



Chapitre d'actes

2008

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La prescription acquisitive en droit international public

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. La prescription acquisitive en droit international public. In: Le temps et le droit : recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008. Zen-Ruffinen, Piermarco (Ed.). Neuchâtel. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2008. p. 149–175. (Collection neuchâteloise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23672>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 18:44

P. ZEN-RUFFINEN (éd.),

Le temps et le droit,

Bâle, 2008.

La prescription acquisitive en droit international public

par

ROBERT KOLB^{*}

I. Introduction

Quel grand et grave sujet que le temps, en droit ou ailleurs ! Le « temps » en tant que tel n'a commencé à intéresser les internationalistes que récemment. Le Colloque de la Société française de droit international tenu à Paris en 2000 en témoigne par son thème : « Le droit international et le temps »¹. Toutefois, nul doute que le temps se cachait et s'exposait un peu partout dans les grands et petits sujets du droit international. L'un d'entre eux est la question de la « prescription acquisitive », emprunt au droit civil des pays de droit continental. Il est peu de domaines du droit international où la pensée est restée autant prisonnière d'incertitudes terminologiques et d'imprécisions conceptuelles. Les éléments du principe sont incertains. Son fondement juridique ne l'est pas moins. Le rôle d'appoint des ordres juridiques internes prête à controverse. La pratique est difficile à classer, plus difficile encore à analyser. Enfin, on peut se demander si vraiment la prescription existe en droit international²? Loin de pouvoir embrasser toutes ces questions, il s'agira ici de déterminer quelques linéaments. Commençons par une définition posée à l'orée du texte comme une hypothèse de travail. Suivant le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* (1960) la prescription acquisitive (usucapion) désigne en droit international « l'acquisition de la souveraineté par voie d'exercice continu et pacifique de l'autorité étatique sur un territoire »³. Cela exclut d'emblée la prescription acquisitive d'autres droits. N'est-ce pas là une définition trop étroite ? Même si l'on admet son caractère excessivement exigü, elle montre au moins qu'en droit inter-

* Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Berne, ainsi qu'au Centre universitaire de droit international humanitaire de Genève.

1 SFDI (éd.), *Le droit international et le temps*, Paris, 2001.

2 Pour une négation solidement argumentée, cf. M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris 1997, p. 17 ss. Pour une affirmation brève, cf. H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres 1927, p. 116 s.

3 J. BASDEVANT et al. (éd.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris 1960, p. 634.

national la prescription est généralement considérée sous l'aspect de droits territoriaux ou de droits sur des espaces maritimes⁴. L'obsession territoriale s'accapare de la prescription comme d'autres concepts. Le nouveau *Dictionnaire de droit international public* (2001) a corrigé cet effet d'entonnoir immérité en définissant la prescription au sens acquisitif comme « mode d'acquisition par possession pendant une durée et sous des conditions fixés par le droit »⁵.

Cette contribution sera allégée quant à l'appareil scientifique en note infrapaginale. Le lecteur intéressé pourra se référer à notre ouvrage sur la « Bonne foi en droit international public » qui contient des renvois multiples⁶. Les citations abrégées dans les notes infrapaginales renvoient à la bibliographie annexée en fin de texte.

II. Aspects historiques

La doctrine de la prescription a tenu une place considérable dans les écrits des auteurs dits classiques du droit international⁷: Gentili⁸, Grotius⁹, Pufendorf¹⁰, Wolff¹¹, Zouche¹², Vattel¹³ ou Burlamaqui¹⁴ l'ont reconnue. La majorité des auteurs du XIX^e siècle s'y sont ralliés: Bluntschli, Audinet, Calvo, Despagnet, Fiore, Hall, Hyde, Hershey, de Louter, Pradier-Fodéré, Lawrence, Nys, Phillimore, Ralston, Westlake, Wheaton, etc.¹⁵ Une minorité s'est exprimée en sens contraire: Heffter, Klüber, von Liszt, F. de Martens, F. G. de Martens, Mérignhac, Ullmann¹⁶. La prescription est parfois combattue à cause de l'analogie avec l'usucapion de droit privé, enfermée par le droit interne dans des conditions inconnues en droit inter-

-
- 4 D. H. N. JOHNSON, « Acquisitive Prescription in International Law », *BYIL*, vol. 27, 1950, p. 332 ss. M. SØRENSEN, « La prescription en droit international », *NTIR*, vol. 3, 1932, p. 146. Ce lien avec le territoire n'a toutefois rien de nécessaire, car comme le dit Johnson, la prescription est une doctrine générale « *whereby legal validity can be given to titles to property that are either originally invalid or whose original validity it is impossible to prove* » (*op. cit.*, p. 332).
- 5 J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles 2001, p. 870.
- 6 R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris 2000, p. 399 ss.
- 7 D. H. L. VON OMPTEDEA, *Litteratur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts*, vol. II, Regensburg/Berlin 1785, p. 512-14, donne un aperçu général sur la doctrine ancienne. Cf. aussi JOHNSON, *Acquisitive*, p. 334 ss. SCHNITZER, p. 87 ss. FAUCHILLE, p. 754 s.
- 8 *De iure belli*, lib. I, cap. XXII.
- 9 *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. IV, § 1, 7, 9.
- 10 *Le droit de la nature et des gens*, lib. IV, cap. XII, § 7 ss, et lib. VII, cap. VII, § 4. Voir aussi *Elementorum jurisprudentiae universalis* (1672), lib. II.
- 11 *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1749), pars III, cap. VII, § 358 s., 366.
- 12 *Juris et judicii feicialis sive iuris inter gentes...*, pars II, cap. III, § 7: « *Possessiones publicas, non minus quam privatas, multo tempore ita firmari, ut revelli nequeant, cum ex longo tempore derelictio praesumatur* ».
- 13 *Le droit des gens*, liv. II, cap. XI, § 147 ss.
- 14 *Principes du droit de la nature et des gens*, pars II, cap. III, § 4 et pars IV, cap. VIII, § 4.
- 15 Pour les références, voir P. FAUCHILLE, p. 755, note 1.
- 16 *Ibid.*, p. 754, note 4.

national¹⁷. Ces auteurs sceptiques admettent cependant qu'un titre territorial naît de la « possession immémoriale »¹⁸. Ainsi, Grotius rejetait l'application de l'usucapion romaine au droit international mais acceptait le titre de prescription immémoriale¹⁹. Vattel acceptait l'une et l'autre²⁰. Un problème de définition et de terminologie recouvre ainsi l'aspect substantiel. Il faut ajouter que la prescription du droit romain a considérablement évolué dans le temps²¹. Les ordres juridiques in-

17 F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, t. I, Paris 1883, p. 460. A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, vol. I, Paris 1896, p. 182 s. E. NYS, *Le droit international. Les principes, les théories, les faits*, t. II, Bruxelles 1912, p. 34 s., 39.

18 DE MARTENS, *op. cit.*, p. 461. RIVIER, *op. cit.*, p. 183.

19 H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. IV, § 1, 9.

20 E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, liv. II, chap. XI.

21 Il y a d'abord le droit de la Rome exclusivement italique, de l'époque des Douze Tables. Selon la disposition 6,3 des Douze Tables, la possession ininterrompue pendant deux ans d'un bien-fonds ou la possession ininterrompue pendant un an d'un bien meuble procure au possesseur un titre indépendant de la cession régulière. Cette règle connaît deux exceptions : l'étranger n'en bénéficie pas ; un bien volé ne peut procurer un titre prescriptif. L'époque du principat connaît surtout l'*usucapio*. Les conditions de l'acquisition du titre sont strictes : (1) il faut une possession de fait, avec *corpus* et *animus* ; (2) il faut ensuite une *res habilis*. Les biens ouverts à usucapion ne sont que ceux susceptibles d'être détenues en propriété quiritaire. (3) Il faut encore un *iustus titulus* (*iusta causa usucapionis*). Le titre ne doit pas être parfait, car l'usucapion serait alors sans objet. Il est nécessaire qu'il y ait une raison d'acquisition valable. C'est le cas pour une acquisition *pro derelicto*, *pro herede*, *pro dote*, *pro legato*, *pro donato*, *pro soluto*, etc. La bonne foi subjective a parfois mené à l'adoucissement de cette condition pour des cas de titre putatif. (4) Il faut aussi la bonne foi subjective du possesseur. Ce critère a été développé aux débuts de la République en connexion avec la juste cause et vise à empêcher de décerner le sceau de la légalité à l'usurpation. La mauvaise foi découle de la connaissance des circonstances s'opposant à l'acquisition de la propriété, par exemple l'absence de titre du vendeur. La bonne foi subjective semblait avoir surtout une valeur procédurale, renversant le fardeau de la preuve (*mala fides non praesumitur*). La bonne foi doit exister au moment de la tradition de l'objet (*mala fides superveniens non nocet*). (5) Il faut enfin l'écoulement du temps. Les délais des Douze Tables, respectivement de deux ans pour les biens-fonds et d'un an pour les biens meubles, ont été maintenus. La perte ou l'interruption de la possession interrompt aussi l'usucapion. A partir de l'époque du principat des Sévères (fin du II^e siècle) une forme particulière de prescription est créée en faveur des étrangers pour les biens-fonds provinciaux. Celui qui possède un bien *ex iusta causa* et probablement aussi *bona fide* peut s'opposer à la vindication du propriétaire après l'écoulement d'un certain laps de temps à l'aide de l'exception de la *longi temporis praescriptio*. Si le possesseur et le propriétaire ont domicile dans la même commune, le délai est de dix ans (*inter praesentes*), dans le cas contraire de vingt ans (*inter absentes*). Dans le droit vulgarisé du IV^e siècle, la distinction entre usucapion et prescription disparaît. Les conditions sont simplifiées : la *praescriptio*, comme on l'appelle désormais, suppose une possession de trente à quarante ans. La bonne foi n'est plus une condition, ni le *iustus titulus*. Justinien retourne vers la distinction entre les deux concepts, l'usucapion étant désormais limitée aux biens meubles, la prescription aux biens immeubles. La bonne foi et le juste titre sont à nouveau requis. A côté de ces notions traditionnelles, une nouvelle catégorie de prescription est créée, la *longissimi temporis praescriptio*. Elle suppose la bonne foi subjective mais non une *iusta causa possessionis* et recouvre aussi les choses volées.

ternes qui en sont issus ont fait place à des notions de prescription multiples. Le souci des internationalistes était de forger une prescription répondant aux exigences propres du droit international. A cette fin, certains s'éloignèrent des traditions du droit interne. Toute analogie avec ceux-ci ne pourra être que partielle : ce n'est que l'idée fondamentale de la consolidation de titres imparfaits dans le temps²² pour garantir la sécurité juridique et la stabilité sociale que le juriste internationaliste pourra puiser dans la tradition séculaire du droit. En somme, il est difficile de dire que les auteurs classiques sont hostiles à l'idée juridique située à la base de la prescription. Les problèmes portent sur son vêtement conceptuel et les conditions exactes de son application dans cet environnement particulier que forme la société interétatique.

III. Analyse du concept de prescription acquisitive en droit international

Les auteurs admettant la prescription acquisitive dans l'ordre juridique international l'estiment indispensable aux fins d'ordre, de stabilité et de sécurité juridique²³. Dépouillé des lourds habits d'apparat du droit interne, le principe se ramènerait en droit international à son idée de base : *interest rei publicae ut sit finis litium ; ne dominia rerum diutius in incerto essent*. Tout ordre juridique se doit de concilier le dangereux antagonisme entre le fait et le droit. D'un côté, le droit ne saurait complètement ignorer le fait établi, car il ne remplirait plus sa fonction de pacification sociale. D'un autre côté, le droit ne saurait faire déférence systématique au fait établi, car il n'existerait plus comme ordre normatif. Il deviendrait l'instrument servile de la puissance. Au Scylla d'un devoir être faisant fi des données empiriques correspond le Charybde d'un être faisant fi du devoir. La validité (norme) et l'effectivité (fait) sont deux moments différents et parfois antagonistes, inhérents à la norme juridique. La prescription est un vecteur de synthèse entre ces deux pôles nourriciers. C'est à travers une norme pondérée aux requis de l'ordre juridique que le fait établi contre ou hors du droit sera complètement ou partiellement validé, c'est-à-dire

22 CH. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris 1970, p. 226 s. utilise le terme de la « consolidation de titres historiques » par l'exercice continu de pouvoir, l'absence de réactions, etc.

23 Voir déjà H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. IV, paras 1, 9. E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, liv. II, cap. XI, § 147, 149. R. PHILLMORE, *Commentaries Upon International Law*, 3^e éd., vol. I, Londres 1879, p. 361 s. Cf. aussi AUDINET, p. 315 s. SCHNITZER, p. 87. FAUCHILLE, p. 757. SØRENSEN, *Prescription*, p. 146, 149 s. JOHNSON, *Acquisitive*, p. 333. OPPENHEIM/LAUTERPACHT, p. 576 ss. OPPENHEIM, p. 707. VERYKIOS, p. 23 ss. PINTO, p. 391 s., 400. N. POLITIS, *La morale internationale*, Neuchâtel 1943, p. 149. H. LAUTERPACHT, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 62, 1937-IV, p. 333. A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, t. II, Milan 1958, p. 605 (selon cet auteur le principe d'effectivité remplace en droit international celui de la prescription).

transformé en fait juridique. Cette prescription tient également compte des intérêts équitables qu'une possession prolongée ne manque pas de créer chez celui qui le détient, placée face à la passivité de l'ayant droit formel.

Ce besoin d'ordre et de stabilité est particulièrement accusé dans cet ordre juridique « anarchique » qu'est le droit international. Dès lors, les conditions pour l'opération du principe y reflètent et accusent davantage qu'en droit interne la finalité d'ordre et de stabilité placée à la base de la prescription. C'est vrai en sens positif (par la présence de certaines conditions) et en sens négatif (par l'absence de certaines conditions). Au fond, il s'agit d'une consolidation complexe de titres imparfaits dans le temps. Le temps joue un rôle, mais plus encore les comportements respectifs des parties : la passivité, voire les comportements contraires à l'idée de propriété, de l'ancien ayant droit ; le comportement assertif du possesseur de fait dépourvu de titre parfait. C'est de l'interaction de ces facteurs comportementaux que naît la « prescription » internationale. La notion d'acquisition de droits suite à l'écoulement d'un laps de temps prédéterminé lui est étrangère (sauf si les parties s'accordent sur un tel laps de temps, ce qui est très rare). Dès lors, savoir si l'on admet ou non l'existence de la prescription en droit international revient largement à une question de définition. Au sens étroit, la prescription liée à l'écoulement d'un temps prédéterminé par la loi n'y trouve pas sa place ; au sens large, l'idée juridique fondamentale que le possesseur de longue date exerçant ses prérogatives sans contestation pendant un temps prolongé acquiert un titre parfait ou consolide son titre anciennement imparfait se retrouve dans la pratique internationale. Il n'y a pas en droit international d'acquisition « automatique » de titres, suite au seul écoulement de temps. Il n'y existe que l'acquisition « dérivée » de titres, les comportements des parties intéressées pendant un temps prolongé (mais ouvert) et leur interprétation par l'opérateur juridique étant décisifs. C'est dire que la « prescription » internationale se trouve étroitement liée à des concepts comme l'acquiescement, l'estoppel ou la reconnaissance. Par conséquent, la jurisprudence internationale a pu laisser ouverte sans dommage (puisqu'elle admet la consolidation progressive de titres dans le temps) la question de l'existence d'une doctrine de la prescription acquisitive en droit international²⁴. Le poids respectif de la prescription peut aussi dépendre de la mission conférée par les parties en litige à un arbitre ou à un juge : si les parties demandent à l'arbitre de dire « quel est le contenu d'un traité » pertinent pour déterminer l'ayant titre²⁵, des considérations historiques (interprétation intertemporelle) prendront le dessus ; en revanche, si les parties lui demandent de dire « à qui appartient le territoire »²⁶, des considérations postérieures (comportement des parties, réactions des autres Etats) joueront un rôle plus important. Dans le premier cas, la prescription peut s'effacer ; dans le second, elle aura un poids considérable.

24 Affaire de *F île Kasikili/Sedudu* (Botswana c. Namibie), CIJ, Recueil, 1999, p. 1101 ss, § 90 ss.

25 Tel fut le cas dans l'affaire *Kasikili* précitée.

26 Tel fut le cas dans l'affaire de *l'île de Palmas* (1928) ; RSA, vol. II, p. 832.

A. L'exercice continu, pacifique et public de prérogatives de souveraineté sur un territoire

La prescription internationale concerne avant tout les actes de souveraineté, c'est-à-dire *l'exercice de la puissance publique* par un ou plusieurs Etats. Comme l'a dit le juge Huber dans l'affaire de *Palmas* (1928), «*practice as well as doctrine, recognizes [...] that the continuous and peaceful display of territorial sovereignty [...] is as good as a title*»²⁷. L'exercice des fonctions étatiques se manifeste par des actes tels que la législation, la conclusion de traités, l'octroi de concessions publiques, l'administration locale, la perception de taxes, l'exercice de la justice, l'inscription des biens-fonds aux registres, la célébration de mariages, la pratique des recensements, l'établissement de la douane, les visites officielles périodiques, etc.²⁸. Les activités de puissance publique peuvent être onéreuses pour l'Etat. Dans l'affaire *Grisbadarna* (1909), le Tribunal arbitral tint compte du fait que la Suède avait entrepris divers mesurages géographiques de la mer et doté l'espace litigieux d'installations de sécurité protégeant la navigation²⁹. S'ils sont entrepris de bonne foi et avant l'avènement du litige de souveraineté, de tels actes peuvent accélérer le processus de prescription et exiger des protestations plus soutenues de l'ancien ayant titre pour l'empêcher. La consolidation juridique d'un pouvoir de fait sur un territoire reste ainsi fortement marquée par des considérations d'espèce.

Dans le cas de territoires reculés et peu peuplés, les actes de souveraineté peuvent par la nature des choses être assez épars. Il sera suffisant de faire valoir une prétention basée sur des *actes de souveraineté «relativement meilleurs»* que ceux de la partie adverse, même si les actes en cause sont peu consistants dans l'absolu³⁰. Tout dépend ici encore de la situation d'espèce. En tout cas, ce principe de l'attribution selon l'effectivité la meilleure permet d'assurer qu'un territoire pourra pratiquement toujours être reconnu à l'une des parties en litige. On évite ainsi le cas de la terre sans maître (*terra nullius*), sauf pour les cas improbables dans lesquels les parties revendiquent des territoires avec lesquels elle n'ont pratiquement jamais eu un lien effectif. De plus, une prescription pourrait également avoir lieu en cas d'exercice de souveraineté partagé en fonction du poids des actes de chaque partie. Dans le cas

27 RSA, vol. II, p. 839, italiques ajoutées.

28 Affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, CIJ, Recueil, 1953, p. 60 ss. Cf. A.G. ROCHE, *The Minquiers and Ecrehos Case*, thèse Genève 1959, p. 119 ss. Voir aussi l'affaire relative à la *souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique c. Pays-Bas)*, CIJ, Recueil, 1959, p. 227 ss.

29 RSA, vol. XI, p. 161 s.

30 Affaire du *différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), CIJ, 2007, § 173. La Cour avait déjà énoncé ce principe dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland Oriental* (1933), CPJI, sér. A/B, n° 53, p. 46 ; et dans l'affaire relative à la *souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie c. Malaisie), CIJ, Recueil, 2002, p. 682, § 134. Voir aussi l'affaire de *l'île de Palmas* (1928), RSA, vol. II, p. 869 s.

de territoires peu habités, par exemple des îles exigües, il peut de surcroît être nécessaire de déterminer si des actes législatifs généraux, applicables au territoire d'un Etat et invoqués comme preuve d'exercice effectif de souveraineté, ont été appliqués en fait sur les espaces contestés. Il ne suffit pas d'invoquer des réglementations visant généralement le territoire de l'Etat mais dont il n'est pas certain qu'elles aient été réellement appliquées dans les espaces en cause³¹.

L'exercice de l'autorité publique doit porter sur *un territoire sur lequel il existe déjà des titres juridiques* d'un ancien ayant droit, mais ces titres peuvent être imparfaits (*inchoate*)³². Dans la mesure où il s'agit en revanche d'une *terra nullius*, l'acte unilatéral d'occupation effective suffit à conférer un titre valide³³. Cette distinction n'empêche pas qu'un titre prescriptif puisse être avancé par l'Etat possesseur afin d'établir la validité de l'occupation si la preuve de la prise initiale du territoire s'avère difficile. L'effectivité de la possession ultérieure sert alors comme preuve du titre. L'occupation (initiale) se fond ici dans la prescription (postérieure). Ce n'est pas que le possesseur prescrive son droit, puisqu'il le possède déjà. Mais la prescription lui permet de prouver plus facilement son titre. La prescription n'a pas ici une fonction de création de droits, mais une fonction de preuve. Dans la célèbre affaire de l'*Ile de Palmas* (1928), le juge Huber estimait que, «*if the contestation is based on the fact that the other Party has actually displayed sovereignty, it cannot be sufficient to establish the title by which territorial sovereignty was validly acquired at a certain moment; it must also be shown that the territorial sovereignty has continued to exist and did exist at the moment which for the decision of the dispute must be considered as critical*»³⁴. De plus, la conduite subséquente des parties intéressées peut couvrir les vices d'une occupation trop irrégulière ou partielle de la part du possesseur. Un silence prolongé de l'ancien ayant droit peut ainsi pallier des faiblesses dans la possession effective du sujet cherchant à prescrire.

L'exercice de la souveraineté doit être public et officiel. L'exercice clandestin de puissance ne peut valoir titre. Condition reprise au droit civil, on voit mal son rôle exact en droit international: on ne possède pas des territoires «clandestinement». En fait, il n'a joué aucun rôle dans la pratique. L'exercice de la souveraineté doit être *ininterrompu*. Cette exigence de continuité n'est toutefois pas rigoureuse. Elle comporte une double limitation, *ratione loci* et *ratione temporis*. D'abord, elle dépend de la nature du territoire en question; ensuite, elle n'exclut pas toute lacune tempo-

31 Affaire du *différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), CIJ, 2007, § 174; affaire relative à la *souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie c. Malaisie), CIJ, Recueil, 2002, p. 682 s., § 136.

32 A. S. KELLER/O. LISSITZYN/F. J. MANN, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts (1400-1800)*, New York 1938.

33 R. AGO, *Il requisito dell'effettività dell'occupazione in diritto internazionale*, Rome 1934. En perspective historique, cf. W. G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2^e éd., Baden-Baden 1988, p. 462 ss, 640 ss.

34 RSA, vol. II, p. 839.

relle. L'arbitre Huber disait dans l'affaire de *Palmas* précitée: « *Although continuous in principle, sovereignty cannot be exercised in fact at every moment on every point of a territory. The intermittence and discontinuity compatible with the maintenance of the right necessarily differ according as inhabited or uninhabited regions are involved, or regions enclosed within territories in which sovereignty is incontestably displayed...* »³⁵. La continuité temporelle est également relative. Comme le rappelle Georg Schwarzenberger, « *display of jurisdiction must be reasonably continuous* »³⁶. Il est nécessaire que le territoire demeure globalement soumis au pouvoir de l'Etat. La pratique est déférente à cet égard.

L'Etat doit exercer ses compétences publiques avec un *animus domini*, c'est-à-dire à titre de souverain. Comme l'a indiqué la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du *Statut juridique du Groënland Oriental* (1933): « l'intention et la volonté d'agir en qualité de souverain, et quelque manifestation ou exercice effectif de cette autorité »³⁷ sont requis par le droit. Si un Etat administre un territoire mais reconnaît le titre juridique d'autrui, il ne peut pas prescrire. Anciennement, c'était le cas des protectorats, des mandats internationaux ou des territoires sous tutelle³⁸. Le Royaume-Uni occupant Chypre en vertu du Traité du 4 juin 1878 ou l'Autriche occupant la Bosnie-Herzégovine en vertu du Traité de Berlin du 13 juillet 1878 ne pouvaient acquérir ces territoires par prescription en invoquant leur exercice de souveraineté³⁹. La situation est analogue quand une organisation internationale est chargée d'administrer un territoire, comme la SdN à Leticia Trapeze en 1933 ou l'ONU au Kosovo depuis 1999.

35 RSA, vol. II, p. 840. Cf. aussi l'affaire *Clipperton*, RSA, vol. II, p. 1110; l'affaire du *Groënland oriental*, CPJI, sér. A/B, n° 53, p. 46; l'affaire *Rann de Kutch*, ILR, vol. 50, p. 329 ss, 386 (territoire se transformant en marécages et en flaques d'eau pendant la saison de la Mousson). Sur cette dernière affaire, MÜLLER, *Vertrauensschutz*, p. 48 ss. Voir aussi PINTO, p. 406 ss. G. SCHWARZENBERGER, « Title to Territory: Response to a Challenge », AJIL, vol. 51, 1957, p. 315 s.

36 G. SCHWARZENBERGER, « The Fundamental Principles of International Law », RCADI, vol. 87, 1955-I, p. 259.

37 CPJI, sér. A/B, n° 53, p. 46.

38 A l'argument de l'Afrique du Sud que le territoire mandaté de la Namibie devait désormais être considéré partie intégrante du territoire sud-africain, la Cour internationale de Justice répondit laconiquement qu'il s'agissait d'une administration territoriale internationale au nom de la Société des Nations selon les termes de l'accord de mandat; les actes de souveraineté accomplis dans le territoire appelé alors le Sud-Ouest africain ne pouvaient donc pas fonder un titre pour l'Afrique du Sud. Affaire du *statut international du Sud-Ouest Africain*, CIJ, Recueil, 1950, p. 131-3, 142 s. Voir aussi l'op. ind. MCNAIR, *ibid.*, p. 155 ss, 159 s.; l'op. ind. READ, *ibid.*, p. 168; et l'op. diss. ALVAREZ, *ibid.*, p. 183.

39 Sur l'annexion autrichienne de la Bosnie-Herzégovine en 1908, voir ZIMMER, p. 111 ss. D. S. KOYITCH, L'annexion de la Bosnie et de l'Herzégovine et le droit international public, thèse Paris 1910. B. KRUNSKY, L'annexion de la Bosnie et de l'Herzégovine en 1908, Paris 1912. J. BLOCISZEWSKI, « L'annexion de la Bosnie et de l'Herzégovine - Etude historique et juridique », RGDIP, vol. 17, 1910, p. 417 ss. A. CAVAGLIERI, « L'annessione della Bosnia-Erzegovina », Rivista di diritto internazionale, Prima Serie, vol. 4, 1909, p. 387 ss.

Il n'y aura exercice de souveraineté que si les actes en question sont accomplis par des agents étatiques et pouvant de ce fait être *imputés à l'Etat*. La République du Royaume-Uni dans l'affaire des *pêcheries norvégiennes* (1951) affirmait que les actes d'individus privés ne sauraient fonder un titre de souveraineté⁴⁰. Quelques années auparavant, le Danemark, par l'entremise de Ch. De Visscher, avait soutenu que son absence de protestation contre l'activité privée des chasseurs norvégiens au Groënland ne pouvait valoir forclusion, attendu que «rien, dans cette activité purement privée, ne pouvait être considéré par lui comme attentatoire à ses droits souverains»⁴¹. La Cour a implicitement accepté la thèse danoise: «Il est peut-être opportun d'indiquer qu'une prétention de souveraineté fondée, non pas sur quelque acte ou titre en particulier, tel qu'un traité de cession, mais simplement sur un exercice continu d'autorité, implique deux éléments dont l'existence, pour chacun, doit être démontrée: l'intention et la volonté d'*agir en qualité de souverain*, et quelque manifestation ou exercice effectif de cette autorité»⁴². Cette règle n'est toutefois pas plus rigide que les autres. Ainsi, dans l'affaire des *pêcheries norvégiennes* (1951), la Cour, raisonnant à propos des titres historiques invoqués, a tenu compte des activités de pêche pratiquées de date reculée par les pêcheurs norvégiens dans certaines eaux proches des côtes de leur pays⁴³. De telles activités peuvent créer un lien particulier de certains espaces avec un territoire. Sans être décisifs en eux-mêmes, ces comportements privés peuvent constituer un élément important dans la consolidation de titres prescriptifs⁴⁴.

40 CIJ, Mémoires, Plaidoiries et Documents, 1951, vol. II, p. 657-8.

41 Affaire *relative au statut du Groënland Oriental*, CPJI, sér. C, n° 66, p. 2870.

42 CPJI, sér. A/B, n° 53, p. 45 s., italiques ajoutées.

43 CIJ, Recueil, 1951, p. 142.

44 Affaire de la *délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, CIJ, Recueil, 1984, p. 342, § 237 (contrôle de l'équité du résultat); pour la règle générale, *ibid.*, p. 278, § 59. Cf. en même sens l'affaire de la *délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la France (St. Pierre et Miquelon)*, RGDIP, vol. 96, 1992, p. 704 s. La Cour a déclaré pouvoir tenir compte d'une extraordinaire dépendance d'un territoire en matière de pêcheries afin de corriger une ligne de délimitation obtenue par les principes et règles ordinaires du droit. En ce sens, des activités privées deviennent la source d'une attribution d'espaces. En l'affaire de la *délimitation maritime dans la région située entre le Groënland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, 1993, la Cour fait référence à l'arrêt du *Golfe du Maine* où il était dit qu'une ligne de délimitation peut être corrigée afin d'éviter des répercussions catastrophiques pour la subsistance et le développement économique des populations intéressées (CIJ, Recueil, 1993, p. 71, § 75). La Cour affirme désormais qu'un *accès équitable* aux pêcheries est une circonstance pertinente: CIJ, Recueil, 1993, p. 72, § 75. Cf. aussi, en sens encore plus libéral, l'op. diss. FISCHER, *ibid.*, p. 309 s., § 14. Voir E. DECAUX, «Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groënland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)», AFDI, vol. 39, 1993, p. 507 s. Voir aussi les analyses dans l'affaire du *différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), CIJ, 2007, § 202 ss.

B. L'absence d'opposition⁴⁵

L'exercice de la puissance publique par un Etat doit être mesuré à l'aune des réactions qu'il provoque chez les autres sujets internationaux, compte tenu des intérêts qu'ils peuvent avoir sur les espaces en jeu. Une possession maintenue par la force, contre les protestations d'un prétendu ayant droit, ou contre les protestations de la communauté des Etats au regard des principes de la Charte des Nations Unies (non recours à la force, autodétermination des peuples, invalidité de l'annexion, etc.), ne saurait avoir la même valeur juridique qu'une possession pacifique et incontestée.

Dans l'affaire *Chamizal* (1911), la Commission arbitrale rappelait qu'une prescription ne peut pas régulariser une possession maintenue en dépit de constantes oppositions⁴⁶. Cette affaire opposait les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique à propos de territoires formés par le déplacement vers le sud du Rio Grande. Les Etats-Unis réclamaient la souveraineté sur les parcelles ainsi formées. Ils invoquèrent leur possession paisible, ininterrompue et incontestée depuis le Traité de 1848 portant sur la frontière entre les deux pays. Loin d'écarter la prescription en général, les arbitres se bornèrent à relever que ses conditions n'étaient pas réunies en l'espèce du fait de protestations répétées de la part du Mexique. Quel est le temps dans lequel la protestation doit être opérée? Des considérations intéressantes à ce propos se trouvent dans l'affaire du *différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime (El Salvador /Honduras)* (1992) à propos de l'île de Meanguera⁴⁷. Si certains documents n'ont pas été portés à la connaissance d'un Etat, par exemple à défaut de transmission correcte, il ne pouvait y réagir⁴⁸. Toute négligence de l'Etat lui est cependant imputable, si bien qu'il sera censé avoir connu des faits fautivement ignorés⁴⁹. Dans l'affaire des îles malayennes précitée (voir la note 48), la Cour n'a pas examiné ce point avec l'attention qu'il méritait.

Le devoir de protester est-il strict ou peut-il être équitablement écarté? La question n'est pas facile à trancher. En principe, l'Etat qui veut sauvegarder ses droits doit protester, même s'il lui en coûte politiquement. Certains auteurs estiment toutefois qu'une prise en compte équitable des rapports exacts entre les parties pourrait informer l'interprétation: par exemple l'intimidation d'un Etat

45 JOHNSON, *Acquisitive*, p. 345 ss. SØRENSEN, *Prescription*, p. 155 ss. PINTO, p. 411 ss. VERYKIOS, p. 75. FAUCHILLE, p. 760 s. ZIMMER, p. 48 ss. SCHNITZER, p. 90 s.

46 AJIL, vol. 5, 1911, p. 806 s.

47 CIJ, Recueil, 1992, p. 577-579.

48 Affaire relative à la *souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, CIJ, Recueil, 2002, p. 650, § 48.

49 Affaire des *pêcheries norvégiennes*, CIJ, Recueil, 1951, p. 139. Affaire du *Temple de Préah Vihear*, CIJ, Recueil, 1962, p. 25. Voir R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris 2000, p. 346 s., 375.

colonisé par rapport à la puissance coloniale⁵⁰. Rien ne s'oppose à une telle appréciation du contexte global dans le processus de l'interprétation. De même, un Etat n'est pas tenu de protester si l'attitude de la partie adverse n'est pas consistante, par exemple parce qu'elle est contredite par de nombreux actes officiels ou des cartes géographiques réitérées de l'Etat en cause⁵¹.

L'élément de la protestation ou de l'opposition est fondamental pour la prescription: cette dernière n'est ainsi pas simplement le fruit d'une effectivité ou d'une usurpation, mais découle en définitive tout autant d'une faute conjointe (ou pour le moins d'un désintérêt) de l'ancien ayant titre. C'est la raison pour laquelle l'affaire de la *délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie* (2002)⁵² tranchée par un tribunal arbitral laisse perplexe: elle s'attache le plus souvent à la simple effectivité de la possession sans évoquer dans son raisonnement l'élément fondamental de la réaction de l'Etat adverse. Cette réaction n'est prise en compte que dans le contexte de certaines cartes géographiques. Ce précédent singulier et problématique s'écarte ainsi d'une ligne jurisprudentielle bien établie⁵³.

La condition de l'absence d'oppositions est source de plusieurs difficultés. Génère-t-elle un titre? Qui est tenu et qui a le pouvoir de protester? La protestation seule interrompt-elle la prescription? Quelle intensité les protestations doivent-elles posséder?

(1) Est-ce que l'opposition peut prévenir *saecula saeculorum* l'adéquation du fait au droit? Comment la prescription opère-t-elle l'équilibre entre l'exigence de stabilité (objective) et la protection des intérêts du titre (subjectifs)? A ce propos, la doctrine se partage. Pour une école de pensée, la prescription est acte juridique dans lequel l'élément volontaire domine. Ainsi, selon W. Wengler, un titre nouveau ne peut naître que par voie de renonciation tacite ou de reconnaissance expresse de la part de l'ancien ayant droit⁵⁴. A cet effet, les auteurs se contentent souvent d'un

50 M. S. McDUGAL/H. D. LASSWELL/J. C. MILLER, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order*, Dordrecht/Boston/Londres 1994, p. 345 ss. Voir aussi l'op. diss. WELLINGTON KOO, affaire du *Temple de Préah Vihéar*, CIJ, Recueil, 1962, p. 90 s.; et op. diss. P. SPENDER, *ibid.*, p. 128 s.

51 Affaire relative à la *frontière entre le BP 62 et le Mount Fitzroy (Laguna del Desierto)*, Argentine c. Chili, 1994, ILR, vol. 113, p. 78 s. Dans l'affaire du *différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt de la Cour internationale de Justice du 8 octobre 2007, § 97, le Nicaragua a plaidé qu'il ne lui incombait pas de protester à certains cartes officielles dénuées de toute force probante.

52 RSA, vol. XXV, p. 111, 114 s., 116, 162.

53 Une jurisprudence que la Cour internationale de Justice a encore récemment confirmée: affaire du *différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ, 2007, § 168 ss, par exemple § 208 pour les effectivités territoriales et § 254, 256 pour la frontière maritime *de facto*. Voir aussi l'affaire de la *frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria)*, CIJ, Recueil, 2002, p. 352-355, § 65 ss, particulièrement p. 354, § 69 s.

54 W. WENGLER, *Völkerrecht*, t. II, Berlin 1964, p. 981, note 3.

simple acquiescement (silence face à l'assertion de droits d'autrui)⁵⁵. Anciennement, la prescription était parfois construite comme une renonciation présumée de la souveraineté par voie d'inaction⁵⁶. De nombreux auteurs mettent l'accent sur les réactions de l'Etat dépossédé : c'est le cas de Lauterpacht⁵⁷, Pinto⁵⁸, Sørensen⁵⁹ ou Hyde⁶⁰. Loin d'être un processus complexe de consolidation des faits, la prescription dépend alors d'un fait précis : la volonté de l'ancien ayant titre, seul maître à bord. Seule sa volonté en cas de reconnaissance ou son comportement en cas d'acquiescement transforment juridiquement la situation⁶¹. Contre ce courant doctrinal se dressent les auteurs qui perçoivent la prescription comme un processus social centré sur l'effectivité. Chez eux, l'exigence de stabilité prime généralement la volonté : *ex factis oritur ius*. C'est l'opinion de Dahm⁶², Charpentier⁶³ ou Touscoz⁶⁴. L'affaire des frontières entre l'Erythrée et l'Ethiopie à peine citée semble se mouvoir dans un tel terroir intellectuel. La majorité des auteurs quant à eux choisissent une position intermédiaire. Ils assignent une place tant à l'élément objectif de stabilité qu'aux réactions subjectives des intéressés, laissant aux considérations d'espèce le soin de les départager⁶⁵.

Les limites entre ces conceptions ne sont pas nettes, car il ne s'agit souvent que d'une pondération différente des deux facteurs. Au regard de la dépendance que revêt la prescription internationale par rapport aux circonstances historico-politiques particulières, la doctrine intermédiaire semble plus riche de sens.

La prédominance de l'élément objectif ou subjectif dépend aussi de critères plus généraux. Ainsi, compte tenu du droit de la Charte et en particulier de l'interdiction du recours à la force, une possession obtenue par la coercition militaire ne devrait jamais être validée et ne pourrait l'être, si jamais, qu'aux conditions les plus restrictives, suite à une prise de position de l'ensemble de la communauté interna-

55 JENNINGS, *Acquisition*, p. 22 s., 39.

56 Voir déjà H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. IV, § 7. E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, liv. II, chap. XI, § 140. Cf. aussi P. REUTER, *Droit international public*, 6^e éd., Paris 1983, p. 206, 256 (prescription libératoire). Sur cette position, voir VERYKIOS, p. 26 ss.

57 H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1948, p. 428. H. LAUTERPACHT, «Sovereignty over Submarine Areas», *BYIL*, vol. 27, 1950, p. 393 ss, 395. Voir cependant aussi H. LAUTERPACHT, «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, vol. 62, 1937-IV, p. 333.

58 PINTO, p. 411 ss.

59 SØRENSEN, *Prescription*, p. 157. SØRENSEN, *Principes*, p. 147.

60 C. C. HYDE, *International Law – Chiefly As Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd., t. I, Boston 1947, p. 387 s.

61 Sur l'inutilité de la doctrine de prescription dans ces cas, cf. ZIMMER, p. 56, 58. CHARPENTIER, p. 155. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5^e éd., Naples 1968, p. 715.

62 G. DAHM, *Völkerrecht*, t. I, Stuttgart 1958, p. 588 ss.

63 CHARPENTIER, p. 157 s.

64 J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris 1964, p. 148 ss, 231 s.

65 VERYKIOS, p. 75. JOHNSON, *Acquisitive*, p. 344 ss. D. P. O'CONNELL, *International Law*, t. I, 2^e éd., Londres 1970, p. 423 ss.

tionale rassemblée dans l'Organisation mondiale, et après un laps de temps très long. Les éléments subjectifs, c'est-à-dire la réaction de la communauté des sujets du droit international a ici un poids fortement accru et l'emporte de loin sur la simple effectivité du pouvoir étatique⁶⁶. L'écoulement du temps augmente très lentement l'importance de l'effectivité et le poids des réactions de la communauté, maintenues ou abandonnées (voir *infra*, IV, à la fin).

(2) Une deuxième difficulté concerne la détermination des sujets ayant qualité pour protester. Le sort des territoires forme-t-il une préoccupation solidaire dans le sens que tout Etat peut émettre des protestations? Ou est-ce seulement l'ancien ayant titre qui peut réagir ou dont la réaction est pertinente? A supposer qu'une protestation quelconque soit juridiquement pertinente, quel est son poids relatif selon qu'elle émane d'un Etat tiers ou de l'ancien ayant titre? L'idée anciennement ébauchée selon laquelle la distribution du territoire et du pouvoir entre Etats est d'intérêt commun⁶⁷ a poussé une partie de la doctrine à confronter l'exercice de puissance publique d'un possesseur aux réactions de la communauté internationale dans son ensemble. Diverses éditions de l'Oppenheim définissent la prescription comme « *the acquisition of sovereignty over a territory through continuous and undisturbed exercise of sovereignty over it during such a period as is necessary to create under the influence of historical development the general conviction that the present condition of things is in conformity with international order* »⁶⁸. Selon d'autres, la prescription valide une situation initialement illicite. Dès lors, elle dispense l'application d'une norme de droit international dirigée contre l'illicéité. Comme tous les Etats ont intérêt au respect du droit international, tous possèdent un titre pour protester et prévenir la validation juridique d'une possession irrégulière⁶⁹. Pour d'autres auteurs, la qualité pour protester est liée au fait qu'un sujet a subi un dommage particulier dans ses intérêts juridiquement protégés. Dès lors, seul l'Etat dépossédé peut s'opposer à l'acquisition de droits sur « son » territoire par un autre Etat et lui seul peut aussi les valider⁷⁰. L'Etat dispose de son territoire comme il l'entend. Ses réactions et non celles des autres fixent le sort de celui-ci.

Pour éviter toute équivoque, il convient de distinguer en premier lieu selon que sont en cause des espaces communs tels que la haute mer ou des espaces soumis à la souveraineté exclusive d'un Etat. Quand il s'agit de prescrire des droits exclusifs sur

66 J. CRAWFORD, « The Criteria for Statehood in International Law », BYIL, vol. 48, 1976/7, p. 144 ss.

67 Voir déjà, pour le *ius publicum europaeum* promu par les Puissances européennes au XIX^e siècle, Abbé G. DE MABLY, Droit public de l'Europe fondé sur les traités depuis la paix de Westphalie, (éd. Genève 1776). A. RANDELZHOFFER, Völkerrechtliche Aspekte des Heiligen Römischen Reiches nach 1648, Berlin 1967.

68 OPPENHEIM/LAUTERPACHT, t. I, p. 576. OPPENHEIM, p. 706. Dans le même sens par exemple R. MONACO, Manuale di diritto internazionale pubblico, 2^e éd., Turin 1971, p. 410.

69 ROCHE, p. 39, 45 s.; K. VON SCHUSCHNIGG, International Law – An Introduction to the Law of Peace, Milwaukee 1959, p. 152 s.

70 JOHNSON, Acquisitive, p. 351.

des espaces communs, il est évident que chaque Etat a titre pour s'opposer à ce qu'une partie de cet espace passe sous la compétence exclusive d'un seul Etat ou d'un nombre restreint d'Etats. L'affaire des *pêcheries norvégiennes* (1951) en témoigne. La Cour ne manque pas de faire référence à la «tolérance générale de la communauté internationale»⁷¹ vis-à-vis de certaines assertions norvégiennes sur des espaces maritimes. Pour les territoires soumis à la souveraineté d'un ou de plusieurs Etats, l'attitude du ou des ayants titre a un poids accru, souvent déterminant. Une riche jurisprudence éclaire cet aspect: l'affaire *Lübeck c. Mecklenburg Schwerin* (1925)⁷², l'affaire du *Groënland Oriental* (1933)⁷³, l'affaire du *Temple de Préah Vihear* (1962)⁷⁴, l'affaire relative à la *souveraineté sur certaines parcelles frontalières* (1959)⁷⁵; pour les arbitrages, les affaires *Grisbadarna* (1909)⁷⁶, *Palmas* (1928)⁷⁷, du *différend frontalier entre l'Argentine et le Chili* (1966)⁷⁸ ou encore *Rann de Kutch* (1968)⁷⁹. Nul ne peut cependant méconnaître le poids croissant de l'attitude d'Etats tiers dans le droit international moderne. L'irrégularité de la possession territoriale subit de plus en plus la gravitation du droit de la Charte et se voit entraînée au niveau de l'ordre public international. Elle tombe ainsi dans les attributions suprêmes des organes de l'Organisation des Nations Unies. Qu'il suffise de mentionner à ce propos le sort des territoires annexés ou occupés par Israël. Dans ce domaine, les progrès de la solidarité internationale tendent à affaiblir les intérêts bilatéraux au profit des intérêts globaux. Il n'en va autrement que pour les litiges territoriaux de portée locale, comme par exemple l'affaire *Chamizal* précitée.

(3) Quels sont les actes qui empêchent ou interrompent l'opération de la prescription? Ce sont d'abord les protestations. Le problème est de savoir si des protestations répétées mais stériles (*paper protests*) peuvent indéfiniment empêcher l'établissement d'un titre prescriptif. La majorité de la doctrine refuse de donner ce pouvoir à l'ancien ayant titre⁸⁰. Cette prise de position peut paraître douteuse. Une autre manière d'interrompre l'effet de la prescription est de porter une action en justice. Toutefois, la disponibilité d'une instance judiciaire est rare en droit international. Dès lors, des efforts, des propositions, des notes diplomatiques en faveur du règlement pacifique du différend doivent, dans l'environnement particulier du droit international, équivaloir à la saisine de tels organes. Analogiquement, la saisine

71 CJI, Recueil, 1951, p. 139.

72 *Staatsgerichtshof* allemand, in *Annual Digest of Public International Law Cases* (désormais ILR), vol. 3 (1925/6), p. 114: «*In view of the long undisturbed possession and exercise of the rights by Lübeck and the absence of any protest by Mecklenburg-Schwerin [...]*».

73 CPJI, sér. A/B, n° 53, p. 44, 46, 54, 56 ss.

74 CJI, Recueil, 1962, p. 22 ss.

75 CJI, Recueil, 1959, p. 227 ss.

76 RSA, vol. XI, p. 161.

77 RSA, vol. II, p. 851, 867 s., 870 s.

78 ILR, vol. 38, p. 76 ss.

79 ILR, vol. 50, p. 99 ss. Op. ind. LAGERGREN, *ibid.*, p. 495 ss. Op. diss. BEBLER, *ibid.*, p. 409 ss.

80 Cf. JOHNSON, *Acquisitive*, p. 346. VERYKIOS, p. 101. SCHNITZER, p. 91. ZIMMER, p. 55, 58.

d'organes politiques d'une organisation internationale, tels que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité des Nations Unies, interrompt la prescription. Enfin, la conclusion d'une convention visant à fixer les titres des Etats en litige sur un territoire peut s'opposer *eo ipso* à l'argument de la prescription⁸¹.

(4) La fréquence et la force requises pour les actes d'opposition à la possession adverse s'apprécient corrélativement à l'intensité de l'exercice de la puissance publique par l'Etat possesseur. L'élément subjectif s'évalue au regard de l'élément objectif et vice versa. Plus l'enracinement de la possession sera faible, et plus la prescription tendra vers un acte juridique ou s'évaluera en fonction de l'acquiescement. A l'inverse, plus l'élément subjectif sera diaphane, et plus il faudra apprécier l'effectivité du pouvoir exercé. Ainsi, par exemple, moins l'autorité étatique s'étend sur un territoire du fait de son caractère peu habité, et plus, corrélativement, les protestations ou les silences des autres prétendants auront du poids. La doctrine de l'acquiescement normatif (*qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset*) tendra à remplacer la prescription au sens strict; la réaction des autres Etats créera le titre en palliant aux déficiences ou aux insuffisances de l'exercice d'autorité publique. Les affaires du *Temple de Préah Vihéar* (1962) et *Rann de Kutch* (1968)⁸² en fournissent de saisissants exemples. A travers l'importance de cette présence ou absence de protestation, la prescription est ramenée au giron des doctrines d'acquiescement et d'estoppel. Le cœur de la prescription se situe alors dans un exercice prolongé d'autorité étatique *sans contestation*, de manière à faire naître la confiance légitime que l'état des choses présent a été validé et conformé au droit⁸³. De Vattel avait déjà attiré l'attention sur le fait qu'une négligence prolongée à faire valoir ses droits contrevient à la confiance. Des tiers sont amenés à prendre des dispositions de bonne foi, sur la base de la situation factuelle. A défaut de prescription, ils pourraient par la suite s'en trouver lésés⁸⁴.

81 Affaire *Chamizal* (1911), AJIL, vol. 5, 1911, p. 806.

82 CIJ, Recueil, 1962, p. 22 ss (*Préah Vihéar*); ILR, vol. 50, p. 99 ss (*Rann de Kutch*); et les commentaires chez MÜLLER, Vertrauensschutz, p. 48 ss.

83 MÜLLER, Vertrauensschutz, p. 54 ss. ZIMMER, p. 55. PINTO, p. 393 s. REUTER, Droit international public, 6^e éd., Paris 1983, p. 24. Voir aussi K. STRUPP, «Der Streitfall zwischen Schweden und Norwegen (Grisbadarna)», in W. Schücking (éd.), *Das Werk vom Haag, Die gerichtlichen Entscheidungen*, II^e série, tome I, partie 2, Munich/Leipzig 1917, p. 132. Voir déjà L. CASANOVA, *Diritto internazionale*, 2^e éd., vol. I, Florence 1870, p. 176.

84 E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, liv. II, cap. XI, § 141. Le propriétaire n'a pas le droit «de négliger entièrement une chose qui lui appartient, de la laisser, pendant un long espace de temps, sous toutes les apparences d'un bien abandonné [...] et d'en venir enfin dépouiller un possesseur de bonne foi, qui l'aura peut-être acquise à titre onéreux [...]. Loin de donner un pareil droit, la loi naturelle prescrit au propriétaire le soin de ce qui lui appartient, et lui impose l'obligation de faire connaître ses droits, pour ne point induire les autres en erreur. [...] Voilà ce qui forme la présomption absolue, ou *ius in de iure*, de l'abandonnement, et sur laquelle un autre se fonde légitimement pour s'approprier la chose abandonnée».

C. Le temps

Le facteur temps représente le point d'achoppement de la prescription internationale. De nombreux auteurs postulent une équation désarmante de simplicité : « pas de délai fixe pour acquérir des droits, pas de prescription ». Un délai fixé par voie législative et opérant automatiquement l'extinction ou le transfert des droits est traité comme la *conditio sine qua non* pour l'existence d'une notion de prescription⁸⁵. On a opposé à cette argumentation l'observation qu'il ne faut pas confondre le principe et les modalités d'application ou, comme le dit Fauchille⁸⁶, le droit de prescription et la loi de prescription⁸⁷. L'équation mentionnée souffrirait d'une transposition inadéquate d'exigences propres aux droits internes sur le plan international.

Les internationalistes se contentent généralement de dire que le laps de temps requis pour prescrire dépend des espèces et devra être dégagé par l'opérateur juridique en tenant compte des impératifs croisés de stabilité et de légalité⁸⁸. La dernière édition de l'Oppenheim résume cette opinion très répandue : « *No general rule could be laid down as regards the length of time [...]. Everything depended upon the individual case* »⁸⁹. Cette position est le reflet du caractère particulariste de l'ordre juridique international. En son sein prédominent des situations historico-politiques spéciales peu idoines à des généralisations et réfractaires, par suite, à la discipline de normes excessivement abstraites et générales. Le traitement circonstanciel du facteur temps en est une trace. Le temps vient ainsi compléter le triptyque de la

85 En ce sens par exemple A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », RCADI, vol. 26, 1929-I, p. 406. A. CAVAGLIERI, « Alcune osservazioni sul concetto di rinuncia nel diritto internazionale », RDI, vol. 12, 1918, p. 15 ss. A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, t. II, Milan 1958, p. 604 et t. III, Milan 1962, p. 1281 s. A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, Palerme 1988, p. 104 s. K. STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », RCADI, vol. 47, 1934-I, p. 554. Cf. déjà, parmi d'autres, A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, vol. I, Paris 1896, p. 182 s. G.F. DE MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, t. I, 2^e éd., Paris 1864, p. 196. F. VON HOLTZENDORFF (éd.), *Handbuch des Völkerrechts*, t. II, Hambourg 1887, p. 255.

86 FAUCHILLE, p. 755.

87 Cf. déjà R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, 3^e éd., vol. I, Londres 1879, p. 363 ss et aussi JOHNSON, *Acquisitive*, p. 334. VERYKIOS, p. 45, 85, 138. ZIMMER, p. 52. SCHNITZER, p. 89 s.

88 OPPENHEIM, p. 706. SORENSEN, *Prescription*, p. 159 s. JOHNSON, *Acquisitive*, p. 347 s., 354. VERYKIOS, p. 85, 173. ZIMMER, p. 52. FAUCHILLE, p. 762. AUDINET, p. 323 s. SPERDUTI, *Prescrizione*, p. 3 ss. MÜLLER, *Vertrauensschutz*, p. 54 ss. DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, p. 367. BLUM, p. 60 ss, 80ss. G. G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the ICJ, 1951-1954 : General Principles and Sources of Law », BYIL, vol. 30, 1953, p. 30 s. Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris 1970, p. 226 s. R. MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2^e éd., Turin 1971, p. 411. L. OLIVI, *Diritto internazionale pubblico e privato*, 2^e éd., Milan 1911, p. 284 s.

89 OPPENHEIM, p. 706.

prescription en s'ajoutant à l'effectivité (élément objectif) et aux réactions des ayant titre (élément subjectif).

La règle essentielle en la matière est donc que le temps de la prescription n'est pas celui des horloges à césium mais le *temps social*⁹⁰. L'éminent juriste qu'était Paul Reuter parlait de la densité du temps en ces termes: «Le temps des hommes n'est pas le temps des astres. Ce qui fait le temps des hommes, c'est la densité des événements réels ou des événements éventuels qui auraient pu y trouver place. Et ce qui fait la densité du temps humain apprécié sur le plan juridique, c'est la densité, la multitude des actes juridiques qui y ont trouvé ou qui y auraient pu trouver place. Dans la vie des nations comme dans la vie des individus, il y a des années légères, des années heureuses où il n'arrive rien et où il ne peut rien arriver. Mais il y a aussi des années lourdes, pleines de substance»⁹¹. Il existe toutefois une exception à ce traitement circonstanciel du temps. Il se peut qu'un traité ou une coutume spéciale déterminent un délai approximatif ou fixe pour des cas particuliers entre parties particulières. Aux fins de l'arbitrage en l'affaire de la *Guyane britannique* (1897) portant sur un différend de délimitation, la Grande-Bretagne et le Venezuela se mirent d'accord par Traité du 2 février 1897⁹² que: «*adverse holding or prescription during a period of fifty years shall make a good title*»⁹³. Une limite temporelle minimale résulte aussi de la condition de publicité de l'exercice de puissance publique. Le problème est susceptible de se poser notamment dans le contexte de territoires reculés ou insulaires, difficilement accessibles ou faiblement habités. La publicité de l'exercice de puissance publique requiert un certain délai afin que les Etats intéressés aient connaissance de la situation et puissent y objecter. Dans l'affaire *Palmas* (1928), l'arbitre Max Huber s'exprimait comme suit à ce propos: «*It may suffice that such display existed [...] and had already existed as continuous and peaceful before that date long enough to enable any power who might have considered herself as possessing sovereignty over the island, or having a claim to sovereignty, to have, according to local conditions, a reasonable possibility for ascertaining the existence of a state of things contrary to her real or alleged rights*»⁹⁴.

Le temps nécessaire pour l'établissement d'un titre prescriptif dépend notamment des facteurs suivants:

(1) Moins l'exercice de l'autorité publique sera effectif, continu et intense, et plus de temps il faudra pour le consolider en titre juridique. Dans le cas de territoires à la population clairsemée ou inhabités, on pourrait songer à abrégé le temps

90 PINTO, p. 393.

91 *Plaidoirie* de P. Reuter pour le Cambodge, affaire du *Temple de Préah Vihear*, CIJ, Mémoires, Plaidoiries et Documents, 1962, vol. II, p. 203.

92 C. PARRY, *The Consolidated Treaty Series*, vol. 184, New York 1974, p. 189 ss.

93 H. LAUTERPACHT, *Private*, p. 229 ss. M.F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, Londres 1926, p. 152 ss. Pour d'autres exemples cf. R. MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2^e éd., Turin 1971, p. 411.

94 *RSA*, vol. II, p. 867.

requis⁹⁵. A l'inverse, certains auteurs estiment que la nécessité d'ordre plus vivement ressenti pousserait à abrégé les délais dans le cas de territoires développés et peuplés⁹⁶. Il est difficile d'adhérer à ces thèses dans l'abstrait. Le rôle des réactions de l'ayant titre sera de grande importance.

(2) Dans les cas où l'élément de l'acquiescement/reconnaissance l'emporte sur l'effectivité, le temps nécessaire sera moins long. Dans le cas extrême, si la prescription découle d'une reconnaissance formelle, l'élément temporel ne joue plus aucun rôle. A strictement parler, la prescription disparaît alors elle-même, car elle est constituée par un processus étalé dans le temps; l'acte juridique instantané ressortit à d'autres catégories juridiques. C'est seulement en ce sens qu'il faut comprendre la remarque de Sir Eric Beckett qui rappelait que «it takes a long time before a prescriptive case can be built up on the basis of mere silence»⁹⁷.

(3) Si un Etat investit des sommes importantes pour l'amélioration du territoire, pour assurer la sécurité de la navigation le long de ses côtes, pour établir des cartes géographiques, le temps requis peut être équitablement réduit. Ces investissements, s'ils sont connus des prétendus ayant titre, les appellent à des protestations plus rapides et plus claires. Cet aspect a influencé la sentence dans l'affaire *Grisbadarna* (1909)⁹⁸. D'un autre côté, un Etat souhaitant prescrire ne peut pas profiter de ces investissements s'ils sont accomplis uniquement en vue d'accélérer la prescription, c'est-à-dire de mauvaise foi. L'argument des investissements est purement équitable. Il revient à l'arbitre ou au juge de le scruter attentivement en l'espèce.

(4) La bonne foi subjective n'est pas une condition pour prescrire. Cela ne signifie cependant pas qu'elle soit sans pertinence juridique. Elle peut influencer sur la longueur du temps nécessaire à la prescription, l'abrégé par sa présence ou l'allonger par son absence⁹⁹. Aucune des rares sentences internationales se référant à la bonne foi subjective en la matière n'est toutefois explicite sur ce point. Voir ci-après, lit. D.

(5) Les réactions favorables ou hostiles de la population installée sur le territoire peuvent influencer sur le délai prescriptif¹⁰⁰. La jurisprudence n'a pas jusqu'ici appliqué ce critère.

95 S. VON RABENAU, *Völkerrechtliche und staatsrechtliche Möglichkeiten der Heilung der Rechtswidrigkeit von Annexionen und der sie begleitenden Rechtsbrüche*, thèse Hambourg 1961, p. 60.

96 CHARPENTIER, p. 158.

97 *Affaire des pêcheries norvégiennes, Réplique du Royaume-Uni*, CIJ, *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1951, vol. IV, p. 376.

98 RSA, vol. XI, p. 161.

99 VERYKIOS, p. 74, 80 s. PINTO, p. 393. SØRENSEN, *Prescription*, p. 154. JOHNSON, *Acquisitive*, p. 338. Plus réservé, KOHEN, *Possession*, p. 383 s., 386.

100 Cf. VERYKIOS, p. 95, 101. F. A. VON DER HEYDTE, *Völkerrecht*, t. I, Cologne 1958, p. 254. A. VERDROSS, *Völkerrecht*, 5^e éd., Vienne 1964, p. 289, note 7, transférée de la p. 288. S. VON RABENAU, *Völkerrechtliche und staatsrechtliche Möglichkeiten der Heilung der Rechtswidrigkeit von Annexionen und der sie begleitenden Rechtsbrüche*, thèse Hambourg 1961, p. 67 s. *Contra*, BLUM, p. 152, note 1.

(6) En revanche, le juge international tient souvent compte de l'assise temporelle globale des actes de souveraineté accomplis sur un territoire quand il s'agit d'admettre des effectivités (en l'absence d'un titre d'*uti possidetis*) ou la prescription. Si ces actes de souveraineté les plus divers recouvrent une période considérable, l'argument de la consolidation du titre aura plus de poids que dans le cas d'actes de souveraineté concentrée dans un laps de temps exigü¹⁰¹. Toutefois, en l'absence de tout autre acte pertinent, même des effectivités très ramassées dans le temps peuvent acquérir un poids considérable¹⁰². La preuve des effectivités relativement meilleures l'emporte, quel que soit leur poids dans l'absolu. Ainsi, la simple réglementation de la pêche à la tortue ou de la capture d'oiseaux, ainsi que la construction et l'entretien des phares, représentent en soi des effectivités de peu de poids, or, elles peuvent attribuer un titre en l'absence d'effectivités meilleures du côté adverse¹⁰³. Dès lors, la plage temporelle dans laquelle ces actes se placent reste un élément d'appréciation contextuel et relatif.

D. La bonne foi subjective n'est pas une condition de la prescription

L'écrasante majorité de la doctrine écarte la bonne foi subjective comme condition de la prescription¹⁰⁴. En droit international, les besoins de stabilité l'emporteraient sur les exigences de la bonne foi subjective. Politis écrit : « Si des conquêtes, même parmi les plus immorales, ont été légitimées par l'effet d'une prescription plus large, plus tolérante que celle du droit privé qui suppose toujours la bonne foi, c'est que dans la communauté internationale, le besoin de repos et d'équilibre est tel que pour le satisfaire, on passe par dessus toutes les difficultés »¹⁰⁵. Hall ajoute : « *Instead of being directed to guard the interests of persons believing themselves to be lawful owners,*

101 Affaire du différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), CIJ, 2007, § 175.

102 *Ibid.*, § 189.

103 Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie), CIJ, Recueil, 2002, p. 684 s., § 145 ss.

104 Cf. en ce sens E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris 1977, p. 98-101. SØRENSEN, *Prescription*, p. 151. JOHNSON, *Acquisitive*, p. 337 s. VERYKIOS, p. 74 s. PINTO, p. 433. OPPENHEIM, p. 706, note 6 ; p. 707. OPPENHEIM/LAUTERPACHT, t. I, p. 576. G. DAHM, *Völkerrecht*, t. I, Stuttgart 1958, p. 595. DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, p. 367. KOHEN, *Possession*, p. 29. BLUM, p. 18 s. ROCHE, p. 35. SCHNITZER, p. 90. A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, t. II, Milan 1958, p. 605. N. POLITIS, *La morale internationale*, Neuchâtel 1943, p. 123. H. LAUTERPACHT, « Règles générales du droit de la paix », RCADI, vol. 62, 1937-IV, p. 333. R. MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2^e éd., Turin 1971, p. 410. P. MORRÉ, *Die Änderung der staatlichen Gebietshoheit nach sowjetischer Völkerrechtslehre und Völkerrechtspraxis mit besonderer Berücksichtigung des Annexionsverbots*, thèse Münster 1967, p. 20. Cf. aussi M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, vol. 2, Washington 1963, p. 1063.

105 N. POLITIS, *La morale internationale*, Neuchâtel 1943, p. 123.

though unable to prove their title, or of persons purchasing in good faith from others not in fact in legal possession, the object of prescription as between states is mainly to assist in creating a stability of international order which is of more practical advantage than the bare possibility of an ultimate victory of right »¹⁰⁶.

La jurisprudence ne retient pas la bonne foi subjective¹⁰⁷. Celle-ci n'est mentionnée ni dans l'affaire *Grisbadarna* (1909)¹⁰⁸, ni dans l'affaire *Palmas* (1928)¹⁰⁹, ni dans l'affaire du *Groënland Oriental* (1933)¹¹⁰, ni dans l'affaire des *Minquiers et Écréhous* (1953)¹¹¹, ni dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (1962)¹¹², ni dans l'affaire du *différend frontalier entre le Chili et l'Argentine* (1966)¹¹³, ni dans l'affaire *Rann de Kutch* (1968)¹¹⁴, ni dans l'affaire du *Sahara occidental* (1975)¹¹⁵, ni dans l'affaire *Dubai/Sharjah* (1981)¹¹⁶, ni dans l'affaire du *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*¹¹⁷. Toutes ces affaires concernaient l'attribution d'un territoire en contradiction au moins partielle avec les titres juridiques formels. L'office du contentieux et de la législation italien formulait en 1916 l'avis que la bonne foi subjective n'est jamais requise pour acquérir des droits de quelque nature que ce soit en droit international¹¹⁸. Dans l'affaire relative au *différend frontalier colombo-vénézuélien* (1891)¹¹⁹, la Reine Régente d'Espagne, chargée d'autorité arbitrale, mentionnait la bonne foi subjective du Venezuela mais attribuait néanmoins les zones litigieuses à la Colombie. Elle ne le fit pas, comme il a été écrit¹²⁰, en vertu de

106 W. E. HALL, *A Treatise on International Law*, 8^e éd., Oxford 1924, p. 143. Cf. aussi SØRENSEN, *Prescription*, p. 151. H. LAUTERPACHT, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 62, 1937-IV, p. 333.

107 E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris 1977, p. 98 ss. E. JIMENEZ DE ARECHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », *RCADI*, vol. 159, 1978-I, p. 183 ss.

108 *RSA*, vol. XI, p. 155 ss.

109 *RSA*, vol. II, p. 829 ss.

110 CPJI, sér. A/B, n° 53, p. 22 ss.

111 CIJ, Recueil, 1953, p. 47 ss.

112 CIJ, Recueil, 1962, p. 6 ss.

113 ILR, vol. 38, p. 16 ss.

114 ILR, vol. 50, p. 14 ss.

115 CIJ, Recueil, 1975, p. 12 ss, 42 ss.

116 ILR, vol. 91, p. 550 ss.

117 CIJ, Recueil, 1992, p. 351 ss, 401, 408 s., 437, 469, 525.

118 R. AGO/M. TOSCANO, *La prassi italiana di diritto internazionale*, Seconda Serie, vol. I, New York 1979, p. 41, n° 1338: « [Un tel argument] implica un'applicazione ai rapporti internazionali dei principi che regolano nei rapporti di diritto interno la buona fede, la legittimità del possesso, la rivendicazione delle cose sottratte, ecc. — applicazione non suffragata da alcuna precisa norma di diritto positivo, né facilmente sostenibile in base ai principi generali ». Avis du 28.9. 1916, aux soins de Ricci-Busatti.

119 *RSA*, vol. I, p. 292 ss ou H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale (1794-1900)*, Berne 1902, p. 513 ss. Cf. E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris 1977, p. 101. KOHEN, *Possession*, p. 384 s.

120 ZOLLER, *La bonne foi*, *op. cit.*, p. 101.

l'effectivité, mais en tenant compte d'une frontière naturelle réputée exprimer l'*uti possidetis*¹²¹ que les parties lui avaient demandé d'appliquer. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence internationale ne recourt pratiquement jamais à la bonne foi subjective en la matière, ce qui équivaut à une condamnation implicite.

Rares sont les auteurs qui requièrent la bonne foi subjective afin de prescrire¹²². Suivant Kohen¹²³, la bonne foi subjective a toutefois une série de conséquences collatérales dans la consolidation de titres. Les délais pour prescrire peuvent être différents selon la bonne foi du possesseur¹²⁴; l'acquiescement ou la présomption de consentement de l'ayant titre peuvent être plus facilement admis en cas de bonne foi du possesseur; la bonne foi préside à l'interprétation des traités portant règlement territorial; elle peut commander l'application de l'équité *infra legem* dans l'appréciation des titres¹²⁵. Si la bonne foi subjective n'est pas une *condition* de la prescription, elle est un *élément d'appréciation ou d'interprétation* d'espèce¹²⁶. La juris-

121 Sur cette notion, cf. F. WOOLDRIDGE, «Uti possidetis doctrine», EPIL, vol. 10, p. 519-521; M.G. KOHEN, «L'uti possidetis», RGDIP, vol. 97, 1993, p. 940 ss. G. NESI, L'uti possidetis iuris nel diritto internazionale, Padoue 1996. L. I. SANCHEZ RODRIGUEZ, «L'uti possidetis et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers», RCADI, vol. 263, 1997, p. 149 ss.

122 Cf. L. OLIVI, Diritto internazionale pubblico e privato, 2^e éd., Milan 1911, p. 286. V. D. DEGAN, L'équité et le droit international, La Haye 1970, p. 138. Peut-être aussi P. REUTER, «Principes de droit international public», RCADI, vol. 103, 1961-II, p. 488: «Aucun titre ne saurait naître de la mauvaise foi».

123 KOHEN, Possession, p. 383 ss.

124 Voir déjà L. CASANOVA, Diritto internazionale, 2^e éd., vol. I, Florence 1870, p. 178 et surtout p. 191.

125 KOHEN, Possession, p. 383 s., 386.

126 De rares opinions individuelles s'expriment sur la bonne foi subjective. Ainsi le juge MORENO QUINTANA disait dans l'affaire relative à la *souveraineté sur certaines parcelles frontalières* (1959): «Il s'agit d'une possession exercée en toute bonne foi avec l'*animus domini* qui caractérise une situation de cette nature et à laquelle donne sa protection le droit» (op. diss. MORENO QUINTANA, CIJ, Recueil, 1959, p. 255). Loin d'ériger la bonne foi subjective en condition de prescription, le juge argentin constatait *obiter* la bonne foi incontestée des Pays-Bas. Cet état des choses renforçait la conclusion que les territoires lui revenaient de droit. Dans l'affaire de la *Namibie* (1971), le juge DE CASTRO qualifiait l'occupation *rerum dominii* du Sud-Ouest africain par l'Afrique du Sud comme usurpation de mauvaise foi (op. ind. DE CASTRO, CIJ, Recueil, 1971, p. 218). Le juge espagnol dégageait certaines conséquences juridiques collatérales de la mauvaise foi sud-africaine, dont notamment la responsabilité du possesseur *mala fide* pour la restitution des biens et des fruits perçus par le contrôle du territoire. Plus récemment, le juge TORRES BERNARDEZ dans l'affaire relative au *différend frontalier territorial, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (1992) estimait que la prise en compte d'une effectivité d'Etat dépend de la bonne foi subjective de celui qui l'invoque (op. ind. TORRES BERNARDEZ, CIJ, Recueil, 1994, p. 707 s., § 166). Les effectivités ne sont qu'un élément de preuve parmi d'autres et se voient octroyer un poids plus considérable dans le cas de l'obscurité des frontières selon l'*uti possidetis*. La bonne foi subjective n'est pas un élément déterminant ici non plus. Elle est, une fois de plus, un élément d'appréciation parmi d'autres.

prudence confirme cette manière de voir. L'affaire la plus intéressante à cet égard est celle relative à la frontière entre le Honduras et le Guatemala (1933)¹²⁷. L'article 5 du compromis arbitral précisait que le tribunal devait dégager la ligne *uti possidetis* de 1821. Il y était précisé: « *If the Tribunal finds that either Party has during its subsequent development acquired beyond this lines interests which must be taken into consideration in establishing the final frontier, it shall modify as it may consider suitable the line of uti possidetis of 1821* »¹²⁸. Cette clause autorise le Tribunal à trancher le litige en équité en tenant compte des « intérêts équitables » (*equities*) des parties. Dans une région géographique où il n'était pas possible d'identifier la ligne *uti possidetis*, le Tribunal a eu recours, entre autres, à la bonne foi subjective: « *In view of the nature of the territory, long uninhabited and unknown, and of the lack of authoritative delimitation, it was natural that there should have been conflicting conceptions of the extent of jurisdiction and that each Party should believe that it was entitled to advance into the unoccupied zone as its interest seemed to require. Such advances in good faith, followed by occupation and development, unquestionably created equities which enterprises subsequently undertaken would be bound to consider. When it appears that the two Parties, seeking to extend their area of possession, have come into conflict, the question of priority of occupation necessarily arises. Priority in settlement in good faith would appropriately establish priority of right* »¹²⁹. Cette affaire ne saurait être citée comme précédent pour la nécessité de la bonne foi subjective afin de prescrire. Le compromis arbitral demandait au Tribunal de dégager la ligne *uti possidetis* tout en l'autorisant à tenir compte de simples intérêts créés par voie de possession prolongée. Pour accomplir cette fonction équitable, le Tribunal estima ne pouvoir tenir compte que d'avancées territoriales effectuées de bonne foi quand la ligne *uti possidetis* était incertaine. D'abord, l'équité s'accommode mal de mauvaise foi. Ensuite, les parties ayant demandé au Tribunal de statuer surtout en fonction du titre (ligne *uti possidetis*), on voit mal comment les arbitres auraient pu tenir compte d'avancées de mauvaise foi. Il eût alors sanctionné une violation flagrante de la ligne *uti possidetis* alors que sa mission première était de l'appliquer dans toute la mesure du possible. Peu de conclusions générales peuvent par conséquent être tirées de cette affaire tranchée sur des bases particulières.

127 RSA, vol. II, p. 1307 ss. Cf. E. ZOLLER, La bonne foi en droit international public, Paris 1977, p. 99-101. KOHLEN, Possession, p. 385.

128 RSA, vol. II, p. 1311.

129 *Ibid.*, p. 1359.

IV. L'autonomie de la prescription par rapport à d'autres concepts du droit international

La prescription telle que présentée, dominée non par des effets juridiques découlant automatiquement de conditions temporelles mais représentant une consolidation de titres dans le temps, est acceptée par la majorité des internationalistes¹³⁰. Or, cette prescription est-elle suffisamment autonome par rapport à d'autres notions juridiques proches? D'aucuns la considèrent superflue parce qu'elle n'ajouterait rien au principe d'effectivité¹³¹; qu'elle n'opérerait qu'en cas de reconnaissance explicite ou

130 Voir par exemple: F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2^e éd., t. I, Munich 1975, p. 365 s. G. DAHM, *Völkerrecht*, t. I, Stuttgart 1958, p. 593 ss. A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin 1984, p. 757 ss. R. MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2^e éd., Turin 1971, p. 410 s. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, 8^e éd., Milan 1962, p. 457. F.A. VON DER HEYDT, *Völkerrecht*, t. I, Cologne 1958, p. 252 ss. D. P. O'CONNELL, *International Law*, t. I, 2^e éd., Londres 1970, p. 422 ss. C. C. HYDE, *International Law - Chiefly As Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd., t. I, Boston 1947, p. 386 ss. G. SCHWARZENBERGER, «The Fundamental Principles of International Law», *RCADI*, vol. 87, 1955-I, p. 257 ss. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford 1998, p. 150 ss. JENNINGS, *Acquisition*, p. 23 ss. H. LAUTERPACHT, *Private*, p. 116 ss. OPPENHEIM, p. 705 ss. F. DESPAGNET, *Cours de droit international public*, 4^e éd., Paris 1910, p. 567. E. MENZEL, «Gebietswerb», in K. Strupp/H. J. Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, t. I, Berlin 1960, p. 620 s. S. VEROSTA, «Gebietshoheit und Gebietswerb im Völkerrecht», *Österreichische Juristenzeitung*, vol. 9, 1954, p. 241 ss. J. L. BRIERLY, *The Law of Nations*, 6^e éd., Oxford 1963, p. 167 ss. L. CAVARÉ, *Droit international public positif*, 3^e éd., t. II, Paris 1969, p. 692 s. M.P. STROHL, *The International Law of Bays*, La Haye 1963, p. 323 ss. N. HILL, *Claims to Territory in International Law and Relations*, Londres/New York/Toronto 1945, p. 156 ss. M. SAHOVIC/W. W. BISHOP, «The Authority of the State: Its Range with Respect to Persons and Places», in M. Sørensen (éd.), *Manual of Public International Law*, Londres/Melbourne/Toronto/New York 1968, p. 324. H. LAMMASCH, *Die Rechtskraft internationaler Schiedssprüche*, Kristiana 1913, p. 72 ss. *Contra*, par exemple ZIMMER, p. 58 ss, 66 s. A. CAVAGLIERI, «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, vol. 26, 1929-I, p. 405. K. STRUPP, «Les règles générales du droit de la paix», *RCADI*, vol. 47, 1934-I, p. 554. D. ANZILOTTI, *Cours de droit international public*, Paris 1929, p. 337. A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, t. II, Milan 1958, p. 603 ss. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5^e éd., Naples 1968, p. 715. J. COMBAU/S. SUR, *Droit international public*, Paris 1993, p. 409. Cf. aussi P. REUTER, *Droit international public*, 6^e éd., Paris 1983, p. 206. Selon le juge Alvarez, l'opération du principe est limitée à d'autres droits que ceux territoriaux, op. ind. ALVAREZ, affaire des *pêcheries norvégiennes*, CIJ, Recueil, 1951, p. 151. Pour la jurisprudence et la pratique étatique, voir BLUM, p. 20 ss; MÜLLER, *Vertrauensschutz*, p. 42 ss; SØRENSEN, *Prescription*, p. 152 s.; JOHNSON, *Acquisitive*, p. 340 ss; SCHNITZER, p. 92 ss; I. C. MCGIBBON, «The Scope of Acquiescence in International Law», *BYIL*, vol. 31, 1954, p. 154 ss.

131 R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5^e éd., Naples 1968, p. 715. CHARPENTIER, p. 157 s. ZIMMER, p. 66-8. Voir aussi J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris 1964, p. 231 s.

tacite¹³²; qu'elle se confondrait avec la formation d'une coutume particulière¹³³ surtout, enfin, qu'elle ne comporterait pas de différence spécifique par rapport à l'acquiescement et à l'estoppel¹³⁴. Parmi les innombrables exemples illustrant le rôle capital de l'acquiescement et de l'estoppel en matière de litiges territoriaux le *différend frontalier et territorial entre Dubai et Sharjah* (1981) est emblématique¹³⁵. L'État s'agissait d'apprécier les conséquences juridiques des actes de Dubaï face à l'inactivité et au silence du Sharjah. Le Tribunal invoqua l'absence de protestation du Sharjah et conclut à l'acquiescement: « *What appears decisive to the Court is not that the Sharjah did not assert its authority over an un-populated region by some positive action, but that it offered no opposition to the Government of Dubai treating the Al Mamzer peninsula as its own territory* »¹³⁶. Cette passivité eut des conséquences juridiques: « *The Court observes that there is a substantial body of case law which indicates that, when one State engages in activity, by means of which it seeks to acquire a right or to change an existing situation, a lack of reaction by another State at whose expense such activity is carried out, will result in the latter forfeiting the rights which it could have claimed* »¹³⁷. Quant aux délais de protestation, le Tribunal précise que: « *The State whose rights are threatened by the actions of another State does not necessarily have to make its protest as soon as it learns about the action giving rise to the complaint, but it must be made as soon as the State realizes that*

132 P. REUTER, *Droit international public*, 6^e éd., Paris 1983, p. 206.

133 PINO, p. 428 ss, 449. Les deux notions ne se confondent pas. La coutume peut avoir un objet juridique quelconque; la prescription vise l'établissement d'un titre sur un objet du fait d'une possession prolongée. La coutume est liée au processus de la création de règles alors que la prescription vise des droits subjectifs. La prescription est liée à l'idée de stabilité (*quieta non movere*); cette préoccupation est absente de la formation coutumière. Etc.

134 MÜLLER, *Vertrauensschutz*, p. 54 ss. La prescription acquisitive est souvent rapprochée de l'acquiescement et de l'estoppel, cf. G. SCHWARZENBERGER, « *The Fundamental Principles of International Law* », RCADI, vol. 87, 1955-I, p. 257 ss, 259: « *Its foundation [of the title by prescription] is acquiescence. [...] Acquiescence provides an alternative to recognition and, likewise, creates an estoppel* ». DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, p. 368. BLUM, p. 162. SPERDUTI, *Prescrizione*, p. 8. JENNINGS, *Acquisition*, p. 36 ss. A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin 1984, p. 758. A.O. CUKWURAH, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, Manchester 1967, p. 213 s. Cf. aussi la *Réplique du Royaume-Uni*, affaire des *pêcheries norvégiennes*, CIJ, *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1951, vol. II, p. 403, 601 ss, 648 ss; *ibid.*, vol. IV, p. 136, 376. Pour la Norvège, *ibid.*, vol. III, p. 484 ss; *ibid.*, vol. IV, p. 218 s. Plaidoirie P. Reuter (Cambodge), affaire du *Temple de Préah Vihear*, CIJ, *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1962, vol. II, p. 194 ss; *ibid.*, vol. I, p. 462 ss. Pour la Thaïlande, *ibid.*, vol. II, p. 294 ss. En jurisprudence, voir les affaires des *pêcheries norvégiennes*, du *Temple de Préah Vihear*, de la *souveraineté sur certaines parcelles frontalières*, des *Minquiers et Écréhous*, du *différend entre le Chili et l'Argentine* (précisions dans MÜLLER, *Vertrauensschutz*, p. 33 et BLUM, p. 20 ss).

135 ILR, vol. 91, p. 550 ss, p. 621-625. Sur cette affaire, cf. D.W. BOWETT, « *The Dubai/Sharjah Boundary Arbitration of 1981* », BYIL, vol. 65, 1994, p. 103 ss.

136 *Ibid.*, p. 622. Le Tribunal évoque ensuite les occasions où il y a eu absence d'opposition.

137 *Ibid.*, p. 622. Le Tribunal cite les affaires *Grisbadarna*, *Palmas*, *Pêcheries norvégiennes*, *Temple de Préah Vihear*.

these actions may be prejudicial to its rights»¹³⁸. En l'affaire du *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (1992), la Chambre de la Cour a estimé que l'acquiescement peut modifier une ligne résultant de l'*uti possidetis*¹³⁹.

Que penser des rapports entre l'acquiescement et la prescription? Le premier rend-il la deuxième superflue? Si l'acquiescement joue souvent un rôle moteur dans la consolidation graduelle de titres imparfaits, la prescription reste une notion juridique distincte. L'acquiescement rattache des conséquences au silence et à l'inactivité dans l'ordre juridique en général. La prescription porte quant à elle sur l'acquisition d'un titre lié à un bien ou à un objet, le plus souvent le territoire. De plus, la prescription se distingue par tous les autres facteurs s'ajoutant à la tolérance d'autrui avant de pouvoir conclure à l'acquisition d'un droit de type généralement «réel». C'est le cas notamment de l'effectivité, c'est-à-dire l'exercice de la puissance publique sur une partie du territoire.

Faut-il distinguer deux sortes de prescription internationale: une *prescription relative (ex patientia)* et une *prescription absolue (ex facto)*? Une modalité de prescrire, celle relative, découlerait de l'absence de réaction des ayant titre. L'acquiescement y jouerait un rôle primordial. Cette prescription constituerait une sanction des rapports entre les Etats intéressés. La prescription absolue obéirait à l'effectivité seule et écarterait toutes protestations impuissantes en définitive à modifier l'état de fait. Comme l'écrit Pinto, le fait tend à produire des effets juridiques même quand il est dépourvu de toute légitimité¹⁴⁰. Il faudrait ici l'écoulement d'un laps de temps considérable eu égard à la tare de l'établissement du fait *contra legem*. Une telle prescription ne pourrait être reconnue qu'au bénéfice de l'inévitable¹⁴¹. En faveur de cette prescription absolue, nourrie du poids grinçant de l'effectivité affranchie de tout tempérament, on a pu faire valoir l'inéluctable nécessité de ne pas maintenir le divorce du droit et du fait dans l'évolution historico-politique de la société

138 *Ibid.*, p. 624.

139 CIJ, Recueil, 1992, p. 408 s. Voir E. DECAUX, «Le différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)», AFDI, vol. 38, 1992, p. 412. Ce n'est que très rarement que le rôle de l'acquiescement a été contesté. Le juge Bedjaoui est allé en ce sens dans l'opinion jointe à l'affaire opposant la Guinée-Bissau au Sénégal: «Where the issue concerns a frontier - whether a maritime boundary or a land frontier - and one which is officially recognized as such, the requirements must necessarily be more strict because of the political importance of the operation. In any case, the establishment of a frontier must be the result of an agreement, and not be based on the fragile element of the absence of opposition on the part of one of the parties»: op. diss. BEDJAOUÏ, affaire relative à la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (1989), ILR, vol. 83, p. 81, § 70. Cette opinion ne trouve aucun appui dans la doctrine et dans la jurisprudence.

140 PINTO, p. 423 ss. Cf. aussi Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris 1970, p. 226-9, 318 ss.

141 Comme le disent A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, Berlin 1984, p. 760, l'application généralisée d'un tel principe équivaldrait à la négation du droit international («würde zur Aufhebung des Völkerrechts führen»).

internationale quand, inévitablement, une situation s'établit *sine spe revertendi* et fait partie de la vie internationale. En sens contraire, on a pu insister sur le fait que cent années d'usurpation ne valent pas une minute de possession légitime. La question est trop vaste pour être abordée ici. Qu'il suffise de dire que la doctrine de la prescription acquisitive est trop limitée pour porter sur ses épaules un problème qui la dépasse de loin : celui de la réaction sociale à l'agression militaire, à la politique de puissance, à l'annexion illicite, à la « *totalitarian lawlessness* ». Ce volet du droit exige l'intervention de l'Organisation mondiale, hier la SdN, aujourd'hui les Nations Unies, pour tenir compte de toutes les considérations contradictoires issues des graves tensions entre l'apaisement politique souhaité et la sanction inévitable de l'illégalité.

V. Conclusion

Dans la prescription acquisitive internationale, le facteur temps ne joue qu'un rôle effacé. Il n'est que le médium dans lequel les actes et omissions, les pétitions et résistances, des uns et des autres viennent se placer. C'est de l'ensemble de ces interactions que découle la prescription internationale, non d'un effet automatique lié à l'écoulement du temps. D'ailleurs, dans la prescription acquisitive de droit interne, le passage du temps n'a pas non plus à lui seul d'incidence juridique. Encore faut-il que certains événements aient eu lieu pendant ce temps, notamment la possession d'un côté et l'absence d'opposition de l'autre. Le droit international tend plus directement que le droit interne vers l'idée fondamentale située à la base de la prescription. Le voile du « délai » est percé ; le droit scrute directement, à nu, les comportements de fond justifiant l'extinction et la création de titres juridiques. C'est l'une des facettes du caractère plus phénoménologique, plus « réaliste », plus direct de l'ordre juridique international. Le formalisme et la distanciation ne peuvent être le fruit que d'une expérience juridique raffinée pendant des siècles. Le droit interne en a bénéficié. Le droit international est à la fois plus jeune et régit une société trop différente pour s'y aventurer. S'il emprunte à juste titre des concepts à l'expérience plusieurs fois séculaire du droit interne, il garde toujours cette marge d'autonomie reflétant ses exigences propres, qui en font l'incommensurable charme.

Bibliographie

- AUDINET E., « De la prescription acquisitive en droit international public », RGDIP, vol. 3, 1896, p. 313 ss.
 BARBERIS J. A., « La prescripción adquisitiva y la costumbre en el derecho internacional » Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, vol. 57, 1967, p. 233 ss.

- BASTID S., «Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice», *RCADI*, vol. 107, 1962-III, p. 435 ss.
- BLUM Y. Z., *Historic Titles in International Law*, La Haye 1965, p. 6 ss.
- BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford 1990, p. 153 ss.
- CHARPENTIER J., *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, 1956.
- DAHM G./DELBRÜCK J./WOLFRUM R., *Völkerrecht*, t. I/1, 2^e éd., Berlin/New York 1989, p. 365 ss.
- FAUCHILLE P., *Traité de droit international public*, tome I, partie 2, Paris 1925, p. 754 ss.
- JENNINGS R. Y., *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester/New York 1963, p. 20 ss.
- JOHNSON D. H. N., «Acquisitive Prescription in International Law», *BYIL*, vol. 27, 1950, p. 332 ss.
- «Consolidation as a Root of Title in International Law», *Cambridge Law Journal*, 1955, p. 215 ss.
- KOHN M., «*Utī possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice», *GYIL*, vol. 43, 2000, p. 253 ss.
- *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris 1997, p. 17 ss.
- LAUTERPACHT H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres 1927, p. 116 s.
- MENON P. K., «Title to Territory, Traditional Modes of Acquisition by States», *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 72, 1994, p. 13 ss.
- MÜLLER J. P., *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Cologne/Berlin 1971, p. 54 ss.
- OPPENHEIM L. (éd. par R. Y. Jennings et A. Watts), *International Law, Peace*, vol. I, 9^e éd., Londres 1992, p. 705 ss.
- OPPENHEIM L./LAUTERPACHT H., *International Law, Peace*, vol. I, 8^e éd., Londres 1955, p. 575 ss.
- PINTO R., «La prescription en droit international», *RCADI*, vol. 87, 1955-I, p. 391 ss.
- RALSTON H., «Prescription», *AJIL*, vol. 4, 1910, p. 133 ss.
- ROCHE A. G., *The Minquiers and Ecrehos Case*, thèse Genève 1959, p. 19 ss, 35 ss.
- SØRENSEN, M., «La prescription en droit international», *Acta Scandinavica Juris Gentium*, vol. 3, 1932, p. 145 ss.
- SANCHEZ RODRIGUEZ L. I., «L'*uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers», *RCADI*, vol. 263, 1997, p. 253 ss.
- SATOW M., «Die Ersitzung in der völkerrechtlichen Theorie und Praxis», *Internationales Recht und Diplomatie*, 1964, p. 72 ss.
- SCHNITZER A., *Staat und Gebietshoheit*, Zurich/Leipzig 1935, p. 87 ss.
- SHARMA S. P., *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, La Haye/Boston/Londres 1997, p. 107 ss.
- SPIRDUŢI G., «Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 44, 1961, p. 3 ss.
- SYMONIDES J., «Acquisitive Prescription in International Law», *Polish Yb.IL*, vol. 3, 1970, p. 111 ss.
- VERYKIOS P. A., *La prescription en droit international public*, Paris 1934.
- ZIMMER G., *Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation*, Schriften zum Völkerrecht, vol. 18, Berlin 1971, p. 46 ss.
- Voir aussi : FLEISCHHAUER C. A., «Prescription», *EPIL*, vol. 10, p. 327 ss.