

Maine Law Review

Volume 58
Number 2 *Symposium: French and American
Perspectives Towards International Law
and International Institutions*

Article 3

June 2006

Preface

Gilbert Guillaume

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.mainerlaw.maine.edu/mlr>

Recommended Citation

Gilbert Guillaume, *Preface*, 58 Me. L. Rev. (2006).

Available at: <https://digitalcommons.mainerlaw.maine.edu/mlr/vol58/iss2/3>

This Preface is brought to you for free and open access by the Journals at University of Maine School of Law Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Maine Law Review by an authorized editor of University of Maine School of Law Digital Commons. For more information, please contact mdecrow@maine.edu.

PREFACE

*Gilbert Guillaume**

On September 11, 2001, the Twin Towers of the World Trade Center in New York were ripped open by two commercial airliners that had been hijacked by suicide commandos. The towers collapsed before the eyes of television audiences around the world that witnessed the live broadcast of the death of several thousand men and women. This terrorist attack reoriented American foreign policy toward a war on terrorism and "rogue states." With this aim in mind, the Bush administration set forth in September of 2002 the new national security strategy of the United States and proclaimed at that moment its right to use military force in a preventive manner against any terrorist group or any country capable of threatening American interests. The majority of the member countries of the United Nations rejected the Bush doctrine as incompatible with the rule according to which a nation can only use armed force upon the decision or with the authorization of the Security Council, or pursuant to its natural right of self-defense.

The latter was the basis for the American engagement in Afghanistan in October 2001. This intervention was criticized by some legal scholars, but it received the consent and the support of Washington's allies, including France. However, no such general accord or support was granted to the American military intervention in Iraq in 2003.

The divergent views that became apparent at that time between the United States and France did not concern the desired objective, namely to oblige Iraq to destroy the weapons of mass destruction that Baghdad supposedly possessed. They concerned instead the means to be used to achieve this goal. France wanted to give the United Nations inspectors and those of the International Atomic Energy Agency time to pursue their investigations into the existence of such weapons before any decision of the Security Council authorizing the use of armed force. The Bush administration claimed that the Iraqi regime was continuing to develop nuclear arms and biological weapons of mass destruction, that the Security Council had "not lived up to its responsibilities,"¹ and that therefore the United States had the right to act unilaterally against Iraq without any Security Council decision.

These opposed views are the focus of three detailed studies in the present volume. In the first of these, Stéphanie Bellier in her study of self-defense recalls the traditional distinction between, on the one hand, anticipatory self-defense, also known as "preemptive" self-defense, which seeks to respond to an imminent threat of aggression, and, on the other hand, "preventive" self-defense, which intervenes in reaction to a potential threat. The author notes that the Security Council and the International Court of Justice have both repeatedly condemned preventive self-defense. She underlines that the Security Council can intervene not only in cases of armed aggression, but also as soon as there appears a threat to peace. She then presents the positions taken on this matter by the United States and France with no dissimulation of the ambiguities and

* Former President of the International Court of Justice. This article has been translated from the French by C. Jon Delogu. The original French version follows.

1. George Walker Bush, Remarks by the President in Address to the Nation (Mar. 7, 2003), available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/20030317-7.html>.

weaknesses of those positions, which also come up for scrutiny in the study of Ana Peyro Llopis.

In her study of preventive strikes, Sophie Clavier concludes that the unilateral action of the United States in Iraq not only was pursued without explicit authorization from the Security Council, but also violated provisions of the U.N. Charter. She sees this action as setting a dangerous precedent in fact, but adds that, given the objections encountered by the American military intervention, this precedent has no legal impact and has not modified applicable law.

The crisis of Franco-American relations during the Iraq war of 2003 has spurred more thorough reflection about the different perspectives of these two countries that revealed themselves at that moment regarding the use of force, and more generally about the role of international organizations and of international law in the world today.

On the first point, the detailed study of Ambassador Lewin and that of Abdelkhaleq Berramdane are in agreement. It appears to them that, given its superpower status, the United States privileges unilateral action and bilateral relations. For the Americans, multilateral diplomacy is of only marginal significance. France, on the other hand, a second-order power, sees the European Union and the United Nations as preferred forums for action.

But beyond these observations, the studies brought together in this special issue raise a question of prime importance, namely the attitude that each country brings toward international law, whether it be on questions of doctrine, the reactions of judges, or the action of leaders.

Profoundly divergent views must first be laid out between the French doctrine and the American doctrine. In her essay, Alix Toublanc carries out a systematic review of some of the major French treatises in the area of international public law. She demonstrates the diversity of approaches, but nevertheless comes to the conclusion that the French school of international law is unanimous about the application of a positivist method. French authors focus on describing the applicable law and carefully distinguish it from political decisions or moral and/or religious options. The rule of law is presented as self-contained and legal reasoning is primarily deductive. For some Americans today, this vision is considered as rigid, unrealistic, and reductionist.

Until the Second World War, American legal scholars also considered international law as a set of rules that the United States was obliged to respect. However, the philosophy of law in the United States has changed considerably over the past sixty years, and these changes have included an altered view of international law. Under the influence of the school of legal realism, especially at Harvard, American doctrine has taken an interest in the process of the creation of law, "the international legal process"; and scholars at Yale have constructed a theory of law in relation with political action, "policy oriented jurisprudence." Interdisciplinary approaches developed, and schools of thought multiplied, from neoliberal theories to "critical legal studies." American legal thinking has increasingly taken into consideration values that positive law has the moral obligation to respect. As Emmanuelle Jouannet shows in her excellent study, this vision is often perceived in France as "ideological, moralizing, or simply confused, for it mixes together political, economic, and social considerations that are considered foreign to law and that render decision-making uncertain."

The enriching analyses of the American doctrine do indeed present a risk, namely that of weakening the obligatory character of norms in international law. In his recent Lauterpacht lectures at Cambridge, Jean-Pierre Cot wondered who might profit from such changes. He observed that in domestic law they would probably be beneficial to the judge, but that in an international society composed of sovereign states this critique of the law would above all benefit the States, which could be tempted to turn it into an instrument to advance their interests.²

This conjecture receives some confirmation when one examines the positions of American and French judges faced with international law. Martin A. Rogoff does just that in a very rich study of the application of treaties and the decisions of international tribunals in the two countries. He observes, first of all, that France is bound by a number of obligations in this area due notably to the development of EU law and the jurisprudence of the courts of Luxembourg and Strasbourg while this is not the case with the United States. He also notes that American courts, influenced by legal doctrine, have given to the American Constitution a dualist interpretation that was not required, while French courts have adopted a monist perspective even though the Constitution of 1958 is less clear in this regard than the one of 1946. As a consequence, French judges have frequently found themselves applying treaties and decisions of international jurisdictions whereas the question has rarely come up for American judges. According to the author, French courts, despite certain hesitations, have taken up this challenge in good faith with the aim that their country respect its international obligations and to this end have entered into a constructive dialogue with the courts of Luxembourg and Strasbourg. American judges, on the other hand, have not developed a coherent jurisprudence in this area and their recent decisions have tended to reflect their preoccupation with "safeguarding the sovereignty of the United States at the expense of international obligations. The decision to respect these obligations is thus left up to the administration or to Congress."

These differences in approach of legal doctrine and that of judges have had definite consequences when it comes to French and American diplomacy's views of international law. In this regard, it is a commonplace observation to recall that the foreign policy of a country is a function of its interests and its capacity for action. The United States and France are both proof of that. Law, however, does not have the same significance for the strong and the weak. This has often been underlined in domestic law, for example in the area of labor law in the nineteenth century, but it is also true in international law. Thus, the United States can be tempted to see in this law, relativized by doctrine and ignored by American judges, a regrettable limitation on its freedom of action and one that it naturally seeks to overcome. Inversely, French diplomacy can judge it worthwhile to submit to it as part of the free exercise of state sovereignty so as to make of it a rampart against arbitrariness and an instrument of influence. It is encouraged in this direction by university teaching that puts the accent on respect for international norms and by a jurisprudence which, in spite of certain

2. See, Jean-Pierre Cot, Judge, International Tribunal for the Law of the Sea, Lecturer for 2005/6 Hersch Lauterpacht Memorial Lecture: American Legal Thinking and International Law: A French Perspective (Feb. 14-16, 2006) available at http://lcil.law.cam.ac.uk/lectures/hersch_lecture.php (forthcoming).

difficulties, when all is said and done, shows itself to be concerned with assuring its application.

It is advisable, however, to go beyond these observations and ask, as Dana Zartner Falstrom has done, about the influence that national legal traditions may have had on these different perceptions of international law. In this regard, one can never repeat too often that generally speaking, the law is not perceived in the two countries as having the same function and is not elaborated according to the same methods, even if it sometimes ends up with analogous solutions, as is shown in the remarkable study by Kevin M. Clermont and John R. B. Palmer on exorbitant jurisdiction.

The legal tradition of the United States originated in English Common Law. It subsequently developed according to principles that inspired the American Revolution, and in keeping with the circumstances that saw the country's expansion in the nineteenth century within a federal framework, which led to the progressive conquest of the continent. In the United States the first object of the law is to protect individual interests. It must evolve so as to adapt spontaneously to the new demands of the moment. It does so through the actions of courts, and Oliver Wendell Holmes went as far as to say that "[t]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law."³ Since then, the natural reaction of Americans is first to act and then to seek the recognition of the legality of their action by the judge. Accepting the rule of *stare decisis* while pleading the existence of new facts is, it would seem, one of the favorite pastimes of American jurists.

The French legal tradition is entirely different. Born from Roman law and Canon law, French law is conceived first and foremost as reflecting the general interest of the community. It is not just a written law but a codified law that courts apply in each particular case without any power to create law themselves. Memory of the Parliaments of the Old Regime excludes the existence of any true judicial power. Since then, the natural reaction of the French is first to ask before acting about the conformity of the action being contemplated with the law.

These different conceptions of law and justice have been transposed to the international arena as recent events demonstrate. For the United States, the development of terrorism and the risk of the spread of weapons of mass destruction constituted fundamental changes that entailed a modification of the conditions whereby States can have recourse to self-defense. Earlier law did not apply to these new situations. For France, it is necessary to face these threats within the framework of existing law and, if necessary, modify the law through agreement between states—but action could not precede the change in the law.

More generally, the fundamental values of French society and American society affect each country's vision of international law. For the United States these include economic rationality, the search for effectiveness, and the importance of morality, religion, and judicial justice. For France these include the very conception of law, the dissociation of morality from law, the importance of formalism, and the distant relationship between law and economic considerations.

3. OLIVER WENDELL HOLMES, *The Path of the Law*, in COLLECTED LEGAL PAPERS 167, 173 (1920).

One of the essential virtues of the present volume of the *Maine Law Review* is its exposure of the different visions that scholars, judges, politicians, and finally citizens in both countries have about international law.

This exercise in consciousness-raising can only be beneficial and the editors of the *Review* deserve our sincerest gratitude. After all, the United States and France are two countries of democracy and of law united by a long alliance. Knowing each other better means understanding each other better and accepting better these differences. But it also means a willingness to modify one's own point of view in light of the thoughts and experience of others. As for me, the latter has been achieved while reading this rich collection, and I can only wish the same good fortune to all those who become acquainted with these studies.

*

*

*

Le 11 septembre 2001, les tours jumelles du World Trade Center de New York, éventrées par deux avions de ligne détournés par des commandos suicides, s'écroulaient sous les yeux des téléspectateurs du monde entier, témoins de la mort en direct de plusieurs milliers de personnes. Cet attentat devait réorienter la politique étrangère américaine vers la lutte contre le terrorisme et les « Etats voyous ». Dans cette perspective, l'administration Bush en septembre 2002 définit la nouvelle stratégie nationale de sécurité des Etats-Unis et proclama à cette occasion son droit d'user de la force armée de manière préventive contre tout groupe terroriste ou tout pays susceptible de menacer les intérêts américains. La plupart des Etats membres des Nations-Unies rejetèrent la doctrine Bush comme incompatible avec la règle selon laquelle la force armée ne peut être utilisée par un Etat que sur décision ou autorisation du Conseil de Sécurité ou en vertu du droit naturel de légitime défense.

C'est sur cette dernière base que les Etats-Unis s'engagèrent en octobre 2001 en Afghanistan. Cette intervention suscita la critique de certains juristes, mais recueillit l'accord et obtint le soutien des alliés de Washington, dont la France. Il n'en fut cependant pas de même de l'intervention militaire américaine en Irak en 2003.

Les divergences qui apparurent alors entre les Etats-Unis et la France ne portaient pas sur le but à atteindre, à savoir amener l'Irak à détruire les armes de destruction massive dont Bagdad pouvait disposer. Il portait sur les moyens à employer pour ce faire. La France entendait donner aux missions d'inspection des Nations-Unies et de l'Agence Internationale de l'Energie Atomique le temps de poursuivre leurs enquêtes sur l'existence de telles armes avant toute décision du Conseil de Sécurité autorisant l'emploi de la force armée. L'administration Bush soutenait que le régime irakien continuait de développer des armes nucléaires et biologiques de destruction massive, que le Conseil de Sécurité ne s'était pas « montré à la hauteur de ses responsabilités » et que par voie de conséquences les Etats-Unis étaient en droit d'agir unilatéralement en Irak, même en l'absence de toute décision du Conseil.

Ces points de vue opposés font l'objet dans le présent ouvrage de trois analyses approfondies. Le premier menée par Stéphanie Bellier dans son étude sur la légitime défense rappelle la distinction traditionnelle entre d'une part la légitime défense par anticipation, encore dénommée légitime défense « préemptive, » qui entend faire face à une menace imminente d'agression, et d'autre part la légitime défense,

«préventive,» qui intervient en réaction à une menace potentielle. L'auteur note que le Conseil de Sécurité et la Cour Internationale de Justice ont tous deux condamné à diverses reprises la légitime défense préventive. Il souligne que le Conseil de Sécurité peut en revanche intervenir non seulement en cas d'agression armée, mais dès qu'apparaît une menace à la paix. Puis il présente les positions prises à cet égard par les Etats-Unis et la France sans en dissimuler les ambiguïtés et les faiblesses qui sont également analysées dans l'étude d'Ana Peyro Llopès.

Sophie Clavier dans son travail sur les frappes préventives conclut pour sa part que l'action unilatérale des Etats-Unis en Irak non seulement n'avait pas été explicitement autorisée par le Conseil de Sécurité, mais était contraire aux dispositions de la Charte. Elle y voit un dangereux précédent en fait, mais ajoute que, compte tenu des objections auxquelles l'intervention militaire américaine s'est heurtée, ce précédent est sans portée juridique et n'a pas modifié le droit applicable.

La crise survenue dans les relations franco-américaines lors de la guerre en Irak amène cependant à s'interroger plus profondément sur la différence de perspective apparue à cette occasion entre les deux pays pour ce qui est de l'usage de la force, et plus généralement en ce qui concerne le rôle des organisations internationales et du droit international dans le monde contemporain.

Sur le premier point, l'étude approfondie de l'Ambassadeur Lewin et celle d'Abdelkhaleq Berramdane se rejoignent. Il leur apparaît que les Etats-Unis en tant que superpuissance privilégient l'action unilatérale et les relations bilatérales. La diplomatie multilatérale ne présente pour eux qu'un caractère marginal. La France, au contraire, en tant que puissance de second rang, voit dans l'Union Européenne et dans les Nations-Unies des cadres privilégiés d'action.

Mais au delà de ces constatations, les études réunies dans ce numéro spécial soulèvent une question d'un très vif intérêt : celui du regard que chacun des pays porte sur le droit international, que l'on considère la position de la doctrine, les réactions des juges ou l'action des dirigeants.

De profondes divergences doivent en premier lieu être relevées entre la doctrine française et la doctrine américaine. Dans son essai, Alix Toubanc procède à une revue systématique de quelques uns des grands traités français de droit international public. Il montre la diversité des approches, mais n'en conclut pas moins que l'école française de droit international est unanime dans l'application d'une méthode positiviste. Les auteurs français décrivent avant tout le droit applicable en le distinguant soigneusement de la décision politique ou des options morales ou religieuses. La règle de droit est exposée en tant que telle et le raisonnement juridique est avant tout déductif. Pour certains américains, cette vision est aujourd'hui considérée comme rigide, irréaliste et réductionniste.

Jusqu' à la seconde guerre mondiale, les universitaires américains, eux aussi, voyaient, avant tout dans le droit international un ensemble de règles que les Etats étaient tenus de respecter. La philosophie du droit a cependant évolué profondément aux Etats-Unis depuis lors et ceci n'a pas été sans conséquence sur la vision même du droit international. Sous l'influence de l'école du réalisme juridique, la doctrine s'est intéressée, en particulier à Harvard, au processus de création du droit, « the international legal process », puis a construit à Yale une théorie du droit en relation avec l'action politique, « the policy oriented jurisprudence ». Les approches interdisciplinaires se sont développées. Enfin les écoles de pensée se sont multipliées,

des théories libérales jusqu'aux études juridiques critiques, « the critical legal studies ». La pensée juridique américaine a de plus en plus pris en considération les valeurs que le droit positif se doit de respecter. Comme le relève Emmanuelle Jouannet dans son excellente étude, une telle vision est souvent perçue en France comme « idéologique, moralisatrice ou tout simplement confuse, car elle entremêle des considérations politiques, économiques ou sociales qui sont considérées comme étrangères au droit et comme rendant incertaine la prise de décision ».

Les analyses enrichissantes de la doctrine américaine présentent en effet un risque : celui d'affaiblir le caractère obligatoire de la norme en droit international. Jean-Pierre Cot dans un cours récent à Cambridge se demandait à qui pourrait bénéficier une telle évolution. Il observait qu'en droit interne, celle-ci profiterait probablement au juge, mais que, dans une société internationale composée d'Etats souverains, cette critique de droit bénéficierait avant tout aux Etats qui seraient tentés de l'instrumentaliser au profit de leurs intérêts.

Cette analyse est confortée lorsque l'on s'interroge sur la position du juge américain et sur celle du juge français face au droit international. Martin A. Rogoff y procède dans une étude très riche sur l'application des traités et des décisions des tribunaux internationaux dans les deux pays. Il observe en premier lieu que la France est liée par de nombreuses obligations en ce domaine du fait notamment du développement du droit communautaire et de la jurisprudence des cours de Luxembourg et de Strasbourg, alors qu'il n'en est pas de même aux Etats-Unis. Il relève en outre que les tribunaux américains, influencés par la doctrine, ont donné de la Constitution des Etats-Unis une interprétation dualiste, qui ne s'imposait pas, alors que les tribunaux français ont adopté une perspective moniste, bien que la Constitution de 1958 soit à cet égard moins claire que celle de 1946. Par voie de conséquence le juge français s'est trouvé fréquemment amené à appliquer traités et décisions des juridictions internationales alors que la question s'est rarement posée devant le juge américain. Selon l'auteur, les tribunaux français, en dépit de certaines hésitations, ont relevé ce défi de bonne foi de manière à ce que leur pays respecte ses obligations internationales et se sont engagés à cet effet dans un dialogue constructif avec les cours de Luxembourg et Strasbourg. En revanche les juges américains n'ont pas développé de jurisprudence cohérente en la matière et leurs décisions récentes ont eu tendance à refléter leur préoccupations de « sauvegarder la souveraineté des Etats-Unis aux dépens des engagements internationaux. La décision de respecter ces engagements est ainsi laissée à l'Administration ou au Congrès ».

Ces différences dans les approches de la doctrine et du juge n'ont pas été sans conséquence sur le regard porté par les diplomaties américaine et française sur le droit international. A cet égard, il est banal de noter que la politique extérieure des Etats est fonction à la fois de leurs intérêts et de leurs capacités d'action. Les Etats-Unis et la France en portent, tous deux, témoignage. Quand au droit, il n'a pas la même signification pour le fort et pour le faible. Ceci a souvent été souligné en droit interne, par exemple au 19^{ème} siècle en ce qui concerne le droit du travail, mais ceci est également vrai en droit international. Aussi les Etats-Unis peuvent-ils être tentés de voir dans ce droit relativisé par la doctrine et ignoré par le juge américain une limitation regrettable à leur liberté d'action dont il convient de s'affranchir. A l'inverse la diplomatie française peut estimer souhaitable de s'y soumettre dans le libre exercice de la souveraineté de l'Etat en vue d'en faire à la fois un rempart contre

l'arbitraire et un instrument d'influence. Elle y est encouragée par un enseignement universitaire qui met l'accent sur le respect de la norme internationale et par une jurisprudence qui, à travers maintes difficultés, se montre en définitive soucieuse d'en assurer l'application.

Il convient cependant d'aller au-delà de ces constatations et de s'interroger, comme l'a fait Dana Zartner Falstrom sur l'influence que les traditions juridiques nationales ont pu avoir sur ces perceptions différentes du droit international. A cet égard, on ne saurait trop souligner que de manière générale, le droit n'est pas perçu dans les deux pays comme ayant la même fonction et n'est pas élaboré selon les mêmes méthodes, même s'il aboutit parfois à des solutions analogues, comme le montre la remarquable étude de Kevin M. Clermont et John R. B. Palmer sur les juridictions exorbitantes.

La tradition juridique des Etats-Unis trouve son origine dans la Common Law anglaise. Elle s'est par la suite développée à la lumière des principes ayant inspiré la révolution américaine et compte tenu des circonstances dans lesquelles le pays s'est étendu au 19^{ème} siècle dans un cadre fédéral par la conquête progressive du continent. Aux Etats-Unis le droit a pour premier objet de protéger les intérêts individuels. Il doit évoluer pour s'adapter spontanément aux nouvelles exigences du moment. Il le fait à travers l'action des tribunaux et Oliver Wendell Holmes allait jusqu'à dire que « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, is what I mean by law ». Dès lors, la réaction naturelle des américains est d'abord d'agir, puis de faire reconnaître la liceité de leur action par le juge. S'accommoder de la règle « Stare decisis » en plaidant l'existence de faits nouveaux est, semble-t-il, l'un des passe-temps favoris des juristes américains.

La tradition juridique française est toute différente. Né du droit romain et de droit canon, le droit français est conçu comme devant refléter l'intérêt général de la communauté. Il s'agit d'un droit écrit, voire d'un droit codifié que les tribunaux appliquent dans chaque cas particulier, sans pouvoir créer eux-même le droit. Le souvenir des Parlements d'ancien régime exclut en effet que puisse exister un véritable pouvoir judiciaire. Dès lors la réaction naturelle des français est d'abord de s'interroger sur la conformité de l'action qu'ils envisagent avec le droit avant même de l'entreprendre.

Ces conceptions différentes du droit et de la justice ont en fait été transposées dans le domaine international, comme le montre l'actualité récente. Pour les Etats-Unis, le développement du terrorisme, et les risques de dissémination des armes de destruction massive constituaient des changements fondamentaux qui impliquaient une modification des conditions dans lesquelles les Etats peuvent recourir à la légitime défense. Le droit antérieur ne s'appliquait pas à ces situations nouvelles. Pour la France, il convenait de faire face à ces menaces dans le cadre du droit existant et, si nécessaire de modifier ce dernier par accord entre Etats. Mais l'action ne pouvait précéder l'évolution du droit.

Plus généralement, les valeurs fondamentales des sociétés américaine et française ne sont pas sans conséquence sur leur vision du droit international. Il en est ainsi pour les Etats-Unis de la rationalité économique, de la recherche de l'effectivité, de l'importance de la morale et de la religion et de la justice judiciaire. Il en est de même pour la France en ce qui concerne la conception même de la loi, la dissociation

de la morale et du droit, l'importance du formalisme et le rapport qui demeure distancié avec l'économique.

L'une des vertus essentielles de l'ouvrage qui nous est aujourd'hui proposé par la Maine Law Review est de faire ressortir les regards différents que les universitaires, les juges, les gouvernants et finalement les citoyens portent dans les deux pays sur le droit international.

Une telle prise de conscience ne peut être que bénéfique et les éditeurs de la Revue ont droit à notre vive gratitude. Après tout, les Etats-Unis, et la France sont deux pays de démocratie et de droit, unis par une longue alliance. Mieux se connaître, c'est mieux se comprendre et mieux s'accepter dans ses différences. Mais c'est aussi accepter de modifier son propre point de vue à la lumière des réflexions et de l'expérience des autres. En ce qui me concerne ce but a été atteint à la lecture de ce riche ouvrage et je ne saurai faire mieux que de souhaiter la même chance à tous ceux qui prendront connaissance de ces travaux.