

LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA COUTUME CHEZ GRIGORY TUNKIN

Jessica TORDEUR
Doctorante à l'IHEI

Grigory TUNKIN
« Co-existence and International Law » (1958)

Dans son cours de 1958 à l'Académie de La Haye, intitulé « Co-existence and International Law », Grigory Tunkin¹ ne consacre, au sein de son chapitre traitant de la création des normes de droit international général, qu'une demi-page à la question du traité, considérant certainement que ce sujet ne pose guère de difficulté. Il dédie, en revanche, une douzaine de pages à la question de la coutume, estimant qu'il s'agit là d'un des problèmes les plus importants et les plus complexes², sans doute parce qu'il analyse la solution du problème du droit international coutumier comme déterminant en grande partie le concept de droit international tout entier³. La question de l'essence des normes de droit international est l'objet de divergences considérables en doctrine, notamment quant à la question de savoir si le consentement de l'Etat tient une place dans la formation ou dans l'opposabilité des normes coutumières. Les

¹ Grigory Ivanovich Tunkin (1906-1993) est un juriste international soviétique ayant exercé d'importantes fonctions diplomatiques et académiques. Chef du Département juridique du Ministère des affaires étrangères de l'URSS (1952-1965), il a également dirigé les délégations soviétiques au sein de conférences internationales majeures : première et seconde Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer (1958 et 1960), Conférence sur l'Antarctique (1959), Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1961). Il devient membre de la Commission du droit international des Nations Unies (1957-1966) qu'il préside en 1961. Il exerce, en parallèle de ses fonctions diplomatiques, une carrière académique par intermittence jusqu'en 1965, époque à laquelle il quitte le Ministère des affaires étrangères. A partir de 1965, il se consacre à sa carrière académique et devient professeur de droit international à l'Université de Moscou. Il fonde, en 1957, la *Soviet Association of International Law* (devenue *Russian Association of International Law*) qu'il préside jusqu'à sa mort.

² G. TUNKIN, *Droit international public – Problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965, p. 76.

³ G. TUNKIN, « Co-existence and International Law », *RCADI*, 1958, vol. 95, p. 9.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

réponses apportées par Tunkin sont dictées par un certain pragmatisme puisqu'elles visent à protéger les intérêts soviétiques.

Alors que le droit international était en disgrâce pendant la période de la seconde guerre mondiale et que l'Union soviétique sortait d'une période marquée par un certain nihilisme juridique, Tunkin est parvenu à réhabiliter le droit international comme instrument majeur de la politique étrangère de son pays et a restitué à la coutume sa place, aux côtés du traité, comme source principale du droit international.

Au début du XX^{ème} siècle, l'Union soviétique, partisane de l'idéologie marxiste-léniniste, se trouve politiquement isolée dans les relations internationales. Elle craint alors que, dans une collectivité internationale largement acquise à l'idéologie capitaliste, la coutume soit utilisée comme instrument politique à son détriment. En tant que nouvel Etat, l'Union soviétique refuse alors de reconnaître le caractère obligatoire de ces normes formées avant sa naissance et forgées par la pratique des grandes puissances capitalistes. Pendant la Guerre froide, elle a dû résister aux tentatives de ces dernières de lui imposer des solutions politiques ou juridiques non conformes à ses intérêts (notamment au sein du Conseil de sécurité de l'ONU). Sa situation d'isolement politique a inspiré à l'Union soviétique une certaine méfiance à l'égard de la coutume et l'a inclinée à lui préférer le traité⁴. En effet, celui-ci repose sur un accord explicite de volontés et lui permet donc de protéger ses intérêts en approuvant expressément le contenu de chaque instrument.

La doctrine soviétique s'est efforcée de construire une théorie du droit international, en général, et de la coutume, en particulier, propre à soutenir les objectifs immédiats de la politique étrangère de l'URSS. Nouant de plus en plus de relations diplomatiques avec d'autres Etats, l'Union soviétique abandonne sa politique de négation systématique du droit coutumier existant, au profit d'une approche sélective des règles coutumières. Désormais, elle semble prête à reconnaître des règles coutumières – même préexistantes – susceptibles de servir également ses intérêts. Le monde est alors divisé entre deux systèmes socio-économiques opposés et on assiste à un affrontement entre les politiques étrangères des Etats socialistes et capitalistes. Chacun de ces systèmes marque de son empreinte le droit international qui

⁴ V. par exemple J. KOROVINE, *Droit international de la période transitoire*, Moscou, 1924, pp. 25-26 (en russe), cité in J. MALENOVSKY, « Evolution des opinions doctrinales sur la coutume internationale dans les pays socialistes », *RBDI*, 1989-2, p. 310 ; S. KRYLOV, « Les notions principales du droit des gens : la doctrine soviétique du droit international », *RCADI*, 1947, vol. 70, spéc. pp. 441-443.

LA CONCEPTION VOLONTARISTE DE LA COUTUME CHEZ GRIGORY TUNKIN

devient l'enjeu et le terrain d'une lutte d'influence entre eux. L'URSS veut désormais peser dans la formation des normes coutumières de droit international tout en préservant ses intérêts vitaux. Ce revirement à l'égard du droit coutumier donne alors l'impulsion à la formulation de la première théorie socialiste de la coutume internationale par Tunkin, théorie selon laquelle la force obligatoire du droit coutumier repose sur un accord tacite entre Etats (I) obtenu à l'issue d'un processus de coordination des volontés étatiques (II). Conceptualisée dans les années 1956-1958⁵, elle est devenue la théorie dominante dans le droit international soviétique.

I. LA COUTUME, ACCORD TACITE ENTRE ETATS

Reprenant largement la doctrine volontariste antérieure, Tunkin construit toute sa théorie du droit coutumier autour de la volonté de l'Etat. Celle-ci apparaît nécessaire tant à la formation de la norme coutumière (A) qu'à l'opposabilité de celle-ci (B).

A. Accord de volontés et formation de la norme coutumière

Les théories relatives à la coutume peuvent être divisées en deux courants doctrinaux principaux : l'un considère que les normes coutumières de droit international se forment indépendamment de la volonté des Etats⁶ ; l'autre estime que ces normes ont la même base légale que les normes conventionnelles et résultent de la volonté des Etats⁷.

La pensée de Tunkin est largement inspirée de la théorie, déjà ancienne, de « l'accord tacite » (*tacitum pactum*). Cette doctrine reposait sur le fait que le droit international régissait les rapports entre des Etats souverains. La conclusion logique de cette constatation était qu'il n'existait qu'un seul moyen susceptible de créer des normes capables de lier de tels sujets de droit : l'accord de leurs volontés⁸.

⁵ V. G. TUNKIN, *Fundamentals of Contemporary International Law*, Moscou, 1956 (en russe) ; G. TUNKIN, « Forty Years of Coexistence and International Law », *Soviet Yearbook of International Law*, 1958, pp. 15-42.

⁶ V. par ex. G. SCHELLE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, vol. 46, spéc. pp. 428 et s. ; H. LAUTERPACHT, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1937, vol. 62, pp. 157 et s.

⁷ Ce courant doctrinal trouve son expression dans un célèbre arrêt de la Cour permanente de Justice internationale : « le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit [...] » (CPJI, *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, *Rec. série A n°10*, p. 18). Cet *obiter dictum*, quoique critiqué, est très largement utilisé par la doctrine volontariste à l'appui de sa construction théorique.

⁸ V. par exemple H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, spéc. pp. 90-103 ; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. 1, Rome, 1928, pp. 43, 63, etc. ; L. OPPENHEIM,