

ÉVOLUTION DES OPINIONS DOCTRINALES SUR LA COUTUME INTERNATIONALE DANS LES PAYS SOCIALISTES

PAR

Jiří MALENOVSKÝ

INTRODUCTION

Les questions liées à la formation et à l'existence des règles coutumières appartiennent aux problèmes les plus complexes de la théorie du droit international. Elles constituent, pour ainsi dire, un ensemble d'équations à plusieurs inconnues, lequel ne laisse pas d'attirer, telle une pierre de touche, de nombreux juristes. En effet, ils peuvent s'y essayer à trouver une solution définitive à ce que personne jusqu'ici n'a réussi à résoudre : il s'agit en effet de substituer des données exactes aux inconnues de toutes les équations pour avoir une réponse logique et exhaustive à toutes les incertitudes existantes.

Tantôt la collaboration créative, tantôt la concurrence âpre des spécialistes en la matière ont donné le jour à d'innombrables réflexions, théories et critiques de théories. Et, pratiquement, nous ne pouvons y déceler qu'un seul point de référence commun : elles se rapportent à la coutume internationale... Presque chaque oeuvre importante comporte l'analyse des opinions doctrinales antérieures qui servent, en même temps, à l'auteur de source d'inspiration. Cependant, dans certains cas, la valeur représentative des opinions utilisées se trouve infirmée par les références trop rares à la doctrine du droit international dans les pays socialistes.

Les causes en sont multiples. Sans doute, se heurte-t-on, entre autres, à la « barrière linguistique ». Étant donné qu'une grande partie des travaux théoriques en provenance des pays socialistes — soit qu'ils portent sur le droit international en général ou bien sur la coutume internationale en particulier — paraissent exclusivement dans la langue maternelle de l'auteur, leur contenu reste difficilement accessible à un spécialiste d'un pays occidental. Par conséquent, celui-ci se contente, dans la plupart des cas, d'un nombre restreint d'ouvrages publiés, par des auteurs des pays socialistes, en

anglais (1) ou en français (2) et qu'il présente comme un échantillon suffisant des opinions doctrinales dans les pays socialistes en matière de droit international. Ceci est encore corroboré par l'idée communément partagée que, dans ces pays, les opinions doctrinales sur la coutume internationale sont uniformisées et interchangeable à tel point que l'on peut les illustrer, sans trop de risques, en recourant à une seule oeuvre d'un auteur socialiste contemporain de renommée mondiale.

Une telle approche scientifique laisse à désirer. Car de cette façon restent inaperçues des opinions plus anciennes, celles, en particulier, de la période qui s'étale depuis la naissance de l'Union soviétique jusqu'à la moitié des années 1950. De plus, dans les pays socialistes, la dernière décennie a vu une diversification notable des opinions sur la coutume internationale. Autrement dit, la légitimité et la pertinence d'une généralisation se basant sur un seul ouvrage ou un nombre limité d'ouvrages sont à contester. En aucun cas, une généralisation de la sorte ne saurait donner suite à une analyse historique de l'évolution des opinions sur la coutume internationale dans les pays socialistes, une évolution de près de trois quarts de siècle.

Dans la littérature occidentale, seuls les auteurs capables de franchir la barrière linguistique ont consacré quelques travaux laconiques à l'étude de ces opinions. Pour la plupart, il s'agissait d'articles concernant exclusivement l'évolution des opinions doctrinales soviétiques (3). Le rétrécissement de l'objet de l'analyse à la doctrine jouit, en matière de coutume internationale, d'une position dominante. Celle-ci se trouve étayée, entre autres, par des effectifs de spécialistes beaucoup plus importants et, partant, par la possibilité d'une spécialisation plus poussée que dans les autres pays socialistes. Déterminante se révèle, d'autre part, la position de l'Union soviétique en tant que grande puissance à l'intérieur de l'actuelle communauté internationale : en effet, l'intérêt qu'elle porte au problème de la coutume internationale est de qualité différente en comparaison avec les autres pays socialistes dont l'importance internationale reste moindre. Par ailleurs, la doctrine soviétique a dans la domaine du droit international une tradition plus que septuagénaire. Enfin, les résultats des recherches de cette doctrine exercent une forte influence sur la science du droit international dans les autres pays socialistes, alors que l'influence inverse est généralement moins visible — entre autres aussi à cause d'un accès linguistique difficile aux littératures nationales respectives. Néanmoins, il serait erroné de négliger les

(1) En particulier K. WOLFKE : *Custom in Present International Law*. Wrocklaw, 1964 ; G. I. TUNKIN : « Remarks on the Judicial Nature of Customary Norms of International Law ». *49 Calif. L. Rev.*, 1961, pp. 419-430.

(2) P. ex. G. I. TUNKIN : *Droit international public. Problèmes théoriques*. Paris, 1965.

(3) Cf. surtout J. F. TRISKA, R. M. SLUSSER : « Treaties and Other Sources of Order in International Relations : The Soviet View ». 52, *A.J.I.L.*, 1958, pp. 699-726 ; R. J. ERICKSON : « Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law ». 7 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1975, pp. 148-168.

théories de la coutume internationale qui existent dans les autres pays socialistes, car elles apportent parfois des vues assez différentes de celles des auteurs soviétiques. Ce sont ces lacunes-là que le présent article se propose de combler, au moins d'une façon partielle.

La problématique de la coutume fait partie des questions fondamentales de la théorie du droit international. Toutefois, une certaine méfiance des pays socialistes, motivée politiquement et idéologiquement, vis-à-vis de la coutume internationale a freiné pendant de longues années l'étude du problème, si bien que l'on y prêtait une attention moindre que dans les pays occidentaux. Ce fait se reflète, d'une manière éloquentes dans les manuels de droit international publiés dans les pays socialistes — même récemment. L'exposé de la coutume y tient souvent une place très réduite, ce qui empêche de dépasser le cadre des thèses générales et d'aborder l'explication des paradoxes liés à la génération et à l'existence des règles coutumières. Ainsi le manuel soviétique datant de 1960, rédigé par *D. B. Lévine* et *G. P. Kalioujnaïa*, consacre à la coutume seulement 11 lignes (4) ; la 5^e édition, en 1987, du manuel complété sous la rédaction de *F. I. Kojevnikov* expédie le problème en moins d'une page (5), de même qu'un autre manuel paru en 1978 sous la rédaction de *G. V. Ignatienko* et de *D. D. Ostapenko* (6). Les manuels tchécoslovaques de droit international (7) dédient à la coutume respectivement deux et trois pages. Rarement trouve-t-on des manuels traitant de la coutume de manière plus détaillée. Un manuel publié en R.D.A. en 1973 accorde au problème huit pages (8) et le manuel polonais de *W. Góralczyk* datant de 1983 même neuf pages (9).

Des opinions plus détaillées sur la coutume internationale se trouvent plutôt dans les travaux d'un cercle assez restreint de spécialistes dont, cependant, le nombre s'est accru sensiblement dans les années 70 et 80. L'étendue et la forme prépondérantes de ces travaux sont celles de simples articles, alors que dans les monographies, la question de la coutume n'est généralement incorporée que dans le cadre d'un autre problème, plus vaste. Les monographies consacrées exclusivement à la coutume internationale restent jusqu'ici une exception (10).

(4) *Droit international* (en russe). Moscou, 1960, p. 31.

(5) *Droit international* (en russe). Moscou, 1987, p. 31.

(6) *Droit international* (en russe). Moscou, 1978, p. 69.

(7) V. OUTRATA : *Droit international public* (en tchèque). Prague, 1960, pp. 25-27 ; M. POTOČNÝ : *Droit international public* (en tchèque). Prague, 1978, pp. 57-60.

(8) *Völkerrecht Lehrbuch*, Teil I, Berlin, 1973, pp. 258-265.

(9) W. GÓRALCZYK : *Le précis du droit international public*. Varsovie, 1983, pp. 96-105 (en polonais).

(10) K. WOLFKE, *supra*, note 1. La première monographie soviétique consacrée exclusivement à la coutume internationale n'a paru qu'en 1988 ; G. M. DANILENKO : *Coutume dans le droit international contemporain* (en russe). Moscou, 1988.

I. — L'ÉVOLUTION DES OPINIONS DOCTRINALES
DEPUIS 1917 JUSQU'AU XX^e CONGRÈS DU P.C.U.S.

La Russie soviétique et l'Union soviétique sont entrées dans la communauté internationale au début du 20^e siècle en tant qu'États qui faisaient valoir, dans leur politique étrangère, l'idéologie marxiste-léniniste, fondamentalement différente des idéologies caractérisant les autres pays. L'antagonisme entre l'État socialiste et l'ensemble des pays capitalistes entraîna directement l'isolement politique de l'Union soviétique à l'intérieur de la communauté internationale d'alors et s'exprima par des tentations de supprimer le jeune État au moyen d'interventions armées.

Les États capitalistes justifiaient leur politique d'isolement de l'Union soviétique entre autres par des raisons de droit (11). Le droit en vigueur considéré comme le standard général à l'intérieur de la communauté internationale de l'époque et qui prenait forme des règles coutumières, servait par conséquent d'instrument politique utilisé au détriment de l'État soviétique. Ce fait eut une répercussion logique. L'Union soviétique refusa, pour sa part, le caractère obligatoire de ces règles qui s'étaient formées avant sa naissance dans la pratique des pays capitalistes, qui ne respectaient ni ses besoins ni ses intérêts et dont elle ne pouvait unilatéralement obtenir la modification. Dans cette situation d'encerclement et d'isolement politique, elle ne pouvait accepter qu'une seule forme de droit international susceptible de protéger ses propres intérêts, à savoir le traité international équilibré en tant que « seul pont neutre » entre elle et le reste du monde (12).

Dans cette première période de l'existence de l'Union soviétique, ses théoriciens soumis à la pression des exigences sociales et politiques, cherchaient, en matière de droit international, des solutions qui puissent étayer des objectifs immédiats et concrets de la politique étrangère de leur pays. Il ne leur restait que trop peu d'espace pour formuler des conceptions stratégiques, à long terme ; par contre, la demande politique visait plutôt des idées capables d'appuyer des objectifs de nature tactique.

Conformément à cette tendance, l'un des premiers représentants renommés de la théorie soviétique de droit international, *J. A. Korovine*, a attribué à la coutume, dans sa vision du droit international de la « période transitoire », seulement un rôle auxiliaire. Ainsi, il a mis l'accent sur la position privilégiée du traité international (13). Toutefois, cette conception ne constituait aucunement une rupture totale avec la tradition doctrinale

(11) M. VIRALLY : « Panorama du droit international contemporain ». *R.C.A.D.I.*, 1983/V, pp. 178-179.

(12) J. F. TRISKA, R. M. SLUSSER, *supra*, note 3, p. 703.

(13) J. A. KOROVINE : *Droit international de la période transitoire*. Moscou, 1924, pp. 25-26 (en russe).

russe. Car, au 19^e siècle déjà, la majorité des savants russes préféraient le traité international à la coutume (14). Il faut y voir sans doute le reflet spirituel de la place réelle que la Russie tsariste occupait dans la communauté internationale de l'époque : il s'agissait d'une grande puissance, néanmoins économiquement en retard sur les grandes puissances de l'Europe occidentale. Par conséquent, ses capacités d'influer activement sur le contenu du droit coutumier étaient limitées ; par contre, elle pouvait mieux s'imposer, en tant que grande puissance, par l'intermédiaire des traités internationaux.

Après une courte période initiale, l'Union soviétique se trouva, dans la réalisation de sa politique étrangère, aux prises avec des problèmes pratiques liés avant tout à l'existence des relations diplomatiques avec d'autres Etats. Le droit diplomatique faisait partie des règles coutumières formées avant son apparition ; cependant, le respect réciproque de ces règles — l'inviolabilité des agents diplomatiques par exemple — se montrait conforme à ses propres intérêts. La doctrine soviétique du droit international a pu absorber ce changement tout aussi rapidement parce qu'elle devait fournir prioritairement des appuis aux objectifs immédiats de la politique étrangère de l'Etat, comme nous l'avons déjà constaté. Cela s'est fait néanmoins au prix d'une certaine perturbation de la continuité d'opinions dans le temps.

A. Sabanine (15) d'abord et J. B. Pachoukanis (16) ensuite ont reformulé partiellement les idées de Korovine en rendant à la coutume sa place irremplaçable, quoique non primordiale, parmi les sources du droit international. J. B. Pachoukanis estima le refus du droit coutumier dangereux pour la pratique diplomatique soviétique. L'idée centrale de la politique étrangère soviétique devint ainsi non une négation totale du droit coutumier en vigueur, mais bien une approche sélective des règles coutumières prises une à une. Autrement dit, l'Union soviétique se montrait prête à accepter et à respecter les règles qui étaient susceptibles de protéger également ses propres intérêts. Cette prise de position de l'Union soviétique, objectivement conditionnée par sa situation d'encerclement au milieu de pays capitalistes, a donné une impulsion initiale à la naissance de l'une des constantes de la théorie soviétique de la coutume internationale selon laquelle la force obligatoire du droit coutumier prend sa source dans un accord tacite (*lacitum pactum*) entre Etats.

Maints auteurs soviétiques évaluaient les sources du droit international surtout sous l'optique des traits spécifiques de la politique étrangère de l'Union soviétique et de sa position. Ils tenaient beaucoup moins compte de

(14) D. B. LÉVINE : *Doctrine du droit international en Russie de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècles*, Moscou, 1982, p. 95 (en russe).

(15) A. SABANINE : *Premier manuel soviétique du droit international*. Mejdounarodnaïa jizn, 1925/2 (en russe).

(16) J. B. PACHOUKANIS : *Essais en droit international*, Moscou, 1935 (en russe).

la qualité des sources mêmes ou de la théorie générale du droit international. Le courant doctrinal reflétant fidèlement la ligne pratique de la politique étrangère de l'Union soviétique n'a pas perdu d'adhérents après la 2^e guerre mondiale. Citons, à preuve, les paroles de *S. B. Krylov* en 1947 à l'Académie de droit international de La Haye : « ... l'État soviétique préfère être guidé par les normes d'un traité... plutôt que se référer à la coutume internationale recelant beaucoup de points indécis... La coutume internationale n'a pas la même importance que le traité international pour l'Union soviétique bien qu'il soit hors de doute que celle-ci la reconnaît pour les questions d'ordre général .. » (17).

Le processus conduisant à une plus large acceptation de la conception réaliste de *J. B. Pachoukanis* par la doctrine soviétique du droit international fut interrompu par la critique violente de sa personne et de ses idées que *A. J. Vychinski* déclencha dans la seconde moitié des années 30. La manière dont on procéda, à ce moment trouble de l'histoire soviétique, mit la confusion dans le front doctrinal soviétique vu qu'« il était difficile de déterminer en quoi ses théories se montraient défectueuses », et que, par conséquent « il était aussi bien difficile de développer de nouvelles théories, différentes, qui fussent acceptables » (18). D'ailleurs, *A. J. Vychinski* ne put donner une conception originale des sources du droit international. Il se contenta de souligner le rôle du traité tout en niant l'importance de la coutume (19). Son attitude extrémiste ne put résister à l'épreuve de la réalité internationale. Dans la doctrine soviétique, des opinions plus réalistes commencèrent à s'imposer progressivement à l'initiative de *F. I. Kojevnikov* qui, en 1940 déjà, écrivait : « Sans regarder l'incertitude, l'instabilité et le caractère relatif de la coutume internationale il serait erroné de sous-estimer, voire d'ignorer son importance en tant que source du droit régissant les relations internationales » (20).

A côté du courant pragmatique qui utilisait comme critère pour l'évaluation des sources du droit international des intérêts politiques momentanés de l'Union soviétique, la doctrine soviétique laissait encore le champ libre à un autre courant. Celui-ci avait eu pour origine une extrapolation douteuse des intérêts politiques temporaires que l'on avait transposés dans la sphère de la théorie du droit international. En effet, au début de son existence, l'Union soviétique refusait la plupart des règles coutumières surtout pour leur contenu impérialiste et non pour leur forme. Or, d'aucuns ont interprété ce fait de façon inexacte — en déniaut à la coutume la qualité

(17) *S. B. KRYLOV* : « Les notions principales du droit des gens — La doctrine soviétique du droit international ». *R.C.A.D.I.*, 1947/1, pp. 437 et 441.

(18) *J. F. TRISKA*, *R. M. SLUSSER*, *supra*, note 3, p. 707.

(19) *A. J. VYCHINSKI* : *Droit international et organisation internationale*. *Sovietskoïe gosou-darstvo i pravo (S.G.I.P.)*, 1948/1, p. 22 (en russe).

(20) *F. I. KOJEVNIKOV* : *Sur la question de la notion du droit international*. *S.G.I.P.*, 1940/2, p. 101 (en russe).

de source véritable du droit international. Ils l'ont taxée de « vétuste » et « conservatrice », de génératrice de « normes à valeur diminuée ». Selon eux, la coutume ne constitue la source formelle que « d'un nombre restreint de normes de droit international ». Capable de ne régir que des « relations secondaires », elle est « vouée à disparaître » (21).

La sous-estimation, en théorie, de la coutume internationale n'apparaît, ni par le passé, ni présentement, comme un phénomène isolé dans la doctrine soviétique, bien qu'elle puisse souvent sembler peu adéquate, voire aberrante, à la lumière des intérêts actuels de la politique étrangère de l'Union soviétique et qu'elle puisse conduire à une impasse. Typiques sont, à ce propos, les opinions de P. P. Loukine qui, dans sa monographie parue en 1960, en arrive à la conclusion prématurée que la progression de la codification du droit international fera perdre à la coutume son importance, comme cela s'est produit dans le droit interne. Au dire de l'auteur, la coutume n'aurait même pas la même valeur juridique que le traité international, car la norme coutumière ne saurait déroger à la norme conventionnelle, alors qu'à l'inverse la codification est de règle (22). Non moins sceptique se révèle le jugement qu'a porté plus tard, au sujet de la coutume internationale, M. I. Lazarev. Lui aussi est convaincu que dans le droit international contemporain, la coutume perd sensiblement de son importance. La coutume, à son avis, fait le jeu de la réaction politique à laquelle elle laisse les coudées franches. Les règles coutumières se situent quelque part entre la pratique unilatérale des États, qui reflète souvent leurs attitudes extrémistes, et les règles conventionnelles bien équilibrées (23).

Notre brève analyse centrée sur l'évolution des opinions doctrinales dans les pays socialistes pendant les quatre premières décennies — jusqu'au XX^e Congrès du P.C.U.s. — nous amène à un certain nombre de conclusions intermédiaires. Cette étape est caractérisée par plusieurs *traits accusés* :

1. Les opinions sont formulées exclusivement par des théoriciens soviétiques, alors que les auteurs provenant des autres États de démocratie populaire n'interviennent pas encore d'une façon remarquable dans la discussion.

2. Ces opinions sont caractérisées par une certaine discontinuité découlant du fait que les théoriciens s'étaient trop orientés à défendre les intérêts concrets de la politique étrangère de l'Union soviétique dans le domaine du droit international. Or, ces intérêts ont subi des métamorphoses multiples tout au long des quatre décennies mentionnées. La discontinuité a été

(21) Pour une récapitulation critique de telles opinions, cf. G. M. DANILENKO, *supra*, note 10, pp. 45-47.

(22) P. P. LOUKINE : *Sources du droit international*. Moscou, 1960, pp. 82, 88, 102-103 (en russe).

(23) M. I. LAZAREV : « International Legal Custom at a Contemporary Stage ». *Indian Journal of International Law*, vol. 19, 1979, pp. 511-513.

encore accentuée par l'instabilité de la situation intérieure en Union soviétique dans la seconde moitié des années 30 et par la persécution de certains représentants de la doctrine soviétique du droit international.

3. Les tentatives visant soit à isoler l'Union soviétique à l'intérieur de la communauté internationale, soit à lui imposer des valeurs juridiques nées de la pratique des pays non-socialistes ont conduit cet Etat à refuser une partie considérable des règles coutumières formées avant sa naissance et à préférer le droit conventionnel. Il est logique que la coutume internationale, considérée comme la source « de second ordre », n'attirait pas l'intérêt des savants. En fait, cette période n'a pas créé les conditions nécessaires pour formuler une théorie socialiste de la coutume internationale. Les spécialistes soviétiques se contentaient seulement de porter des observations générales sur son rôle et sa position dans le droit international.

4. Le droit coutumier est la forme typique du droit international général. Le refus des normes coutumières, parfois en bloc, mais le plus souvent sélectif, a abouti forcément soit à la remise en question de l'existence ou de la valeur du droit international général, soit au flottement quant à son contenu, tel que le définissaient les représentants de la doctrine soviétique du droit international. La méfiance envers la notion de droit international général était sensible notamment au cours des premières années de l'existence de l'Union soviétique (cf. les travaux de *J. A. Korovine*) (24).

5. Durant la période allant jusqu'au XX^e Congrès du P.C.U.s. se sont formées les bases des idées constantes de la théorie ultérieure de la coutume internationale — en particulier l'explication consensualiste de sa genèse ; la théorie apparaissait comme un instrument efficace de la protection juridique des intérêts internationaux de l'Union soviétique face aux pressions politiques exercées par les pays capitalistes. Les ouvrages théoriques de l'époque soulignent également à maintes reprises la distinction entre les sources matérielles — extra-juridiques — et formelles — manifestations extérieures — du droit international qui influencent les unes les autres dialectiquement (*S. B. Krylov, J. A. Korovine, V. I. Lissovski* et autres) (25).

En ce sens, les auteurs soviétiques ont renoué, quoique dans un autre contexte politique et idéologique, avec la doctrine des théoriciens russes du XIX^e siècle (26). La vue limitant l'étude de la coutume internationale au seul aspect formel (*P. P. Loukine*) (27) n'a pas pu s'imposer de façon marquante ni au cours de la période concernée, ni plus tard.

(24) R. A. MIOULLERSON : « L'origine et le développement de la doctrine socialiste du droit international. En l'honneur de G. I. Tunkin octogénaire ». *Annuaire soviétique du droit international*, 1986, Moscou, 1987, p. 109 (en russe).

(25) J. F. TRISKA, R. M. SLUSSER, *supra*, note 3, pp. 709, 714 et 716.

(26) D. B. LÉVINE, *supra*, note 14, pp. 87-88.

(27) P. P. LOUKINE, *supra*, note 22, p. 4.

II. — LES PREMIÈRES THÉORIES DE LA COUTUME INTERNATIONALE DANS LES PAYS SOCIALISTES

Le XX^e Congrès du P.C.U.s. en 1956 a marqué un tournant dans le développement de la société soviétique. Il a récusé le culte de la personnalité comme étranger au marxisme-léninisme en relâchant la rigide centralisation du système et en modérant ses effets bureaucratICO-administratifs. Par là, il a libéré l'espace nécessaire au développement des sciences humaines, y compris le droit international. Les thèses de Lénine sur la coexistence pacifique des Etats à systèmes socio-économiques différents ont donné une puissante impulsion à l'élaboration des idées nouvelles de la doctrine socialiste du droit international. Selon N. S. Krouchtchev, la coexistence pacifique suppose « la non-ingérence dans les affaires intérieures, la reconnaissance de la souveraineté, la renonciation aux guerres et la sauvegarde de la paix » (28). L'une des garanties les plus importantes de la coexistence pacifique est devenue le droit international. « Certaines normes de droit international doivent exister à notre époque qui connaît deux systèmes sociaux. Ces normes sont indispensables pour éviter, dans les relations entre les pays, un faux pas susceptible de se révéler fatal » (29). La pensée que nous venons de citer illustre la complète réhabilitation de cette partie des normes de droit international qui régissent les relations entre les Etats à systèmes sociaux différents, donc du droit international général. Ainsi la doctrine soviétique s'appuie sur la thèse selon laquelle la coexistence pacifique suppose la solution des questions litigieuses par voie d'accords. Par conséquent, les normes du droit international général se créent par voie d'accords entre les Etats.

Considérant que non seulement le traité, mais aussi la coutume constituaient les sources du droit international général, la doctrine des pays socialistes a approfondi considérablement son intérêt pour la coutume par rapport à la période précédente. Par là ont été créées des conditions préalables à la formulation d'une théorie socialiste de la coutume internationale.

A. — *La théorie de G. I. Tunkin.*

C'est à *G. I. Tunkin* que l'histoire a assigné la place privilégiée de créateur de la théorie du droit international fondée sur le principe politique de la coexistence pacifique. Et, conjointement, il est devenu aussi le créateur de la première théorie de la coutume internationale dans les pays socia-

(28) Cf. *Pravda*, 10 septembre 1961.

(29) N. S. KROUCHTCHEV : *Sur la politique extérieure de l'Union soviétique*. 1960, t. 1, Moscou, 1961, p. 603 (en russe).

listes. Ses idées ont influencé profondément toute une génération de juristes dans les pays socialistes et elles ont été aussi largement publiées dans des pays non-socialistes.

1. *Exposé de la théorie de G. I. Tunkin*

G. I. Tunkin construit sa théorie sur un fondement commun aux deux sources principales du droit international, à savoir le fait que les normes de ce droit, conventionnelles ou coutumières, résultent d'un accord entre Etats. Aussi leur champ d'application est-il fonction de la participation des Etats à un accord clairement exprimé (traité) ou tacite (coutume) (30). Il considère le problème de la coutume dans le droit international comme l'un des plus importants et des plus complexes (31).

La norme coutumière de droit international suppose avant tout une pratique générale. La règle de conduite résultant de la pratique générale doit néanmoins être acceptée ou reconnue par les Etats comme juridiquement obligatoire. Cette reconnaissance ou acceptation par un Etat est l'expression de sa volonté, de son consentement. En conséquence, c'est dans l'accord entre Etats qu'il faut rechercher l'essence du processus de création par voie coutumière de la norme de droit international (32). Pour qu'il y ait accord, et, partant, formation d'une règle de droit international, il n'est nullement nécessaire que les volontés des Etats participants soient identiques et fusionnent en une volonté unique. Les volontés des Etats socialistes et capitalistes ne sont pas identiques et ne peuvent se fondre en une volonté unique, mais sont concertées et visent à conférer à une règle déterminée la qualité de norme juridique. L'accord conclu pour créer une norme suppose que les volontés des Etats se conditionnent. Les volontés doivent être concordantes et dépendre les unes des autres. Ce sont là deux traits essentiels de l'accord en tant que mode de création des règles de droit international (33).

La position de la majorité des Etats, et avant tout la position des grandes puissances, exerce une influence décisive sur le processus de formation des normes du droit international général. Mais là, il s'agit de la situation de fait. En droit cependant, les volontés des divers Etats, quant à ce processus, sont équivalentes. Il en découle que dans les relations internationales, la majorité des Etats ne peut créer des normes obligatoires pour les autres. La volonté des Etats est soumise à un certain déterminisme. Sous la pression des circonstances, différents Etats sont contraints la plupart du temps à considérer certaines normes comme obligatoires : celles précisément

(30) G. I. TUNKIN, *supra*, note 2, p. 89.

(31) *Ibid.*, p. 76.

(32) *Ibid.*, pp. 79-80.

(33) *Ibid.*, pp. 133-134.

que l'écrasante majorité des Etats ont reconnues. Mais cette situation de fait ne doit pas être confondue avec la situation juridique (34).

Les nouveaux Etats ont la faculté de ne pas reconnaître telle ou telle norme coutumière du droit international général. Cependant, l'entrée en relations officielles sans réserve avec d'autres pays signifie que l'Etat nouveau accepte un ensemble de normes du droit international en vigueur (35).

Le processus de création des normes coutumières se confond avec celui de la lutte et de la coopération des Etats. Chaque Etat s'efforce de consacrer en qualité de normes de conduite des règles conformes à ses intérêts (36). Cependant Tunkin comprend tout le processus en relation avec une autre de ses thèses, à savoir que l'accroissement continu du système socialiste et de toutes les autres forces de paix ouvre des perspectives à une évolution progressive du droit international et à la victoire des principes prônés par le socialisme (37).

Le processus de formation des normes coutumières comprend, selon Tunkin, deux étapes successives : l'établissement d'un usage sans force obligatoire et la reconnaissance par les Etats de cet usage comme juridiquement obligatoire. Cette reconnaissance met un point final au processus de formation. Les éléments de répétition, de continuité et le facteur temps (la durée) de la pratique ne suffisent à donner naissance à une norme coutumière. Ils ne font que témoigner de l'existence d'un usage (38).

La règle coutumière peut naître de la pratique d'un nombre limité d'Etats. Une fois reconnue en qualité de norme juridique, elle peut ne disposer que d'une sphère d'application limitée. Au fur et à mesure de sa reconnaissance par d'autres Etats, son champ s'étend progressivement et la transforme en norme généralement admise. La reconnaissance de telle ou telle norme coutumière par un nombre important d'Etats peut présupposer la reconnaissance générale de cette norme sans en préjuger définitivement. Pour Tunkin, il est impossible, dans la plupart des cas, de savoir avec une précision mathématique si une norme coutumière a été reconnue par tous les Etats sans exception (39).

L'affirmation que le traité et la coutume sont d'essence commune — représentant tous les deux un accord entre Etats sur la reconnaissance d'une certaine règle en tant que norme de droit international — permet à Tunkin d'établir des analogies très étroites entre les deux sources. Non seulement la coutume, mais avant tout le traité est pour lui la source du droit international général. Il constate que la primauté du traité dans le dévelop-

(34) *Ibid.*, p. 87.

(35) *Ibid.*, p. 87.

(36) *Ibid.*, p. 76.

(37) *Ibid.*, p. 166.

(38) *Ibid.*, pp. 76-79.

(39) *Ibid.*, pp. 84 et 87.

pement du droit international est un phénomène relativement récent. Malgré cela, la coutume y joue encore un rôle important. Les normes conventionnelles et coutumières possèdent sur le plan juridique la même force obligatoire. En principe, on peut modifier la norme issue d'un traité par voie coutumière et inversement. Il est très fréquent qu'un traité modifie la coutume. A l'inverse, les exemples où la coutume modifierait une règle contenue dans un traité sont relativement rares. L'interaction du traité et de la coutume produit parfois les normes en quelque sorte mixtes, à la fois coutumières et conventionnelles (40).

2. *Apport de la théorie de G. I. Tunkin*

L'oeuvre de G. I. Tunkin peut être considérée comme tout à fait exceptionnelle. Il est non seulement le créateur de la première théorie complexe du droit international dans les pays socialistes. Sa théorie possède une telle cohésion, une telle qualité qu'elle a pu être comparée aux théories concurrentes, formulées dans les pays non-socialistes, qui avaient pour elles l'avantage d'une tradition beaucoup plus enracinée. Dans son effort, Tunkin est même parvenu à émanciper le droit international en lui faisant assumer le rôle d'instrument irremplaçable et important de la politique étrangère de l'Union soviétique. Ce n'était décidément pas chose aisée, car l'on venait de quitter, dans le monde entier pendant la deuxième guerre mondiale, une période de dégradation du droit international et, en U.R.S.S. une ère marquée par le dogmatisme et un certain nihilisme juridique (41).

La théorie de Tunkin a suscité une vive discussion, aussi bien à l'Est qu'à l'Ouest. Elle a contribué ainsi d'une façon significative au développement de la science juridique au moment de la détente internationale et de l'intégration croissante de la communauté internationale. La théorie de Tunkin a réhabilité non seulement le droit international général et la coutume comme sa source importante.

La théorie de Tunkin de la coutume internationale se formulait sur l'arrière-fond des changements politiques profonds survenus dans la communauté internationale. Elle reflète la conscience qu'a l'Union soviétique de sa position de grande puissance après sa sortie victorieuse de la 2^e guerre mondiale. « Le plus puissant Etat des temps modernes, l'Union soviétique, apparaît comme un grand facteur de paix et de coexistence pacifique » (42). L'U.R.S.S. est de plus en plus intéressée au renforcement de sa position et à la stabilisation de ses relations avec l'étranger (43). En conséquence, la théorie de Tunkin renonce à soutenir, sur son premier plan, des intérêts et

(40) *Ibid.*, pp. 89, 91-94.

(41) *Ibid.*, p. 17. Cf. aussi F. A. KOJEVNIKOV : *Etat soviétique et le droit international*. Moscou, 1948, pp. 20, 25, 255 (en russe).

(42) G. I. TUNKIN, *supra*, note 2, p. 21.

(43) M. VIRALLY, *supra*, note 11, p. 179.

des objectifs politiques et tactiques de courte durée de l'Union soviétique et de l'ensemble des pays socialistes ; au contraire, elle cherche surtout à doter d'un cadre la réalisation du but stratégique global qu'est la victoire du socialisme à l'échelle mondiale dans les conditions de la coexistence pacifique. L'accent porté sur le fondement consensuel de la coutume internationale traduit en même temps les expériences négatives de l'U.R.S.S. durant la période de la guerre froide, où elle a dû faire face aux tentatives de lui imposer des solutions politiques et juridiques inacceptables, par exemple au sein du Conseil de Sécurité de l'O.N.U. La condition de l'acceptation ou de la reconnaissance de la force obligatoire des règles coutumières constitue en effet une barrière juridique sûre pour la défense de ses intérêts vitaux.

La théorie de la coutume internationale selon Tunkin apparaît en même temps comme synthèse d'idées juridiques antérieures dont une partie s'y intègrent sous forme de leur négation totale, d'autres y sont incorporées et développées d'une façon affirmative et, enfin, d'autres passées par le tamis de sa critique sont partiellement modifiées. En particulier, Tunkin marque sa rupture d'avec les idées de Vychinski dont les points de départ théoriques — la nature du droit international, les relations entre ce droit et la politique extérieure, la définition de la souveraineté, etc. — étaient, dans la plupart des cas, diamétralement opposés. Elle renie également certaines opinions antérieures qui, en Union soviétique, contestaient l'existence du droit international général et la place importante qu'y tenait la coutume.

Positive, bien que se situant sur une autre base idéologique, se révèle l'attitude de Tunkin envers les conclusions de la doctrine russe de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle en ce qui concerne la primauté du traité dans le système des sources du droit international, ainsi que la théorie des sources matérielles et formelles. Il renoue, en ces deux points, également avec les idées de certains théoriciens soviétiques du droit international de l'avant-guerre (voir *supra*).

La théorie de Tunkin puise aussi son inspiration dans les idées doctrinales du monde non-socialiste, de vieille date ou récente. La conception de la coutume internationale comme résultat d'un *tacitum pactum* entre États avait été en effet développée par toute une gamme d'anciens auteurs du droit international — Grotius, Rachel, Bynkershoek, Wolff, de Vattel et autres (44). Cependant Tunkin reproche à la théorie consensualiste bourgeoise son approche formaliste et dogmatique (45). Il critique notamment l'assertion selon laquelle l'accord entre les États est le résultat d'une concordance de leurs volontés donnant naissance à une volonté commune. Cette conception s'avère, à son avis, inconsistante en présence d'États appartenant à deux systèmes opposés (46).

(44) Ch. ROUSSEAU : *Droit international public*, T. I, Paris, 1970, p. 311.

(45) G. I. TUNKIN : *Lutte idéologique et le droit international*. Moscou, 1967, p. 33 (en russe).

(46) G. I. TUNKIN, *supra*, note 2, pp. 132-133.

La théorie de la coutume internationale selon Tunkin a été enfin influencée par la foi optimiste dans l'avenir facile des conventions de codification qui s'est largement répandue après le succès des conférences de codification à la fin des années 50 et au cours de la décennie suivante. Cet optimisme a entraîné l'évaluation du rôle du traité international en qualité de source principale du droit international général et primaire dans le développement progressif du droit international. L'appréciation que nous venons de citer s'est trouvée renforcée par la thèse de l'existence d'un fondement consensuel commun du traité et de la coutume. La manifestation des volontés concordantes exprimée dans le texte du traité est explicite et claire. Voilà pourquoi la forme conventionnelle apparaît, conformément à cette thèse, d'une qualité juridique supérieure à la forme coutumière où l'accord s'exprime d'une façon non écrite, tacite. Voyons, à ce propos, un auteur tchécoslovaque, V. Outrata : « ... à l'étape de la coexistence des deux systèmes... la formation des normes de droit international général nécessite surtout la formulation exacte et le consensus clairement exprimé des Etats égaux en droit » (47).

B. — La théorie de K. Wolfke

Peu de temps après G. I. Tunkin, le juriste polonais K. Wolfke est intervenu dans le débat avec sa monographie « *Custom in Present International Law* » (48). Il élaborera aussi une théorie intégrale de la coutume internationale, cependant basée sur des principes différents. Tandis que Tunkin avait pris pour éléments de base la philosophie marxiste-léniniste et la conception politico-juridique de la coexistence pacifique, K. Wolfke a conçu sa théorie avant tout à partir d'une analyse approfondie de la pratique juridictionnelle des organes internationaux. Ce point de départ a conditionné fortement sa façon de considérer la coutume internationale. Wolfke renonce presque à l'envisager sous l'aspect de processus de formation de la norme juridique, il ne songe même pas à essayer de préciser le moment de naissance de la norme coutumière. Seul lui semble pertinent le devoir du juge ou de l'arbitre chargés d'établir et de prouver qu'une certaine norme coutumière existe ou non au moment critique (49). Comme fil conducteur de la théorie de K. Wolfke apparaît donc la problématique liée à la constatation de l'existence ou de l'inexistence de normes coutumières. Ainsi, à la différence de la théorie de Tunkin, elle vise moins la « recherche de base », que la « recherche appliquée ».

K. Wolfke voit même sous l'optique précisée ci-dessus l'aspect matériel et subjectif de la coutume internationale. En toute logique, il prête attention à l'élément subjectif, plus difficilement identifiable. Il adhère à la concep-

(47) V. OUTRATA, *supra*, note 7, p. 26.

(48) K. WOLFKE, *supra*, note 1.

(49) *Ibid.*, pp. 60-61.

tion consensualiste : « Puisque la pratique crée ce que l'on pourrait désigner comme matière première de la coutume, seul le fait d'acceptation lui confère la nature de droit » (50). D'une manière réaliste, il évalue les possibilités limitées de l'autorité juridictionnelle : « Seul un nombre restreint de faits et de facteurs participant à la génération coutumière peut servir de preuve .. » (51). Ayant soumis à l'analyse la pratique de la C.P.J.I. et de la C.I.J., Wolfke affirme que ces organes renonçaient, en règle générale, à la preuve positive de l'acceptation pour se contenter d'une simple absence de protestation contre une certaine pratique (52). Conformément à cette conclusion, il caractérise l'élément subjectif comme élément de « l'acceptation présumée ». En cela, ses idées coïncident de fait avec celles de Tunkin. Les possibilités limitées des autorités juridictionnelles en matière de preuves ne permettent pas, d'après Wolfke, de concevoir l'élément subjectif comme « conviction de l'obligation juridique ». L'auteur polonais soumet une telle affirmation à une âpre critique en la qualifiant de « subjective, invérifiable dans la pratique et non conforme à la certitude juridique requise » (53).

Malgré leur fondement consensuel commun, les théories de Wolfke et de Tunkin diffèrent sur certains points. Wolfke assigne à la coutume internationale un rôle plus important. Il tient pour prématurée l'affirmation que le rythme accéléré et la complexité croissante de la vie internationale auraient fait perdre au droit coutumier son ancienne portée. Au contraire, il considère que ce droit plus souple peut mieux s'adapter aux nouvelles conditions (54). D'autre part, il souligne le caractère autonome de la coutume par rapport au traité, en refusant la fiction qui consisterait à réduire l'essence de la norme coutumière au simple accord tacite entre États (55). Toutefois, l'approche consensualiste, qui leur est commune, amène Wolfke à confirmer l'idée de Tunkin concernant l'existence des règles mixtes du droit international, lesquelles ont une origine en partie coutumière, en partie conventionnelle. Il considère les règles mixtes comme formant une nouvelle catégorie de normes de droit international. La conclusion qui s'ensuit va jusqu'à mettre en doute la pertinence des sources strictement formelles : « ... le problème de la classification des normes en droit international a, en tout cas, moins d'importance qu'il ne puisse sembler de prime abord. Il importe avant tout d'établir le contenu et le degré de validité de la norme .. » (56).

(50) *Ibid.*, pp. 51-52.

(51) *Ibid.*, p. 115.

(52) *Ibid.*, pp. 120-129.

(53) *Ibid.*, p. 54.

(54) *Ibid.*, p. 10.

(55) *Ibid.*, pp. 101-103, 161.

(56) *Ibid.*, pp. 104-109.

Malgré des concordances et similitudes, les théories de Tunkin et Wolfke diffèrent par leurs qualités. Le premier a pris en considération, en tant que composantes essentielles de sa théorie, les sources matérielles du droit coutumier qui en conditionnent le dynamisme. Ainsi, Tunkin a formulé une théorie idéologiquement engagée. Par contre, K. Wolfke envisage et évalue la coutume internationale surtout comme un phénomène juridique statique et cela avec le « regard impartial » d'un juge qui doit en établir et prouver l'existence. D'une certaine façon, sa théorie apparaît donc idéologiquement « neutre », comme l'impartialité du juge l'exige. Elle illustre une tentative de formuler une théorie de la coutume internationale qui ait une valeur universelle. Aussi est-elle abondamment citée même par des auteurs occidentaux. C'est là son point fort, mais en même temps son point faible, car il faut se demander si une telle théorie est capable d'intégrer toute la gamme des intérêts opposés que les États de la communauté internationale contemporaine tentent d'imposer dans leur pratique.

III. — OPINIONS DOCTRINALES DANS LES ANNÉES 70 ET 80

A. — *Changement dans les relations internationales*

Au cours des deux dernières décennies, dans les pays socialistes se sont formulées des opinions doctrinales qui reflètent les facteurs nouveaux existant dans les relations internationales et les changements profonds survenus à l'intérieur de la communauté internationale. Plus tard même, ces opinions subissent l'influence d'une nouvelle évaluation idéologique de certains aspects des relations internationales que ces changements ont entraînée dans les pays socialistes. Ces transformations se sont produites en partie déjà dans la deuxième moitié des années 50 et durant les années 60 ; toutefois, à cette époque, elles se sont développées avec une intensité suffisante pour que la théorie de Tunkin pût les intégrer pleinement.

Grande puissance de premier ordre, l'Union soviétique élargit son activité, concentrée jusque là avant tout sur les sphères militaire et politique, et pénètre dans d'autres branches des relations internationales. Son action commence à créer de nouveaux modèles de conduite dans les domaines non régis ou seulement partiellement réglementés auparavant par le droit international (l'exploration de l'espace extra-atmosphérique ou de l'Antarctique) ; ailleurs cette action conditionne l'achèvement des changements en cours de la réglementation existante (par exemple le droit de la mer).

Ayant réussi à éliminer l'avance des États-Unis dans l'armement nucléaire, l'Union soviétique a établi un équilibre de forces durable. Cet état de fait a favorisé non seulement la conclusion de conventions et d'accords sur le désarmement, mais encore la stabilisation de la pratique des

États évolués, aussi bien capitalistes que socialistes. Le processus de décolonisation a transformé profondément la communauté internationale en élargissant considérablement le nombre d'États. Les pays en voie de développement cessent d'en être des spectateurs passifs. Ayant coordonné leurs objectifs principaux sur le plan de la politique, de l'économie et de l'idéologie, ils exercent une influence remarquable sur la formation du droit international.

La seconde moitié des années 80 voit les pays socialistes modifier substantiellement leur acception de la politique de coexistence pacifique. L'accent — mis jusqu'alors plutôt sur le caractère antagoniste de l'époque, d'où une certaine dramatisation de la lutte des forces antagonistes — se déplace maintenant vers l'affirmation de l'unité du monde, vers les rapports de réciprocité et d'interdépendance. Cette appréciation exprime une nouvelle façon de considérer la relation entre le national et l'humain : les intérêts nationaux ne peuvent plus prévaloir sur les intérêts de l'humanité entière (57). Ainsi, dans les pays socialistes, le champ libre s'ouvre pour une conception modifiée de la souveraineté et un prestige notablement accru des organisations internationales dont le développement et l'influence grandissante témoignent sans aucun doute de l'unité toujours plus affirmée de la communauté internationale. La doctrine du droit international subit par ailleurs l'influence du concept de « maison européenne commune » qui souligne entre autres les « traditions européennes créées par l'histoire » (58), donc aussi la pratique coutumière des États européens, telle qu'elle s'était formée et fixée par le passé.

Les faits indiqués ont trouvé naturellement leur écho également dans l'évaluation modifiée de la coutume internationale par la doctrine dans les pays socialistes. Cependant d'autres circonstances y ont encore contribué. L'optimisme, un peu exagéré, d'une bonne partie des juristes, et pas seulement dans les pays socialistes, qui avaient cru aux perspectives claires de la codification du droit international, a cédé la place à une vue plus sobre, plus réaliste. En effet, plusieurs tentatives de donner une forme conventionnelle à des pratiques coutumières s'étaient révélées sans succès ou bien en étaient restées au point mort. D'autres travaux préparatoires avaient bien pu déboucher sur la signature de conventions. Celles-ci, toutefois, ont été ratifiées par un nombre négligeable d'États ; peu d'États y ont accédé par la suite. Les conventions de codification n'étaient pas en mesure de recueillir, pour la plupart, le droit coutumier correspondant dans toute son étendue, ni de reproduire son contenu avec toute l'exactitude souhaitable. Par ailleurs, les opinions doctrinales dans les pays socialistes se développaient du fait que les États-Unis et un certain nombre de pays capitalistes ne sont

(57) Cf. le discours du ministre des affaires étrangères de l'U.R.S.S. à la 42^e session de l'Assemblée générale de l'O.N.U., le 23 septembre 1987.

(58) Cf. la déclaration commune de l'U.R.S.S. et de la R.F.A. du 13 juin 1989.

pas devenus parties à certaines conventions de codification importantes. Enfin, la doctrine dans les pays socialistes a pu trouver une source d'inspiration même dans la pratique juridictionnelle récente de la C.I.J. qui s'est occupée des questions de la coutume internationale fréquemment, et souvent de façon assez détaillée (cf. les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* ou celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*).

B. — Influence de ces facteurs nouveaux

Ces changements et facteurs nouveaux n'entraient que peu à peu dans les relations internationales. Voilà pourquoi dans les pays socialistes, au cours des années 70 et 80, seulement quelques auteurs — et non la totalité — les ont intégrés. En conséquence, au sujet de la coutume internationale, les opinions doctrinales des deux dernières décennies se distinguent dans ces pays par une diversité plus grande en comparaison avec la période précédente. Les différences existent non seulement entre les opinions antérieures et celles publiées plus tard, mais également entre les opinions formulées quasi simultanément. Cela tient au fait que, jugeant différemment l'influence des changements et des facteurs nouveaux, les auteurs en ont tenu compte d'une façon inégale dans leurs conceptions respectives.

L'ensemble des changements et facteurs mentionnés a renforcé une fois de plus la réputation de la coutume internationale dans la doctrine du droit international dans les pays socialistes. Les opinions des juristes soviétiques de la première moitié des années 70 laissent transparaître encore souvent un certain scepticisme vis-à-vis de la coutume : comparées aux traités, les normes coutumières font preuve, selon eux, de leur imperfection (V. M. Chourchalov, F. N. Kovalev) (59). Ce scepticisme est partagé par d'autres auteurs originaires des pays socialistes. Citons la Hongroise H. Bokor-Szegö : « Dans la pratique internationale de notre époque le rôle du droit international a... diminué, allant de pair avec la croissance de l'importance des traités internationaux » (60). Selon le Roumain G. Moca, le rôle de la coutume « a diminué par rapport au traité, qui constitue la source primordiale du droit international » (61).

Cependant, au cours des années suivantes, c'est justement cette conception du rapport entre le traité et la coutume — envisagé comme rapport de

(59) V. M. CHOURCHALOV : *Relations de droit international*. Moscou, 1971, p. 23 (en russe) ; F. N. KOVALEV : *Changement fondamental des circonstances*. S.G.I.P., 1970/3, p. 73 (en russe).

(60) H. BOKOR-SZEGÖ : « Le rôle du droit coutumier dans le droit international contemporain ». *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, t. 15 (3-4), 1973, p. 301.

(61) G. MOCA : « La notion et l'importance de la coutume internationale dans le processus d'instauration de nouvelles relations entre les Etats ». *Revue roumaine d'études internationales*. IX^e année, 3(29), 1975, p. 244.

concurrence — qui devient cible de la critique. I. I. Loukachouk refuse cet aspect concurrentiel en disant : « Particulièrement inacceptables sont les théories basées sur l'opposition d'une sorte de norme à l'autre. Il faut partir de la constatation que chaque sorte de normes possède non seulement des défauts, mais aussi des qualités lui consentant un champ d'application inaccessible à l'autre sorte. Les deux espèces de normes ne sont aptes à assurer un nombre toujours croissant de fonctions dans le mécanisme de régulation de droit international qu'à condition de leur interaction » (62). L'opinion de G. M. Danilenko nous révèle le contexte politique de ce nouveau rapport, non concurrentiel, entre le traité et la coutume : L'U.R.S.S. est une grande puissance dont les intérêts, présents partout, font exercer son influence non seulement sur le plan de la formation des règles conventionnelles, mais aussi sur celui de la pratique active coutumière. Etant donné que l'on n'arrive pas partout à conclure un traité, le faire-valoir et la reconnaissance de la coutume en tant que source importante du droit international devient un élément essentiel de la pratique de droit international de l'U.R.S.S. (63). Conformément à cette situation, l'intérêt des théoriciens des pays socialistes se concentre sur l'étude du rôle de la coutume internationale précisément dans ces domaines des relations internationales où l'Union soviétique se montre particulièrement active — il s'agit, en l'espèce, de l'exploration de l'espace extra-atmosphérique (G. M. Danilenko, R. V. Dekanozov, J. Malenovský, V. S. Verechtchétine) (64).

C. — Critiques de la théorie de G. I. Tunkin

L'intérêt renouvelé de la doctrine, dans les pays socialistes, pour la coutume internationale ainsi que le foisonnement d'opinions les plus diverses à ce sujet ne résultent pas seulement des changements et facteurs nouveaux caractérisant les relations internationales. Ils ont également été suscités — et en grande partie — par la théorie de G. I. Tunkin. Comme cette dernière n'a pas apporté de réponses suffisamment convaincantes à des questions pressantes, elle commençait à se trouver, sur plusieurs points, en contradiction certaine avec l'évolution réelle des relations internationales.

(62) I. I. LOUKACHOUK : « Mécanisme de la régulation de droit international ». Kiev, 1980, p. 98 (en russe) ; voir aussi G. M. DANILENKO, *supra*, note 10, pp. 48-49.

(63) G. M. DANILENKO, *supra*, note 10, p. 40.

(64) G. M. DANILENKO : « The Boundary Between Air Space and Outer Space in Modern International Law : Delimitation on the Basis of Customary Law ». *Proceedings of the 26th Coll. on the Law of Outer Space*, Budapest, 1983, New York, 1984, p. 71 ; R. V. DEKANOZOV : « Forming of the Principle 'Common Heritage of Mankind' and the Rules of Customary International Law ». *Proceedings of the 25th Coll. on the Law of Outer Space*, Paris, 1982, New York, 1983, p. 215 ; J. MALENOVSKÝ : « Some Topical Problems of the Formation and Ascertaining Customary Rules in Space Law ». *Proceedings of the 27th Coll. on the Law of Outer Space*, Lausanne, 1984, New York, 1985, p. 74 ; V. S. VERECHTCHÉTINE, G. M. DANILENKO : « Custom as a Source of International Law of Outer Space ». *Journal of Space Law*, vol. 13, 1985/1, p. 22.

1. Sources matérielles et formelles

La théorie de Tunkin avait dépassé la traditionnelle approche consensua-
liste en mettant l'accent sur les sources matérielles de la production du
droit que sont les circonstances sociales dans lesquelles ce droit se forme —
donc les facteurs de caractère extra-juridique. Tunkin admet que « sous la
pression des circonstances, différents Etats sont souvent contraints de
considérer certaines normes comme obligatoires » et que « la position de la
majorité des Etats et surtout des grandes puissances exerce une influence
décisive sur le processus de formation de normes ». Néanmoins, en même
temps, il dénie aux faits précités la pertinence en droit international en
arguant d'une « situation de fait ». Il pose ainsi une barrière infranchissable
entre les sources matérielles et formelles et compromet leur unité dialecti-
que.

Un tel point de vue pêche par sa partialité. En effet, il subordonne au
droit international une réalité dont ce droit tire son origine. Il pose *a priori*
comme décisif le critère d'ordre juridique — l'égalité en droit de tous les
Etats dans le processus de formation coutumière — en l'appliquant aux
relations sociales dont le droit ne constitue que l'un des nombreux facteurs.
Dans la perspective totalisante du droit, ce dernier « apparaît à la fois
comme un produit de la vie sociale... et... un facteur de régulation de cette
même vie sociale » (65). Brisant cette unité des deux éléments antithétiques,
la théorie de Tunkin choisit comme primordial et décisif le second. Elle
conçoit la souveraineté d'un Etat plutôt comme un fait juridique, moins
comme un fait de nature politico-juridique. Dans ses conséquences ultimes,
cette théorie envisage le système juridique international comme entière-
ment autonome, indépendant des relations internationales qui s'y trouvent
même soumises.

En fait, une telle approche infirme l'importance des facteurs matériels
dans le processus de génération coutumière. Aussi a-t-elle souvent été criti-
quée par des auteurs occidentaux qui la qualifiaient notamment de *legalis-
tic* (66), de *prime example of doctrinal dogmatism, proposition which is
based... on an unproven and question-begging postulate* (67).

Cette perception soulève parfois des critiques même parmi les juristes des
pays socialistes. Un auteur tchécoslovaque, P. Šturma, considère la ques-
tion du rapport entre les sources matérielles et formelles dans la théorie de
l'accord de Tunkin comme non résolue (68). De son côté, un juriste yougo-
slave, M. Šahović, attire l'attention sur la relation dialectique existant

(65) M. VIRALLY, *supra*, note 11, p. 26.

(66) R. J. ERICKSON, *supra*, note 3, p. 161.

(67) BIN CHENG : *The Future of General State Practice in a Divided World. The Structure and Process of International Law*. The Hague-Boston-Lancaster, 1983, p. 539.

(68) P. ŠTURMA : « Sur la critique de la conception bourgeoise 'hard law' et 'soft law' dans le droit international ». *Právník*, 1988/11, pp. 1012-1013 (en tchèque).

entre la vie internationale et la formation des normes de droit international. Il écrit : « ... il nous paraît que le temps des 'théories juridiques pures' dans le domaine du droit international est pratiquement dépassé et qu'on sera de plus en plus forcé... de procéder à son analyse en combinant des méthodes juridiques et celles appartenant aux sciences politiques et sociales ». Il souligne en même temps l'unité dialectique des facteurs matériels et formels : « En ce qui concerne les relations entre facteurs matériels et facteurs formels, la situation est telle que c'est dans leur confrontation et dans leur complémentarité qu'on doit voir la substance de leur caractère » (69).

Dans cette gamme d'opinions, une place particulière revient au théoricien tchécoslovaque Č. Čepelka qui a pour ainsi dire monopolisé le rôle des sources matérielles. Il a exposé ses idées dans sa thèse de docteur ès sciences juridiques et dans une monographie rédigée en collaboration avec V. David (70). Les deux auteurs renvoient à la conception de P. Cobbett qui explique la genèse du droit non à l'aide de formes juridiques (sources formelles), mais en recourant au concept extra-juridique de nécessité sociale (sources matérielles, par conséquent) (71). Ils développent aussi cette idée : « La génération coutumière du droit international est l'affaire du seul usage général qui se double de la conscience générale qu'ont les Etats, d'une nécessité déterminée socialement (*opinio necessitatis generalis*), donc de la conscience qu'un comportement contraire aurait des conséquences néfastes... La conscience générale de la nécessité — socialement déterminée — d'un certain comportement apparaît ainsi comme facteur légiférant autonome, psychique, lequel — conjugué au comportement général des Etats (facteur matériel) — contribue à former... la coutume internationale » (72).

2. Intérêts antagonistes des Etats

La doctrine dans les pays socialistes a réagi également aux explications de Tunkin concernant la formation de règles coutumières de droit international dans un monde idéologiquement désuni. Tunkin décrit la création de la norme coutumière comme résultat d'un processus de coordination des volontés des Etats, comme point culminant d'un processus où chaque Etat cherche à faire prévaloir ses intérêts. Or, on peut se demander par quels moyens cette coordination des volontés peut être atteinte s'il existe, entre certains intérêts des pays capitalistes et socialistes, des divergences de caractère antagoniste. La théorie de Tunkin ne donne pas de réponse

(69) M. ŠAHOVIĆ : « Rapports entre facteurs matériels et facteurs formels dans la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1986/IV, pp. 182, 183 et 200.

(70) Č. ČEPELKA, V. DAVID : *Introduction au droit international*. Brno, 1978 (en tchèque).

(71) P. COBBETT : *Leading Cases on International Law*. Vol. I, 4th ed., London, 1922, p. 4.

(72) Č. ČEPELKA, V. DAVID, *supra*, note 70, pp. 94-97.

exhaustive. Sa description ne dit pas comment il est possible de créer des normes de droit international général qui satisfassent aux intérêts des pays socialistes tout en s'opposant aux intérêts antagonistes des pays capitalistes. Pourtant, la théorie de Tunkin exige l'existence de telles normes afin de fournir une preuve indispensable de la véridicité de l'affirmation selon laquelle l'accroissement continu du système socialiste... ouvre des perspectives... à la victoire des principes prônés par le socialisme » (73) et que « dans la lutte des deux tendances — pour et contre le droit international — les forces de l'impérialisme vont de défaite en défaite » (74).

En renvoyant à la « coordination des volontés », la conception tunkinienne du droit international admet théoriquement la possibilité d'un compromis entre les deux systèmes sociaux à propos de n'importe quel problème de droit international. Elle tient pour possible que les Etats capitalistes puissent accéder éventuellement à un compromis qui serait en réalité une concession unilatérale, à leur détriment. Cependant, le fondement avancé du caractère obligatoire de la coutume internationale — à savoir l'accord tacite — fournit aux pays capitalistes une garantie juridique efficace, qui leur évite de devoir accepter toute solution désavantageuse. La nécessité d'expliquer la nature du rapport entre les intérêts antagonistes d'un côté et la formation de normes de droit international général de l'autre surgissait en particulier à propos des normes du *ius cogens*. Ce problème a encouragé la doctrine dans les pays socialistes à en chercher des explications en étudiant notamment les notions de « volonté », « besoin », « intérêt », « objectif », « conscience juridique » ainsi que les relations existant entre ces concepts.

G. I. Tunkin lui-même a essayé de répondre au problème précité dans ses ouvrages ultérieurs où il établit une distinction entre la « volonté » d'un Etat et sa « position de droit international » (*international legal position*), la seconde notion s'identifiant avec le « contenu de la volonté de l'Etat ». Dans le processus de création des normes de droit international général, les positions de droit international des Etats s'affrontent, ce qui déclenche un processus de coordination de ces positions, processus qui aboutit à l'apparition d'une norme nouvelle. Au cours du processus, chaque Etat cherche à faire prévaloir au maximum sa position de droit international. Cependant, étant donné que les règles ainsi créées sont le fruit de concessions réciproques, elles ne reflètent pleinement aucune des positions desdits Etats (75).

Cette explication n'a pas plus satisfait certains juristes. V. A. Vassilenko objecte que Tunkin a tort de faire coïncider les deux notions de « volonté » et de « position de droit international », car il s'agit de deux phénomènes

(73) Voir *supra*, note 37.

(74) G. I. TUNKIN : « 40 ans de la Grande victoire et le droit international ». *Annuaire soviétique du droit international*, 1984, Moscou, 1986, p. 74 (en russe).

(75) G. I. TUNKIN : *Law and Force in the International System*. Moscou, 1985, pp. 68-72.

différents, même s'ils sont interdépendants. La « volonté » est, d'après Vasilenko, une propriété qui permet à l'Etat de régler sa propre activité ; elle est unique, invariable et constante. Par contre, la « position de droit international » se forme uniquement sous la pression d'un besoin concret ; elle est variable et temporaire. La position prend en compte l'évaluation idéologique subjective des positions des autres Etats. Un Etat peut assumer toute une série de positions, même en face d'un seul problème. La position représente à la fois la cause immédiate et le résultat de processus de volonté complexes. Par conséquent, lors de la formation des normes de droit international, on n'assiste pas à la « coordination des volontés », mais bien à la « coordination des positions » des Etats (76).

En revanche, S. V. Tchernitchenko trouve la catégorie complémentaire de la « volonté » étatique dans la notion de « conscience juridique » qu'il définit comme « matériau intellectuel pour la formation de la volonté étatique ». A son avis, si l'on peut parler de la coordination des volontés des Etats, il est exclu d'envisager une coordination de leurs consciences juridiques. La conscience juridique fait partie de l'idéologie ; or une coordination d'idéologies antagonistes est impossible. S'il s'agit donc des consciences juridiques opposées du point de vue de leur nature de classe, leur interaction relève de la lutte idéologique (77).

Ces opinions indiquent l'extrême complexité de la quête heuristique sans pour autant répondre directement à la question qui est posée. Il ne s'agit pourtant pas là d'une question académique, mais de celle que la pratique elle-même impose. H. Bokor-Szegö constate : *When accepting certain rules of international law, first of all when recognizing the right of self-determination, the capitalist States were compelled effectively to accept norms actually alien to the nature of their own State order* (78). J. T. Oussenko démontre, dans un cas concret, la possibilité d'aboutir à un compromis généralement acceptable : « Lorsque le principe de non-intervention retient les Etats capitalistes, il contribue au renforcement du socialisme. D'autre part, en empêchant les Etats socialistes d'intervenir dans les affaires intérieures des pays capitalistes, ce principe protège l'ordre capitaliste contre une ingérence venant de l'extérieur » (79).

Quelque peu contradictoire apparaît la vue de L. A. Alexidze. D'un côté, il affirme que les volontés étatiques de différentes classes dominantes peuvent être coordonnées mutuellement. Une coordination de la sorte donne

(76) V. A. VASSILENKO : *Fondements de la théorie du droit international*. Kiev, 1988, pp. 131-140 (en russe).

(77) S. V. TCHERNITCHENKO : « Limites objectives du droit international et la corrélation des droits international et interne ». *Annuaire soviétique du droit international*, 1984, Moscou, 1986, pp. 83 et 85 (en russe).

(78) H. BOKOR-SZEGÖ : *The Role of the United Nations in International Legislation*. Budapest, 1978, pp. 54-55.

(79) J. T. OUSSSENKO : « Principe de la paix démocratique — fondement du droit international ». *Annuaire soviétique du droit international*, 1973, Moscou, 1975, p. 27 (en russe).

lieu à des règles réciproquement acceptables qui « consentent à chaque Etat la liberté d'action indispensable, dictée par l'existence d'objectifs de classe finals, dans le cadre délimité, toutefois, par ces normes ». De l'autre côté, il concède que « le droit international à l'heure actuelle comporte des règles dont la force obligatoire est absolue pour tout membre de la communauté internationale, c'est-à-dire indépendamment de leur reconnaissance de la part des Etats déjà existants ou nouveaux » (80). L'idée de L.A. Alexidze sur les objectifs de classe finals a eu son développement ultérieur chez P. Šturma qui explique la possibilité de genèse des normes de droit international général par la structuration complexe des objectifs. Il est donc possible que les Etats à systèmes sociaux différents et donc les objectifs finals sont antagonistes trouvent un accord quant à certains de leurs objectifs intermédiaires (81).

Deux auteurs tchécoslovaques, Č. Čepelka et V. David, ont adopté une attitude polémique face à la théorie de coordination des volontés, selon Tunkin. Leur idée de départ est que l'actuel droit international général est un droit exclusivement coutumier. Les normes dispositives du droit international général reflètent des « compromis de classe ». Par contre, les normes du *ius cogens* n'ont pas ce caractère de compromis. En se référant au facteur subjectif dégagé de la génération coutumière (*opinio necessitatis generalis*), les deux auteurs affirment : « Si le consensus n'est donc pas indispensable à la formation d'une norme de validité générale..., il est aussi superflu de supposer que l'interdiction normative de la guerre nécessite l'existence d'un intérêt de classe concordant chez les capitalistes, alors que cet intérêt y est en réalité opposé. La 'désintéressement' de classe de la partie impérialiste de la communauté internationale est en fait suppléé par la conscience d'une nécessité déterminée socialement... Cette conscience est le fruit de la loi objective de l'évolution dans le domaine des relations internationales où le système socio-économique des pays socialistes s'impose, à l'époque actuelle, d'une façon de plus en plus évidente ; il ne s'agit pas là seulement d'un intérêt de classe des Etats socialistes, mais avant tout de leur potentiel de pouvoir... La stabilisation des normes impératives dans le droit international général contemporain, stabilisation qui est l'expression, d'ordre normatif, de l'influence et de l'activité des Etats socialistes, représente donc une manifestation, sur le plan de la superstructure, de l'existence du socialisme à l'intérieur de la communauté internationale ; aussi le contenu de ces normes a-t-il un caractère de classe univoquement socialiste » (82).

(80) L. A. ALEXIDZE : « Legal Nature of *ius cogens* in Contemporary International Law ». *R.C.A.D.I.*, 1981/III, pp. 245-246.

(81) P. ŠTURMA : « Compte-rendu de l'ouvrage cité *supra*, note 70 ». *Právník*, 1978/2-3, p. 214 (en tchèque).

(82) Č. ČEPELKA, V. DAVID, *supra*, note 70, pp. 17-20.

Les opinions de Čepelka et de David ont soulevé des critiques en Tchécoslovaquie. O. Kunz et M. Potočný, par exemple, remarquent que de nos jours toutes les règles de droit international général, y compris par conséquent les normes du *ius cogens*, possèdent un caractère de classe « mixte ». Souvent ces normes mixtes « acquièrent progressivement une nature de classe plutôt socialiste que bourgeoise » (83).

La théorie de la coutume internationale de Čepelka et David s'inspire de N. Machiavelli (le comportement des souverains est déterminé après tout par les nécessités d'ordre objectif), de Th. Hobbes (l'état naturel de la société humaine est un « *bellum omnium contra omnes* » ; pour sauvegarder la paix, il faut qu'une seule volonté s'impose — celle à laquelle tous les individus se plient) et d'auteurs plus récents, surtout Ch. de Visscher (« toute coutume internationale est l'oeuvre du pouvoir »).

Dans son essence, cette théorie constitue une antithèse évidente de la conception consensualiste de la coutume internationale qui, jusque là, avait dominé d'une façon absolue dans les pays socialistes. Dans ces pays, elle est l'expression de l'optimisme social qu'avaient suscité les changements survenus dans les années 60 et 70, comme nous les avons déjà mentionnés. Cependant, son effort de créer une contrepartie à la théorie de l'accord l'entraîne visiblement trop loin. Elle assigne à la volonté de l'État le rôle de miroir qui ne fait que refléter passivement l'évolution des rapports de forces. Elle dévalorise l'importance des sources formelles et, par là même, la stabilité du droit dans les relations internationales. Elle ne tient pas compte de la conscience juridique qui pourtant, dans de nombreux cas, motive réellement l'activité des États. En donnant trop d'importance à la lutte des antagonismes à l'intérieur de la communauté internationale contemporaine, elle fait abstraction, en quelque sorte, des valeurs humaines universelles que le droit international protège. Elle conçoit le système de droit international avant tout comme subordonné au système des relations internationales. Par ailleurs, cette théorie a eu le mérite de présenter une vue alternative, complexe, du problème compliqué de la coutume internationale ; par là, elle a créé des conditions favorables à la recherche par d'autres juristes, d'une synthèse, entre la thèse et son antithèse.

3. Reconnaissance du caractère obligatoire

En ce qui concerne la création de coutumes, G.I. Tunkin tient pour décisif le moment de la reconnaissance (l'acceptation) d'une règle de conduite comme obligatoire par un État. L'auteur qualifie expressément cette reconnaissance d'expression de volonté. Le caractère obligatoire de la coutume internationale se fonde par conséquent sur des expressions de volonté

(83) O. KUNZ, M. POTOČNÝ : « Influence de la Grande Révolution Socialiste d'Octobre sur le développement du droit international ». *Právník*, 1987/10, pp. 816-817 (en tchèque).

concordantes — sur l'accord — comme c'est le cas pour le traité international. Le fondement consensuel de la coutume internationale a été affirmé par la majorité écrasante des juristes dans les pays socialistes (84) et il est admis également par des juristes des pays occidentaux (85).

Le concept de la coutume internationale en tant qu'accord tacite ne permet pas cependant d'expliquer, d'une façon suffisamment convaincante, l'existence du droit international général, en particulier celle du *ius cogens*. Quant au caractère obligatoire de la coutume, on pourrait objecter que ce concept se passe après tout de la pratique. Si un Etat, par sa réaction tacite, a consenti au premier précédent d'une pratique coutumière, ce fait même doit être considéré comme « reconnaissance » en qualité de droit international d'une règle de conduite que le précédent contient. Sinon, pourquoi cette réaction tacite devrait-elle accéder à des effets juridiques différents seulement après une dixième ou une vingtième répétition du précédent ? Comment pourrait-on déterminer et trouver l'acte de « reconnaissance » d'une pratique comme obligatoire parmi les réactions passives identiques face aux précédents identiques ? Jusqu'à quel moment le silence n'est-il pas encore « reconnaissance » du caractère obligatoire d'une règle coutumière et à partir de quel instant le devient-il ? La théorie de l'accord tacite n'est pas en mesure de répondre clairement à de telles questions.

Le problème le plus grave lié à la mise en pratique des postulats de « reconnaissance » et « d'acceptation » est le fait que, dans bien des cas concrets, toute expression réelle de volonté de la part des Etats manque et que, par conséquent, l'acte de reconnaissance ne peut pas être identifié. Afin de sauvegarder l'unité logique de la théorie de l'accord, il est donc inévitable de présumer ladite expression de volonté, ce qui, par contrecoup, rend précaire le fondement même de cette théorie. Ainsi présume-t-on, entre autres, la reconnaissance des normes de droit international général par les Etats nouvellement créés. H. Bokor-Szegö écrit : « Un Etat nouveau qui désire de nos jours devenir membre de la communauté internationale doit forcément accepter certaines normes de droit international... l'attitude de l'Etat nouveau est nécessairement déterminée par les intérêts universels de la communauté internationale : la volonté de l'Etat nouveau vis-à-vis... de l'application des normes de droit international exprimant les intérêts universels de l'époque donnée peut être considérée comme existant *a priori* » (86). G. M. Danilenko va encore plus loin en affirmant que la reconnaissance, de la part d'un Etat nouveau, des normes respectées par tous les

(84) Outre les auteurs déjà cités, cf. p. ex. aussi G. HARASZTI : *A Nemzetközi Bíróság joggya* — 25 korlata 1946-1956. Budapest, 1958, pp. 14-15.

(85) Cf. p. ex. J. J. A. SALMON, *Droit des gens*, Tome I, 12^e édition, Bruxelles, 1985-1986, p. 19 et beaucoup d'autres.

(86) H. BOKOR-SZEGÖ : *New States and International Law*. Budapest, 1970, p. 66. Voir aussi *op. cit.* sub. 8, p. 264.

Etats est déterminée à tel point que son droit à la désapprobation « est en grande partie une fiction juridique » (87).

La conception consensualiste de la coutume internationale, vu qu'elle se trouve dans de nombreux cas confrontée avec l'impossibilité de prouver l'existence d'un acte positif concret de reconnaissance, accorde en fait une position privilégiée à la règle héritée de droit romain « *qui tacet consentire videtur* ». Toutefois, en droit international, son application est sujette à caution. Car on peut à peine affirmer l'existence de l'obligation, qu'auraient les Etats, de protester contre une pratique des autres Etats — pratique qu'ils peuvent par exemple considérer comme *res inter alios acta*. De plus, le recours à la présomption de reconnaissance tacite met, d'une certaine manière, la volonté d'un Etat actif au-dessus de la volonté des Etats passifs (88).

Avec sa conception de « l'*opinio necessitatis generalis* », Č. Čepelka évite les écueils dont nous venons de parler, car pour la formation d'une norme coutumière, il n'exige pas l'existence d'une expression de volonté, mais d'une simple « conscience » intérieure, d'un sentiment général médiatisant le rapport des forces dans le cadre de la communauté internationale. On peut objecter que sa conception relativise pour ainsi dire le fondement volitif du droit international, souligné au contraire par presque tous les théoriciens contemporains.

Maints manuels de droit international dans les pays socialistes obscurcissent encore la nature de l'élément subjectif de la coutume internationale : d'une part, ils le définissent comme une simple « conviction » de se conformer à la nature obligatoire de la pratique (*opinio iuris*); d'autre part, ils affirment en même temps que le caractère obligatoire de la règle coutumière nécessite le consentement ou la reconnaissance, donc l'expression de volonté (89).

Quelques auteurs ont tenté une synthèse des deux conceptions, effort qui parfois est taxé « d'éclectisme » (90). V. David croit même possible un simple cumul des deux conceptions : selon lui, l'apparition d'une règle coutumière exige, simultanément, son acceptation (expression de volonté) et la conscience de la nécessité (*opinio necessitatis generalis*) (91). J. Malenovský, quant à lui, transpose le moment de l'accord au stade de formation de la norme coutumière, tandis que l'existence de cette dernière ne s'associe,

(87) G. M. DANILENKO, *supra*, note 10, pp. 122-123.

(88) J. MALENOVSKÝ : « Are Necessary Changes of Methodes of Ascertainig Customary Rules in International Law ? » *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No. 983, *Przegląd Prawa i Administracji*, XXIV, Wrocław, 1988, p. 212.

(89) Voir p. ex. le manuel polonais de R. BIERZANEK, J. SYMONIDES : *Droit international public*. Varsovie, 1985, pp. 113-114 (en polonais); le manuel tchèque de M. POTOČNÝ, *supra*, note 7, pp. 57-59.

(90) G. M. DANILENKO, *supra*, note 10, p. 103.

(91) V. DAVID : *Die Resolutionen der UN-Vollversammlung und das Völkergewohnheitsrecht. Probleme des Völkerrechts* (Hrsg. B. Graefrath). Berlin, 1987, pp. 18-19.

d'après l'auteur, qu'à la conviction intérieure concernant son caractère obligatoire (*opinio iuris*). Les précédents individuels des Etats actifs sont accompagnés de l'assentiment tacite (tolérance) de ces Etats passifs qui y sont directement intéressés. Chaque précédent et sa tolérance tacite (l'assentiment) créent un *tacitum pactum sui generis*, de nature *ad hoc*, qu'il ne faut pas interpréter comme reconnaissance du caractère de la règle de conduite, contenu en germe dans le précédent. La répétition des précédents augmente le nombre de ces accords tacites *ad hoc*, tout en élargissant progressivement le cercle de leurs parties. Une quantité de facteurs divers entrent en jeu (réciprocité, estoppel, temps, etc.). Leur action commune enclenche un processus au bout duquel les Etats passifs s'inclinent tacitement devant la pratique des Etats actifs, étant déjà conscients du fait que leur protestation manquerait d'effets de droit international. La règle coutumière en question est ainsi devenue obligatoire (92).

4. Parallélisme entre la formation des règles coutumières et conventionnelles

L'élément de reconnaissance (l'acceptation), dans la théorie de Tunkin, instaure un parallélisme très étroit entre les formations de règles coutumières et conventionnelles. Les deux sont conçues comme processus rationnels de négociation entre Etats où la spontanéité n'a que faire (93). Ainsi, la phase initiale de formation au moyen de traités débouche sur la stabilisation du contenu des règles (projet de traité), alors que la phase finale confère à ce contenu son caractère obligatoire (ratification, accession, etc.). De même, la première phase de la génération coutumière (*usus*) cristallise le contenu de la règle, tandis que la seconde phase (reconnaissance) transforme l'usage en norme obligatoire. Chez Tunkin, la génération coutumière est donc conçue plutôt en tant que « procédé » et non pas — comme d'aucuns l'imaginent (94) — en tant que « processūs ». *G. M. Danilenko* et *V. I. Menjinski*, à la suite de cette théorie, avancent que la motivation rationnelle du processus de génération coutumière rend celui-ci pleinement transparent. Il peut donc être régi par des normes secondaires de droit international, interprétées et appliquées en particulier dans certains arrêts de la C.I.J. Le processus de génération coutumière apparaît, de la sorte, tout à fait comparable au processus de formation de règles au moyen de traités. D'après ces auteurs, la différence entre les deux sources consiste

(92) J. MALENOVSKÝ : « Délimitation de l'espace extra-atmosphérique du point de vue du droit international contemporain ». *Etudes du droit international*, vol. 17, Prague, 1983, pp. 111-116 (en tchègue).

(93) H. BOKOR-SZEGÖ, *supra*, note 60, p. 317.

(94) M. VIRALLY, *supra*, note 11, p. 181.

uniquement en ceci que les normes secondaires réglementant la formation des normes coutumières n'ont pas été jusqu'ici codifiées (95).

Certains auteurs dans les pays socialistes (en particulier, *K. Wolfke*, *J. Kolasa*) insistent sur le déroulement spontané de la génération coutumière qui, dès lors, ne peut être ni analysé, ni régi par des hommes (96). D'autres enfin (*J. Malenovský*) sont convaincus que, malgré l'intention des Etats actifs visant à créer, par leur activité pratique, une norme coutumière et malgré la transparence de leur motivation, le processus de formation coutumière dans son ensemble a un caractère nettement spontané ; son déroulement est difficile à prévoir et, pour cette raison, il n'est pas possible de le réglementer par des normes de droit international. La norme secondaire de droit international ne régit que le résultat de ce processus, c'est-à-dire les éléments constitutifs de la forme extérieure de la règle coutumière en vigueur (modèle statique de la coutume internationale) (97).

5. Formation de la coutume dans l'espace et le temps

Certains doutes subsistent également à propos de cette partie de la théorie de Tunkin qui enchaîne, entre eux, les éléments matériel et subjectif dans un ordre chronologique, de sorte que la reconnaissance du caractère obligatoire ne saurait s'effectuer qu'après que l'usage soit pleinement constitué. Cette idée peut difficilement s'accorder avec une autre affirmation de la même théorie, à savoir qu'une norme coutumière peut se former déjà à partir d'un seul précédent. Il est vrai que Tunkin n'admet une telle situation qu'exceptionnellement (98) ; cependant *I. I. Loukachouk* la tient pour assez courante (99). Il existe aussi une autre opinion, différente, sur la question : les deux éléments — matériel et subjectif — croissent au travers de leur interaction qui s'instaure dès le début (dès les premiers précédents) (modèle dynamique de la coutume internationale). L'élément subjectif dans le comportement des Etats actifs dépasse progressivement le niveau de *lege ferenda* pour en arriver à la conscience de *lege lata (opinio iuris)*. La conviction de son caractère obligatoire est d'abord partagée surtout pour les Etats qui ont incité la pratique donnée et qui, par conséquent, auront le sentiment d'être obligés, parce qu'ils l'ont voulu. Les Etats pas-

(95) G. M. DANILENKO, V. I. MENJINSKI : « Processus de la formation et l'action du droit international coutumier ». In : *Mejdunarodnoie pravo i pravoporiadok*. Moscou, 1981, pp. 60-64 (en russe) ; G. M. DANILENKO : « Questions de la coutume internationale dans la pratique de la Cour internationale de l'O.N.U. », *ibid.*, pp. 79-80 (en russe) ; G. M. DANILENKO, *supra*, note 10, pp. 22-29.

(96) K. WOLFKE, *supra*, note 1, pp. 166-167 ; J. KOLASA : « On the Sources of International Law ». *Polish Yearbook of International Law*, vol. IX, 1977-1978, p. 106.

(97) J. MALENOVSKÝ : « Sur le rôle du facteur temps dans la formation coutumière du droit international ». *Právník*, 1987/1, pp. 54-56 (en tchèque).

(98) G. I. TUNKIN, *supra*, note 2, p. 76.

(99) I. I. LOUKACHOUK, *supra*, note 62, p. 79.

sifs, par contre, se sentiront obligés, parce qu'ils ne peuvent pas, sous la pression des circonstances extérieures, ne pas vouloir (100).

Cette dernière conception envisage ainsi le passage du droit international particulier au général comme un phénomène régulier dans la formation des normes de droit international général. En cela, elle s'apparente aux idées de G.I. Tunkin. Par contre, chez Čepelka et David, nous trouverons un point de vue différent. Selon ces derniers, le processus de formation du droit international général par voie d'élargissement progressif des particularismes se révèle, à l'heure actuelle, atypique et ne touche d'habitude que les sphères de relations encore non régies par des règles à portée générale.

6. Désuétude

La théorie de Tunkin ne fournit pas d'explications sur la manière dont les normes coutumières disparaissent (désuétude). Même ultérieurement, les tentatives d'élucider ce fait n'ont jamais été qu'exceptionnelles (101). Il s'agit, en quelque sorte, d'un paradoxe, car il existe, dans la doctrine des pays socialistes, une idée assez répandue qui soutient que la coutume internationale traverse une crise et que les règles coutumières sont érodées par la pratique internationale (*J. Mrázek*) (102).

7. Coutume et traité, sources autonomes de droit international

La pure conception consensualiste pose l'unité du système des sources du droit international dans leur essence commune — l'accord des sujets. Le traité et la coutume ne sont, d'après elle, que des formes différentes de cette essence unique, la coutume en étant la forme imparfaite. Or, un tel point de vue dépouille les rapports entre le traité et la coutume de leur véritable dialectique consistant dans leur interaction. Il prive la coutume internationale de sa perspective historique et de sa raison d'être. Car le progrès, en droit international, doit procéder nécessairement des formes de qualité inférieure aux formes supérieures, alors que le mouvement inverse manifeste une régression et n'apparaît, par conséquent, qu'exceptionnellement (103). S'il est vrai que les deux sources sont de valeur juridique égale, de sorte qu'elles satisfont au principe de *lex posterior derogat priori* (104), il n'en est

(100) J. MALENOVSKÝ, *supra*, note 97, pp. 62-63. Voir également B. STERN : « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions ». In : *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, pp. 497-499.

(101) J. MALENOVSKÝ : *Desuetude in Present International Law*. Wrocław, 1988 (sous presse).

(102) Rapport sur la défense du travail de dissertation de docteur ès sciences juridiques de Č. Čepelka. In : *Právník*, 1988/5, p. 497 (en tchèque).

(103) G. I. TUNKIN, *supra*, note 2, p. 94 ; I. I. LOUKACHOUK, *supra*, note 62, p. 89. Voir aussi V. KOPAL : Compte-rendu de la monographie de Č. Čepelka, V. David (Introduction au droit international). *Právník*, 1978/11, p. 1030 (en tchèque).

(104) M. POTOČNÝ, *supra*, note 7, p. 59.

pas moins sûr, selon la conception purement consensualiste, que l'évolution de la communauté internationale ne cessera de réduire l'importance de la coutume. L'auteur soviétique, *A. P. Moutchane*, n'hésite même pas à qualifier le mouvement allant de la coutume au traité — la codification — de processus de genèse du « droit positif ». Ce faisant, il dénie probablement à la coutume son caractère de source du droit positif (105).

Par ailleurs, la théorie consensualiste encourage en quelque sorte à sous-estimer l'autonomie relative des deux sources et, d'autre part, à envisager une troisième catégorie, mixte, de normes de droit international (voir ci-dessus), ce que pourtant d'autres partisans de cette théorie refusent énergiquement (106). Enfin, l'explication consensualiste exclut pratiquement la coexistence des notions d'accord tacite et de coutume, ainsi que le passage de l'un à l'autre. Dans les pays socialistes, d'aucuns considèrent au contraire ce passage comme un élément essentiel de la génération coutumière en droit international (107).

A l'opposé, *Č. Čepelka* et *V. David* basent leur conception sur l'autonomie maximale de la coutume et du traité ; ainsi se dresse entre les deux sources un obstacle qui limite les possibilités de leur interaction. La coutume est, de l'avis de ces auteurs, la source unique du droit international général, tandis que le traité constitue la source typique du droit particulier. En conséquence, les règles coutumières et conventionnelles ont beau être de valeur juridique égale, le principe de *lex posterior derogat priori* ne saurait s'y appliquer que sous réserve. Aux règles de portée générale ne peut se substituer une réglementation de caractère particulier. C'est là le propre de toute convention de codification qui n'est pas encore arrivée au stade d'universalité absolue. Les parties à cette convention peuvent seulement déroger *inter partes* aux normes dispositives du droit international général. Entre parties, cette dérogation conventionnelle prévaut à la réglementation existante de droit international général (108).

L'ouvrage moderne du Soviétique *Danilenko*, basé sur l'explication consensualiste, prend déjà en compte les récentes transformations de la réalité internationale. Aussi soutient-il l'interchangeabilité mutuelle et illimitée des règles coutumières et conventionnelles. De l'avis de l'auteur, le progrès est représenté par le mouvement allant du traité à la coutume aussi bien que par le chemin inverse (109). Les conclusions de son ouvrage reflètent l'influence de la jurisprudence de la C.I.J. et se révèlent souvent simi-

(105) *A. P. MOVTCHANE* : *Codification et développement progressif du droit international*. Moscou, 1972, p. 82 (en russe).

(106) *I. I. LOUKACHOUK*, *supra*, note 62, p. 90.

(107) *J. MALENOVSKÝ*, *supra*, notes 88 et 92.

(108) *Č. ČEPELKA*, *V. DAVID*, *supra*, note 70, p. 15.

(109) *G. M. DANILENKO*, *supra*, note 10, pp. 175-181.

lares à celles que nous trouvons dans les travaux des auteurs occidentaux contemporains (110).

*

* *

Le présent article n'a pu offrir qu'un modeste aperçu des opinions doctrinales sur la coutume internationale dans les pays socialistes. Nous espérons cependant avoir fait ressortir un message certain : à savoir que ces opinions ne sont ni encroûtées, ni rigides, ni dépassées dans leur ensemble, ni purement monolithiques. Elles ne cessent de se développer en répondant ainsi non seulement aux transformations de la communauté internationale et aux changements dans les relations internationales, mais encore aux résultats des discussions et des polémiques entre différents auteurs. Les opinions doctrinales dans les pays socialistes ont absorbé les grandes idées des « classiques » du droit international, de même que celles des philosophies de droit traditionnelles. Elles sont aussi le produit des fructueux contacts existant entre les doctrines du droit international dans les pays socialistes et occidentaux.

(110) Cf. en particulier M. E. VILLIGER : *Customary International Law and Treaties*. Dordrecht-Boston-Lancaster, 1985.