISSN: 1815 – 4433 - www.annaesumng.org

Indexation: Google Scholar

**ANNALES
DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI
SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**



VOLUME 21, NUMERO SPECIAL, ANNEE: 2021

www.annalesumng.org

SOMMAIRE

Directeur de publication
J-R. IBARA

Rédacteur en chef
J. GOMA-TCHIMBAKALA

Rédacteur en chef adjoint
D. E. EMMANUEL née ADOUKI

Comité de Lecture :
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)
J. ISSA SAYEGH (Abidjan)
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)
YAO- NDRE (Abidjan)

Comité de Rédaction :
D. E. EMMANUEL ADOUKI
(Brazzaville)
G. MOYEN (Brazzaville)

Webmaster
R. D. ANKY

Administration - Rédaction
Université Marien Ngouabi
Direction de la Recherche
Annales de l'Université Marien
Ngouabi
B.P. 69, Brazzaville – Congo
E-mail: annales@umng.cg

ISSN : 1815 – 4433

Indexation : Google scholar

- 1 L'accord tacite en droit international**
ADOUA-MBONGO A. S.
- 29 Le pouvoir d'injonction des juridictions administratives en Afrique noire francophone**
ANDZOKA ATSIMOU S.
- 59 Les dérives de la constitutionnalisation du droit pénal au Congo : remarques à propos de l'article 96 de la Constitution du 25 octobre 2015**
LEKEBE OMOUALI D.
- 85 Le juge et l'équilibre du contrat**
ONDZE S
- 118 Le pouvoir législatif dans le nouveau constitutionnalisme africain : un pouvoir concurrencé**
OSSOMBO-YOMBO R.



L'ACCORD TACITE EN DROIT INTERNATIONAL

ADOUA-MBONGO A. S.

Faculté de Droit

Université Marien N'Gouabi

Brazzaville – République du Congo

RESUME

« Les Etats ne souffrent guère d'extinctions de voix », pourtant il leur arrive de manifester leur volonté de façon tacite. Ce paradoxe nous conduit résolument à nous demander si l'accord tacite constitue une manifestation de la volonté de l'Etat et si tel et le cas, quand peut-on affirmer que l'on est en présence d'un accord tacite ? La problématique de l'accord tacite interroge sur la question de la valeur probatoire de l'écrit ainsi que celle des relations entre le traité et la coutume. L'observation démontre que la contribution respective de la coutume et du traité au développement du droit international est tributaire d'une part des transformations du pouvoir, d'autre part de l'intensité et de la complexité des rapports internationaux. L'accord tacite est révélateur des tendances contradictoires du droit international qui se caractérise par l'absence de formalisme et par la nécessité d'entourer les engagements conventionnels d'un minimum de certitude sinon de solennité. L'accord tacite interroge la notion de la volonté de l'Etat en droit international.

Mots-clés : *Accord tacite, coutume internationale, acquiescement, estoppel, volonté de l'Etat en droit international, frontières terrestres, frontières maritimes, consentement.*

ABSTRACT

«States hardly suffer from extinctions of voice», yet they sometimes express their will tacitly. This paradox leads us resolutely to ask ourselves whether tacit agreement constitutes a manifestation of the will of the state and if so, when can we say that we are in the presence of a tacit agreement? The issue of tacit agreement raises the issue of the probative value of writing as well as that of the relationship between treaty and custom. The observation shows that the respective contribution of custom and treaty to the development of international law depends on the one hand on the transformations of power and on the other hand on the intensity and complexity of international relations. The tacit agreement is indicative of the contradictory tendencies of international law, which is characterized by the absence of formalism and by the need to surround treaty commitments with a minimum of certainty if not solemnity. The tacit agreement questions the notion of the will of the state in international law.

Keywords : *Tacit agreement, international custom, acquiescence, estoppel, will of the State in international law, land borders, maritime borders, consent.*

« Les Etats ne souffrent guère d'extinctions de voix »¹, pourtant il leur arrive de manifester leur volonté de façon tacite². Ce paradoxe nous conduit résolument à nous demander si l'accord tacite constitue une manifestation de la volonté de l'Etat³ et si tel et le cas, quand peut-on affirmer que l'on est en présence d'un accord tacite.

La figure de l'accord tacite n'est pas nouvelle en droit international public⁴, elle prend sa source dans la doctrine des « Pères Fondateurs » du droit international⁵. Grotius fut l'un des premiers à aborder la question de l'accord tacite, auquel il donne le nom de « foi tacite », lorsqu'il affirme : « Il a été dit non à tort par Javolenus, qu'il y a certaines clauses dont on convient par le silence, ce qui se pratique et dans les conventions publiques, et dans les privées, et dans les mixtes. La raison en est que le consentement, de quelque manière qu'il soit indiqué et accepté, à la vertu de transférer un droit. Or, il y a d'autres signes de consentement que les paroles et l'écriture. Quelques-uns sont naturellement renfermés dans l'acte »⁶.

Emer de Vattel⁷ a également appréhendé la question des modalités de l'expression du consentement des Etats comme source de droits et d'obligations

conventionnels : « On peut engager la foi tacitement, aussi bien qu'expressément, il suffit qu'elle soit donnée pour devenir obligatoire ; la manière n'y peut mettre aucune différence, la foi tacite est fondée sur un consentement tacite et le consentement tacite est celui qui se déduit, par une juste conséquence, des démarches de quelqu'un »⁸. Dans son sillage, De Martens, établit le tryptique de la volonté normatrice en droit international. Cette volonté peut être : expressément déclarée par des paroles ou par des signes substitués aux paroles ; tacitement, par des actes qui, sans être substitués aux paroles, suffisent pour faire preuve d'un consentement obligatoire ; ou présumée, par l'uniformité des actes qui ont eu lieu jusqu'ici dans des cas semblables. De là une triple source de droit de gens positif, les conventions expresses, les conventions tacites, l'observation ou l'usage⁹.

La manifestation de la volonté de l'Etat en droit international est plurielle, en témoigne les différentes expressions qui servent à qualifier le consentement express de l'Etat¹⁰, l'accord), et le consentement

1 Kolb (R), « La bonne foi en droit international public », *Revue Belge de Droit International*, 1998/2, p. 700.

2 Gauthier (Ph), « Le plateau continental de la Belgique et sa délimitation : « Quelques réflexions sur la notion d'accord implicite », *Revue belge de droit international*, 1995/1, pp. 111-118

3 Marie (A), *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté*, Paris, Pedone, 2018, 720p, Bentz (J), « Le silence comme manifestation de volonté », *RGDIP*, 1963, pp. 44-91 ; Kolb (R), *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, 2001, pp. 339-356.

4 Salmon (J), « Les accords non formalisés ou *solo consensu* », in *AFDI*, 1999, pp. 1-28.

5 Barthelemy (J) et al., *Les fondateurs du droit international*, Paris, Editions Pantheon-Assas, Collection Les Introuvables, 2014, 457p.

6 Grotius (H), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2^e édition, 2012, p. 832.

7 Jouannet (E), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, 490p.

8 Vattel (E), *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Londres, 158, Livre II, ch XV, 443, § 234.

9 De Martens, cité par Distefano (G), « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *Questions of International Law*, 2015, pp. 18-19.

10 David (E), « L'accord, fondement du droit international ? (Petit conte en trois parties) », in *Droit du Pouvoir, Pouvoir du Droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 291-330.

tacite de l'Etat : l'acquiescement¹¹, l'estoppel¹² et l'accord tacite¹³ notamment.

La doctrine donne de l'accord la définition suivante : « rencontres de deux volontés, assentiment donné à une proposition, acceptation d'une offre »¹⁴. De son côté, le Dictionnaire de la terminologie du droit international, définit ainsi l'accord au sens général : « communauté de vues sur un point déterminé, sur une question, sur un choix, etc. », puis, dans un sens particulier : « acte intervenu entre deux ou plusieurs parties par leur consentement mutuel, destiné à produire des effets de droit quels qu'en soient les parties, l'objet, la forme »¹⁵.

L'acquiescement désigne le consentement prêté à un Etat, en raison de sa conduite (active ou passive) en présence d'une situation donnée¹⁶. *L'Estoppel* est une objection péremptoire, souvent analysée comme une exception procédurale, qui s'oppose à ce qu'un Etat partie à un procès puisse faire valoir une prétention ou soutienne un argument contredisant son comportement antérieur ou une position prise précédemment et dans lequel des tiers avaient placé leur confiance légitime. Ce comportement antérieur peut éventuellement être inféré d'un silence¹⁷. *L'accord* tacite est un accord qui est déduit d'un comportement et qui ne résulte pas d'une rencontre expresse de volontés. La terminologie utilisée pour désigner ce type d'accord est variée, ce qui démontre sans

doute une certaine hésitation à assimiler l'accord tacite aux accords qui résultent de déclarations implicites de volontés. A côté de l'expression d'accord tacite, l'on rencontre ainsi les termes d'accord *de facto*, de *modus vivendi* tacite, de compromis *de facto*¹⁸.

La problématique de l'accord tacite interroge sur la question de la valeur probatoire de l'écrit ainsi que celle des relations entre le traité et la coutume¹⁹. L'observation démontre que la contribution respective de la coutume et du traité au développement du droit international est tributaire d'une part des transformations du pouvoir, d'autre part de l'intensité et de la complexité des rapports internationaux.

Au début du XIX^e siècle, le droit international apparaît comme presque exclusivement coutumier. Le Congrès de Vienne est le point de départ du développement graduel, mais désormais constant, du droit conventionnel²⁰. Dès lors, se succèdent prudents encore dans leur inspiration, favorisés dans leur observation par l'équilibre européen, les traités collectifs générateurs tantôt de ces régimes permanents qui tiennent à la fois du politique et du droit, tantôt des normes juridiques proprement dites, relatives à la conduite des hostilités sur mer et au respect de la neutralité. Ces traités concernent également les intérêts généraux du commerce et des communications internationales, les conditions de

11 Barale (J), « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *Annuaire français de droit international*, 1965, pp. 389-427.

12 Das (H), « *L'Estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *Revue Belge de Droit International*, 1997/2, pp. 607-634.

13 Gautier (Ph.), « Conduite, accord tacite et délimitation maritime », *Droit des frontières internationales*, Colloque de la Société Française Pour le Droit International, 2016, p.147.

14 Cornu (G), *Vocabulaire juridique*, Paris, 12^e édition, 2018, p. 13.

15 *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, publié sous le patronage de

l'Union académique internationale, sous la direction de Jules Basdevant, Paris, Sirey, 1960, p.19.

16 Salmon (J) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Paris/Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p.21.

17 *Ibid*, p. 450.

18 Gautier (Ph.), « Conduite, accord tacite et délimitation maritime », *op.cit*, p.147.

19 Dupuy (P-M), *L'unité de l'ordre juridique international*, RCADI, Tome 297, 2002, p.157.

20 De Visscher (C), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 4^e édition, 1970, p. 59.

l'occupation des régions côtières africaines, la protection de la liberté humaine contre les pratiques esclavagistes, le traitement des blessés et des malades en temps de guerre.

Mais, durant tout le cours du XIX^e siècle, la structure des rapports internationaux reste nettement bilatérale. L'une des plus grandes évolutions du droit international consiste dans l'élaboration du traité multilatéral. Certes depuis longtemps déjà, et notamment depuis les traités de Westphalie de 1648 et les grands traités de paix du XVIII^e siècle, il est apparu que certains grands règlements supposaient des accords de plusieurs Etats ; ceux-ci furent d'abord l'objet d'autant d'accords bilatéraux qu'il y avait de paires d'Etats intéressés. Au début du XIX^e siècle, et d'une manière d'abord toute formelle, il semblera rationnel de substituer à un faisceau de traités bilatéraux un acte multilatéral unique. L'idée, suivant laquelle un traité qui lie dans les mêmes termes des Etats différents constitue un acte juridique, commence ainsi à apparaître lors du Congrès de Vienne de 1815 et trouvera sa pleine expression en 1856, lors de l'adoption du traité de paix de 1856 au titre du régime des Détroits²¹.

Parallèlement à l'action politique, d'autres causes, permanentes et plus profondes, contribuent à l'essor de cette réglementation conventionnelle. L'intensité et la complexité croissantes des rapports internationaux, la nécessité de les organiser de façon consciente et réfléchie en fonction d'intérêts communs, s'accommodent difficilement du processus à la fois trop lent et trop incertain du développement coutumier²². Cette volonté de favoriser l'écrit a eu pour conséquence l'éclosion d'une technique qui va conforter la place

prédominante prise par l'écrit en droit international : la codification.

Il est impossible de s'en tenir à une définition de la codification qui se voudrait simplement descriptive, technique et en quelque sorte neutre ; une telle définition est sans doute une première approche nécessaire pour identifier ce dont il est question, mais insuffisante pour en rendre compte effectivement. La définition donnée par la doctrine : « *opération consistant à énoncer en forme écrite, dans un ordre systématique et de manière obligatoire pour les Etats qui y participent, les règles de droit international soit dans leur ensemble, soit sur une matière déterminée* »²³ n'est donc qu'un point de départ. Bien que l'aspect technique et formel soit important en droit international et peut parfois se trouver au premier plan des préoccupations, ce qui est déterminant se rattache à la raison d'être de la codification, c'est-à-dire non seulement les motifs relativement objectifs, mais aussi et surtout les mobiles qui animent les codificateurs ainsi que la cohérence des uns avec les autres²⁴. C'est ainsi, qu'en s'interrogeant sur la raison d'être de la codification, un auteur contemporain va affirmer : « *la codification entendue dans son sens le plus complet est une opération consistant essentiellement à remplacer un droit de nature coutumière, formé d'une manière spontanée au cours des siècles au sein de l'opinio juris des membres de la communauté internationale, par un droit de formation volontaire, consacré dans des écrits adoptés par lesdits membres* »²⁵.

Apparaît ainsi clairement le fait que la codification du droit international n'est pas une simple mesure technique répondant à un pur souci de clarification ou de

21 Reuter (P), *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, 2^e édition, 1985, p. 19.

22 De Visscher (C), « Coutume et traité en droit international public », *RGDIP*, 1955, pp. 353-354.

23 Mahiou (A), « Rapport général », in *La codification du droit international*, Colloque de la

Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 1999, p. 13.

24 *Ibid*, pp. 13-14.

25 Ago (R), « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », *RGDIP*, n°3, 1998, p.539.

répartition des normes en catégories définies et étanches²⁶. La codification va au-delà²⁷ : outre le fait qu'elle est comme le pensait un auteur contemporain véritablement créatrice de droit²⁸, elle répond aussi aux nécessités d'une « communauté internationale... en recherche d'un ordre. Le désordre qui y règne justifie ce besoin qui attend de la codification qu'elle consacre un certain système normatif »²⁹. Ce constat est tempéré par la position exprimée par les Etats nouvellement indépendants qui estiment, selon un auteur contemporain que : « pour eux, les raz-de-marée qui balayent les vieilles règles ne peuvent, sans abus de langage, se situer dans un « développement progressif ». Codifier suppose un milieu social déjà stabilisé et qui aspire encore à plus de stabilité. C'est à ce besoin que répondent, en ces temps paisibles, les avantages de la rédaction et de la durée. La codification appartient à l'histoire. Elle ne pourra renaître que lorsque le monde aura retrouvé une certaine stabilité »³⁰. Face à ce malaise engendré par la codification, incarnation de l'écrit, la figure de l'accord tacite ne constitue-t-elle pas une tentative inavouée de retour vers le phénomène

coutumier³¹, les Etats constatant ainsi les « délices et poisons » du tout est coutume ? »³²

L'accord tacite est révélateur des tendances contradictoires du droit international³³ qui se caractérise par l'absence de formalisme³⁴ et par la nécessité d'entourer les engagements conventionnels d'un minimum de certitude sinon de solennité³⁵. L'accord tacite interroge la notion de la volonté de l'Etat en droit international³⁶.

Cette contradiction inhérente à l'accord tacite suscite une ambiguïté au niveau de la détermination de la réalité du consentement de l'Etat³⁷, au point où l'on est en droit de se demander à quel moment le comportement d'un Etat peut-il être considéré comme un accord tacite ?

S'interroger sur l'accord tacite en tant que manifestation de la volonté de l'Etat recèle un intérêt théorique et pratique certain. Sur le plan théorique, la notion d'accord tacite pose la question du devenir du positivisme³⁸ sous son aspect volontariste³⁹. En effet, toute règle de droit

26 Daudet (Y), Dubouis (L), « La Coutume-codification », *Juris-classeur de droit international*, fasc. 13-3, 1991, p.3.

27 Corten (O), *Le discours du droit international pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009, pp. 153-176.

28 Scelle (G), *La codification du droit des gens, Cours à l'Institut des hautes études internationales*, Paris, 1950, p.19.

29 Dupuy (R-J), « La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire ? », *Mélanges offerts à Roberto Ago*, 1987, p.3

30 *Ibid*, pp. 4-5.

31 Hermet (A), « Le concept de droit spontané dans la pensée de Roberto Ago », Institut des Hautes Etudes Internationales, *Les grandes pages du droit international*, Volume II, Paris, Pedone, 2016, pp. 231-232.

32 Weil (P), *Le droit international en quête d'identité*, RCADI, 1992, pp. 160-161.

33 Dehaussy (J), *Propos sur les sources du droit international : l'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, p.4.

34 Daigremont (C.C.), « Les premières réflexions sur le concerté non conventionnel (Michel Virally) », in *Les grandes pages du droit international : Les sources*, Volume 2, Paris, Pedone, 2016, pp. 87-100.

35 Reuter (P), « Traités et transactions. Réflexions sur l'identification de certains engagements conventionnels », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Volume 1, Milan, Giuffrè, 1987, p. 402.

36 Kamto (M), « La volonté de l'Etat en droit international », *RCADI*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 58-59

37 McCorquodale (R), « Sources and Subjects of International Law : A Plurality of Law-Making Participants », in Besson (S), D'Aspremont (J) (Ed.), *The sources of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 754-757.

38 Kolb (R), *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2013, pp. 143-149.

39 Kolb (R), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris, Pedone, 2007, pp. 5-8.

international positif présente deux aspects essentiels qui, dans les plans différents, s'offrent à l'examen critique : le degré de correspondance de son contenu avec les besoins sociaux et l'exactitude de son expression formelle au regard de la pratique des Etats. La règle de droit international ne conserve sa pleine force d'application, et par conséquent, toute sa positivité, que tant qu'elle satisfait à cette double exigence⁴⁰. La spécificité de l'accord tacite réside dans le fait qu'il ne correspond pas aux formes classiques d'expression de la volonté, si l'on se réfère au célèbre *obiter dictum*⁴¹ contenu dans *l'affaire du Lotus* : « *Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci (...) les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas* »⁴². Il constitue pourtant une manifestation de volonté de l'Etat destinée à produire des effets de droit, c'est en cela qu'il se distingue des accords politiques⁴³. Ce malaise suscité par l'accord tacite est perceptible devant le juge international, en témoigne le peu de décisions rendues dans ce domaine⁴⁴. La question de l'accord tacite a été discutée à de nombreuses reprises dans

la jurisprudence⁴⁵, mais l'existence d'un accord tacite n'a été reconnue qu'à deux reprises, dans le *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh /Myanmar)*⁴⁶, et, plus récemment, dans l'affaire *Pérou c. Chili*⁴⁷. Cette hésitation de la jurisprudence se conjugue avec un défaut de motivation⁴⁸ qui interroge sur les pouvoirs du juge en matière d'identification de l'accord tacite⁴⁹.

Sur le plan pratique, l'accord tacite permet d'étudier comment la volonté non exprimée de l'Etat est susceptible de produire des effets⁵⁰ aussi bien sur l'interprétation, que sur la modification du traité international. La pratique subséquente désigne toute la gamme des manifestations des Etats se rapportant à un instrument conventionnel, c'est-à-dire la pratique des Etats parties consécutive à la conclusion du traité et dans l'exécution de celui-ci. La

40 De Visscher (C), *Théories et réalités en droit international public*, op. cit., p. 164.

41 Pour une interprétation divergente voir : Pellet (A), « Lotus que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », *Mélanges Puissechet- L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Pedone, Paris, 2005, pp. 215-230.

42 Recueil CPJI, 7 septembre 1927, p.18.

43 Virally (M), « La notion d'accord », *Mélanges Bindschedler*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 159-172.

44 Forteau (M), *Traité de droit international de droit de la mer*, Paris, Pedone, 2017, pp. 583-584.

45 *Plateau continental entre la Tunisie et la Libye*, CIJ, arrêt du 24 février 1982, p.70, §§ 93-95, p.71, § 96, pp. 83-84, § 117, p. 84, § 118 ; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine*, CIJ, 12/10/1984, p. 310, § 149, p. 307, § 138, p. 311, § 151 ; *Plateau continental entre la Libye et Malte*, CIJ, 3/06/1985, p.28, § 24 et p.29, § 25 ; *Différend territorial entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, CIJ,

8/10/2007, pp. 730-731 ; §§ 238-241 ; *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, 17 décembre 2007, *Recueil des sentences arbitrales*, Volume XXX, pp.22-24.

46 *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh /Myanmar)*, TIDM, 14/03/2012, § 101.

47 *Délimitation de la frontière maritime entre le Pérou et le Chili*, CIJ, 27/01/2014, p. 38, §§ 90-91.

48 Jouannet (E), « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in Ruiz Fabri (H), Sorel (J-M) (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, pp. 272-276.

49 Barale (J), « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », op. cit., p. 391.

50 Marie (A), « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (Arrigo Cavaglieri) », in *Les grandes pages du droit international : Les sources*, Volume 2, Paris, Pedone, 2016, pp. 371-381.

pratique peut être applicative⁵¹, interprétative⁵² ou modificative⁵³.

En réponse à la problématique, il apparaît que le comportement de l'Etat peut être qualifié d'accord tacite lorsqu'il est le fruit d'une formation de volonté exprimée de manière antécédente qui crée des droits et des obligations⁵⁴.

La présente contribution s'inscrit dans une démarche méthodologique axée en premier lieu sur la méthode exégétique afin de plonger dans la lecture du contenu des décisions de justice. La méthode casuistique, dans un second temps, afin de synthétiser la pratique des juridictions internationales face à la notion d'accord tacite. Empirique, enfin, dans la mesure où l'accord tacite permet d'étudier de manière concrète la pratique des Etats⁵⁵.

L'accord tacite est le résultat d'une formation de volonté exprimée de manière antécédente (I) dont les conséquences sont subséquentes (II).

I) La conclusion hétérodoxe de l'accord tacite

L'accord tacite est le fruit d'un comportement actif(A) ou passif (B) de l'Etat.

A) Le comportement actif de l'Etat

51 Cahier (Ph.), « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », in *Mélanges Guggenheim*, Genève, Georg-IUHEI, 1968, pp. 237-265.

52 Alland (D), « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Tome 362, 2012, pp. 88-96.

53 Distefano (G), « La pratique subséquent des Etats parties à un traité », in *AFDI*, volume 40, 1994, pp. 41-71.

54 Fitzmaurice (G), « The law and procedure of the ICJ, 1951-1954 : General principles and sources of law », *British Yearbook of International Law*, Volume 33 (1957), p.225.

L'accord tacite est une rencontre de volontés singulière car elle n'est pas expresse, elle est déduite de la déclaration des Etats (1) ainsi que des actes concluants (2).

1) La volonté déduite du comportement actif de l'Etat

La déclaration désigne, du point de vue matériel, tous les actes d'un Etat ou d'un groupe d'Etats qui notamment font connaître aux autres Etats leur position officielle sur tel fait ou telle situation (existante ou souhaitée), qui manifestent leur intention pour l'avenir et qui, parfois peuvent constituer un engagement de leur part⁵⁶. Dans la pratique récente, le terme « déclaration » est utilisé pour désigner un accord dont la nature juridique ou politique n'est pas toujours précise⁵⁷.

L'accord tacite peut résulter d'un comportement actif de l'Etat qui peut prendre la forme d'une déclaration. Le mode d'expression du consentement à un accord non écrit peut se manifester par une déclaration de deux Etats ou encore par leur comportement dont on peut déduire une intention manifeste d'être lié. De tels accords sont rares, la Commission du droit international⁵⁸ mentionne néanmoins une affaire en relation avec la possibilité pour un Etat de s'engager au moyen d'une déclaration verbale : l'affaire relative au *Statut juridique du territoire du Groenland oriental*⁵⁹.

55 Corten (O), *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 19-44.

56 Cavaré (L), *Le droit international public positif*, Paris, Pedone, 1969, pp. 61-63.

57 Salmon (J) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p.299.

58 Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, Volume I, New York, 2009, pp. 263-266.

59 Le Bouthillier (Y), Bonin (J-F), « Article 3 », in Corten (O), Klein (P) (dir.), *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités-Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 103-104.

Le 12 juillet 1931, le gouvernement royal du Danemark, se référant à la disposition facultative de l'article 36, alinéa 2, du statut de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), déposait au greffe de la Cour une instance contre le gouvernement royal de Norvège. Cette instance était fondée sur le fait que le gouvernement norvégien avait publié, le 10 juillet 1931, une proclamation où il déclarait avoir procédé à l'occupation de certains territoires du Groenland oriental, territoires qui, selon le gouvernement danois, étaient soumis à la souveraineté de la Couronne danoise.

La requête demandait à la Cour de « *dire et juger que la promulgation de l'occupation susmentionnée ainsi que toute mesure prise à cet égard par le gouvernement norvégien constituent une infraction à l'état juridique existant et, par conséquent, sont illégales et non valables* »⁶⁰.

Au passage, la CPJI a confirmé une position que l'on croyait simplement liée à l'affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex* par les propos tenus par son agent devant la Cour⁶¹ à l'occasion d'un procès. Dans bien des cas, l'imputation à l'Etat de l'acte de son agent ne soulève pas de difficultés. Ainsi lorsque les fonctions de l'auteur rendent le point indiscutable : chef de l'Etat⁶². Dans la décision *Groenland oriental*, la CPJI va étendre cette position à certains agents de l'Etat, en particulier au ministre des Affaires étrangères⁶³, à qui elle va

reconnaître la capacité d'engager internationalement l'Etat.

Le Danemark affirmait avoir une souveraineté complète sur les territoires concernés. Une souveraineté au demeurant, qui avait été reconnue dans le passé par la Norvège : le Danemark en avait reçu des assurances lors de la conférence de la Paix à Paris, en 1919, à l'occasion de laquelle il avait été dit que le Danemark ne rencontrerait aucune difficulté de la part du gouvernement norvégien des Affaires étrangères Ihlen à l'issue d'une réunion du Gouvernement norvégien. La question qui se posait dans cette affaire était relative à la valeur juridique d'une déclaration verbale. La réponse de la Cour est claire. Tout d'abord, la Cour va affirmer, que cette déclaration ne constitue pas une reconnaissance définitive de la souveraineté danoise sur le Groenland par la Norvège. Toutefois, elle va considérer « *comme incontestable qu'une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une puissance étrangère, faite par le ministre des Affaires étrangères au nom du gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont est issu le ministre* »⁶⁴. La Cour estime donc que la Norvège est liée, qu'elle s'est engagée par cette déclaration de son ministre à l'égard du Danemark. A la suite de cette déclaration, le Danemark a pris acte du comportement que la Norvège entendait tenir⁶⁵. Malgré son caractère verbal, cette déclaration a conduit à une rencontre de volonté entre le Groenland et la Norvège. Le caractère singulier de cette rencontre de

⁶⁰ *Statut juridique du Groenland Oriental*, CPJI, 5 avril 1933, p. 23.

⁶¹ *Affaire des zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex (France c. Suisse)*, CPJI, 7 juin 1932, p.80.

⁶² « *Etant donné ses fonctions, il n'est pas douteux que les communications ou déclarations publiques, verbales ou écrites qui émanent de lui en tant que chef de l'Etat, représentent dans le domaine des relations internationales des actes de l'Etat français* ». *Affaire des essais nucléaires (Australie c/ France ; Nouvelle-Zélande contre France*, CIJ, 20 décembre 1974, Recueil 1974, §60.

⁶³ En 2006, la Cour déclarait : « *On ne saurait en principe exclure qu'un ministre de la justice puisse, dans certaines circonstances, engager par ses déclarations l'Etat dont il est le représentant* », CIJ, 3/02/2006, *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête 2002), p. 22.

⁶⁴ *Statut juridique du Groenland Oriental*, CPJI, 5 avril 1933, p. 71.

⁶⁵ Tchikaya (B), *Mémento de la jurisprudence droit international public*, Paris, Hachette, pp. 47-48.

volonté réside dans le fait qu'elle est le fruit d'un côté, d'une déclaration verbale dont l'auteur estimait qu'il n'engageait pas son Etat et de l'autre d'une acceptation d'un Etat qui considère qu'il répond à une manifestation de volonté de l'autre partie. La Cour internationale de justice confirme cette jurisprudence dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine*⁶⁶. Elle considère qu'un consentement pouvait prendre la forme d'une « *reconnaissance tacite manifestée par un consentement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement* »⁶⁷.

Aux yeux de la majorité des juges de la CPIJ, la Déclaration du ministre norvégien des affaires étrangères ne constituait que l'un des signes qui permettait d'affirmer qu'il existait un accord tacite. Le juge Anzilotti va à contre courant de cette opinion majoritaire, en affirmant: « *Mon dissentiment commence sur la manière même d'aborder la question soumise à la Cour. Il s'agit d'un différend entre le Danemark et la Norvège au sujet de la souveraineté sur un territoire situé dans le Groënland oriental. La position du Danemark au Groënland a fait l'objet d'une demande adressée par le Gouvernement danois au Gouvernement norvégien, en juillet 1919, et d'une déclaration de ce dernier acceptée par le Gouvernement danois. La première chose à faire était partant, à mon avis, de déterminer si un engagement s'était valablement formé entre les deux Gouvernements ; dans l'affirmative, c'est dans cet engagement qu'il fallait, en toute première ligne,*

rechercher la règle à appliquer pour la solution du différend. »⁶⁸.

L'accord tacite n'est pas uniquement le fruit d'une réaction l'Etat, il est également le produit de la manifestation consciente de la volonté de l'Etat⁶⁹.

2) La volonté déduite des actes concluants

La jurisprudence déduit l'expression du consentement des Etats à partir de certains actes concluants posés par ces derniers⁷⁰. Cette attitude de la Cour Internationale de Justice est particulièrement visible dans *l'Affaire du Temple de Préah Vihéar*⁷¹.

Le temple de Préah Vihéar est un lieu de pèlerinage et de culte antique qui s'élève sur un éperon du même nom faisant partie du secteur oriental de la chaîne de montagnes des Dangrek. Situé aux confins de la Thaïlande et du Cambodge, il est la cause d'une longue et profonde discorde entre ces deux Etats, chacun revendiquant la souveraineté du territoire sur lequel il est situé.

En 1904, la France (agissant en qualité de puissance protectrice de l'Indochine française et dont le Cambodge est l'un des successeurs) et le Siam (ancien nom de la Thaïlande) conclurent un traité afin de procéder à la délimitation de la frontière entre ces deux territoires. Celui-ci prévoyait que la frontière suivrait de manière générale la ligne de partage des eaux⁷² et qu'une commission mixte franco-siamoise devrait être ultérieurement constituée afin d'en établir le tracé précis conformément aux principes consacrés dans

66 Rivier (R), *Droit international public*, Paris, *Thémis*, 3^e édition, 2017, p. 189.

67 *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine*, CIJ, 12/10/1984, p. 305, § 130.

68 *Recueil CPJI*, Série A/B 1933, *Opinion dissidente du juge Anzilotti*, p.76.

69 Pellet (A), « Cours général : Le droit international entre souveraineté et communauté

internationale- la formation du droit international », *Anuario Brasileiro de Direito Internacional*, Volume II, 2007, pp. 19-22.

70 Barale (J), « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », op. cit., pp. 396-397.

71 *Temple de Préah Vihéar*, CIJ, 15/06/1962.

72 Article 1er

ledit Traité⁷³. La Commission fut mise en place afin de procéder à la délimitation de la frontière par la préparation et la publication des cartes. Le Siam ne disposant néanmoins pas des moyens suffisants pour procéder à cette opération technique demanda officiellement à ce qu'elles soient établies par des topographes français. Ce travail fut confié à 4 officiers qui menèrent à bien leur mission. Onze cartes officielles établissant le tracé de la frontière à différents endroits furent de la sorte adoptées et publiées. L'une d'entre elle plaçait le temple de Préah Vihéar en territoire cambodgien. La Thaïlande conteste la valeur de la carte au motif que cette dernière était dénuée de toute portée contraignante⁷⁴.

La Cour conteste cette interprétation de la Thaïlande, elle estime que par son attitude cette dernière reconnaît la validité de la carte. Ainsi, à la suite de la remise des cartes par la France, le ministre de l'Intérieur de la Thaïlande avait remercié l'ambassadeur de France à Bangkok et demandé quinze autres exemplaires pour les transmettre aux gouverneurs de province siamois⁷⁵. Il s'agit là d'un acte positif⁷⁶ et la Cour considère que la conduite adoptée par les autorités thaïlandaises démontre que celles-ci ont bien « *reçu les cartes, reconnaissant le caractère de ces cartes et ce que celles-ci prétendaient représenter* »⁷⁷.

Afin de prouver l'existence d'un accord tacite, la Cour internationale justice examine les actes « concrets » posés par les Etats. Dans l'arrêt relatif à la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*⁷⁸, la Cour a conclu à l'existence d'un accord tacite en retenant comme « actes concrets » un document qui ne s'adresse pas à l'autre

partie mais qui constitue juridiquement un acte de droit interne.

Par le traité Gamez-Bonilla du 7 octobre 1984, le Honduras et le Nicaragua étaient convenus d'organiser une Commission mixte des limites chargée de résoudre de façon amicale tous les doutes et tous les différends pendants et de tracer sur le terrain la ligne frontière indiquant la limite entre les deux Républiques. Les points non réglés par cette Commission devaient être soumis à un tribunal arbitral composé d'un représentant de chacun des deux pays et d'un membre du corps diplomatique accrédité au Guatemala élu par les premiers. En cas d'impossibilité de désigner ce diplomate, l'élection pouvait porter, par accord des commissions du Honduras et du Nicaragua, sur toute personnalité publique étrangère ou d'Amérique centrale. Si cet accord n'était pas possible, le litige devait être soumis à la décision du Gouvernement d'Espagne et, à défaut de celui-ci, à celle de tout autre gouvernement d'Amérique du Sud sur lequel se seraient mis d'accord les ministères des Affaires étrangères des deux pays. Il était précisé que la décision arbitrale sera considérée comme un traité parfait, obligatoire et perpétuel entre les Hautes Parties Contractantes et ne sera susceptible d'aucun recours. Le Traité était conclu pour une durée de dix années et il devait faire l'objet d'un échange de ratifications.

En 1912, à l'occasion d'une démarche du Honduras relative à la démarcation de la frontière, le Nicaragua fit connaître qu'il contestait la validité et le caractère obligatoire de la sentence. Après d'infructueuses tentatives de règlement diplomatique du différend, l'Organisation des Etats américains se saisit de l'affaire et elle persuada les deux pays de conclure à

73 Article 3

74 Iten (J-L), Bismuth (R), Crépet Daigremont (C), Le Floch (G), De Nanteuil (A), *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 218-219.

75 *Temple de Préah Vihéar*, op. cit., p.24.

76 Gautier (Ph.), « Conduite, accord tacite et délimitation maritime », *op.cit.*, p.147

77 *Ibid.*, p.24.

78 Arrêt du 18 novembre 1960, CIJ, *Recueil*, 1960.

Washington, le 21 juillet 1957, un accord par lequel ils s'engageaient à soumettre l'affaire à la CIJ.

Invoquant cet accord et énonçant que les Parties avaient reconnu la juridiction obligatoire de la Cour, le Honduras demandait à la Cour de dire et juger que la non-exécution par le Nicaragua de la sentence de 1906 constituait une violation d'un engagement international et du droit international général et que le Nicaragua était tenu de l'exécuter⁷⁹.

De l'avis de la Cour, le Nicaragua a par ses déclarations expresses et par son comportement conformes à l'article VII du traité Gamez-Bonilla⁸⁰, reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance. La Cour a pu relever la publication au Journal officiel du Nicaragua, du texte complet de la sentence. Le fait qu'il n'ait émis de doute quant à la validité de la sentence que plusieurs années après en avoir pris connaissance confirme cette conclusion⁸¹.

Cette décision n'a pas fait l'unanimité au sein des juges de la Cour internationale de justice, au point que l'un d'entre eux a formulé une opinion dissidente⁸².

Dans son opinion dissidente⁸³, le juge déclare que : « *La publication du texte complet de la sentence dans le journal officiel du Nicaragua le 28 janvier 1907 ne peut être retenue, car les publications à titre d'information dans les journaux, même s'ils*

*sont officiels, n'ont jamais jusqu'ici été considérées comme preuves des engagements des Etats*⁸⁴ ».

L'affirmation prétorienne discutable de la CIJ dans cette affaire s'explique certainement par le rôle que le juge a toujours joué dans la déconstruction du formalisme et dans la consolidation du consensualisme. Le droit prétorien a été facteur de progrès. Il a créé de nombreuses solutions nouvelles, dont certaines sont passées dans le droit moderne. Dans l'exécution des obligations, le préteur de la Rome antique, a imposé la notion de bonne foi qui donnait au juge de larges pouvoirs d'interprétation⁸⁵.

Ainsi, pas plus qu'il ne prend en compte la forme écrite ou non écrite de l'acte unilatéral le droit international ne s'arrête pas à l'origine internationale ou interne de celui-ci. Dans ce dernier cas il s'agit d'actes obéissant au droit interne de l'Etat mais qui sont « internationalement pertinents », selon l'opinion d'un auteur contemporain. Les actes internes ayant leur propre raison d'être dans l'ordre étatique, comme les lois, les jugements, les règlements administratifs, ne sont pas par eux-mêmes des faits révélateurs⁸⁶.

La volonté de l'Etat ne s'offre pas toujours de façon évidente dans toutes les situations juridiques. Tant que la volonté ne prend pas la forme d'un consentement explicite, elle est toujours à découvrir. L'accord tacite peut également résulter de la

79 Eisemann (P.M.), Pazartzis (P), *La jurisprudence de la Cour internationale de justice*, Paris, Pedone, 2008, pp. 81-82.

80 « *décision arbitrale sera considérée comme un traité parfait, obligatoire et perpétuel entre les Hautes Parties Contractantes et ne sera susceptible d'aucun recours* ».

81 Arrêt du 18 novembre 1960, CIJ, *Recueil*, p. 217.

82 Oraison (A), « *Quelques réflexions générales sur les opinions séparées individuelles et dissidentes des juges de la Cour internationale de Justice* », *Revue de droit international, de sciences*

diplomatiques et politiques, vol. 78, 2000, p. 167 et ss ; Sereni (A.P.), « *Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux* », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 68, 1964, pp. 819 et ss.

83 *Recueil CIJ*, 1960, *Opinion dissidente du juge Urrutia Holguin*, pp. 221-239.

84 *Ibid*, p. 238.

85 Thireau (J-L), *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 3^e édition, 2009, pp. 69-70.

86 Anzilotti (D), *Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929, pp. 75-77.

passivité de l'Etat, l'on est alors en présence d'une volonté dissimulée⁸⁷

B) Le comportement passif de l'Etat

La rencontre de volontés génératrice de l'accord tacite peut résulter soit d'une attitude passive des Etats (1), soit d'une réaction tardive de ces derniers (2).

1) Une attitude passive de l'Etat

Considéré comme un signe de manifestation de la volonté, le comportement passif est plus facile à caractériser que le comportement actif. Alors que divers signes permettant d'identifier un comportement actif susceptibles d'être à l'origine d'un accord tacite sont divers, le comportement passif résulte d'une inaction prolongée. On pourra parler de silence, de défaut de protestation, d'opposition tardive ou insuffisante. Dans tous les cas, il s'agit d'une attitude de passivité d'un Etat vis-à-vis des prétentions d'un autre Etat. Une telle attitude est facilement considérée par les juges comme liant l'Etat, bien qu'il soit souvent difficile d'y voir un consentement tacite⁸⁸.

La jurisprudence internationale⁸⁹ à plusieurs fois conclu que l'attitude de passivité prolongée de l'Etat permettait d'établir que l'on est en présence d'une acceptation tacite de l'Etat. Ce fut le cas notamment dans l'*Affaire du Lotus*⁹⁰, dans l'*Affaire de l'Île de Palmas*⁹¹, ainsi que dans l'*Affaire des pêcheries*⁹².

L'*Affaire du Lotus* commence le 2 août 1926, lorsque le paquebot français *Lotus* aborde le vapeur charbonnier turc *Bozkourt* en haut mer, au large de la mer Egée. Le paquebot coule, et huit

ressortissants turcs périssent. Le lendemain, le *Lotus* fait escale à Constantinople. L'officier de quart français qui était de service au moment de l'abordage est aussitôt mis en état d'arrestation et traduit devant les tribunaux turcs. Le 15 septembre, il est condamné à 80 jours de prison et à 22 livres turques d'amende. La France ayant protesté contre ce jugement, les gouvernements français et turc conviennent, par compromis signé à Genève le 12 octobre 1926, de porter le différend devant la CPJI. Le gouvernement français, se fondant sur la règle de l'exclusivité de la compétence de l'Etat du pavillon, dénie aux tribunaux turcs la compétence de juger l'officier français. De son côté, le gouvernement turc soutient qu'il existe dans le cas d'espèce au moins une concurrence entre la compétence de l'Etat du pavillon et celle de l'Etat du navire abordé. Au terme d'un vote c'est la Turquie qui l'a emporté⁹³.

Dans cette affaire, la Cour relève que l'absence de protestation d'un Etat peut être à l'origine de la formation d'un accord tacite. La Cour affirme qu'elle : « *croit devoir souligner le fait qu'il n'apparaît pas que les Etats intéressés se soient opposés aux poursuites pénales relatives à des cas d'abordage devant les tribunaux d'un pays autre que celui du pavillon ou qu'ils aient avancé des protestations... Il ne semble guère probable et il ne serait pas conforme à la pratique internationale que le Gouvernement français dans le cas de l'Ortigia-Oncle Joseph et le Gouvernement allemand dans celui de l'Ekbatana-West Hinder eussent omis de protester contre l'exercice de la juridiction pénale de la part*

87 Kamto (M), « La volonté de l'Etat en droit international », op. cit., p. 115.

88 Barale (J), « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », op. cit., p. 397.

89 Jouannet (E), « La notion de jurisprudence internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de la Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2003, pp. 343-392.

90 CPJI, 7 septembre 1927, Recueil, Série A, n°10, p.29.

91 *Affaire de l'Île de Palmas*, Sentence rendue par Max Huber entre les Etats-Unis et les Pays-Bas, le 4 avril 1928.

92 *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c./ Norvège)*, CIJ 18/12/1951, Recueil 1951.

93 Tchikaya (B), *Mémento de la jurisprudence droit international public*, op. cit, pp. 33-34.

des tribunaux italiens et belges, si vraiment ils avaient pensé qu'il y avait là une violation du droit international »⁹⁴. La Cour confirme cette jurisprudence dans l'affaire de l'Île de Palmas.

Entre les deux guerres mondiales, les Pays-Bas, qui étaient souverains sur ce qu'on appelait, alors, les Indes néerlandaises, et qui allaient constituer, ultérieurement, l'Indonésie, et les Etats-Unis, alors maîtres des Philippines, se disputèrent l'île des Palmes, située entre ces deux territoires. Les deux pays choisirent comme arbitre un juriste suisse, Max Huber. Celui-ci donna gain de cause aux Pays-Bas, qui exerçaient effectivement les fonctions d'Etat sur l'île⁹⁵.

Dans l'*Affaire de l'Île de Palmas*, la Cour estime que : « Depuis le moment où les espagnols, en se retirant des Moluques en 1666, firent d'expresses réserves quant au maintien de leurs droits souverains jusqu'à la contestation, ou aucune action quelconque, ou aucune protestation contre l'exercice de leurs droits territoriaux par les Pays-Bas n'a été enregistrée »⁹⁶.

Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour considère que l'abstention prolongée peut contribuer à la formation de l'accord tacite. Le Royaume-Uni a introduit une requête contre la Norvège devant la CIJ : il conteste le fait que, par décret du 12 juillet 1935, le gouvernement norvégien ait délimité dans la partie septentrionale de son territoire (au nord du cercle polaire) la zone dans laquelle la pêche sera dorénavant réservée à ses ressortissants. Le Royaume-Uni demande à la Cour de dire si cette

délimitation est ou non contraire au droit international. La Cour jugera que ni la méthode de délimitation employée par le décret, ni les lignes mêmes qui y sont fixées ne sont contraires au droit international⁹⁷.

La Cour en arrive à cette conclusion car elle considère que : « La notoriété des faits, la tolérance de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la mer du Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas à la Norvège d'opposer son système au Royaume-Uni »⁹⁸.

Lorsque l'Etat réagit de manière tardive l'on peut considérer que l'on est en présence d'un accord tacite⁹⁹.

2) Une réaction tardive des Etats

Le juge international a eu l'occasion de souligner qu'une réaction tardive peut contribuer à la formation d'un accord tacite. C'est ce qu'elle déclare dans la sentence arbitrale relative à l'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international¹⁰⁰.

La sentence arbitrale du 22 décembre 1963, rendue dans l'affaire qui opposait les Etats-Unis et la France au sujet des lignes aériennes, fait ressortir le caractère d'abord timide et inopérant des réactions françaises devant les premières modifications des lignes américaines. Le tribunal arbitral a constaté le caractère tardif des protestations françaises, notamment la protestation verbale du secrétaire d'Etat à l'aviation civile, en avril 1955. De même, le

94 CPJI, 7 septembre 1927, Recueil, Série A, n°10, p.29.

95 *Affaire de l'Île de Palmas*, 4 avril 1928, Recueil des sentences arbitrales, Volume II, p. 850.

96 Rousseau (Ch.), « Jurisprudence internationale », *Revue générale de droit international public*, 1935, p.198.

97 Tchikaya (B), *Mémento de la jurisprudence droit international public*, op. cit., p. 69.

98 *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c./ Norvège)*, CIJ 18/12/1951, p. 139.

99 Barale (J), « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », op. cit., p. 399.

100 *L'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*, Sentence du 17 juillet 1965, Recueil des Sentences Arbitrales, Volume XVI, p. 11.

caractère « temporaire » d'une approbation, affirmée dans une lettre du 4 juin 1955, mais non rappelée au cours des années suivantes¹⁰¹.

L'accord tacite peut naître à la suite d'une réaction tardive d'un Etat à l'endroit des actes concrets de souveraineté posés par un autre Etat. C'est la conclusion que l'on peut tirer de la sentence arbitrale rendue dans *l'affaire des Grisbardana*¹⁰².

En vertu d'un compromis signé le 14 mars 1908, la Norvège et la Suède décidèrent de soumettre à l'arbitrage la question de la frontière maritime entre les deux pays, « *en tant qu'elle n'a pas été réglée par la Résolution royale du 15 mars 1904* ». Le Tribunal constitué aux fins de cet arbitrage fut appelé à décider si la ligne frontière avait été fixée soit entièrement, soit en partie, par le traité de 1661, et dans le cas contraire, de fixer cette ligne en tenant compte des circonstances de fait et des principes du droit international. Le Tribunal siégea du 28 août au 18 octobre 1909, et visita pendant ce temps la zone litigieuse. Il rendit sa sentence en date du 23 octobre 1909. Par cette sentence, le Tribunal détermina la frontière maritime entre la Norvège et la Suède, en application des principes en vigueur dans les deux pays à l'époque de la conclusion du traité originaire de délimitation et compte tenu de plusieurs circonstances de fait existant depuis longtemps¹⁰³.

Le Tribunal arbitral considère que la Suède a posé des actes manifestes de souveraineté et que la Norvège a eu une attitude qui laisse à penser qu'elle n'a pas

immédiatement contesté les actes posés par la Suède.

Le Tribunal estime que : « *la Suède a effectué dans les parages de Grisbardana, surtout dans les derniers temps, des actes multiples émanés de sa conviction que ces parages étaient suédois, comme, par exemple, le balisage, le mesurage de la mer et l'installation d'un bateau-phare, lesquels actes entraînaient des frais considérables et par lesquels elle ne croyait pas seulement exercer un droit mais bien plus accomplir un devoir ; tandis que la Norvège, de son propre aveu, sous ces divers rapports s'est souciée bien moins ou presque pas du tout de ces parages* »¹⁰⁴.

Selon le Tribunal, la réaction de la Norvège a été tardive : « *la Norvège n'a pris de mesures en quelque manière correspondantes qu'en y plaçant à une époque postérieure au balisage et pour un court laps de temps une bouée sonore, dont les frais d'établissement et d'entretien ne pourraient même être comparés à ceux du balisage et du bateau-phare. La Suède a procédé la première et une trentaine d'années avant le commencement de toute contestation, à des mesurages exacts, laborieux et coûteux des parages de Grisbadarna, tandis que les mesurages faits quelques années plus tard par les soins de la Norvège n'ont même pas atteint les limites des mesurages suédois* »¹⁰⁵.

La jurisprudence internationale, dans *l'Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles*¹⁰⁶, a précisé le contenu de la notion de « réaction tardive ».

L'Affaire entre la Belgique et les Pays-Bas relative à la souveraineté sur

101 Barale (J), « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », op. cit., p. 399.

102 *Affaire des Grisbardana, Sentence du 23 octobre 1909 entre la Norvège et la Suède*, R.S.A., Tome XI, pp. 153-166.

103 Scott (J.B.), *Les travaux de la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye*, New York, Oxford University Press, 1921, p.125.

104 *Affaire des Grisbardana, Sentence du 23 octobre 1909 entre la Norvège et la Suède*, R.S.A., Tome XI, p. 161

105 *Ibid.*, p. 162.

106 *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles (Belgique c./ Pays-Bas)*, CIJ, 20/06/1959, Recueil 1959, p.229.

certaines parcelles frontalières est une contestation concernant la détermination de la frontière. Les Pays-Bas revendiquant la souveraineté sur deux parcelles qu'un traité avait attribuées à la Belgique en 1843, se sont prévalus d'actes de souveraineté exercés par eux et auxquels la Belgique aurait acquiescé.

Devant la Cour, le conseil du Gouvernement belge a fait valoir que les actes en question avaient été accomplis à l'insu de ce gouvernement :

« Il est évident que les parcelles litigieuses, de 14 hectares au total, situées en plein dans le territoire néerlandais, ne faisaient pas de la part de l'Etat belge l'objet de contrôles fort fréquents. »¹⁰⁷.

La Cour a pris position très nettement sur ce point : « La valeur à attacher aux actes invoqués par les Pays-Bas doit s'apprécier en tenant compte du système complexe d'enclaves entremêlées qui existait. Les difficultés que rencontrait la Belgique à découvrir les empiètements sur sa souveraineté et à exercer celle-ci sur ces deux parcelles, entourées comme elles l'étaient par le territoire néerlandais, sont manifestes »¹⁰⁸. Ces circonstances ont, entre autres, conduit la Cour à juger que les actes

invoqués par les Pays-Bas n'avaient pu déplacer la souveraineté.

Ainsi la Cour a reconnu que, s'agissant d'une enclave, sont inopposables à l'égard de la Belgique des actes, qui, en d'autres circonstances, pourraient fonder la souveraineté territoriale des Pays-Bas et elle a admis que l'on ne puisse faire grief de son inaction dans l'administration courante¹⁰⁹.

Certains auteurs ont cru nécessaire d'indiquer que l'écoulement du temps était une condition nécessaire à la formation d'un accord tacite¹¹⁰, d'autres estiment que ce sont les actions ou omissions qui constituent la « matière » de l'accord tacite et non le temps durant lequel elles se produisent¹¹¹.

Instituée par l'ordre juridique, la « volonté » n'existe pas à l'état naturel. Elle est une construction du droit¹¹². Aucune nécessité logique n'exige par suite qu'elle coïncide parfaitement avec l'intention subjective des sujets¹¹³. Un Etat qui décide par exemple de « réparer » plutôt que d'exécuter son obligation primaire aura réellement voulu cet effet juridique : l'engagement de sa responsabilité. Il n'aura toutefois réalisé qu'un fait juridique parce que l'effet créé, même intentionnel, n'est pas en droit le produit de sa « volonté ». Il est en droit la conséquence de sa conduite illicite. Inversement, des agissements psychologiquement involontaires pourront être tenus par le droit comme exprimant la volonté de leurs auteurs. Le témoignage de la pratique admet sans réserve que les comportements informels soient en droit

107 CIJ Mémoires *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières*, Plaidoirie de M. Grégoire (p. 517), Réplique de M. Grégoire (p. 573).

108 *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles (Belgique c./ Pays-Bas)*, op. cit., p. 229.

109 Basdevant (S), « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice », *RCADI*, Volume 107, 1962/III, pp. 395-396.

110 Barale (J), « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », op. cit., pp. 404-405.

111 Kohe (M.G.), « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », in *Société Française pour le Droit International, Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2000, p.147.

112 Anzilotti (D), *Cours de droit international : Introduction théories générales*, Paris, Sirey, 1929, p.76.

113 Santulli (C), « Travaux de la Commission du droit international, *AFDI*, volume 46, 2000, pp. 417-418.

des actes juridiques et donc que les sujets adoptent des actes et produisent des effets de droit¹¹⁴.

II) Les conséquences plurielles de l'accord tacite

Les effets de l'accord tacite sont visibles aussi bien au niveau des traités (A), qu'au niveau de la détermination des frontières (B).

A) L'absence d'autonomie de l'accord tacite par rapport aux accords formel

Il existe un lien entre l'accord tacite et l'interprétation des traités¹¹⁵ (1) et un lien entre l'accord tacite et la modification des traités (2).

1) L'incidence sur l'interprétation des traités

L'incidence de l'accord tacite sur l'interprétation des traités est liée à la pratique subséquente des Etats parties à un traité. La pratique subséquente des Etats parties à un traité comprendra tous les actes et faits concluants des Etats relatifs à l'exécution du traité, c'est-à-dire des actes et des faits qui pourront produire des effets juridiques¹¹⁶.

La manière dont l'Etat applique le traité est essentielle aux fins de déceler la portée des droits et des obligations véhiculés par celui-ci et son intention à leur égard. En effet, toute application d'une règle juridique équivaut à

interprétation. En droit des traités, l'exécution d'une obligation internationale constitue l'interprétation, de la part de l'Etat en question, de la volonté qui réside derrière la règle dont elle est issue.

L'interprétation du traité par le truchement de la pratique subséquente des Etats parties peut contribuer à la formation d'un accord interprétatif tacite. L'accord interprétatif tacite est un accord qui résulte de la « pratique interprétative » des Etats. La pratique interprétative désigne l'interprétation de l'accord par voie de pratique subséquente des parties à un traité¹¹⁷. Cet accord interprétatif tacite se distingue de l'interprétation authentique¹¹⁸ par le fait que celle-ci est le fruit de la volonté expresse des parties couchée sur papier¹¹⁹. La pratique interprétative doit être concordante, commune et constante¹²⁰

Il existe une équivalence, au niveau de la valeur normative, entre les accords interprétatifs écrits et l'accord interprétatif tacite. En effet, il est admis tant au plan jurisprudentiel, qu'au plan doctrinal que : « l'accord tacite, de quelque façon qu'il s'exteriorise, n'en est pas moins un accord »¹²¹.

Il en découle que si la pratique doit être commune elle ne doit pas forcément être constituée par des comportements actifs. En d'autres termes, l'accord des volontés des parties quant à l'interprétation

114 Rivier (R), *Droit international public*, Paris, PUF, 3^e édition, 2017, pp. 188-189.

115 Distefano (G), « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », op. cit., p.28.

116 Cahier (Ph), « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », in *Mélanges Guggenheim*, Genève, Georg-IUHEI, 1968, pp. 237-265.

117 Distefano (G), « La pratique subséquente des Etats parties à un traité », op. cit., pp. 44-46.

118 L'interprétation authentique désigne le droit pour un organe d'interpréter une règle juridique. Cette interprétation échoie à ceux qui l'ont posée et qui, par conséquent, peuvent la modifier ou

l'abroger. L'adjectif « authentique » met justement en relief l'identité entre volonté (source) normatrice et volonté (source) interprétative. Voir sur cette question, Alland (D), *L'interprétation du droit international public*, RCADI, Tome 362, 2012, pp. 237-262.

119 Distefano (G), « La pratique subséquente des Etats parties à un traité », op. cit., p. 45.

120 Boré Eveno (V), *L'interprétation des traités par les juridictions internationales. Etude comparative*, Droit, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2004, p. 62.

121 Yasseen (M.K.), *Interprétation des traités d'après la Convention de Vienne*, RCADI, Volume 151, 1976-III, p.48, §16.

du traité peut également (et il en va souvent ainsi) se coaguler à partir d'un ensemble de comportements passifs et actifs à la fois et de l'interaction entre eux. Il n'est pas nécessaire que toutes les parties participent à la formation de l'accord par comportement, mais qu'il suffit qu'elles acceptent cette pratique¹²².

Le silence manifesté par certaines parties à un traité face au comportement actif et uniforme des autres Etats contractants concourt à la formation de l'accord interprétatif tacite¹²³. La Cour permanente d'arbitrage eut l'occasion de consacrer ce principe dans *l'Affaire des indemnités russes*¹²⁴.

L'Article 5 du traité de Constantinople, conclu le 8 février 1879, par la Russie et la Turquie, et qui mit fin à la guerre de 1877-1878 entre ces deux pays, disposait que « les réclamations des sujets et institutions russes en Turquie, à titre d'indemnité pour les dommages subis pendant la guerre seront payées à mesure qu'elles seront examinées par l'Ambassade de Russie à Constantinople et transmises à la Sublime Porte ». Les réclamations furent dûment examinées par l'Ambassade et présentées au Gouvernement turc, mais il y eut des retards dans les paiements, qui ne furent faits qu'après demande constante de la part du Gouvernement russe. Les réclamations s'élevaient à une totalité de 6.186.543 francs. de cette somme 50.000 livres turques furent payées en 1884, 50.000 en 1889, 75.000 en 1893, 50.000 en 1894, et une somme dépassant quelque peu 42.438 en 1902, laissant une balance de

1539 livres turques, que le Gouvernement turc déposa à la Banque Ottomane au crédit de la Russie. Mais que cette dernière refusa d'accepter parce que le paiement de l'intérêt réclamé par la Russie pour paiements des arriérés n'avait pas été effectué. La controverse ayant trait à cet intérêt fut soumise en vertu d'un compromis, signé à Constantinople le 4 août 1910, à l'arbitrage d'un tribunal. La sentence fut rendue le 11 novembre 1912¹²⁵.

Le tribunal, dans cette affaire considéra que : « *Entre le Gouvernement Impérial Russe et la Sublime-Porte, il y a donc eu renonciation aux intérêts de la part de la Russie, puisque son ambassade a successivement accepté sans discussion ni réserve et reproduit à maintes reprises dans sa propre correspondance diplomatique les chiffres du reliquat de l'indemnité comme identiques aux chiffres du reliquat en capital. — En d'autres termes, la correspondance des dernières années établit que les deux Parties ont interprété en fait, les actes de 1879 comme impliquant l'identité entre le paiement du solde du capital et le paiement du solde auquel avaient droit les indemnitaires, ce qui impliquait l'abandon des intérêts ou dommages-intérêts moratoires. Le Gouvernement Impérial Russe ne peut, une fois le capital de l'indemnité intégralement versé ou mis à sa disposition, revenir valablement d'une façon unilatérale sur une interprétation acceptée et pratiquée en son nom par son ambassade.* »¹²⁶.

Le tribunal conclut que : « *en principe, le Gouvernement Impérial*

122 Le Rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock, avait, dans son 6^e Rapport à la Commission du Droit International, insisté sur ce point : « *Dans le texte anglais, la Commission a intentionnellement employé le mot *understanding* au lieu du mot *agreement* pour indiquer que l'assentiment d'une partie à l'interprétation d'un traité peut être déduit de la réaction ou de l'absence de réaction de cette partie à l'égard de la pratique* ». Waldock (H), *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1966, Volume II, p. 107.

123 Distefano (G), « La pratique subséquente des Etats parties à un traité », op. cit., pp. 47-48.

124 *Affaire de l'indemnité russe*, 11/11/1912, RSA, Volume XI, pp.421-447.

125 Scott (J.B.), *Les travaux de la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye*, op. cit., p.327.

126 *Affaire de l'indemnité russe*, 11/11/1912, RSA, Volume XI, p.446.

Ottoman était tenu, vis-à-vis du Gouvernement Impérial de Russie, à des indemnités moratoires à partir du 31 décembre 1890/12 janvier 1891, date de la réception d'une mise en demeure explicite et régulière, mais que, de fait, le bénéficiaire de cette mise en demeure ayant cessé pour le Gouvernement Impérial de Russie par suite de la renonciation subséquente de son ambassade à Constantinople, le Gouvernement Impérial Ottoman n'est pas tenu aujourd'hui de lui payer des dommages-intérêts à raison des dates auxquelles a été effectué le paiement des indemnités. Le Gouvernement Impérial Russe ne peut, une fois le capital de l'indemnité intégralement versé ou mis à sa disposition, revenir valablement d'une façon unilatérale sur une interprétation acceptée et pratiquée en son nom par son ambassade. »¹²⁷.

Dans l'*Affaire du Chenal de Beagle*¹²⁸, le Tribunal constitué pour l'occasion, confirma cette jurisprudence. L'Argentine et le Chili se disputaient, depuis près d'un siècle, la possession de 3 petites îles à l'extrême-sud du continent américain, à l'entrée du chenal de Beagle, qui baigne la terre de Feu (et permet de passer de l'océan Atlantique à l'océan Pacifique et vice-versa, en évitant le Cap Horn). La reine d'Angleterre a reconnu en 1977, la souveraineté du Chili sur ces trois îles. Dans cette affaire, la question de la pratique ultérieure établissant un accord entre les parties à l'égard de l'interprétation du traité s'est posée¹²⁹.

La défense argentine est extrêmement ferme sur ce point; le mot important dans l'art 31.3 (b) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 est

le mot « accord ». La seule pratique ultérieure qui puisse être retenue est la pratique exprimant un accord formel entre les parties : c'est-à-dire, pour l'Argentine, le protocole de 1893 à l'exclusion de tous les actes unilatéraux du Chili et de tous les prétendus « silences » attribués à l'Argentine¹³⁰. La réponse de la Cour est on ne peut plus ferme : un accord oui, mais qui n'implique aucun formalisme. « *La Cour ne saurait admettre l'affirmation selon laquelle aucune conduite ultérieure, y inclus les actes de juridiction, ne pourrait avoir de valeur probante comme moyen subsidiaire d'interprétation à moins qu'elle ne prenne la forme d'un « accord » dûment passé entre les parties. Les termes de la Convention de Vienne ne spécifient nullement la manière dont l'accord doit se manifester* »¹³¹.

La pratique subséquente des Etats parties peut avoir pour conséquence de modifier les traités internationaux.

2) L'incidence sur la modification des traités

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 traité¹³². Cette proposition d'article, qui ne fut finalement pas retenue par la Conférence diplomatique à Vienne, envisageait, comme les travaux préparatoires au sein de la Commission du droit international le démontrent clairement, la pratique subséquente comme preuve d'un accord tacite portant

¹²⁷ *Affaire de l'indemnité russe*, 11/11/1912, RSA, Volume XI, p.447.

¹²⁸ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 22 avril 1977, RSA, Volume XXI, pp. 53-264.

¹²⁹ Dutheil de La Rochère (J), L'affaire du canal de Beagle (sentence rendue par la Reine

d'Angleterre le 22 avril 1977), *Annuaire français de droit international*, volume 23, 1977. P. 429.

¹³⁰ *Ibid*, pp. 103-104.

¹³¹ *Ibid*, p. 104.

¹³² Corten (O), Dubuisson (F), Koutroulis (V), Lagerwall (A), *Une introduction critique au droit international*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2017, pp. 367-368.

modification d'un traité écrit¹³³. 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 écrits¹³⁴.

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 reconnaît à la pratique subséquente des Etats une valeur normatrice dans la mesure où elle accouche d'un accord tacite modificatif d'un traité écrit. L'acquiescement tacite à une situation donnée prend une place importante dans les relations internationales. Alors qu'on hésitait naguère à admettre que le silence puisse valoir consentement, la jurisprudence récente reconnaît assez librement que l'abstention d'un Etat peut l'engager. Cette position jurisprudentielle a été affirmée dans l'affaire de l'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international¹³⁵.

Le litige portait sur l'interprétation de l'accord du 27 mars 1946 sur le transport aérien, et plus précisément, le sens du terme « Proche-Orient », utilisé dans l'accord, à propos de la désignation des escales sur les routes aériennes. De façon concrète, les 2

pays s'opposaient quant à la localisation de la Turquie et de l'Iran au Proche-Orient. Le Tribunal arbitral recourut au sens naturel et ordinaire du terme « Proche-Orient » et analysa le contexte. Il aboutit à la constatation que la France avait raison de ne pas considérer Istanbul, Ankara et Téhéran comme des points intermédiaires situés au Proche-Orient, d'après l'accord aérien. Il trouva confirmation des résultats obtenus en recourant également aux moyens auxiliaires d'interprétation, que constituent les travaux préparatoires et la conduite ultérieure des parties. Mais, par ailleurs, le Tribunal arbitral admit que la conduite postérieure des parties pouvait modifier un accord international et ainsi le Tribunal dut constater que la France avait admis, dans la pratique, la desserte de Téhéran et celle d'Istanbul et Ankara, mais sans droits commerciaux entre Paris et ces escales¹³⁶.

Le Tribunal arbitral fit valoir que la pratique subséquente est : « (...) *a possible source of a subsequent modification, arising situation of the parties and on the rights that each of them could properly claim.* », et déclara avoir relevé dans le comportement des Etats des faits aptes à créer un « *informal agreement* »¹³⁷.

A l'occasion d'une autre affaire, la CIJ accorda aux comportements des Etats en litige le même rôle normateur tout en se défendant de le nommer explicitement. En effet, dans *l'affaire du Temple de Préah-Vihéar*¹³⁸, la Cour de La Haye considéra le silence de la Thaïlande vis-à-vis d'une carte

133 Annuaire de la Commission du droit international, Volume II, 1966, p.257.

134 La doctrine n'est pas unanime sur ce sujet, au point qu'un auteur contemporain affirme : « *Il ressort de la jurisprudence que la pratique ultérieure s'insère comme élément pour l'interprétation d'un traité, mais qu'il ne peut être question d'envisager une modification ou une extinction du traité par désuétude à l'aide de ce procédé, ce que la CIJ a d'ailleurs confirmé dans son arrêt de 1997 dans l'affaire du Projet de barrage Gabčíkovo-Nagymaros* ». Sorel (J-M), « Article 31 », in Corten (O), Klein (P) (dir.), Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités-

Commentaire article par article, Tome II, 2006, p. 1323.

135 Distefano (G), « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », op. cit., p.30.

136 L'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international, op. cit., p.11.

137 « ...une source possible d'une modification ultérieure, de la situation des parties et des droits que chacune d'elles pourrait légitimement revendiquer. » *Ibid*, p.11.

138 Temple de Préah Vihéar, CIJ, 15/06/1962, Recueil 1962 (fond).

géographique, portant description du traité de délimitation qu'elle venait de ratifier avec la France, mais qui était en contradiction avec les termes du traité dont elle devait naturellement s'inspirer, comme l'acceptation de sa modification. De ce 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 »¹³⁹

La doctrine internationale désigne le phénomène de la modification d'une règle conventionnelle par voie de pratique postérieure du terme de « dissentiment mutuel » ou *mutuus dissensus*¹⁴⁰, qui se réfère à la situation où les parties à un traité tombent d'accord, par voie de pratique subséquente, pour mettre fin au traité et rompre les liens conventionnels qui les unissent. Le dissentiment mutuel est déduit par l'interprète (le juge notamment) de l'analyse de la pratique subséquente.

Cette manière de procéder trouve son illustration dans la sentence du Reichsgericht de Leipzig du 23 mai 1925 où il s'agissait de savoir si le Traité de Brest-Litovsk, qui mettait un terme au conflit entre les Empires centraux et la Russie, était encore en vigueur au moment où les faits en

litige s'étaient produits. Le tribunal conclut à l'extinction du traité, en raison du fait que « [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 accept 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 avril, 1922 »*¹⁴¹.

Un autre exemple de modification d'un traité multilatéral par voie de pratique subséquente est certainement le changement apporté à l'article 27 paragraphe 3 de la Charte¹⁴². En effet, dès le début s'instaura une véritable pratique contra legem, engendrée par la conduite des Etats membres¹⁴³, selon laquelle l'abstention volontaire d'un des membres permanents était considérée comme une voix positive¹⁴⁴. Cette nouvelle pratique fut ultérieurement consacrée par la CIJ :

139 Temple de Préah Vihéar, CIJ, 15/06/1962, Recueil 1962 (fond).

140 Le *mutuus dissensus* est une locution latine de droit positif français. Elle est utilisée par la doctrine civiliste depuis la fin du XIX^{ème} siècle pour désigner une notion fondamentale du droit des conventions. La notion juridique de *mutuus dissensus* peut être définie comme la convention par laquelle toutes les parties consentent à la révocation de la convention qu'elles ont conclue antérieurement.

141 « Le gouvernement allemand avait rompu le 5 novembre 1918 les relations diplomatiques avec la Russie, interrompant ainsi l'exécution du traité de Brest-Litovsk. Le gouvernement russe a déclaré quelques semaines plus tard dans un manifeste radiophonique « à tous » qu'il considérait ce traité comme abrogé. Le gouvernement allemand, en s'abstenant de protester contre cette déclaration unilatérale et d'insister sur ses droits contractuels, ainsi qu'en évacuant le territoire russe occupé par

l'Allemagne conformément à ce traité, accepte tacitement cette déclaration. L'intention commune des parties d'abroger le traité s'est par la suite traduite par le fait qu'il n'était pas mentionné dans le traité de Rapallo du 16 avril 1922. »

Russian-German Commercial Treaty Case (German Reichsgericht), award delivered the 23 may 1925, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, London, Volume 3 (1925-1926), case n°267, p.355.

142 Tavernier (P), « Article 27 », in Cot (J-P), Pellet (A), Forteau (M) (dir.), *La Charte des Nations Unies- Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^e édition, pp. 941-944.

143 Virally (M), *L'organisation mondiale*, Paris, Armand Collin, Paris, 1972, p.105.

144 Stavropoulos (M), « The practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council under Article 27, Paragraph, of the Charter of the United Nations », in *American Journal of International Law*, 1967, pp. 737-752.

« L'abstention d'un membre du Conseil ne signifie pas qu'il s'oppose à l'approbation de ce qui est proposé ; pour empêcher l'adoption d'une résolution exigeant l'unanimité des membres permanents, un membre permanent doit émettre un vote négatif. La procédure suivie par le Conseil de sécurité...a été généralement acceptée par les membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation »¹⁴⁵.

Peu importe que l'on fonde cette modification sur la simple pratique ou sur la formation d'un accord tacite¹⁴⁶, le comportement subséquent des Etats membres de l'ONU¹⁴⁷ a permis l'assainissement de ce qui autrement aurait constitué une violation flagrante de la Charte¹⁴⁸.

L'accord tacite peut également avoir une incidence importante sur le processus de délimitation des frontières.

B) L'incidence de l'accord tacite sur la délimitation des frontières

La délimitation est l'opération juridique consistant à fixer le tracé de la frontière entre deux Etats, sur la base des titres leur attribuant respectivement la souveraineté sur les territoires répartis entre eux¹⁴⁹. L'accord joue un rôle fondamental dans le droit de la délimitation des frontières¹⁵⁰. Dès lors que toute

délimitation, terrestre ou maritime, doit avoir « une base consensuelle »¹⁵¹, la voie conventionnelle apparaît comme la voie normale pour délimiter les frontières¹⁵². L'accord tacite a une incidence aussi bien sur les frontières terrestres (1) que sur les frontières maritimes (2).

1) La détermination des frontières terrestres au moyen d'un accord tacite

Devant un acte ou une situation donnée, on peut agir, dans un sens ou dans un autre, ou demeurer passif. Un Etat qui reste muet et qui ne fait pas la moindre réserve sur la souveraineté territoriale relative à la frontière en question, risque de mettre ses droits en péril. En fait, dans des litiges qui mettent en jeu les frontières communes des Etats, tout acte pris par l'un d'entre eux doit être, d'une part, soigneusement pesé et, d'autre part, appeler une réaction chez les autres. Des droits aussi sérieux que ceux qui relèvent de la souveraineté territoriale ou de la frontière ne seront pas facilement laissés à la légère. Devant la CIJ, le silence, l'inaction ou la non-adoption d'une réaction ont été, à maintes reprises, évoquées dans des affaires frontalières ou territoriales¹⁵³.

Ce fut le cas, notamment, dans *l'Affaire du passage par le Grand-Belt*¹⁵⁴ ainsi que dans *l'Affaire Kasikili/Sedudu*¹⁵⁵.

145 Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21/06/1971, CIJ, Recueil 1971, paragraphe 22.

146 Tavernier (P), « L'abstention des Etats parties à un différend (article 27, § 3, *in fine* de la Charte). Examen de la pratique », in *AFDI*, 1976, pp. 283-289.

147 Bailey (S.D.), « New Light on Abstentions in the UN Security Council », *International Affairs*, 1974, pp. 554-573.

148 Distefano (G), « La pratique subséquente des Etats parties à un traité », op. cit., pp. 62-66

149 Salmon (J) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 312.

150 Forteau (M), Thouvenin (J-M) (dir.), *Traité de droit international de droit de la mer*, op. cit., p.576.

151 Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine, op. cit., p.292, § 89.

152 Lucchini (L) et Voelckel (M), *Droit de la Mer*, Paris, Pedone, Tome 2, Volume 1, 1996, p.68.

153 Abou-el-Wafa (A), « Les différends internationaux concernant les frontières terrestres dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice », *RCADI*, Tome 343, 2009, pp. 497-498.

154 *l'Affaire du passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, *Demande en indication de mesures conservatoires*, Ordonnance du 29 juillet 1991, CIJ, Recueil 1991, pp. 12-21.

155 *l'Affaire Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1999, p. 1045.

Le 17 mai 1991, la Finlande a introduit une instance contre le Danemark au sujet d'un différend concernant le passage par le Grand-Belt (Storebælt) et le projet du Gouvernement du Danemark de construction d'une voie de communication fixe tant pour la circulation routière que pour le trafic ferroviaire au-dessus du chenal Ouest et du chenal Est du Grand-Belt. La réalisation de ce projet, en particulier du haut pont suspendu sur le chenal Est tel qu'il était prévu, aurait fermé en permanence la Baltique aux navires à fort tirant d'eau, hauts de plus de 65 mètres, empêchant ainsi le franchissement des navires de forage et plates-formes pétrolières construits en Finlande, dont le passage aurait exigé une hauteur supérieure. Dans sa requête, la Finlande priait la Cour de dire et juger :

a) qu'il existe un droit de libre passage par le Grand-Belt, qui s'applique à tous les navires gagnants ou quittant les ports et chantiers navals finlandais ;

b) que ce droit s'étend aux navires de forage, aux plates-formes pétrolières et aux navires dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils existeront ;

c) que la construction par le Danemark d'un pont fixe au-dessus du Grand-Belt, telle que projetée actuellement, serait incompatible avec le droit de passage mentionné aux alinéas a) et b) ; et d) que le Danemark et la Finlande devraient engager des négociations, de bonne foi, sur la

manière de garantir le droit de libre passage exposé aux alinéas a) à c).

Le Danemark soutenait que, faute de protestation à l'égard du projet de pont, les parties originaires au traité de 1857 avaient en effet acquiescé à un tirant d'air de 65 mètres. La Finlande ne pouvait donc réclamer un droit plus étendu que celui dont jouissaient les parties au traité¹⁵⁶. Le Danemark déclara que : « *In the interest of promoting stability in international relations based on the general concepts of good faith and equity, international law must require protest or some other form of action on the pari of States in order to preserve their legal positions, in cases where they believe that their legal rights may be infringed by acts performed or contemplated by another State, and where the possibility of expressing such a protest in fact existed (...) Thus, timely protest is an essential element in the administration of international straits. Consequently, the fact that no State protested against the Danish Bridge Project within a reasonable time, just as no State has ever protested against the existence of the Bosphorus bridges, could not be interpreted by the Government of Denmark otherwise than as an acquiescence in the construction of the bridge.* »¹⁵⁷.

Le 29 mai 1996, le Gouvernement du Botswana et le Gouvernement de la Namibie ont notifié conjointement au greffier de la Cour un compromis qu'ils avaient signé le 15 février 1996 et qui était entré en vigueur le 15 mai 1996, en vue de soumettre à la Cour le différend qui les

156 Martti (K), « L'affaire du passage par le Grand-Belt », *AFDI*, volume 38, 1992. p.916.

157 « Afin de promouvoir la stabilité des relations internationales sur la base des concepts généraux de bonne foi et d'équité, le droit international doit exiger des protestations ou une autre forme d'action sur le pari des États afin de préserver leurs positions juridiques, dans les cas où ils estiment que leurs droits légaux peuvent être violés par des actes accomplis ou envisagés par un autre État, et lorsque la possibilité d'exprimer une telle protestation existait effectivement (...) Ainsi, la protestation en

temps opportun est un élément essentiel de l'administration des détroits internationaux. Par conséquent, le fait qu'aucun État n'a protesté contre le projet de pont danois dans un délai raisonnable, tout comme aucun État n'a jamais protesté contre l'existence des ponts du Bosphore, ne saurait être interprété par le gouvernement danois autrement que comme un acquiescement à la construction du pont. » *CIJ Mémoires, Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, contre-mémoire du Danemark, pp. 257-259, §§ 779-783.

opposait concernant la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu et le statut juridique de cette île. Dans ce compromis, il était fait référence à un traité signé le 1er juillet 1890 entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne qui porte sur les sphères d'influence respectives de ces deux pays et à la constitution, le 24 mai 1992, d'une commission mixte d'experts techniques aux fins de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu sur la base dudit traité et des principes applicables du droit international. N'étant pas parvenue à se prononcer sur la question qui lui avait été soumise, la commission mixte d'experts techniques a recommandé le recours à un mode de règlement pacifique du différend sur la base des règles et principes applicables du droit international. Lors d'une réunion au sommet tenue le 15 février 1995 à Harare (Zimbabwe), les présidents des deux Etats sont convenus de saisir la Cour du différend.

La Namibie et le Botswana se sont abondamment référés à la conduite des parties au traité de 1890 ainsi qu'à celle de leurs successeurs. Cette dernière comprend les accords d'application, la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité et un certain nombre d'éléments susceptibles de peser sur l'interprétation du traité (cartes et titre fondé sur la prescription)¹⁵⁸.

C'est à ce titre que la Namibie a estimé que : « *Nor does « subsequent conduct » or « practice » require affirmative action from both parties to the treaty. Particularly, in the case of bilateral treaties, silence by one party in response to the conduct of the other can constitute*

subsequent practice. »¹⁵⁹.

Dans son arrêt sur l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie) la Cour a décidé, par onze voix contre quatre, que « la frontière entre la République du Botswana et la République de Namibie suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du fleuve Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu » et, par onze voix contre quatre également, que « l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire de la République du Botswana ».

La notion de silence a été aussi invoqué dans plusieurs sentences arbitrales relatives à des différends frontaliers ou territoriaux.

Dans sa décision de 1922, dans l'affaire des *Frontières colombo-vénézuéliennes*, le Conseil fédéral suisse retint que l'absence de protestation de la part du Venezuela valait acceptation de l'occupation, par la Colombie, des territoires du bassin de l'Orénoque¹⁶⁰. De plus, dans l'affaire des *Frontières du Honduras*, le tribunal arbitral dans sa sentence de 1933, dit que les actes de souveraineté qui ne pouvaient être ignorés par le Honduras furent : « Formels, publics et montrent clairement la position du Guatemala de considérer ces territoires comme les siens. Ces affirmations invitaient le Honduras à l'opposition, s'il ne les croyait pas fondées »¹⁶¹.

Il apparaît à la lumière des jurisprudences précitées que s'il est vrai que si le silence gardé par un Etat surtout durant de très nombreuses années et le fait pour lui de ne pas faire valoir la moindre revendication à l'égard de l'autre Etat, dans

158 Charalambos (A), « L'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie). L'arrêt de la C.I.J. du 13 décembre 1999. », *AFDI*, volume 45, 1999. pp. 434-451.

159 « Le «comportement ultérieur» ou la «pratique» n'exigent pas non plus une action positive de la part des deux parties au traité. En particulier, dans le cas des traités

bilatéraux, le silence d'une partie en réponse au comportement de l'autre peut constituer une pratique ultérieure ». *CIJ Mémoires, Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, contre-mémoire du Danemark, pp. 257-259, §§ 779- 783.

160 *RSA*, 24/03/1922, vol. I, pp. 229 ss

161 *RSA*, t. II, pp. 1307 ss.

toutes les circonstances qui s'y seraient prêtées, peuvent aboutir à la perte de certains de ses droits, même territoriaux, il n'en reste pas moins que le silence ou l'inaction ne se déduit pas aisément dans les rapports entre sujets du droit international¹⁶². Cela est essentiellement dû aux facteurs suivants :

- les transformations survenues dans les rapports internationaux, au premier rang desquelles il faut placer la notoriété, l'intensité et la publicité de plus en plus croissante des activités étatiques ;
- le progrès de la science et de la technologie ;
- l'importance de certaines situations de fait, surtout les questions territoriales et frontalières.

La frontière maritime, qui sépare le plateau continental et les zones économiques exclusives des Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est également déterminée par l'accord tacite.

2) La détermination des frontières maritimes au moyen d'un accord tacite

L'accord tacite joue un rôle privilégié dans la détermination de la frontière maritime ainsi que cela apparaît dans les décisions récentes rendues par des juridictions internationales dans des affaires de délimitation maritime : le *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh /Myanmar)*¹⁶³, et, plus récemment, dans l'affaire *Pérou c. Chili*¹⁶⁴.

Dans l'affaire de la délimitation du Golfe du Bengale, le Bangladesh affirmait que la délimitation de la mer territoriale avait été convenue entre le Bangladesh et le Myanmar. L'argument principal qu'il avançait devant le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) ne reposait pas sur l'existence d'un accord tacite mais d'un accord exprès. Le Bangladesh invoquait en effet qu'un procès-verbal de réunion, peut constituer un accord international, ce que reconnaît le TIDM¹⁶⁵. Celui-ci précise à ce sujet que : « à la lumière de l'objet et du but de l'article 15 de la Convention, le terme « accord » désigne un instrument juridiquement contraignant...ce qui importe est non pas la forme ou la dénomination d'un instrument, mais sa nature et son contenu juridiques »¹⁶⁶.

En l'espèce, le Tribunal n'est cependant pas convaincu que les termes utilisés dans le procès-verbal dénotent l'existence d'un accord au sens de l'article 15 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer du 10 décembre 1982. Selon le TIDM, « les circonstances dans lesquelles le procès-verbal de 1974 a été adopté ne laissent pas présumer la présence d'engagements juridiques ou l'intention d'en créer. Dès le début des discussions, le Myanmar avait clairement indiqué qu'il n'avait pas l'intention de conclure un accord séparé sur la délimitation de la mer territoriale et qu'il demandait la conclusion d'un accord global sur la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental »¹⁶⁷.

C'est donc à titre subsidiaire que le Bangladesh évoque le comportement des parties pour plaider l'existence d'un accord

162 Abou-el-Wafa (A), *Les différends internationaux concernant les frontières terrestres dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, op. cit., pp. 497-500.

163 *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh /Myanmar)*, TIDM, 14/03/2012, § 101.

164 *Délimitation de la frontière maritime entre le Pérou et le Chili*, CIJ, 27/01/2014, p. 38, §§ 90-91.

165 *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh /Myanmar)*, Recueil 2012, p.35, §.90.

166 *Idem*, p.35, §89.

167 *Idem*, p.35, §93.

tacite. Le Bangladesh affirme ainsi que les parties se sont conduites, pendant plus de trois décennies, conformément à la délimitation indiquée dans le procès-verbal de 1974¹⁶⁸ et il en « déduit l'existence d'un accord tacite ou *de facto* sur la ligne frontière de la mer territoriale¹⁶⁹. Dans ce sens, le Bangladesh note que chaque partie a « *exercé une administration et un contrôle paisibles et incontestés sur sa mer territoriale ainsi délimitée* »¹⁷⁰ et produit à cet effet des déclarations sous serments de pêcheurs et d'officiers de marine. En outre, il se réfère à une note verbale du Myanmar du 16 janvier 2008, par laquelle le Myanmar a notifié au Bangladesh son intention d'effectuer des levés de part et d'autre de la frontière. Aux yeux du Bangladesh, par cette note le Myanmar cherchait à obtenir le consentement du Bangladesh, ce qui équivaut « *à une reconnaissance de souveraineté du Bangladesh sur la mer territoriale* »¹⁷¹

Au terme d'un examen du comportement des parties, le Tribunal, dans son arrêt, constate qu'il ne dispose pas d'éléments de preuve attestant qu'un accord tacite est intervenu entre les parties. Les déclarations sous serments ne constituent pas des moyens de preuve convaincants. Le Tribunal retient ici l'approche suivie dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, où celle-ci observe : « *les dépositions de témoins produites sous la forme de déclarations sous serment doivent être traitées avec prudence. En examinant ces déclarations, la Cour doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Elle doit examiner notamment si les déclarations émanent d'agents de l'Etat ou de particuliers qui n'ont pas d'intérêts dans l'issue de la procédure, et si telle ou telle déclaration atteste l'existence de faits ou*

expose seulement une opinion sur certains événements »¹⁷².

Les déclarations émanent soit d'agents de l'Etat qui peuvent avoir un intérêt dans la question examinée, soit de particuliers qui ne peuvent attester que de la réalité des faits et non de l'existence d'une frontière établie par voie d'accord. En ce qui concerne la note verbale du 16 janvier 2008, les termes de celle-ci sont plus prudents que ce qu'affirme le Bangladesh. Le Myanmar y souligne que les deux Etats « *n'ont pas encore délimité leurs frontières maritimes* » et que « *c'est dans cet esprit de bon voisinage* » qu'il sollicite l'aimable coopération du Bangladesh¹⁷³.

Dans cette affaire, le recours à la notion d'accord tacite intervient à défaut de pouvoir invoquer l'existence d'un accord exprès, qu'il soit formel ou non. L'accord tacite joue ainsi le rôle d'ersatz de l'accord explicite. Cela est somme toute logique puisque la reconnaissance de l'accord tacite nécessitera l'intervention d'un juge ou d'un arbitre qui construira celui-ci sur la base de la conduite des parties. La reconnaissance du caractère « tacite » d'un accord reste liée à une certaine marge d'appréciation au juge. C'est ainsi que dans son opinion dissidente formulée la présente affaire, un juge estime qu'il y a bien un accord tacite¹⁷⁴.

Le statut précaire de l'accord tacite par rapport à l'accord exprès est également visible sous l'angle de la charge de la preuve. La réalité de l'accord tacite doit être démontrée afin d'emporter la conviction des juges. Dans ce sens, le Tribunal souligne que « *les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants* »¹⁷⁵, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une question importante comme l'établissement d'une frontière maritime permanente où « *un*

168 *Idem*, p.35, §101.

169 *Ibid*

170 *Ibid*

171 *Idem*, p.38, §106.

172 CIJ, Recueil 2007, p. 731, §244.

173 TIDM, Recueil 2012, p.40, §116.

174 TIDM Recueil 2012, pp. 249-267.

175 TIDM Recueil 2012, p.40, §117.

accord ne doit pas être présumé facilement »¹⁷⁶. La question de l'identification de l'accord tacite est cœur de l'affaire *Pérou c. Chili*¹⁷⁷.

Le 16 janvier 2008, le Pérou a déposé une requête introductive d'instance contre le Chili au sujet d'un différend portant, d'une part, sur « la délimitation de la frontière entre les zones maritimes des deux Etats dans l'océan Pacifique, à partir d'un point situé sur la côte, appelé Concordia, point terminal de la frontière terrestre telle qu'établie conformément au traité du 3 juin 1929 ». D'autre part, sur la reconnaissance de l'appartenance au Pérou d'une « zone maritime qui, située dans la limite de 200 milles marins de la côte du Pérou », devrait donc lui revenir « mais que le Chili considère comme faisant partie de la haute mer ».

Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 27 janvier 2014, la Cour a recherché s'il existait, comme le soutenait le Chili, une frontière maritime internationale convenue entre les Parties et suivant sur une distance d'au moins 200 milles marins le parallèle de latitude passant par le point de départ de la frontière terrestre le séparant du Pérou. Après avoir analysé les proclamations et déclarations du Pérou et du Chili (proclamations de 1947, déclaration de Santiago de 1952), ainsi que des accords et arrangements ultérieurs conclus par le Pérou, le Chili et l'Equateur, la Cour conclut que l'accord de 1954 relatif à une zone frontière maritime spéciale entre ces Etats reconnaissait qu'une frontière maritime existait déjà, sans que le texte n'indique toutefois quand ni par quels moyens cette frontière avait été agréée. La Cour a considéré par conséquent que la reconnaissance expresse de l'existence d'une frontière maritime par les Parties

reposait nécessairement sur un accord tacite intervenu entre elles auparavant et « consacré » par l'accord de 1954. Après examen de l'ensemble des éléments de preuve pertinents qui lui ont été présentés quant à la frontière maritime convenue entre les Parties, la Cour conclut que celle-ci avait vocation générale et s'étendait sur une distance de 80 milles marins le long du parallèle à partir de son point de départ.

L'intérêt de l'affaire est de mettre en présence les notions d'accords exprès, conclu par écrit, et celle d'accord tacite. Sur la base des dispositions d'un accord écrit entre les parties, la Cour conclut à l'existence d'un accord tacite dont le contenu est incertain et devra être reconstruit. Il s'agit ici toutefois d'un accord tacite d'un genre particulier. En effet, son existence n'est pas déduite du comportement des parties. Elle est expressément consacrée par l'accord de 1954, la part d'implicité étant limitée aux termes de l'accord.

« *La parole délie. L'écrit constate. Le silence interroge* »¹⁷⁸. Au terme de cet examen, l'on peut constater que le silence de l'accord tacite interroge. Il Interroge l'Etat en raison de ce qu'il introduit une certaine perplexité dans le caractère volontariste du droit international, dans la mesure où il constitue une remise en cause de l'antienne du positivisme volontariste : « *le véritable droit international ne dérive que de la volonté de l'Etat (...) cette volonté ne se présume pas, et doit être interprétée restrictivement* »¹⁷⁹ et qu'il relance le débat

176 TIDM Recueil 2012, p. 36, §95.

177 *Délimitation de la frontière maritime entre le Pérou et le Chili*, CIJ, 27/01/2014, p. 38, §§ 90-91.

178 Rainville (P), « Volonté interne et for intérieur : le silence et l'inaction en guise d'outils

interprétatifs du contrat » *Les Cahiers de droit*, Volume 56, n°3-4, septembre-décembre 2015, p.615

179 Observations du juge Anzilotti sous CPJI, 25 août 1925, *Affaire relative à Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Série A, n°6, pp. 29-30.

entre la vision volontariste et objectiviste du droit international¹⁸⁰.

Les juristes ont toujours reconnu des effets juridiques au silence, identiques à ceux de la décision volontaire. Ils ont fait du silence une manifestation de volonté, soit positive, soit négative. Pour conserver quelque vraisemblance à cette présomption, ils maintiennent une référence avec la condition initiale de l'acte conscient : la connaissance. Cette conception est conforme aux vues de l'école volontariste, attaché à l'étude psychologique de l'acte volontaire.

Une autre école donne au silence une portée juridique ; mais alors le silence n'est plus rattaché à un phénomène psychique quelconque, il est considéré comme un fait, qu'il serait préférable de dénommer « inaction ». L'inaction, selon cette conception, pourrait entraîner des effets juridiques, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si l'« inactif » avait eu connaissance ou non de l'action d'autrui. Cette doctrine reconnaît à cette action un élan vital, un dynamisme, qui tôt ou tard, l'emporterait sur l'inaction. Elle procède d'une analyse sociologique de la vie juridique, conforme aux thèses de l'école objectiviste.

La conception de chacune de ces écoles sur la portée du silence peut se déduire de l'ensemble de leur système : le rôle différent que chacune assigne à la volonté dans la création du droit commande leur attitude à l'égard du silence.

L'école volontariste, en cela positiviste, fonde la validité du droit international sur son établissement par certaines sources déterminées. Mais, chacune de ces sources a été décrite dans l'article 38 du Statut de la CIJ de telle

manière que celles-ci peuvent être rattachées logiquement, sinon réellement, au consentement des Etats. Ainsi se trouve respectée la règle d'or du volontarisme, d'après laquelle nul Etat n'est obligé sans l'avoir voulu. Au travers des diverses sources formelles du droit international, la volonté étatique apparaît comme l'unique instrument de création du droit.¹⁸¹

Les volontaristes considèrent la volonté comme l'instrument unique de la création du droit ; les objectivistes ne la considèrent que comme un des moyens d'exécution du droit positif ou du droit spontané. Ce droit spontané, une fois élaboré, et reconnu à travers ses manifestations extérieures, présente la caractéristique d'être une loi de but, une norme qui dirige et limite l'activité consciente et volontaire de l'homme, en fixant l'objet et le but de son vouloir. La volonté n'est plus que la condition d'application d'une norme juridique objective préexistante et spontanée.

L'école objectiviste a donc dépouillé la volonté de sa toute puissance en délimitant étroitement ses modalités d'intervention dans le droit : la volonté, dans la mesure où les droits spontanés et le droit positif l'y autorisent, ne peut produire d'effets juridiques qu'au moyen d'une manifestation expresse. Par contre, l'involontaire, sous les formes les plus diverses, se voit reconnaître une action déterminante dans la vie juridique. La volonté n'étant plus le fondement unique du droit, l'école objectiviste n'est pas amenée à présumer sa présence là où elle ne s'est point manifestée¹⁸².

La théorie objectiviste de la volonté, en bridant la volonté de l'Etat et en considérant qu'elle est la condition d'application d'une norme spontanée,

180 Jouannet (E), « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *AFDI*, volume 46, 2000. pp. 18-22.

181 Cavaglieri (A), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1929, Tome I, pp. 512 et

ss ; Strupp (K), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1934, Tome I, p.303.

182 Bentz (J), « Le silence comme manifestation de volonté », op. cit., pp. 45-54.

introduit le juge dans la preuve d'un accord tacite.

Permettre au juge international de donner un contenu au silence de l'Etat, par le biais d'une interprétation évolutive du traité contribuerait à la création de la volonté par le juge.

Cette « invention de la volonté contre la volonté » procède d'une instrumentalisation des méthodes d'interprétation par le juge en dissimulant une altération de la fonction officielle de cette dernière¹⁸³. Cette attitude du juge si elle se confirme, pose de sérieux problèmes de cohérence de l'ordre juridique en faisant du silence un véritable objet de perplexité et non plus une manifestation de la volonté de l'Etat.

183 Alland (D), *L'interprétation du droit international public*, op. cit., pp. 200-222.