



# REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

## SOMMAIRE

La prescription acquisitive en droit international :  
un silence qui s'apparente au consentement?

Baptiste Beurrier

La compétence du Tribunal administratif du logement  
en matière de bail accessoire à un contrat de travail

Olivier Grondin  
Louis-Simon Besner  
Daniel Crespo Villarreal

L'arbre vivant dans le contexte de la crise climatique :  
une analyse des litiges climatiques constitutionnels  
au Canada

Sébastien Jodoin  
Jean-Philippe Lemay

---

## LES PAGES DU CRDP

Tentative définitionnelle du Centre de recherche  
en droit public (CRDP)

Vincent Gautrais

# La prescription acquisitive en droit international : un silence qui s'apparente au consentement ?

*Baptiste BEURRIER\**

**Prescriptive Acquisition in International Law:  
A Silence that Resembles Consent ?**

**La prescripción adquisitiva en el derecho internacional:  
¿un silencio que se asimila al consentimiento ?**

**A prescrição aquisitiva em direito internacional:  
um silêncio que se assemelha ao consentimento ?**

国际法上的时效取得：沉默即承认？

---

## Résumé

Être souverain sur un territoire donné signifie beaucoup. Lorsqu'un peuple est attaché à un territoire, en avoir le contrôle est une fierté, en être dépossédé est une humiliation. Aussi, depuis des milliers d'années les terres ayant vu différents peuples se succéder sont les théâtres de l'affrontement des nationalismes les plus frappants. Aujourd'hui, bien que ce sentiment d'appartenance marque toujours le point de départ de certains différends territoriaux, les prérogatives liées à la souveraineté sur un territoire sont souvent l'objet de l'intérêt des États : l'exploitation

## Abstract

Being sovereign over a given territory means a lot. When a nation is attached to a territory, to have control over it is pride, to be dispossessed of it is a humiliation. For thousands of years, the lands that have seen different peoples succeed one another have been the theaters of the most striking manifestations of nationalism. Today, although this feeling of belonging still marks the starting point of certain territorial disputes, the prerogatives linked to sovereignty over territory are often the object of the State's interests : the exploitation of resources, such as fishing and mining,

---

\* Étudiant à la maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur désire remercier sa professeure, Suzanne Lalonde, de lui avoir donné l'occasion de travailler sur ce thème durant ses cours sur le *Territoire étatique*.

de ressources, tantôt halieutiques, tantôt minières, le contrôle de routes commerciales, fréquemment maritimes, ou encore le déploiement de forces militaires lié aux enjeux stratégiques d'une région ciblée. Partout autour du globe, les États se disputent le contrôle des plus petites parcelles de terre aux espaces les plus vastes, menaçant toujours un peu plus la paix internationale.

Récemment, la Cour internationale de Justice a été saisie d'un différend frontalier opposant le Venezuela et le Guyana, dont l'objet concerne l'exploitation future de nouveaux puits de pétrole récemment découverts. Afin de régler pacifiquement cette mésentente, le droit international définit plusieurs méthodes d'identification de la souveraineté afin de trancher en faveur d'un État. La prescription acquisitive est l'une de celles qui concentrent l'attention du fait de sa simplicité saisissante à première vue : observer l'acquisition de la souveraineté par l'effet de la possession. Mais les développements en la matière sont loin de rencontrer la même rondeur, et sont plutôt étonnants d'imprécisions. Et après avoir observé que le règlement des différends frontaliers constitue souvent une menace pour la stabilité internationale, il est « difficile » de se satisfaire de ce flou.

Néanmoins, en observant ce concept de plus près, il est aisé de comprendre pour quelles raisons la fixation du sens de la prescription acquisitive est difficile, sans pour autant que cela justifie qu'un travail de définition en la matière ne soit réalisé. Aussi, nous proposons de l'étudier, en reprenant notamment les travaux de l'auteur français Paul Fauchille.

the control over trade routes, or the deployment of military forces linked to the strategic stakes of a targeted region. Everywhere around the globe, states are fighting for control over the smallest parcels of land to the largest spaces, threatening international peace.

Recently, a border dispute between Venezuela and Guyana was brought before the International Court of Justice, the outcome of which concerns the future exploitation of newly discovered oil wells. To peacefully settle this disagreement, international law defines several methods of identifying sovereignty to decide in favor of a State. Acquisitive prescription is one that draws attention because of its striking simplicity at first sight: observing the acquisition of sovereignty by the effect of possession. But the developments on the subject are far from meeting the same roundness and are rather imprecise. After observing that the settlement of border disputes often constitutes a threat to international stability, it is "difficult" to be satisfied with this vagueness.

However, if we look at this concept more closely, it is easy to understand why it is difficult to determine the meaning of acquisitive prescription. This article does not propose a definitional work on the topic; instead, we propose to examine the concept and regime of acquisitive prescription, using as a basis the work of French scholar Paul Fauchille.

## Resumen

Ser soberano sobre un territorio determinado significa mucho. Cuando un pueblo está apegado a un territorio, tener el control es motivo de orgullo, ser despojado de él es una humillación. Además, durante miles de años las tierras que han visto distintos pueblos sucederse han sido escenarios del enfrentamiento entre los más contundentes nacionalismos. Hoy, aunque este sentimiento de pertenencia todavía marca el punto de partida de ciertas disputas territoriales, las prerrogativas vinculadas a la soberanía sobre un territorio son a menudo objeto de interés de los Estados: la explotación de los recursos sea la pesca, o la minería, el control de las rutas comerciales, con frecuencia marítimas, o incluso el despliegue de fuerzas militares vinculado a las cuestiones estratégicas de una región determinada. En todo el mundo, los Estados compiten por el control, desde las superficies de tierra más pequeñas hasta los espacios más grandes, lo que amenaza cada vez más la paz internacional.

Recientemente, la Corte Internacional de Justicia abordó una disputa fronteriza entre Venezuela y Guyana, concerniente a la explotación de nuevos pozos petroleros descubiertos recientemente. Con el fin de dirimir pacíficamente este desacuerdo, el derecho internacional determina varios métodos de identificación de la soberanía para decidir a favor de un Estado. La prescripción adquisitiva llama la atención a primera vista por su sencillez: reconocer la adquisición de la soberanía por efecto de la posesión. Pero los desarrollos en esta área están lejos de ceñirse a la línea, y son sorprendentemente imprecisos. Además, después de observar que la solución de los diferendos fronterizos constituye a

## Resumo

Ser soberano de um dado território significa muito. Quando um povo está ligado a um território, ter seu controle é um orgulho e dele ser destituído é uma humilhação. Também, há milhares de anos as terras que viram diferentes povos se sucederem são teatros de enfrentamentos dos nacionalismos mais impressionantes. Hoje, embora este sentimento de pertencimento marque sempre o ponto de partida de certas controvérsias territoriais, as prerrogativas ligadas à soberania sobre um território são frequentemente objeto de interesse dos Estados: a exploração de recursos, tanto pesqueiros quanto minerais, o controle de rotas comerciais, frequentemente marítimas, ou ainda a exibição de forças militares ligadas aos desafios estratégicos postos por determinada região. Em toda parte ao redor do globo, os Estados disputam o controle das menores parcelas de terra aos espaços mais vastos, ameaçando sempre um pouco mais a paz internacional.

Recentemente, apresentou-se à Corte Internacional de Justiça uma controvérsia fronteiriça opondo a Venezuela e a Guiana, tendo em seu cerne a exploração de novos poços de petróleo recentemente descobertos. A fim de resolver pacificamente esse desentendimento, o Direito Internacional define vários métodos de identificação da soberania a fim de decidir a favor de um Estado. A prescrição aquisitiva é um destes que atrai a atenção por sua extrema simplicidade à primeira vista: observar a aquisição da soberania em resultado da posse. Mas os desdobramentos da matéria estão longe de oferecer a singeleza e são marcados por espantosas imprecisões. E após ter observado que a solução de controvérsias fronteiriças

menudo una amenaza para la estabilidad internacional, es « difícil » contentarse con esta confusión de conceptos.

Sin embargo, al observar este concepto más de cerca, es fácil comprender las razones por las cuales es difícil establecer el significado de prescripción adquisitiva, pero esto no justifica que no se haya trabajado en la definición de este tema. Por lo tanto, proponemos estudiarlo, retomando principalmente los estudios en la materia del autor francés Paul Fauchille.

constitui frequentemente uma ameaça à estabilidade internacional, é « difícil » de se satisfazer com algo tão vago.

Mesmo assim, observando esse conceito mais de perto, é fácil entender as razões da dificuldade em determinar o sentido da prescrição aquisitiva, embora isso não justifique que não deva ser feito um trabalho de definição da matéria. Assim, nós nos propomos a estudá-la, a partir sobretudo dos trabalhos do autor francês Paul Fauchille.

## 摘要

对一块领土享有主权意义重大。一个民族占有并控制一片领土是一种自豪，失去领土则是一种耻辱。几千年来，土地上民族的更迭见证了那些最触目惊心的民族主义冲突。如今，虽然某些地区冲突起始于归属感，与领土主权相关的特权才是国家利益的要害：开采资源——无论是渔业还是矿业，控制交通要道——通常是海路，以及与目标区域战略要害有关的军事部署。全球到处都能见到国家为了争夺大小土地的控制权，始终危害着国际和平。

最近，国际法院受理了委内瑞拉和圭亚那的边界纠纷，案件的结果涉及未来对新发现油田的开采权。为了和平解决争端，国际法规定了多种确定主权的方法。时效取得即为其中一种。这种方式乍一看异常简单明了：即通过占有取得主权。但是，对这个问题的研究远没有看上去那样直白，而是模棱两可。要知道解决边界争端通常威胁到国际稳定，而概念的模糊不清难以平息事端。

然而，深入研究这一概念，不难理解为什么时效取得的意义难以确定，但本文并不是要对时效取得作出界定。我们提出以法国学者Paul Fauchille的研究成果为基础，对这个问题做进一步研究。

# Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	229
<b>I. L'obscurcissement du consentement dans le souhait de découverte de l'acquiescement</b> .....	233
A. La définition des actes souverains permettant d'observer l'acquiescement de l'État dépossédé comme illustration d'un consentement certain éclipsé .....	234
B. L'absence de prise en compte du contexte politique témoignant d'une plus grande place accordée au silence considéré comme acquiescement .....	238
<b>II. Les conséquences sur l'État dépossédé des exigences se rattachant à la possession souveraine dessinant l'observation de l'acquiescement par l'État dépossédé</b> .....	242
A. La connaissance par l'État dépossédé de la dépossession illustrant les dangers d'une volonté trompée au travers d'un silence artificiel .....	242
B. La période attachée à la possession comprise comme élément qui parachève le dessin des contours de la place du silence considéré comme acquiescement .....	248
<b>Conclusion</b> .....	251



Être souverain sur un territoire donné signifie beaucoup. Lorsqu'un peuple est attaché à un territoire, en avoir le contrôle est une fierté, en être dépossédé est une humiliation. Depuis des milliers d'années les terres ayant vu différents peuples se succéder sont les théâtres de l'affrontement des nationalismes les plus frappants. Aujourd'hui, bien que ce sentiment d'appartenance marque toujours le point de départ de certains différends territoriaux, les prérogatives liées à la souveraineté sur un territoire sont souvent convoitées par les États : l'exploitation de ressources, tantôt halieutiques, tantôt minières, le contrôle de routes commerciales, fréquemment maritimes, ou encore le déploiement de forces militaires lié aux enjeux stratégiques d'une région ciblée. Partout autour du globe, les États se disputent le contrôle des plus petites parcelles de terre aux espaces les plus vastes, menaçant toujours un peu plus la paix internationale. Récemment, la Cour internationale de Justice (CIJ) a été saisie d'un différend frontalier opposant le Venezuela et le Guyana, dont l'objet concerne l'exploitation future de nouveaux puits de pétrole récemment découverts. Afin de régler pacifiquement cette mésentente, le droit international définit plusieurs méthodes d'identification de la souveraineté afin de trancher en faveur d'un État. La prescription acquisitive est l'une de celles qui concentrent l'attention du fait de sa simplicité saisissante à première vue : observer l'acquisition de la souveraineté par l'effet de la possession. Mais les développements en la matière sont loin de rencontrer la même rondeur, et sont plutôt étonnants d'imprécisions. Et après avoir observé que le règlement des différends frontaliers polarise de nombreux dangers liés à l'effondrement de la stabilité internationale, il est « difficile » de se satisfaire de ce flou. En observant ce concept de plus près, il est aisé de comprendre pour quelles raisons la fixation du sens de la prescription acquisitive est difficile, sans pour autant que cela justifie qu'un travail de définition en la matière ne soit réalisé. Aussi, nous proposons de l'étudier, en reprenant notamment les travaux de l'auteur français Paul Fauchille.

L'article 2910 du *Code civil du Québec* définit la prescription acquisitive comme « le moyen d'acquérir le droit de propriété ou l'un de ses démembrements, par l'effet de la possession ». L'acquisition par la possession est une notion bien connue dans la tradition romano-germanique. Il n'est pas rare que les règles de droit privé trouvant leur chemin vers le droit international public soient de cette origine<sup>1</sup>. Toutefois, la prescription

---

<sup>1</sup> Randall LESAFFER, « Argument from Roman Law in Current International Law : Occupation and Acquisitive Prescription », (2005) 16-1 *EJIL* 25.

acquisitive semble emprunter différentes voies quant à sa définition en droit international public. Cette notion est débattue dans la doctrine. Certains la qualifient de règle établie, d'autres y voient simplement l'extension de règles d'acquisition de la souveraineté déjà existantes (certains auteurs ne distinguent pas la prescription acquisitive de la possession immémoriale ou de l'occupation effective<sup>2</sup>), quitte à nier simplement son existence. Le territoire objet de l'acquisition pourrait être considéré comme *res nullius* et, dans ce cas, en admettant que par l'occupation on obtient la souveraineté sur ce territoire, il serait possible d'affirmer qu'il n'existe en réalité que le mécanisme d'occupation effective. La possession immémoriale et la prescription peuvent se distinguer sur la période durant laquelle la possession est observée, la première devant être plus longue que la seconde<sup>3</sup>. Mais encore une fois, il est difficile de savoir comment fixer ce laps de temps. Cette difficulté de définition est parfaitement illustrée dans le fait que la CIJ ne reconnaît pas expressément la prescription acquisitive. Il faut toutefois préciser qu'elle attache au comportement des États leur plein effet en matière de souveraineté territoriale, comme les juges Abraham et Simma l'ont précisé, bien qu'elle ne se réfère pas explicitement à la prescription acquisitive<sup>4</sup>. Dans la mesure où nous aborderons des décisions arbitrales et jurisprudentielles ne citant pas expressément la prescription acquisitive, nous nous référons implicitement à la définition donnée ci-après pour justifier ce choix.

Nous pouvons définir largement la notion de prescription acquisitive en droit international public comme le mécanisme juridique par lequel un État tiers acquiert un territoire étranger appartenant à un autre État en y exerçant son autorité. Cette autorité doit revêtir plusieurs aspects afin de pouvoir faire jouer ce mécanisme. Ces aspects ne faisant pas consensus, il est difficile d'indiquer clairement l'autorité nécessaire à l'identification de la prescription. Aussi, à ce stade de notre étude, nous considérons qu'il existe une seule prescription acquisitive en droit international public, dont l'application est différente selon les auteurs et tribunaux<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> David H. N. JOHNSON, « Acquisitive Prescription in International Law », (1950) 27 *B.Y.B.I.L.* 332, 335-336.

<sup>3</sup> P. A. VERYKIOS, *La prescription en droit international public*, Paris, A. Pédone, 1934, p. 44-45.

<sup>4</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, par. 121 (ci-après « *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* »).

<sup>5</sup> D. H. N. JOHNSON, préc., note 2, 339.

La prescription acquisitive renvoie à la réalité suivante : l'État tiers dépose un autre État qui consent au transfert de souveraineté d'une partie de son territoire. Plus précisément, on observe ce consentement dans l'acquiescement de l'État dépossédé. Formellement, Fauchille observe l'acquiescement dans le consentement exprès de l'État, tandis que MacGibbon l'identifie lors de l'absence de protestation de l'État dépossédé dans des situations appelant une objection<sup>6</sup>. La CIJ définit l'acquiescement comme la « reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement »<sup>7</sup>. Cette seule définition implique de devoir écarter une définition formelle de la prescription acquisitive dans la mesure où, de fait, il s'agit de tenir compte de l'interprétation de l'État qui dépossède. Cet acquiescement tacite peut prendre de multiples formes. Mais il est possible de reconnaître l'existence de cet acquiescement dans l'absence même de formes particulières.

Le silence de l'État dépossédé peut s'apparenter à l'acquiescement de sa déposition. Cette affirmation est particulièrement contestée parce qu'elle implique de pouvoir déduire une volonté en l'absence de sa manifestation. La question de la valeur du silence dans les situations de prescription acquisitive implique donc d'établir de quelles façons le consentement peut être observé, en écartant toutes formes d'incertitudes quant à la volonté réelle de l'État dépossédé. En effet, « le consentement (ou l'acquiescement) du souverain d'origine, qui, à défaut d'avoir été exprimé, doit au moins pouvoir se déduire *sans l'ombre d'un doute* du comportement de celui-ci »<sup>8</sup>. Le silence se comprendra alors comme l'absence de protestation, reflétant l'acquiescement de l'État dépossédé dans des circonstances appelant une réaction positive, comprise comme une objection<sup>9</sup>.

Le silence en tant qu'absence de démonstration de volonté est susceptible d'emporter des effets légaux, tout comme le silence considéré comme pouvant témoigner de la volonté. Une étude portant sur la place du silence

<sup>6</sup> I. C. MACGIBBON, «The Scope of Acquiescence in International Law», (1954) 31 *B.Y.B.I.L.* 143. MacGibbon cite également Fauchille: Paul FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, vol. 1, part. 2, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 382.

<sup>7</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, par. 130 (ci-après «*Affaire sur la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*»).

<sup>8</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, préc., note 4, opinion dissidente commune des juges Simma et Abraham, par. 29.

<sup>9</sup> I. C. MACGIBBON, préc., note 6, 143.

comme acquiescement tend à se déployer au sein du débat entre les volontaristes et les objectivistes en droit international public. Sophia Kopela écrit que « [t]he objective aspect of silence refers to the actual conduct of states which is reflected in the absence of actions or statements », tandis que « the subjective side of silence refers to the intention, will or belief of the inactive state »<sup>10</sup>. Les objectivistes observent le silence comme un fait auquel ils attachent des conséquences légales sans pour autant attribuer celles-ci à une quelconque manifestation de volonté. Pour les volontaristes, le silence est recevable comme mode d'expression de la volonté tant qu'il reflète la véritable intention de l'État dépossédé<sup>11</sup>. Ce débat se retrouve devant les tribunaux internationaux, où les États dépossédés ont précisé que leur silence ne témoignait d'aucune manifestation de volonté, tandis que les tribunaux ont pu établir que de ces situations ressortait leur acquiescement. Aussi, en s'interrogeant sur le silence comme acquiescement, nous travaillerons les arguments servant ces théories, ce qui alimentera ces débats. À ce titre, l'étude portant sur l'élément politique comme facteur de compréhension du silence pourrait permettre d'affirmer le point de vue objectiviste au sein de décisions particulièrement enclines à reconnaître l'existence du consentement dans le comportement de l'État dépossédé.

En outre, nous envisagerons le silence comme acquiescement au travers d'une critique de la place accordée au consentement certain au sein de la conception actuelle de la prescription acquisitive. L'acquiescement est avant tout le don de son consentement. Celui-ci doit être donné « sans l'ombre d'un doute », pour reprendre les propos des juges Simma et Abraham. La notion de certitude se comprend comme l'absence de doutes. Bien qu'il soit impossible d'établir une quelconque certitude absolue, nous pourrions observer dans quelles mesures le travail de qualification des tribunaux et des auteurs tend à observer la plus grande certitude possible. En étudiant la prescription acquisitive dans le but d'établir *in fine* l'acquiescement au transfert de souveraineté, nous pourrions alors dessiner les contours du silence considéré comme acquiescement.

Ce débat sera abordé indirectement dans notre étude, et nous ne concluons pas sur les poids respectifs de nos arguments au sein de ces théories. Cette limite ne vient pas seule. Notre travail portera uniquement sur

<sup>10</sup> Sophia KOPELA, « The Legal Value of Silence as State Conduct in the Jurisprudence of International Tribunals », (2010) 29 *Aust. Y.I.L.* 87, 99.

<sup>11</sup> *Id.*

la notion de silence comme acquiescement au sein du débat sur la prescription acquisitive, et ne se veut pas une étude sur le silence en droit international public. De plus, si cette étude se concentrait sur le consentement de l'État dépossédé, il s'agirait avant tout d'étudier la place du silence comme acquiescement, en se penchant sur les travaux jurisprudentiels et doctrinaux en la matière.

Notre étude répondra donc à l'interrogation suivante : dans quelles mesures le silence de l'État dépossédé dans les situations de prescriptions acquisitives acquiert valeur d'acquiescement à la dépossession ?

Dans un premier temps, nous nous pencherons sur la méthode d'appréciation de l'acquiescement au sein de la prescription acquisitive lorsque l'État dépossédé est resté silencieux, en mettant en lumière de quelles façons celle-ci emporte son lot d'incertitude dans l'attribution de la valeur d'acquiescement au silence (I). Une fois cette méthode abordée, nous observerons de quelles façons la notion de connaissance et de temporalité de la possession affectent la place accordée au silence considéré comme acquiescement (II).

## **I. L'obscurcissement du consentement dans le souhait de découverte de l'acquiescement**

La prescription acquisitive s'observe avant tout par l'identification de la possession souveraine de l'État qui dépossède. Le silence de l'État dépossédé sera considéré comme acquiescement dès lors qu'on pourra considérer qu'il fut impensable que l'État dépossédé soit resté silencieux en face d'actes portant particulièrement atteinte à son intégrité et ses droits (A). Aussi, avec ce premier regard sur la prescription acquisitive, nous aurons dessiné les premiers traits du silence considéré comme acquiescement. Cette étude met en lumière qu'une méthode fondée sur l'appréciation de la possession éclipse quelque peu le consentement de l'État dépossédé, élément pourtant central dans l'identification du transfert de souveraineté. Cette remarque sera appuyée par l'absence de prise en compte du contexte politique, soulignant les dangers d'un acquiescement artificiel dégagé du silence de l'État dépossédé (B).

## A. La définition des actes souverains permettant d'observer l'acquiescement de l'État dépossédé comme illustration d'un consentement certain éclipse

Les actes menés par l'État qui dépossède sont susceptibles d'appeler la protestation de l'État dépossédé. En effet, « it is difficult to believe that States will remain silent without good reason in the face of acts in derogation of their rights if they have even the vestige of a justification for retention of the rights in question »<sup>12</sup>. La qualification de la possession du territoire par l'État qui dépossède engendre des conséquences importantes aux fins de notre étude. Si la protestation de l'État dépossédé apparaît évidente lorsqu'un autre État occupe une partie de son territoire, le silence se comprendra avant tout dans cette situation comme l'absence de protestation, soit l'acquiescement de l'État dépossédé. La CIJ le soulignera d'ailleurs en précisant qu'« un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse »<sup>13</sup>. Cette réponse est considérée comme nécessaire dès lors que la possession souveraine est identifiée, et son absence risque de valoir acquiescement<sup>14</sup>. En observant la qualification de la possession retenue, nous pourrions alors dessiner les contours du silence considéré comme acquiescement.

La notion de possession souveraine au sein de la prescription acquisitive en droit international public semble intégrer la notion d'occupation effective, ainsi que d'autres critères se rapportant à la preuve de la possession. Dans l'*Affaire de l'Île de Palmas*, l'arbitre soutient que la possession souveraine se comprend comme la « démonstration continue et pacifique de la souveraineté durant une longue période de temps »<sup>15</sup>. Hormis le critère temporel, cette définition est presque identique à la définition retenue par Oppenheim. Ce dernier écrit que la possession souveraine doit être observée au travers d'un exercice de souveraineté continue et non interrompue. Il ajoute à cela que cette souveraineté doit être observée durant une

<sup>12</sup> I. C. MACGIBBON, préc., note 6, 171.

<sup>13</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, préc., note 4, par. 121.

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> *Pays-Bas c. États-Unis, affaire de l'Île de Palmas (ou Miangas)*, Cour permanente d'arbitrage, 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 829, aux p. 850 et 869, en ligne: <[https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_II/829-871.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf)> (ci-après « *Affaire de l'Île de Palmas* »).

période nécessaire à la création de la conviction généralisée que cette possession est en conformité avec l'ordre international<sup>16</sup>. Si cette proposition a interpellé nombre d'auteurs, l'unanimité est rare quant au sens qu'on lui attribue. Nous tiendrons compte de ces critères dans l'étude des décisions jurisprudentielles et arbitrales afin d'évaluer *in fine* la place du silence comme acquiescement dans l'appréciation de la prescription acquisitive. Une qualification de la possession souveraine retenant une pluralité de critères interprétés strictement nous poussera à conclure à une réduction de la place accordée au silence considéré comme acquiescement. À l'inverse, une qualification large fixera notre opinion sur l'importance accordée au silence considéré comme acquiescement.

Si la CIJ ne se réfère jamais directement à la prescription acquisitive, il faut noter qu'elle s'est prononcée à plusieurs reprises sur cette notion en reprenant la définition dans l'*Affaire de l'Île de Palmas*<sup>17</sup>. Si la possession est pacifique et continue durant un laps de temps suffisant, avec l'exercice d'actes témoignant de la souveraineté de l'État, la CIJ identifiera un transfert de souveraineté. Dans le cas où la Cour ne conclut pas à l'identification de cette possession, elle expose que le silence ne peut se comprendre comme acquiescement<sup>18</sup>.

Nous pouvons trouver des décisions jurisprudentielles et arbitrales qui témoignent du refus de qualification d'actes qui ne sauraient, de façon évidente, s'apparenter à des actes souverains, comme la culture et l'élevage du bétail de façon ponctuelle par des autochtones sur un territoire donné<sup>19</sup>. Mais il est aussi possible de trouver des affaires dans lesquelles la qualification par la Cour d'acte souverain est soumise à plusieurs critiques quant à sa pertinence. Dans l'*Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, la Cour conclut que les actes exercés par Singapour sur l'île rendent compte de sa possession souveraine. La Cour a tranché en faveur de Singapour dans une situation où la qualification de possession souveraine n'était pas évidente. Les actes menés par Singapour pouvaient être

<sup>16</sup> Lassa Francis Lawrence OPPENHEIM, *International Law*, vol. 1, 8<sup>e</sup> éd. par Hersch LAUTERPACHT, Londres, Longmans, Green and Co., 1955, p. 576.

<sup>17</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, préc., note 4.

<sup>18</sup> *Affaire des Minquiers et des Écréhous (Royaume-Uni c. France)*, arrêt du 17 novembre 1953, C.I.J. Recueil 1953, p. 71, [1953], C.I.J., 47, 71 (ci-après «*Affaire des Minquiers et des Écréhous*»).

<sup>19</sup> *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, par. 74, (ci-après «*Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu*»).

considérés comme se rattachant d'une part « aux responsabilités de Singapour en tant que gestionnaire » du phare telles qu'elles ont été autorisées par la Malaisie, et d'autre part à son obligation d'entretien envers la Malaisie<sup>20</sup>. À cela s'ajoutait l'installation de matériel de communication militaire, l'abandon d'un projet d'agrandissement de l'île et le déploiement des pavillons singapouriens et britanniques, « mais la Cour elle-même admet que le déploiement d'un pavillon [...] ne constitue pas une manifestation de souveraineté »<sup>21</sup>. De plus, si l'installation de matériel de communication militaire constitue un acte à titre souverain, la Cour est dans l'impossibilité de se prononcer sur la connaissance, par la Malaisie, de cette installation, réduisant « singulièrement » la portée de cette affirmation<sup>22</sup>. À cet égard, les actes menés par Singapour sont, selon les juges Simma et Abraham, « mineurs et sporadiques »<sup>23</sup>.

Deux positions sont identifiables dans une situation comme celle-ci. La Cour peut se pencher avant tout sur les effectivités observables sur une île de petite envergure, et à la lumière de l'*Affaire du statut juridique du Groënland oriental*, conclure que les actes de Singapour constituent bel et bien des actes souverains<sup>24</sup>. Dès lors la Cour statuera, conformément aux écrits de MacGibbon, que « de telles manifestations peuvent appeler une réponse, en l'absence de laquelle elles deviennent opposables à l'État en question » et qu'ainsi « l'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement »<sup>25</sup>. Ou alors, la Cour peut établir qu'il faut *in fine* établir sans l'ombre d'un doute le transfert de souveraineté consenti par l'État dépossédé (ici la Malaisie). Et si la Cour semble adopter la première position, il n'est pas dénué de sens d'affirmer qu'en l'espèce, on ne saurait établir avec certitude

<sup>20</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, préc., note 4, opinion dissidente commune des juges Simma et Abraham, par. 26.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> *Id.*, par. 27.

<sup>24</sup> *Affaire du statut juridique du Groënland oriental (Norvège c. Danemark)*, C.P.J.I. Recueil (série A/B), n° 53, p. 46 (5 avril 1933) (ci-après « *Affaire du statut juridique du Groënland oriental* »): « [D]ans beaucoup de cas, le tribunal n'a pas exigé de nombreuses manifestations d'un exercice de droits souverains pourvu que l'autre État en cause ne pût faire valoir une prétention supérieure. Ceci est particulièrement vrai des revendications de souveraineté sur des territoires situés dans des pays faiblement peuplés ou non occupés par des habitants à demeure. »

<sup>25</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, préc., note 4, par. 121.

l'acquiescement de la Malaisie à transmettre sa souveraineté. Se fonder uniquement sur la possession effective peut donner une portée particulièrement importante au silence, et dès lors pourra être vêtu d'un acquiescement artificiel.

En fait, cette vue exprimée par les juges Simma et Abraham mettant en opposition l'étude de l'occupation effective et l'étude du consentement se déploie lorsqu'on se penche sur l'*Affaire des Minquiers et des Écréhous* d'un côté, et de l'autre sur l'*Affaire Qatar/Bahreïn*<sup>26</sup> et sur l'*Affaire des Îles Ligitan et Sipadan*<sup>27</sup>. Dans l'*Affaire des Minquiers et des Écréhous*, la Cour retient que la construction d'aides à la navigation n'est pas considérée comme un acte à titre souverain<sup>28</sup>. Dans les deux autres affaires précitées, la Cour retient que la construction d'aides à la navigation constitue un acte à titre souverain, en particulier, du fait de la taille réduite de l'île<sup>29</sup>. Notons tout d'abord que cette différence d'appréciation ne repose pas uniquement sur l'étude de l'occupation, mais qu'elle y occupe toutefois le premier plan. Notre analyse se penche d'abord sur cette place centrale accordée à l'occupation, et omet volontairement de prendre en compte les autres critères d'analyse, afin d'appuyer nos propos sur l'existence de doutes dans l'observation du consentement. Cela étant dit, nous pouvons souligner qu'en ne se penchant pas explicitement sur la notion de prescription acquisitive (dans la mesure où elle ne s'y réfère pas précisément), la Cour semble fonder ses décisions sur la notion unique d'occupation effective, éclipant alors l'importance première du consentement de l'État dépossédé. Certes, il apparaît nécessaire de qualifier l'occupation de l'État qui dépossède afin de savoir s'il est possible d'accorder au silence de l'État dépossédé la valeur d'acquiescement. Mais cette étude doit permettre d'observer sans l'ombre d'un doute le consentement de l'État dépossédé. Il faut avant tout savoir avec certitude si l'État dépossédé consent à transmettre une partie de son territoire. Et cette certitude ne peut se déployer lorsque la Cour se penche sur la seule question des effectivités alors que ces dernières sont empreintes

<sup>26</sup> *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 40, (ci-après «*Affaire relative à la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*»).

<sup>27</sup> *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 625 (ci-après «*Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*»).

<sup>28</sup> *Affaire des Minquiers et des Écréhous*, préc., note 18, p. 70.

<sup>29</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, préc., note 27, par. 147, citée par S. KOPELA, préc., note 10, p. 110.

de doutes, minimales ou importantes, comme l'illustre nos propos sur l'*Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, et la valeur différente que reçoivent des actes de même nature selon que le territoire concerné soit plus ou moins important.

La certitude du consentement doit être au centre de l'appréciation de la Cour, afin de ne pas ôter à l'État dépossédé sa souveraineté. De cette seule façon alors, le silence pourra être considéré comme acquiescement, mais dans une stricte mesure. Aussi, force est de constater qu'en l'espèce, l'appréciation réalisée par la Cour dessine une large place au silence pouvant être considéré comme acquiescement. Dès lors, il est possible d'identifier de multiples atteintes au consentement de l'État dépossédé. Il est certain que nous ne saurions verser dans le subjectivisme le plus fort en invoquant tout élément pouvant modifier le consentement. Néanmoins, certains motifs politiques semblent trouver leur place au sein de la prescription acquisitive, et l'absence de prise en compte de ceux-ci renforce nos précédents développements.

## **B. L'absence de prise en compte du contexte politique témoignant d'une plus grande place accordée au silence considéré comme acquiescement**

Nous l'avons vu, la place très importante donnée par la Cour à l'étude de l'occupation effective peut être une entorse au consentement de l'État dépossédé. Anzilotti, dans son *Cours de droit international*, écrit que «la simple manière de se comporter d'un État, y compris, dans des circonstances déterminées, même son seul silence, peut signifier la volonté de reconnaître comme légitime un état de choses donné. Naturellement des considérations politiques induisent souvent les États à préférer cette voie à celle d'une reconnaissance explicite.»<sup>30</sup> L'auteur apporte deux éléments centraux à notre étude. D'abord, il intègre des éléments politiques à la compréhension du droit international public. Ensuite, si l'auteur explique que le silence peut être un moyen préféré par les États pour exprimer leur acquiescement du fait du jeu politique international, il en va tout autant des États qui n'ont pas pu se prononcer du fait de ce même jeu. Si l'occupation effective doit être pacifique afin que «ceux contre lesquels l'État

<sup>30</sup> DIONISIO ANZILOTTI, *Cours de droit international*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 348.

possède [puissent] manifester librement leur véritable sentiment»<sup>31</sup>, ces derniers seront peu enclins à protester lorsque leur État est sous domination coloniale ou sous quelconque joug d'un État plus fort. Les rapports politiques interétatiques ne sont pas des éléments obsolètes dans une étude du consentement, qui permettent d'attribuer au silence toute sa valeur. À ce titre, il est possible d'affirmer que si un traité de paix est une signature de l'État défait réalisée sous la contrainte, il en va de même pour l'État le plus faible qui laisse courir la prescription à son encontre<sup>32</sup>. Cette opinion invite à valoriser le contexte politique que connaît l'État dépossédé au moment où nous observons la période durant laquelle ce dernier a la possibilité de protester.

La Thaïlande a avancé la posture coloniale de la France dans l'*Affaire du Temple de Preah Vihear*<sup>33</sup> afin de fonder son inaction. La CIJ n'a pas prêté attention à cet argument. Il est certain qu'invoquer l'existence d'une pression politique à son encontre n'implique pas directement de retenir l'absence d'acquiescement, mais cet élément est suffisamment important pour apporter un éclairage pertinent sur le consentement de l'État dépossédé, en particulier dans le contexte colonial<sup>34</sup>. MacGibbon, en reprenant Vattel, met en garde contre un tel argument, affirmant le danger d'un tel subjectivisme<sup>35</sup>. À cet effet, il cite l'*Affaire des Minquiers et des Écréhous*, dans laquelle la France justifie son silence par le fait de ne pas vouloir détériorer ses relations avec le Royaume-Uni. Nous nous accordons sur le fait que le silence n'est pas susceptible de prendre valeur d'acquiescement à chaque fois que l'État dépossédé invoque un motif politique. Néanmoins, invoquer l'existence d'un joug est une chose, ne pas vouloir détériorer ses relations politiques avec une autre puissance en est une autre<sup>36</sup>. L'analyse du transfert de souveraineté s'observe comme nous l'avons dit à partir d'une étude qui veut *in fine* conclure sur l'existence ou non d'un consentement. Observer le consentement d'un État colonisé et dépossédé de sa souveraineté par

<sup>31</sup> P. FAUCHILLE, préc., note 6, p. 760.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 759.

<sup>33</sup> *Affaire du Temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 24 (ci-après «*Affaire du Temple de Preah Vihear*»).

<sup>34</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, préc., note 4, déclaration du juge Ranjeva, par. 5: «Telle était la caractéristique du droit international colonial classique: international public dans les rapports entre puissances européennes et de domination inégalitaire dans les rapports avec les autorités indigènes.»

<sup>35</sup> I. C. MACGIBBON, préc., note 6, 171.

<sup>36</sup> *Affaire des Minquiers et des Écréhous*, préc., note 18, p. 70-71.

une « grande puissance » ne peut se faire qu'à partir du moment où l'on prend en compte le contexte colonial. Notamment parce qu'il renvoie à un cadre légal bien différent de l'actuel. Saisir le contexte durant lequel la dépossession est observée s'écarte d'un simple subjectivisme selon lequel l'État dépossédé pourrait invoquer les raisons politiques subsidiaires l'ayant poussé à garder le silence. C'est ce que met en avant le juge Ranjeva dans l'*Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*<sup>37</sup>.

Cette recherche du consentement peut être observée au travers de décisions arbitrales, quoiqu'elles aussi assez rares. La situation politique d'un État a pu être prise en compte pour justifier son silence dans le cadre de la sentence arbitrale rendue dans le conflit entre l'Érythrée et le Yémen. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un contexte colonial, le tribunal a retenu que la situation interne de l'Éthiopie au moment du mouvement de libération érythréen ne permettait pas de conclure, notamment, à la capacité de protester de l'Érythrée<sup>38</sup>. Cette prise en compte d'un contexte pressant ne se veut pas nécessairement un élément pouvant assurer l'identification du consentement de l'État dépossédé. Cependant, il apparaît tout à fait possible que ce contexte interroge les effectivités identifiées au préalable. Ainsi, les doutes pourraient se confirmer ou s'infirmier.

En laissant place à une étude essentiellement tournée vers l'occupation effective, dessinée par les travaux d'Oppenheim et les développements de Max Huber dans l'*Affaire de l'Île de Palmas*, l'appréciation du contexte et des motivations politiques deviennent des éléments connexes n'ayant pas le poids nécessaire pour répondre du consentement de l'État dépossédé. S'il apparaît légitime de ne pas verser dans le subjectivisme, l'absence d'étude du consentement de l'État dépossédé à la lumière d'un contexte impérieux ouvre la voie à de multiples violations de la volonté étatique. Ceci est encore plus vrai lorsque la souveraineté observée au travers des effectivités de l'État qui dépossède n'embrasse pas la certitude. Le risque d'attribution d'un acquiescement artificiel au silence est alors particulièrement élevé.

<sup>37</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, préc., note 4, déclaration du juge Ranjeva, par. 5 : « Conscient de la politique coloniale d'expansion, le sultan ne pouvait que pratiquer une stratégie de fuite : contempler en spectateur passif et impuissant les jeux de la puissance coloniale. »

<sup>38</sup> *Érythrée c. Yémen*, Cour permanente d'arbitrage, 9 octobre 1998, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 209, par. 415, citée par Sophia KOPELA, préc., note 10, 122.

Afin de mettre en lumière l'importance du consentement, il semble que certains auteurs aient choisi de s'écarter d'une définition formellement tournée vers l'occupation effective. Fauchille a réalisé ce travail. L'intérêt de sa qualification réside dans le fait que celui-ci retient une conception qui, en plus d'être partagée par d'autres<sup>39</sup>, répond à une pluralité de critères, participant d'une définition stricte de la possession souveraine. Selon lui, celle-ci doit être *publique, pacifique, continue, non interrompue et exercée avec la volonté d'être souverain durant une période de temps suffisante*<sup>40</sup>. Le caractère public et non interrompu de la possession s'écarte du travail réalisé par Huber dans l'*Affaire de l'Île de Palmas*. Le caractère public de la possession fait écho à la notion de connaissance de l'État dépossédé de l'occupation par un autre État de son territoire. On ne saurait attacher de conséquences au silence de l'État si celui-ci ne peut avoir connaissance de l'occupation. Dans un autre sens, l'ininterruption de la possession renvoie à l'absence de protestation de l'État dépossédé qui, dans le cas contraire, ferait tomber la prescription. Dans une certaine mesure, il est possible de défendre que ces deux derniers critères soient « englobés » par la définition fournie par Huber<sup>41</sup>. Mais au regard de l'analyse de la Cour, il apparaît que ces critères définissant la prescription acquisitive constituent des éléments additionnels, permettant la qualification du consentement de l'État dépossédé, ayant donc une dimension particulière.

Il s'agit donc de se pencher sur les conséquences de la mise en œuvre de la publicité de l'occupation, ainsi que de la non-interruption de l'occupation, dans la définition de la prescription acquisitive, afin d'établir les derniers contours du silence considéré comme acquiescement. S'ajoute à cela la place occupée par la conception de la durée pendant laquelle la possession est observée. S'il est certain que le laps de temps de la possession occupe une place importante dans une étude sur la considération du silence comme consentement, il est tout aussi incertain d'arrêter une réponse quant à la place qu'occupe cette conception dans la prescription acquisitive, ce qui constitue un enjeu majeur pour notre étude. Aussi, nous entreprenons l'étude des conséquences de telles exigences.

<sup>39</sup> P. FAUCHILLE, préc., note 6, p. 763. Fauchille citera à ce sujet Eugène AUDINET, « De la prescription acquisitive en droit international public », (1896) 3 *R.G.D.I.P.* 313 et Eugène ORTOLAN, *Des moyens d'acquérir le domaine international*, Paris, Amyot, Rue de la Paix, 1851.

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> R. LESAFFER, préc., note 1, 55.

## **II. Les conséquences sur l'État dépossédé des exigences se rattachant à la possession souveraine dessinant l'observation de l'acquiescement par l'État dépossédé**

La définition fournie par Fauchille revalorise le consentement au sein de la prescription acquisitive. Les exigences de publicité et de non-interruption renvoient à deux notions connexes : à la connaissance par l'État de la dépossession et à la formalité que revêt la notification émise par l'État qui occupe effectivement le territoire à l'État dépossédé. L'occupation sera susceptible de faire jouer le silence de l'État dépossédé comme acquiescement, si celle-ci est connue par l'État dépossédé. Il faut donc se pencher sur la définition de la connaissance retenue par la Cour, tout comme il est nécessaire de s'interroger sur la notification de la possession adressée à l'État dépossédé afin de savoir si toutes les formes de notification appellent une réponse positive (A). Dans une autre mesure, la conception retenue de la période durant laquelle la possession doit être observée semble légitimer la possession par la déduction de l'acquiescement dans le silence de l'État dépossédé, impliquant de redessiner le cadre premier de notre étude, dans lequel le consentement apparaissait ombragé (B).

### **A. La connaissance par l'État dépossédé de la dépossession illustrant les dangers d'une volonté trompée au travers d'un silence artificiel**

L'appréciation de la connaissance de l'État dépossédé constitue la clé de voûte de la compréhension du consentement. Nous aborderons celle-ci en soulignant dans quelles mesures retenir une compréhension particulière achève de dessiner les traits du silence considéré comme acquiescement. Enfin, l'étude des formes reçues des notifications de possession corrobore notre travail sur la connaissance, en ce sens qu'elle met en lumière la place secondaire du consentement dans l'appréciation par la Cour de la prescription acquisitive et, ainsi, participe de la conception du silence comme acquiescement.

La connaissance de la possession souveraine par l'État dépossédé est lourde de conséquences. Le silence de l'État dépossédé ayant connaissance de l'occupation par un État tiers d'une partie de son territoire est vraisemblablement compris comme acquiescement. Toutefois, sans identifier la connaissance par l'État dépossédé de cette possession, il n'est pas possible

d'affirmer l'acquiescement par cet État de la dépossession. Aussi, lorsque les actes de l'État qui dépossède sont identifiés comme souverains, l'État dépossédé peut avancer qu'il n'a pas connaissance de cette possession factuelle afin de ne pas se voir opposer la possession de l'État tiers. Il est possible d'établir trois modes de connaissance de la possession souveraine d'un État par l'État dépossédé, dessinant chacune un degré différent de compréhension du silence considéré comme acquiescement. Nous nous pencherons successivement sur la connaissance actuelle, tacite et constructive.

La connaissance actuelle s'entend de la connaissance directe par l'État dépossédé. Les organes de l'État ayant connaissance de cette possession sont compris dans cette qualification. Dans l'*Affaire du Temple de Preah Vihear*, la connaissance par les autorités siamoises, à l'époque, de la souveraineté revendiquée par le Cambodge sur le Temple de Preah Vihear a permis d'affirmer la connaissance de la Thaïlande de cette possession cambodgienne<sup>42</sup>. La connaissance peut aussi être tacite. Nous entendons par là que l'État dépossédé, par sa participation à un traité ou à une affaire dans laquelle cette possession est soulignée, sera tenu comme ayant connaissance de la possession. C'est ce que la CIJ expose dans l'*Affaire relative aux frontières terrestres, insulaires et maritimes*, où la participation d'El Salvador à une affaire, dans laquelle il y a mention de l'île El Tigre comme point de délimitation entre le Nicaragua et Honduras, permet de conclure à sa connaissance des revendications du Honduras sur cette île<sup>43</sup>. La connaissance de la dépossession par l'État dépossédé est hermétique à un certain nombre de doutes du fait de l'existence objective d'une connexion entre les faits et l'État dépossédé. Mais il en va autrement du dernier mode de connaissance.

Dans certains cas, cette connaissance peut être observée lorsque l'État dépossédé *aurait dû savoir* qu'un État tiers possédait souverainement une partie de son territoire. Cette notion s'illustre d'abord lorsque l'État aurait dû savoir du fait d'un intérêt trop important. C'est dans l'*Affaire des pêcheries* que la CIJ précise que les « intérêts vitaux »<sup>44</sup> de l'État britannique dans l'espace maritime concerné sont tels qu'ils amènent à conclure à la con-

<sup>42</sup> *Affaire du Temple de Preah Vihear*, préc., note 33, p. 24.

<sup>43</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras; Nicaragua (intervenant), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 351, par. 357* (ci-après « *Affaire relative au différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* »).

<sup>44</sup> S. KOPELA, préc., note 10, 115.

naissance des nouvelles délimitations maritimes norvégiennes<sup>45</sup>. Comme nous l'avons affirmé en introduction, il est essentiel de caractériser avec certitude que le comportement de l'État corresponde à la connaissance de la possession souveraine. Mais ici, cette certitude est interrogée. En particulier lorsque l'on se penche sur les opinions individuelles des juges Read et Mc Nair dans l'*Affaire des pêcheries* qui tirent des conclusions contraires quant à la connaissance par le Royaume-Uni des délimitations maritimes employées par la Norvège<sup>46</sup>.

En effet, peu d'États sont enclins à transférer tacitement leur souveraineté à un État tiers. Il apparaît nécessaire de délimiter cette atteinte à la volonté de l'État dépossédé, en ne retenant que la connaissance certaine de la dépossession. Aussi, cette conception de la connaissance appelée « constructive knowledge » reste théoriquement une présomption, et ne permet pas d'établir avec certitude la connaissance par l'État du fait d'espèce<sup>47</sup>. Néanmoins, la force de cette présomption est affirmée par la CIJ. Celle-ci n'a accepté qu'à une occasion l'ignorance plaidée par un État dépossédé. Dans l'*Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières*, les « intérêts vitaux » de la Belgique étaient concernés. La Cour retient alors son ignorance<sup>48</sup>. Néanmoins, les juges Armand-Ugon, Moreno Quintana et Lauterpacht ont souligné dans cette affaire l'échec de la Belgique dans la démonstration de son ignorance des actes des Pays-Bas dans les parcelles, soulignant notre idée première, soit la difficulté de ne pas penser cette présomption comme vérité affirmée<sup>49</sup>. Faire peser une présomption aussi

<sup>45</sup> *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 139 (ci-après « *Affaire des pêcheries* »).

<sup>46</sup> *Id.*, opinion dissidente du juge J. E. Read, p. 205 : « Dans ces conditions, je ne puis échapper à la conclusion qu'il n'a pas été démontré que le système norvégien aurait été, à temps, porté à la connaissance du monde, et de manière telle que d'autres nations, y compris le Royaume-Uni, le connussent ou dussent être présumées en avoir eu implicitement connaissance. » Aussi, l'opinion dissidente du juge Mac Nair conclut, p. 180 : « [J]e ne considère pas que le Royaume-Uni ait pu ou ait dû, avant la naissance du différend en 1906, ou 1908, ou 1911, et sauf négligence de sa part, se rendre compte de l'existence d'un système norvégien. »

<sup>47</sup> S. KOPELA, préc., note 10, 122.

<sup>48</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique c. Pays-Bas)*, arrêt du 20 juin 1959, C.I.J. Recueil 1959, p. 209 (ci-après « *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières* »).

<sup>49</sup> *Id.*, p. 250 (opinion individuelle du juge Armand-Ugon) ; p. 255 (opinion individuelle du juge Moreno Quintana) ; p. 231 (opinion individuelle du juge Lauterpacht) ; citées par S. KOPELA, préc., note 10, 117.

importante sur la connaissance par l'État dépossédé de l'occupation par un État tiers de son territoire illustre la difficulté que nous avons à penser le silence autrement que comme un acquiescement. D'autant plus que, comme nous le verrons par la suite, l'absence de prise en compte du contexte politique dans l'appréciation du silence de l'État dépossédé renforce considérablement la force de cette présomption. En effet, dans la mesure où les situations dans lesquelles la prescription acquisitive trouve à s'appliquer sont particulièrement liées aux passés coloniaux des États dépossédés, une telle présomption souligne la place d'un silence considéré plus facilement comme acquiescement. Nous avons présenté la connaissance de l'État comme pouvant constituer un rempart au mécanisme observé précédemment, qui joint qualification de possession souveraine et considération du silence comme acquiescement. Si le premier niveau de notre étude mettait en lumière l'importance apportée à l'occupation effective pour définir la portée du silence, notre présent travail sur la connaissance semble confirmer l'obscurcissement du consentement, définissant alors largement la place du silence pensé comme acquiescement.

Dans la mesure où ce « constructive knowledge » se comprend comme une présomption importante envers l'ignorance de l'État dépossédé, il nous est impossible d'affirmer que la Cour observe « sans l'ombre d'un doute » le consentement de l'État dépossédé. La certitude ne se déploie pas au travers de l'addition d'éléments témoignant d'une possible connaissance, laissant ainsi paraître un ou plusieurs doutes. Et il semble que la CIJ souhaite s'écarter de cette connaissance certaine afin d'opter pour une connaissance évidente, perméable au doute, et donc plus à même d'attribuer une valeur d'acquiescement au silence de l'État dépossédé.

Dans l'*Affaire du Temple de Preah Vihear*, la Thaïlande fut officiellement notifiée, par une carte, que la frontière avec le Cambodge suivait le passage des eaux. En dehors de cette notification, la Cour a observé que de nombreux officiels ont pu constater que le Temple, objet du différend, était sous l'autorité cambodgienne<sup>50</sup>. Dans son opinion individuelle, le juge Sir Gerald Fitzmaurice expose que « si la carte n'avait jamais été communiquée officiellement à la Thaïlande, [...] alors, selon moi, la Thaïlande aurait eu droit à une conclusion en sa faveur »<sup>51</sup>. Aussi, celui-ci expose que c'est avant tout par la notification officielle de la carte que la Thaïlande eut

<sup>50</sup> *Affaire du Temple de Preah Vihear*, préc., note 33, p. 25 et 30.

<sup>51</sup> *Id.*, p. 55 (opinion individuelle du juge Fitzmaurice).

connaissance de cet élément frontalier. Ainsi, *a contrario*, sans cette notification, la seule connaissance par des officiels siamois n'aurait permis de conclure à la connaissance de la Thaïlande. Dès lors, la notification officielle pourrait permettre d'affirmer la connaissance par l'État dépossédé de la possession souveraine d'un autre État, réduisant considérablement les doutes relatifs à la connaissance par l'État dépossédé de la possession. Toutefois, la CIJ semble s'écarter de cette opinion.

Ce choix s'observe dans l'*Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, dans laquelle l'absence de notification officielle d'une carte, faisant partie du mémoire transmis au gouvernement britannique, ne permit de conclure à son ignorance du fait qu'un de ses agents diplomatiques eut connaissance de l'existence de cette carte<sup>52</sup>. Ici, la Cour, en retenant la connaissance d'un officiel de l'existence de cette carte, favorise les éléments témoignant d'une possible connaissance afin d'éclipser l'absence de notification officielle. Il est certain que ces éléments semblent s'opposer aux propos de Fitzmaurice quelques années auparavant, et parachèvent l'interprétation large de la connaissance par la Cour. Cet exemple met ainsi en lumière le choix opéré par la Cour de retenir une connaissance évidente, et non certaine, notamment en ne retenant pas de formalités particulières pour la notification de la possession.

Fauchille affirme que la notification de la possession par l'État qui dépossède doit être faite par voie diplomatique, et que la simple publication de cette possession dans le journal officiel de l'État serait susceptible de passer inaperçue<sup>53</sup>. Exiger de l'État de notifier la possession par voie diplomatique réduirait grandement la marge d'erreur dans l'appréciation de la connaissance. Dans l'*Affaire du Temple de Preah Vihear*, il est possible de soutenir que la Thaïlande avait légitimement pu penser qu'elle n'était pas tenue de protester, dans la mesure où elle estimait que les cartes portées à sa connaissance ne faisaient pas foi. C'est ce que soutient, notamment, le juge Moreno Quintana. Il expose par ailleurs que l'article 29 du *Traité de Versailles* du 28 juin 1919 prévoit que face à une divergence au sujet d'une délimitation de frontières entre le texte d'un traité et des cartes géographiques, c'est ce texte (et non pas les cartes) qui fait foi<sup>54</sup>. Bien que la trans-

<sup>52</sup> *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, préc., note 27, p. 649-650; citée par S. KOPELA, préc., note 10, 114.

<sup>53</sup> P. FAUCHILLE, préc., note 6, p. 738.

<sup>54</sup> *Affaire du Temple de Preah Vihear*, préc., note 33, p. 70 (opinion dissidente du juge Moreno Quintana); *Traité de paix entre les puissances alliées et associées et l'Allemagne*

mission de la carte eut lieu en 1907, la CIJ retient la volonté de la Thaïlande de conserver le silence pendant une longue période de temps, et l'exploite par la suite en identifiant son acquiescement<sup>55</sup>.

L'exigence d'une formalité dans la notification aurait effacé tout doute à propos de ce silence, et réduirait les possibilités d'entendre le silence comme acquiescement. Toutefois, la mise en œuvre d'une quelconque formalité dans la notification de la possession ne fait pas autorité dans la conception de la prescription acquisitive. À ce titre, MacGibbon souligne que le travail de Huber sur la prescription dans l'*Affaire de l'Île de Palmas* « fell far short of a requirement of notification »<sup>56</sup>. Aussi, peu de décisions se sont prononcées sur cette question. Et si dans l'*Affaire de l'île de Clipperton* le tribunal arbitral a pu y répondre, celui-ci soulignera l'absence d'exigence d'une quelconque formalité dans la notification de la possession<sup>57</sup>.

La connaissance de la possession semble être soumise à une appréciation large qui peut alors emporter des effets conséquents sur la prise en compte du silence comme acquiescement. Cette importance est corroborée par le refus d'exiger une formalité dans la notification de la possession, soit la non-mise en œuvre d'une exigence qui restreint la place du silence comme acquiescement. De fait, le silence est plus facilement observable, tant l'approche par les tribunaux de la connaissance de l'État dépossédé est perméable à l'interprétation, et que l'absence de formalité dans la notification de la possession est favorable à la non-protestation de l'État dépossédé.

Néanmoins, cette incertitude semble être quelque peu atténuée avec l'interprétation actuelle du laps de temps, durant lequel la possession doit être observée.

---

*et protocole signé à Versailles le 28 juin 1919*, Publication du ministère des Affaires étrangères, Imprimerie nationale, 1919.

<sup>55</sup> *Id.*, arrêt, p. 27-29.

<sup>56</sup> I. C. MACGIBBON, préc., note 6, 177.

<sup>57</sup> *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique c. France)*, Cour permanente d'arbitrage, 28 janvier 1931, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1110 (ci-après «*Affaire de l'île de Clipperton*»).

## B. La période attachée à la possession comprise comme élément qui parachève le dessin des contours de la place du silence considéré comme acquiescement

Se pencher sur le laps de temps nécessaire à la qualification de la prescription acquisitive est une véritable difficulté tant les opinions et décisions divergent. Pour reprendre les termes de MacGibbon, « no single element in the principle of prescription in international law has engendered so much disagreement among writers as the question of the length of time required to perfect a prescriptive title »<sup>58</sup>. L'appréhension du temps comme élément susceptible de définir le silence considéré comme acquiescement constitue alors un enjeu de taille. Cette étude pourrait faire l'objet de plus amples développements. Néanmoins, nous ne saurions omettre d'aborder ce point, tout comme nous ne saurions nous y consacrer uniquement.

La période durant laquelle l'État dépossédé maintient son silence joue un rôle central dans la compréhension du silence considéré comme acquiescement<sup>59</sup>. En reprenant les travaux d'Oppenheim et Huber, nous pouvons déjà observer une séparation nette des vues concernant la période de temps durant laquelle l'occupation doit être observée. Si Huber opte pour une longue période de temps, Oppenheim retient que cette période de temps doit témoigner de « la création de la conviction généralisée que cette possession est en conformité avec l'ordre international »<sup>60</sup>. Ces périodes, qui ne semblent pas être matériellement définies, s'opposent aux tenants d'une période fixe. Fauchille, en soulignant que l'opinion globale n'est pas à la période fixe, soutient qu'un laps de temps long de 30 années durant lequel le nouvel État possède effectivement le territoire d'espèce est nécessaire afin de ne pas laisser aux « circonstances de chaque espèce » le soin de déterminer cette durée, ce qui serait une source de conflit entre les États<sup>61</sup>. C'est cette même exigence qui est mise en avant en droit privé, où la prescription cou-

<sup>58</sup> I. C. MACGIBBON, préc., note 6, 166.

<sup>59</sup> Ian SINCLAIR, « Estoppel and acquiescence » dans Alan V. LOWE et M. FITZMAURICE (dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 112; cité par S. KOPELA, préc., note 10, 125.

<sup>60</sup> L. F. L. OPPENHEIM, préc., note 16.

<sup>61</sup> P. FAUCHILLE, préc., note 6, p. 762. Fauchille est d'avis que ce délai de 30 ans s'explique par la facilité de communication des États entre eux, et que dans l'intérêt de la paix internationale une situation incertaine soit le plus rapidement réglée dès qu'un délai suffisant est fixé.

rant à l'encontre d'un individu ne saurait être entièrement dépendante de la situation d'espèce. Les partisans d'une période longue et fixe soutiennent que ces mesures favorisent la sécurité juridique des États, en mettant fin aux situations incertaines à partir desquels des conflits pourraient naître.

Cette vision d'un laps de temps formel ne trouve pas d'écho dans la jurisprudence de la Cour, qui ne considère pas l'élément temporel « indépendamment de la pratique en question »<sup>62</sup>. Ainsi, la temporalité nécessaire à la qualification du transfert de souveraineté, au sein de la notion de prescription acquisitive dans la jurisprudence de la Cour, s'observe au cas par cas. Cette vision est dominante dans l'appréciation de la prescription acquisitive. De façon plus globale, la notion de temporalité en droit international public semble se comprendre à la lumière des faits d'espèce. En ce sens, la période nécessaire à la cristallisation de la coutume se comprend au regard de la pratique, et ne constitue pas un élément de définition en elle-même, mais participe de la compréhension de la cristallisation<sup>63</sup>. Cette période durant laquelle l'État dépossédé est silencieux doit légitimer ou non la possession du nouvel État<sup>64</sup> au regard des circonstances d'espèce, tel que « l'éloignement plus ou moins grand du territoire possédé, d'après la manière dont les actes de possession sont pratiqués, suivant la position dans laquelle se trouvent les parties intéressées »<sup>65</sup>. C'est ce qui ressort de l'*Affaire du Temple de Preah Vihear*, dans laquelle l'occupation observée du Cambodge délimite un délai raisonnable, hors duquel la protestation de la Thaïlande ne serait pas retenue<sup>66</sup>. De la même façon, dans l'*Affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la Cour conclut que la protestation du Honduras est apparue trop tard pour affecter la présomption de l'acquiescement pesant contre lui<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Max SØRENSEN, *Les sources du droit international*, Copenhague, E. Munksgaard, 1946, p. 101 ; cité par I. C. MACGIBBON, « Customary International Law and Acquiescence », (1957) 33 *B.Y.B.I.L.* 120.

<sup>63</sup> *Plateau continental de la mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, par. 74 (ci-après « *Affaire du plateau continental de la mer du Nord* »).

<sup>64</sup> P. A. VERYKIOS, préc., note 3, p. 75.

<sup>65</sup> P. FAUCHILLE, préc., note 6, p. 762.

<sup>66</sup> *Affaire du Temple de Preah Vihear*, préc., note 33, p. 23 : « Il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction de la part des autorités siamoises, au cas où celles-ci auraient voulu contester la carte ou auraient eu de graves questions à soulever à son égard. »

<sup>67</sup> *Affaire relative au différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, préc., note 43, par. 355.

Aussi, le laps de temps pendant lequel l'État qui dépossède exerce effectivement sa souveraineté permet d'envisager différemment le silence de l'État dépossédé, et affecte directement la conception de la période durant laquelle l'État dépossédé maintient le silence. Cette vue est mise en avant dans l'*Affaire du Golfe de Maine*, où la chambre précise l'importance de la différence de temps dans la possession entre celle du Canada dans cette affaire (presque 20 ans) et celle de la Norvège dans l'*Affaire des pêcheries* (70 ans), ne permettant pas en l'espèce d'attribuer de conséquences légales au silence des États-Unis<sup>68</sup>.

La période durant laquelle l'État dépossédé maintient le silence participe donc indirectement de la compréhension du silence comme acquiescement, dans le sens où il ne peut s'apprécier de la même façon que la qualification des actes souverains par exemple, qui emporte des effets directs sur notre compréhension du silence. Il s'agit plutôt d'observer, dans un premier temps, les effectivités, et de définir, une fois ce travail réalisé, la durée selon laquelle ces actes doivent être observés pour conclure à la prescription. En effet, MacGibbon parle bien de « parfaire » la possession par cette prise en compte du temps. Toutefois, bien que cette participation soit indirecte, elle occupe une place centrale dans cette étude. Il affirme que le passage du temps renforce la déduction du consentement par inaction<sup>69</sup>. Nos développements précédents ont retenu que le consentement ne trouvait à se déployer que lorsque le travail de qualification s'écartait de la seule étude des effectivités. La compréhension actuelle de la prescription acquisitive ne permet pas d'identifier « sans l'ombre d'un doute » le consentement au transfert de souveraineté.

Aussi, affirmer que le passage du temps renforce la déduction du consentement par inaction implique que l'identification du consentement de l'État dépossédé doit déjà être clair, avant même de prendre en compte le laps de temps. Le passage du temps viendra confirmer ou non l'existence d'un consentement au transfert. Cette appréciation du temps, ainsi pensée comme une plus grande exigence, complète la portée légale des effectivités. Nous pouvons le comprendre comme un filet de sécurité devant nécessairement être identifié pour accorder tout leur poids aux effectivités.

<sup>68</sup> *Affaire sur la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, préc., note 7, par. 144; citée par S. KOPELA, préc., note 10, p. 127.

<sup>69</sup> I. C. MACGIBBON, préc., note 62.

Cette conception du temps souligne ainsi les doutes pouvant exister dans les cas où la prescription serait identifiée alors que les effectivités posent question. Nous entendons par là que, si le laps de temps renforce l'identification du consentement par inaction, cela implique que la découverte du consentement est d'une difficulté particulière lorsque les actes observés durant la possession du nouvel État n'appellent pas à bénéficier d'une courte période. Autrement dit, que ces actes sont trop peu importants pour être complétés par un court laps de temps.

En affirmant la déduction de l'acquiescement dans le silence de l'État dépossédé, permettant ainsi une forte légitimation de la possession, cette conception du temps souligne un peu plus les doutes existant dans l'identification du silence comme acquiescement. Le travail d'observation du silence comme acquiescement est ainsi amélioré dans le sens où la découverte de l'acquiescement au travers du silence est soumise à un contrôle subsidiaire.

\*  
\*   \*   \*

La prescription acquisitive expose la difficulté qu'elle rencontre à illustrer le consentement certain de l'État dépossédé dans la seule transparence de la qualification de la possession souveraine. Notre position sur le déficit d'attention accordée à l'étude du consentement est certes importante dans notre travail, mais ne se veut pas absolue. L'appréciation de la prescription acquisitive est d'abord fondée sur une approche objective, que nous interrogeons, en replaçant au fil de l'étude l'objectif premier d'observation du consentement au transfert de souveraineté. Ainsi, nous avons pu dresser la place du silence considéré comme acquiescement.

La qualification de la possession est incapable de faire apparaître un consentement dénué d'incertitudes, par le fait même que le consentement est identifié dans le silence. Plus encore, nous avons montré que la qualification de la possession est susceptible d'emporter des doutes qui peuvent remettre en question une telle découverte du consentement. Il existe dès lors une place importante pour le silence considéré comme acquiescement, dans la mesure où des incertitudes en plus ou moins grand nombre et plus ou moins importantes, concernant le consentement donné par l'État dépossédé, pourraient quand même mener à la qualification de ce dernier. Cette première approche se confirme lorsque le souhait de ne pas prendre en

compte le contexte politique accompagne la qualification de la possession pour trouver le consentement de l'État dépossédé. Il est alors évident que le consentement ne peut être clairement observé, et qu'avec les doutes existant dans la seule qualification souveraine, la place du silence considéré comme acquiescement peut être caractérisée plus facilement.

En se penchant sur la conception de connaissance par l'État dépossédé et sur les possibles formalités requises dans la notification de la possession, nous comprenons que l'acquiescement est plus que discernable ou trouvable. Nous ne pouvons pas affirmer que cette étude permet de conclure à un acquiescement « organisé », mais il est certain que la découverte de l'acquiescement est facilitée. Et si la période durant laquelle est observée la possession renforce la déduction du consentement dans le silence, il est aussi facteur de clarification dans la qualification des actes constituant sa formation. Les doutes sont plus apparents, ce qui permet d'établir avec plus de certitudes si le consentement peut être clairement observé. La place du silence considéré comme acquiescement est dès lors réduite, vis-à-vis des dangers soulignés en amont, grâce à une interprétation du temps fournissant une meilleure acuité dans l'appréciation du consentement.

Il est vain de graver dans le marbre la place du silence considéré comme acquiescement, tant les décisions arbitrales et jurisprudentielles semblent faire bouger un peu plus les lignes fixées au préalable. Cette étude reposant en grande majorité sur une appréciation d'espèce, nous avons saisi les facteurs qui conservent une certaine permanence dans le temps, afin d'établir la place du silence comme acquiescement. Cette étude est donc, « sans l'ombre d'un doute », incertaine quant aux nouveaux traits que pourrait recevoir la prescription acquisitive, en particulier en l'absence de définition explicite fournie par la CIJ.

Enfin, certains objectifs sont pour l'heure mis en avant dans notre étude, notamment celui de revaloriser le contexte politique au sein d'une notion intimement liée aux périodes de colonisation. La place du silence considéré comme acquiescement serait certainement plus difficile à définir, tant l'appréciation d'espèce devrait faire intervenir des éléments passés sur lesquels nos connaissances sont parfois limitées. Néanmoins, cette appréciation donnerait plus de vérité à cette place, et affirmerait les objectifs poursuivis par l'Organisation des Nations Unies visant l'indépendance et la reconnaissance des pays qui étaient et qui sont colonisés.