

**MATTHEW CRAVEN, MALGOSIA FITZMAURICE ET MARIA
VOGIATZI, DIR., *TIME, HISTORY AND INTERNATIONAL LAW*,
LEIDEN, MARTINUS NIJHOFF, 2007**

*Par Olivier Barsalou**

L'ouvrage recensé explore les aspects théoriques et pratiques de la relation entre le droit international, le temps et l'histoire. Il s'agit là d'une problématique importante pour les internationalistes qui sont régulièrement confrontés dans leur pratique ou dans leurs réflexions à des arguments juridiques liés au temps et à l'histoire. Pour s'en convaincre, nous n'avons qu'à penser au principe de droit intertemporel dans la résolution des différends internationaux, à la place du temps dans l'interprétation et l'application des traités internationaux ou encore, à l'usage de matériaux historiques dans la construction d'un argument juridique.

En octobre 2004, plusieurs juristes et internationalistes se sont réunis à l'Université Queen Mary de Londres pour discuter et explorer ces enjeux. L'ouvrage *Time, History and International Law*¹, dirigé par Matthew Craven, professeur de droit international et directeur du Centre for the study of Colonialism, Empire and International Law à la School of Oriental and African Studies de l'Université de Londres, Malgosia Fitzmaurice, professeure de droit international à l'Université Queen Mary de Londres, et Maria Vogiatzi, docteure en droit et agente de recherche au British Institute of International and Comparative Law, réunit certaines des contributions présentées lors de cette conférence.

Le livre contient dix chapitres présentés dans un ordre aléatoire. Néanmoins, à la lecture, nous pouvons identifier cinq grands thèmes autour desquels semblent s'articuler les contributions. Le premier thème est celui de la méthodologie de la discipline de l'histoire du droit international. Dans le premier chapitre intitulé « Introduction: International Law and its Histories », le professeur Craven affirme que nous assistons à un regain d'intérêt pour ce champ d'étude. Selon Craven, le droit international est présentement dans une phase critique de son histoire. Tourner le regard vers le passé constitue une façon pour les internationalistes de retrouver les fondements de leur discipline. Il identifie trois façons de concevoir la relation entre l'histoire et le droit international : l'histoire du droit international, la place de l'histoire dans le droit international et le rôle du droit international dans l'histoire. Au sujet de la première méthode, l'internationaliste peut s'attarder à relater l'histoire du développement progressif du droit international et de sa codification en retraçant, de façon téléologique, la trajectoire poursuivie par la discipline de ses origines jusqu'à aujourd'hui. La seconde méthode consiste, selon Craven, à étudier la place des événements et des personnages historiques dans la construction de la discipline ou de l'argument. À ce sujet, il prend l'exemple de l'histoire instrumentalisée. Une partie à

* L'auteur est candidat au doctorat en droit à la Faculté de droit de l'Université de New York.

¹ Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice et Maria Vogiatzi, dir., *Time, History and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

un différend peut utiliser les matériaux historiques pour étayer l'existence d'une pratique générale d'un État et ainsi faire la démonstration, par exemple, de l'existence d'une certaine norme coutumière. Enfin, la troisième méthode consiste à analyser le rôle joué par les sources matérielles – faits politiques, économiques, sociaux, culturels, etc. – du droit international dans la construction du droit international en tant que discipline. L'article de Matthew Craven est de loin celui qui aborde la question du rapport entre le droit international et l'histoire avec le plus d'originalité et de pertinence.

L'article de Randall Lesaffer² « International Law and its History: The Story of an Unrequited Love », discute aussi de questions méthodologiques. Après avoir fait état des raisons qui ont conduit à la marginalisation de l'histoire du droit international au sein de la discipline du droit international, le professeur Lesaffer propose quatre façons de développer ce champ d'étude. Premièrement, les juristes devraient moins s'attarder à la doctrine et concentrer leur attention sur la pratique des États et autres acteurs du droit international. Deuxièmement, le développement de la discipline passe, selon Lesaffer, par une compréhension et une interiorisation des règles de la méthodologie historique par les juristes. Troisièmement, les juristes et historiens du droit international devraient étendre leur champ d'intérêt au-delà des limites spatio-temporelles (par exemple : Europe et 1648) associées à un système international d'États souverains et à son droit. Autrement dit, les juristes doivent élargir leurs horizons. Finalement, le professeur Lesaffer suggère que l'histoire du droit international devienne une sous-discipline du droit international avec des buts et des méthodes formalisées.

Le second thème discuté dans cet ouvrage est celui de la place occupée par l'argument historique dans la procédure judiciaire. Dans son article intitulé « Foreign Office International Legal History », le professeur David J. Bederman³ fait une étude comparative de l'emploi des matériaux historiques dans la construction d'arguments juridiques en droit américain et en droit international. Il constate qu'il existe d'importantes différences entre l'histoire du droit et la vérité juridique. En effet, selon le professeur Bederman, les preuves historiques sont souvent incomplètes ou très fragmentaires. De plus, l'abondance de matériaux historiques ne protège pas les historiens et les juristes contre les ambiguïtés et les contradictions qui pourraient subsister entre ces différents matériaux. En conclusion, le professeur Bederman souligne le caractère indéterminé de l'histoire, ainsi que la retenue et la lucidité dont doivent faire preuve les différents acteurs dans un litige ou un différend international lorsqu'ils intègrent l'histoire dans leur argumentaire juridique, car le plus souvent, celle-ci est instrumentalisée.

Dans la troisième partie de l'ouvrage, il est question de l'histoire de la doctrine britannique en droit international à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. L'article du professeur Michael Lobban⁴, « English Approach to International Law in the Nineteenth Century », retrace dans un premier temps le développement des

² Professeur d'histoire du droit, Faculté de droit, Université de Tilburg (Pays-Bas).

³ Professeur de droit, Faculté de droit, Université Emory (Atlanta, États-Unis).

⁴ Professeur d'histoire du droit, Faculté de droit, Université Queen Mary (Londres).

théories du droit international dans la seconde moitié du XIX^e siècle en Angleterre, avec le regain d'intérêt pour l'étude des relations internationales et de la chose publique chez les internationalistes anglais. Selon Lobban, les approches théoriques anglaises après 1850 furent très différentes des théories issues de l'Europe continentale. Ces juristes⁵ n'ont pas développé de théories sophistiquées du système de droit international. Ils adoptèrent plutôt une approche pragmatique, voire non-normative du droit international, fondée sur l'analyse des faits et une lecture réaliste des relations internationales. Leur objectif n'était pas tant de trouver une façon de réguler la société internationale que d'influer sur l'opinion publique et les actions gouvernementales, en s'impliquant dans les politiques publiques et la gestion des affaires étrangères (par exemple, certains conseillèrent le gouvernement britannique lors de la Conférence de Berlin sur l'Afrique de l'Ouest tenue en 1884). Dans un second temps, le professeur Lobban affirme que ces juristes de la fin du XIX^e siècle réfléchissaient à l'intérieur de la théorie dominante du droit international en Angleterre, établie par John Austin⁶. Leur ambition était de démontrer que le droit international pouvait être du « droit ». Toutefois, la vision de ces juristes, selon Lobban, se rapprochait de celle d'Austin, même s'ils tentaient de s'en distancier.

Dans son article intitulé « A Case Study on Jurisprudence as a Source of International Law: Oppenheim's Influence », la professeure Amanda Perreau-Saussine⁷ cherche à répondre à deux questions : en quoi le manuel de droit international du professeur Lassa Oppenheim (1858-1919)⁸ était-il différent des autres manuels publiés à la même époque et pourquoi a-t-il su résister au passage du temps ? Amanda Perreau-Saussine constate d'entrée de jeu que le manuel d'Oppenheim possède d'importantes qualités intrinsèques, puisqu'il est encore couramment cité par les plus hauts tribunaux du monde. Il est devenu en quelque sorte une source du droit international en lui-même. La philosophie d'Oppenheim se voulait ouvertement positiviste. Il insistait sur la séparabilité du droit et de la morale. Cependant, comme Perreau-Saussine le démontre, Oppenheim est un noble menteur (*noble liar*). Ses arguments positivistes cachaient en réalité une vision morale du monde et l'objectif inavoué d'altérer les actions des représentants des gouvernements. Sa théorie du droit international reposait sur quelques postulats moraux : l'existence d'une société d'États, d'un équilibre du pouvoir (*balance of power*) et la foi dans le progrès de la paix et de la civilisation. Ce faisant, Oppenheim cherchait à diffuser sa vision morale et à assurer son internationalisation par les acteurs de la société internationale. C'est à ce titre qu'il doit être considéré comme un noble menteur. La théorie du droit international de Lassa Oppenheim était positiviste dans la mesure où l'on adhère aux postulats moraux qui la sous-tendent. Selon Perreau-Saussine, cette approche a permis à Oppenheim de traverser le temps.

⁵ On retrouve dans ce groupe des individus tels que T.J. Lawrence, Vernon Harcourt, John Westlake et W.E. Hall.

⁶ Lobban rectifie au passage plusieurs mythes sur la philosophie du droit international développée par Austin.

⁷ Professeure de droit, Faculté de droit, Université de Cambridge.

⁸ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. I-II, London, Longmans, 1905-1906.

Le quatrième thème du livre explore le rôle du temps dans la théorie du droit international. Hazel Fox⁹ constate dans son article intitulé « Time, History, and Sources of Peremptory Norms: Is there a Need for New Sources of International Law? », un changement paradigmatique dans le droit international. Le système est passé d'un droit des États à un droit de l'humanité. La question qu'elle pose est de savoir si ce nouveau droit requiert une nouvelle approche à l'étude des sources. Elle répond par l'affirmative. Le nouveau système introduit un relativisme normatif. Certaines normes deviennent péremptoires et par conséquent, n'exigent pas le consentement des États pour être valides. Selon Fox, la théorie classique des sources du droit international ne rend pas compte des différentes étapes qui composent le processus de création de normes de *jus cogens* que sont le passage du principe moral à une règle de droit et de la règle de droit au statut de règle péremptoire, ce dernier statut appelant l'établissement de conséquences juridiques aux niveaux national et international. Le droit international doit évoluer afin de rendre compte de cette nouvelle normativité.

Les deux articles suivants traitent d'un sujet similaire, soit les règles d'interprétation des traités. Dans leur article respectif, les professeurs Jan Klabbbers¹⁰ et Don Greig¹¹ identifient le rôle que joue le passage du temps dans l'interprétation des traités. Selon Klabbbers, l'article 42 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969¹² avait le potentiel de devenir la *Grundnorm* du droit international, mais les rédacteurs de la *Convention* ont préféré réduire sa portée. Cependant, l'article 31 (3)(c) de la *Convention de Vienne*, peut, selon Klabbbers, jouer ce rôle de norme fondatrice et unificatrice du droit international. En effet, cet article permet à l'interprète d'un traité d'inclure à peu près n'importe quelle considération (politique, sociale, économique, culturelle, etc.) dans le processus d'interprétation d'un traité. Klabbbers nous met en garde. Cet article peut contribuer à faire du droit international un système normatif plus juste. Nous ne devons toutefois pas perdre de vue que le choix d'inclure ou d'exclure certaines considérations du processus d'interprétation repose entre les mains de celui ou celle qui interprète. L'important ne serait donc plus de déterminer *comment* l'on va interpréter un traité, mais de savoir *qui* va l'interpréter. L'article du professeur Greig s'attaque à une problématique similaire, mais sous un angle différent et beaucoup plus technique. Il se demande si l'interprétation d'un traité est un problème différent de son application et par conséquent, si l'interprétation et l'application doivent être considérées comme deux choses distinctes. Après avoir fait une revue de la littérature et de la jurisprudence

⁹ Professeure de droit, Faculté de droit, Université d'Oxford et vice-présidente du *British Institute of International and Comparative Law*.

¹⁰ Jan Klabbbers, « Reluctant *Grundnormen*: Article 31 (3)(c) and 42 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* and the Fragmentation of International Law » dans Craven, Fitzmaurice et Vogiatzi, *supra* note 1. Jan Klabbbers est professeur de droit international, Faculté de droit, Université d'Helsinki.

¹¹ Don Greig, « The Time of Conclusion and the Time of Application of Treaties as Points of Reference in the Interpretive Process » dans Craven, Fitzmaurice et Vogiatzi, *ibid.* Don Greig est professeur de droit à la Faculté de droit de Université nationale australienne (Canberra).

¹² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*]. L'article 42 de la Convention traite des questions relatives à la validité et au maintien en vigueur des traités.

pertinente, le professeur Greig conclut sur une note ambivalente en affirmant que ni la *Convention de Vienne*, ni les travaux de la Commission du droit international n'ont clarifié la question de savoir si l'interprétation et l'application doivent être étudiées séparément ou être considérées comme un tout. Cependant, le professeur Greig reconnaît que les tribunaux internationaux semblent favoriser une approche plus subjective dans l'interprétation des traités. Par exemple, dans l'affaire de la Namibie¹³, la Cour internationale de Justice (CIJ) a préféré considérer la nature évolutive du système de mandat telle qu'elle se dégageait – selon la CIJ – de l'intention « réelle » des parties lors de la conclusion du *Pacte de la Société des Nations*, plutôt que d'admettre qu'un traité puisse être modifié par le passage du temps.

Finalement, le cinquième thème explore les relations entre histoire et droit international. Dans son essai intitulé « Piracy and the Origins of Enmity », le professeur Gerry Simpson¹⁴ oppose la vision romantique du pirate – individus qui offrent une opposition idéologique au « système » – à l'image que le droit international en a développé. Les pirates constituent la « bête noire » originelle du droit international. Ces derniers sont des ennemis de l'humanité (*hostis humanis genesis*), et on peut à ce titre se demander s'ils se trouvent à l'intérieur du système de droit international ou à l'extérieur de celui-ci. De nos jours, le terrorisme est associé à la piraterie et suscite le même questionnement : doit-on soumettre les terroristes à une procédure criminelle classique (intérieur du droit) ou peut-on tout simplement utiliser des méthodes non-judiciaires (extérieur du droit) pour les effacer de la scène politique? Pour Simpson, le terroriste est présenté comme l'ennemi du droit international et de l'humanité. Et à ce titre, il sert d'antithèse à la construction de la communauté internationale. La guerre contre le terrorisme est donc une guerre humanitaire : l'humanité se bat pour défendre son existence. En conclusion, Simpson nous met en garde contre une vision trop simpliste du pirate et du terroriste. Leur statut demeure malgré tout fragile au regard du droit international, car, dans certaines circonstances, ceux-ci sont soutenus par des gouvernements (citons l'exemple du narco-terrorisme). Cela pose en définitive la question de l'ambiguïté liée à la catégorisation et à la qualification en droit international.

Le dernier chapitre de l'ouvrage s'intitule « Distance and Contemporaneity in Exploring the Practice of States: The British Archives in Relation to the 1957 Oman and Muscat Incident ». Cet article du professeur Anthony Carty¹⁵ pose deux questions cruciales pour les juristes en droit international : comment peut-on déterminer le comportement d'un État et comment peut-on être certain des faits justifiant l'invocation d'une norme du droit international? Le professeur Carty affirme que pour répondre à ces deux questions, le juriste doit se tourner vers les archives, car elles permettent de comprendre l'intention qui se cache derrière les actions officielles des gouvernements. Il cite l'exemple de l'incident de Muscat et d'Oman survenu à

¹³ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis Consultatif, [1971] C.I.J. rec. 16.

¹⁴ Professeur de droit international, Département de droit, London School of Economics.

¹⁵ Professeur de droit international, Faculté de droit, Université d'Aberdeen (Écosse).

l'été 1957, au cours duquel les troupes britanniques sont intervenues à la demande du Sultanat de Muscat et d'Oman pour réprimer une révolte sur l'île d'Oman. Un groupe de pays arabes réagit à ce qu'il percevait être une agression armée de la Grande-Bretagne contre ce sultanat du Golfe Persique. Ils tentèrent sans succès de faire inscrire l'affaire, avec l'appui de l'Union soviétique, à l'agenda du Conseil de sécurité des Nations unies. Cet article explore comment Sir Gerald Fitzmaurice et Francis Vallat, juristes au *Foreign Office*, ont répondu juridiquement à cette série d'événements. Ils démontrèrent surtout que l'intervention était légale au regard de la *Charte des Nations unies*¹⁶, car elle ne constituait pas une intervention dictatoriale dans les affaires internes d'un autre État, mais plutôt une réponse à la demande d'assistance d'un pays instable, dont la souveraineté dépendait en grande partie de la protection offerte par le gouvernement britannique.

L'ouvrage de Craven, Fitzmaurice et Vogiatzi est un livre éclaté de par les sujets traités et les approches théoriques et méthodologiques employées pour discuter des rapports qu'entretiennent le temps et l'histoire avec le droit international. L'éclectisme de cet ouvrage constitue à la fois sa force et sa principale faiblesse. Discipline souvent délaissée par les internationalistes, l'histoire du droit international reprend, grâce à cet ouvrage, la place qui lui revient comme sujet d'étude dans le monde du droit international. Cependant, la variété des vues offertes et des sujets abordés enferme le lecteur dans des dédales théoriques du droit international, lui faisant perdre les objectifs intellectuels poursuivis par la publication d'un tel ouvrage. L'absence d'unité ou de fil conducteur mine sa cohérence générale. À ce titre, une introduction – le premier chapitre écrit par Matthew Craven fait office à la fois de contribution originale et d'introduction très sommaire – ainsi qu'une conclusion générale auraient probablement permis d'éclaircir les enjeux dont les éditeurs du livre voulaient traiter. Par ailleurs, aucune des contributions n'aborde en profondeur les questions épistémologiques, méthodologiques et philosophiques liées à la discipline de l'histoire du droit international, à l'exception des contributions de Matthew Craven et Randall Lesaffer qui les survolent. Cet ouvrage aurait donc pu constituer un tremplin idéal pour remettre au premier plan une discipline en développement qui est à la recherche de ses repères matériels et intellectuels.

Nonobstant ces commentaires, l'ouvrage offre au lecteur des contributions individuelles de qualité, originales et stimulantes, abordant d'importants enjeux pour la discipline du droit international en général. De plus, les différents auteurs abordent des questions pressantes et importantes pour la discipline de l'histoire du droit international. Cet ouvrage intéressera surtout les juristes et les internationalistes souhaitant replacer leur objet d'étude dans une perspective historique et renouvelée, et aborder la relation entre l'histoire et la technique de l'argumentaire juridique.

¹⁶ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, 15 C.N.U.O.I. 365 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).