

ACCORDS ET DÉSACCORDS
SUR LE RÔLE DE LA NOTIFICATION DANS LA FORMATION
DU DROIT INTERNATIONAL (ARRIGO CAVAGLIERI)

Alexis MARIE

Associé à l'IHEI

Maître de conférences à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Arrigo CAVAGLIERI

« Il decorso del tempo ed i suoi effetti
sui rapporti giuridici internazionali »
(1926)

« Règles générales du droit de la paix »
(1929)

Pas plus qu'un autre auteur Cavaglieri ne prétend que la notification est une source droit. Il en donne une définition qui est en effet peu ou prou celle sur laquelle chacun s'accorde : « [c]'est une déclaration officielle d'un Etat à l'adresse d'un autre ou de plusieurs autres Etats, par laquelle certains faits sont communiqués »¹. On est

¹ A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1929-I, pp. 310-585, p. 515. Cavaglieri (1880-1935) a enseigné à l'Institut des sciences sociales de Florence, à l'École des hautes études commerciales de Rome et a été titulaire de la chaire de droit international de l'Université de Naples. Co-directeur de la *Rivista di diritto internazionale* et membre de l'Institut de droit international, il a par ailleurs été membre du Conseil du contentieux diplomatique auprès du Ministère des affaires étrangères d'Italie. « [L']un des plus importants représentants du positivisme volontariste de la première moitié du XX^{ème} siècle » (R. KOLB, *Les cours généraux de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 1155 p., spéc. p. 22), sa pensée est évidemment très proche de celle de D. Anzilotti (v. d'ailleurs pour une présentation similaire bien que moins catégorique de la question développée ici : D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, LGDJ, Panthéon-Assas, Paris, 1999, 534 p., spéc. pp. 344, 346-347). Son article paru à la *Revue générale de droit international public* en 1911 peut à ce titre être lu comme l'exposé de ce que doit être – au début du XX^{ème} siècle – une méthodologie purement positiviste et rigoureusement volontariste et comme l'illustration du fait que la première qualité semble nécessairement impliquer la seconde : CAVAGLIERI, « La conception positive de la société internationale », *RGDIP*, 1911, pp. 259-292. Quant à la problématique des actes juridiques, Cavaglieri est l'auteur d'un manuel où, à l'instar d'autres auteurs italiens, il opère une distinction fertile entre l'étude des « sources » et celle des

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

donc à première vue loin du thème des sources du droit. Il ajoute toutefois que « [l]e but de la notification est de provoquer une réaction juridiquement importante »² tout en postulant que cette dernière peut consister en un simple silence. L'auteur attribue alors à la notification certaines vertus dans la formation informelle des rapports de droit international dans la mesure où, selon lui, c'est elle qui est la condition de la valeur juridique du silence étatique en tant que consentement tacite (ou acquiescement). Cette idée, exposée à l'Académie de La Haye de 1929 au sein du premier cours général à y avoir été dispensé, est plus longuement développée dans une étude publiée trois années plus tôt à la *Rivista di Diritto internazionale* intitulée « Il decorso del tempo ed i suoi effetti sui rapporti giuridici internazionali »³. Cavaglieri s'attache à y démontrer que les effets de droit attribués par certains auteurs à l'écoulement du temps peuvent être mieux expliqués s'ils sont attribués au silence ou à l'accord qu'il contribue à former avec la notification qui l'a rendu pertinent⁴. Il commence par démontrer que le droit international n'attribue aucun effet à l'écoulement du temps, qu'il ne le prend pas en compte en tant que fait juridique. En d'autres termes, selon l'auteur, le droit international ne connaît pas de prescription acquisitive ou extinctive. Il nie l'existence du mécanisme en droit international en raison de l'absence de délai préalablement établi dans la mesure où il est la condition *sine qua non* de l'existence de toute règle de prescription. Il ajoute par ailleurs que :

« [...] l'opinion du plus grand nombre d'écrivains, selon laquelle la prescription se justifie parce qu'elle est indispensable à la stabilité de l'ordre international, à la paix de la société des Etats, a une

« rapports juridiques » ou des « faits juridiques » au sein de laquelle figurent des développements essentiels relatifs aux notions de faits juridiques (licites et illicites) et d'actes juridiques (« *negozi* » et « *atti* »), *Corso di diritto internazionale*, Rondonella Alfredo, Naples, 1934, 582 p. (spéc. pp. 451-460 pour la question des rapports entre la notification et le silence).

² A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », cours préc., p. 515.

³ A. CAVAGLIERI, « Il decorso del tempo ed i suoi effetti sui rapporti giuridici internazionali », *RDI*, 1926, pp. 169-204 ; « Règles générales du droit de la paix », cours préc., spéc. pp. 512-515.

⁴ S'agissant de la prescription acquisitive, l'auteur répond ici principalement à P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, II, partie 2, pp. 754-763 ; K. STRUPP, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, 4^{ème} éd., Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1928, 340 p., spéc. p. 95 et s'agissant de la prescription extinctive : J.H. RALSTON, « Prescription », *AJIL*, 1910, pp. 133-144, spéc. pp. 141-143 ; N. POLITIS, « La prescription libératoire en droit international », *RDISDP*, 1925, pp. 3-13 ; N. POLITIS et Ch. DE VISSCHER, « Projet de résolution relative à la prescription libératoire en droit international public », *Ann. IDI*, 1925, pp. 1-49.

LE RÔLE DE LA NOTIFICATION (A. CAVAGLIERI)

valeur purement rationnelle et ne peut pas suffire à prouver la base juridique positive de cette institution »⁵.

A cela, Cavaglieri préfère donc une explication fondée sur le silence étatique. Celle-ci est par ailleurs assumée comme étant volontariste⁶. L'auteur prend en effet soin de distinguer les deux mécanismes en fonction de l'événement – écoulement du temps ou silence prolongé d'un Etat – auquel l'effet de droit est attribué et voit dans ces reconnaissances et renoncements tacites des actes juridiques, des « manifestations tacites de volonté »⁷. Il qualifie toutefois son explication de « modérée » par rapport à deux thèses qu'il rejette⁸.

⁵ A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », cours préc., p. 407. V. aussi « Il decorso del tempo... », art. préc., pp. 172-184. V. aussi : « ils [les auteurs] font une confusion entre l'opportunité de la prescription, les raisons abstraites qui sont en sa faveur et sa reconnaissance positive par la volonté collective des Etats. Ils croient l'avoir justifiée lorsqu'ils ont dit que, si la réglementation de la prescription ne peut pas être déterminée d'une manière uniforme, le principe en est inhérent à la nature des choses et essentiel à l'existence des sociétés » alors qu'« [...] il est absolument impossible de tirer de la pratique internationale des règles de droit général, dont on puisse déduire soit la légitimation positive de la prescription, soit la fixation du délai nécessaire pour que la possession matérielle d'un certain territoire se change en droit absolu et définitif de souveraineté. Les délais chronologiques, indiqués par plusieurs auteurs, sont absolument arbitraires. Or, à notre avis, la notion de la prescription acquisitive est inséparable de la détermination du délai qui entraîne l'acquisition de la souveraineté territoriale », cours préc., pp. 405-406.

⁶ Dans son cours, Cavaglieri expose sa présentation lors de développements relatifs à la forme des actes juridiques. Après avoir affirmé qu'« [...] aucun principe juridique n'empêche que la déclaration de volonté soit faite seulement en forme orale, ou que la manifestation de volonté des Etats ait lieu sans aucune déclaration expresse de leur part », il regroupe au sein des manifestations tacites celle qui sont matérialisées par des « faits matériels » – *i.e.* « l'exécution de certains actes auxquels le droit donne une signification précise et univoque » et « le simple silence » qui « peut avoir la valeur et les effets juridiques d'un consentement », *ibid.*, p. 512.

⁷ V. par ex. ses propos sur la reconnaissance : « [o]n dit souvent que la reconnaissance remplace dans le droit international la prescription, avec laquelle on la confond. [...] Il n'est pourtant pas exact de dire que la reconnaissance remplace la prescription, car celle-ci établit automatiquement la légitimation définitive d'une certaine situation par la simple raison qu'un certain délai s'est écoulé depuis sa formation matérielle, tandis que dans la reconnaissance, ce n'est pas l'effet du temps, mais la volonté manifestée par la reconnaissance qui, avec le concours du temps, change les situations de fait en situations juridiques », cours préc., p. 516. V. aussi ses propos sur la distinction entre la prescription extinctive et la renonciation à un titre territorial, *ibid.*, p. 406 et « Il decorso del tempo... », art. préc., spéc. p. 184. Cette précision préfigure certains débats (et certaines incompréhensions) relatifs à la production « instantanée » d'un effet attribué à un comportement qui ne peut, lui, être évaluée que par une certaine durée, v. par ex. les propos de Sir G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954 : General Principles and Sources of Law », *BYBIL*, 1953, pp. 1-70, spéc. p. 30 ; Ph. CAHIER, « Le comportement des Etats comme source droits et d'obligations », *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 237-265, spéc. pp. 259-260 et encore J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », 1965, pp. 389-427, spéc. pp. 404-405.

⁸ Ce caractère « modéré » pourrait à première vue surprendre de la part d'un auteur qui n'a jamais renoncé à tirer les conclusions les plus radicales des explications volontaristes qu'il défend, fût-ce au dépend de leurs conséquences pratiques (v. sur ce point, R. KOLB, *Les cours généraux de droit international public*, *op. cit.*, spéc. pp. 21 et 24). On le verra, pour ce qui nous intéresse ici, cette voie modérée traduit au contraire la rigueur d'analyse d'un auteur qui s'attache à systématiser le droit

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

Il s'oppose d'abord à une vision qu'il juge excessive consistant à voir dans l'adage « *qui tacet consentire videtur* » un principe à valeur générale ; vision où le « silence d'un Etat à propos d'un fait concernant ses prétentions et intérêts doit toujours être interprété comme une renonciation, comme la reconnaissance tacite du fait d'autrui »⁹. S'il s'accorde ensuite avec ceux qui considèrent que « [...] la valeur juridique du silence ne peut être établie que d'après l'appréciation des [...] situations de fait dans lesquelles il se réalise », il refuse néanmoins la conclusion selon laquelle sa valeur serait toujours contingente¹⁰. Cette voie modérée est exprimée par le principe « *qui tacet consentire videtur* » limité par l'adjonction « *dum loqui potuit ac debuit* » : « [l]e silence aura la valeur juridique d'un consentement tacite lorsque l'Etat qui l'observe aurait pu et dû parler pour éviter certaines conséquences juridiques »¹¹.

Cavaglieri s'inscrit donc dans le courant selon lequel seul un silence « qualifié » au regard d'éléments concrets peut recevoir une pertinence légale. Il s'agit alors pour lui de donner un contenu précis à cette « possibilité » et à ce « devoir » de réagir. C'est ainsi que, en dehors de l'hypothèse d'une règle conventionnelle ou coutumière consacrant expressément la valeur du silence¹², il lie cette dernière à l'existence d'une notification et à son caractère obligatoire ou facultatif. Dans une première hypothèse, « [s]i la notification diplomatique d'un certain fait est obligatoire, le silence gardé vis-à-vis de cette déclaration entraîne [...] *de jure* l'abandon de toute prétention contraire ». En cas de notification facultative, l'auteur écrit que « [...] le silence ne peut pas avoir la valeur absolue, la signification précise qu'il a dans le cas de la notification obligatoire ». Cette fois :

positif sans le dénaturer mais, il est vrai, sans non plus anticiper les évolutions de la société dont il régit et appréhende les rapports.

⁹ A. CAVAGLIERI, cours préc., p. 513 et art. préc., pp. 185-188.

¹⁰ Sur cette thèse v. par ex. les objections ultérieures de A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1960, 180 p., spéc. pp. 138-139.

¹¹ A. CAVAGLIERI, cours préc., p. 513.

¹² L'auteur donne comme exemple de règle coutumière universelle, celle qui érige le silence de l'Etat nouveau en un « [...] consentement tacite de se soumettre aux principes de droit général en vigueur dans la société internationale », cours préc., p. 514. Selon l'auteur « [i]l paraît [...] raisonnable d'interpréter le silence du nouvel Etat, au moment de son admission dans la communauté internationale, comme une manifestation décisive de sa volonté de se considérer comme lié par le droit qui la gouverne. Sa soumission à ce droit est ainsi le résultat d'une acceptation volontaire et non pas d'une imposition qui manquerait de toute justification au point de vue que nous croyons le seul conciliable avec la nature des rapports juridiques internationaux », *ibid.*, p. 338.

LE RÔLE DE LA NOTIFICATION (A. CAVAGLIERI)

« [L]e défaut de réaction [...] aurait l'effet plus modéré mais encore très important de créer, à la charge de l'Etat qui a gardé le silence, une présomption de reconnaissance, d'abandon des prétentions contraires, sur laquelle l'Etat notifiant aurait le droit de compter ».

Reste alors l'hypothèse où il n'existe pas de notification : celle qu'il qualifie de « fait notoire ». Selon Cavaglieri : « [L]e silence n'a ici à lui seul aucune valeur de manifestation de volonté. Il peut l'avoir seulement s'il est appuyé sur d'autres éléments de preuve »¹³.

Il ressort de ce triptyque construit à partir de l'existence ou non d'une notification et de son caractère obligatoire ou facultatif, un système de présomption réfragable ou irréfragable d'acquiescement. Si l'étude de la pratique permet effectivement de retenir une vision « modérée » de la valeur du silence – c'est-à-dire dépendante d'un « devoir » et d'une « possibilité » de réagir – elle ne consacre pas ce système de présomptions pourtant *a priori* séduisant. Quelles que soient les critiques qu'on peut lui opposer, cette présentation a toutefois le grand mérite de tenter une systématisation de la matière en proposant des formules précises. C'est d'ailleurs elle qui sera par la suite souvent citée en illustration des théories volontaristes relatives au rôle du silence dans la formation des rapports de droit dont le caractère fictif est dénoncé¹⁴ et à partir des défauts de laquelle les explications concurrentes les plus convaincantes se construiront. Les débats qu'elle a suscités cristallisent ainsi – autant qu'ils caricaturent – les désaccords quant à la formation consensuelle des rapports de droit international et au rôle des actes unilatéraux. Ce seul constat justifie de revenir sur la logique intrinsèque de ce système de présomptions. Celui-ci révèle d'abord l'idée que l'existence du « devoir de réagir » d'un Etat dépend de la prise en compte de son intérêt à la faire (I). Il révèle ensuite l'importance de la connaissance comme condition de la « possibilité de réagir » (II).

I. OBLIGATION DE NOTIFICATION, INTÉRÊT ET DEVOIR DE RÉACTION

L'affirmation selon laquelle, chez Cavaglieri, le devoir de réagir trouve sa raison d'être dans l'intérêt des Etats doit avant tout être justifiée. L'auteur fonde sa présentation sur l'étude de dispositions conventionnelles qui exigent une notification dans le but de mettre les tiers en position de faire valoir leur droit. Il prend comme exemple

¹³ A. CAVAGLIERI, cours préc., respectivement, pp. 513 et 514.

¹⁴ V. entre autres J. BENTZ, « Le silence comme manifestation de volonté », *RGDIP*, 1963, pp. 44-91.