

**DAVID KENNEDY, *OF WAR AND LAW*,
PRINCETON, PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 2006**

*Olivier Barsalou**

La régulation par le droit est un phénomène omniprésent dans les sociétés modernes. Aucune sphère d'activité humaine n'y échappe. Dans le contexte actuel de « guerre contre le terrorisme », on pourrait croire que certains protagonistes agissent en marge du droit, peu importe le type, dans la poursuite de leurs objectifs politiques, militaires, diplomatiques, économiques et/ou sociaux. Dans son livre intitulé *Of War and Law*, le professeur David Kennedy, vice-président aux affaires internationales de l'Université Brown et professeur associé à la Faculté de droit de l'Université Harvard, explore cette relation dynamique au sein du tryptique droit, guerre et paix. Les conclusions qu'il développe illustrent à quel point les visions positivistes et formelles de ces connexions entre le droit, la guerre et la paix se révèlent inadéquates pour analyser et comprendre la fluidité de ces interconnexions, mais aussi, l'absence de frontière définie entre chacun de ces concepts.

Le professeur Kennedy développe une perspective renouvelée et déformalisée des mouvements et des relations qu'entretiennent les différents éléments du tryptique. Sur le plan méthodologique, Kennedy emprunte quelques éléments à l'École de New Haven en droit international, aux *Critical Legal Studies* et en filigrane, à la théorie des relations internationales. Le professeur Kennedy, tout en procédant à une déconstruction en règle des frontières juridiques séparant la guerre de la paix, tente de s'ancrer dans la réalité militaire. Il cherche de cette façon à interpellier les professionnels de la guerre et de la paix en leur proposant une nouvelle façon d'appréhender l'objet de leur expertise.

Kennedy retrace dans son essai les transformations qu'a subies la guerre et la convergence, voire la fusion, des vocabulaires vernaculaires militaire et juridique. Traditionnellement, la guerre et la paix ont été conceptualisées comme constituant deux royaumes distincts et parfaitement étanches l'un de l'autre. La paix débute là où la guerre se termine et vice-versa. Le professeur Kennedy affirme que cette distinction s'est estompée. Les deux éléments se sont fondus l'un dans l'autre. L'idée que nous avons du droit et de la guerre est présentement en pleine mutation. Le droit international devient de plus en plus axé sur « l'humanitaire » et les droits de l'homme, alors que les institutions militaires assistent à une bureaucratisation, une légalisation et une judiciarisation de leurs activités et de leur organisation. Distinguer la guerre de la paix devient non plus un exercice de positivisme juridique, mais plutôt l'affirmation d'une position politique. En fait, selon Kennedy, la guerre est devenue une institution juridique moderne. Le droit module et transforme les champs institutionnel, logistique, physique et opérationnel dans lesquels la guerre se déploie. Le professeur Kennedy relate dans son livre l'émergence de ce nouveau droit international ayant pour mandat d'articuler l'éthique humanitaire qui transcende désormais les guerres contemporaines aux frontières indéfinies. De nouveaux

* Candidat au doctorat en droit à la New York University School of Law.

vocables tels *jus post-bellum*, reconstruction, stabilisation, pacification sont venus renforcer cette opacification de la relation entre la paix et la guerre.

L'essai est divisé en trois chapitres. Dans le premier chapitre, intitulé « *War as a Legal Institution* », Kennedy analyse comment la guerre est devenue une institution juridique. Selon lui, les guerres et les armées sont devenues tellement complexes et sophistiquées que l'introduction de règles juridiques sur le champ de bataille ou au sein de l'armée s'est révélée absolument nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la machine militaire. La guerre est devenue une institution juridique, car les institutions qui combattent – ou cherchent à restreindre l'intensité du conflit – sont des bureaucraties complexes gérées par des professionnels. Dans ce contexte, le droit constitue certes une contrainte à l'action des militaires, mais il peut aussi être envisagé comme un partenaire stratégique (« *weaponization of the law*¹ ») par les militaires. Le pluralisme juridique ou le caractère indéterminé des règles du droit international humanitaire (DIH) offrent des possibilités quasiment infinies pour quiconque, *a fortiori* les avocats de l'armée, souhaite les utiliser créativement. En intégrant le discours juridique dans leur pratique, les militaires (ou les « humanitaires ») offrent un vernis de légitimité à leurs actions garanti par le droit. Les normes juridiques deviennent en quelque sorte, selon Kennedy, le langage politique et éthique pour tous les acteurs participant au « conflit » ou celui des élites conscientes des impacts politiques de leurs actions.

Dans le second chapitre intitulé « *The Historical Context : How Do We Get Here?* » – probablement le plus brouillon de son essai – le professeur Kennedy affirme que le droit des conflits est un droit extrêmement fluide amalgamant des influences issues des différentes écoles de pensées juridiques s'étant historiquement succédées. Ces différents courants ont imposé une distinction claire entre la guerre et la paix, tout en développant de larges standards juridiques, tels que les principes de distinction et de proportionnalité, pour encadrer les pratiques des militaires. Ces principes vastes et indéterminés offrent un cadre référentiel pour les humanitaires et les militaires, leur permettant de développer un discours éthique – et non pas juridique – pour évaluer la légalité et la légitimité de leurs actions. Pour Kennedy, cela crée une sorte de glissement du caractère juridique et de la validité de la norme vers son caractère persuasif. Bref, les normes sont là, non pas pour qualifier les actions et les distinguer, mais pour encadrer l'exercice du jugement éthique par les acteurs impliqués dans un conflit. Conséquemment, le droit a le pouvoir de réduire, mais aussi d'accroître la violence et la destruction au nom du « droit ».

Dans le troisième chapitre intitulé « *War by Law* », le professeur Kennedy analyse les conséquences, mais aussi les opportunités qui s'offrent aux militaires, aux « humanitaires » et aux élites politiques avec l'avènement d'un nouveau vocable pour parler de la paix et de la guerre. Il met aussi en garde ces professionnels contre les abus de langage et surtout, contre la déresponsabilisation politique que provoque la légalisation et la judiciarisation de la guerre et de la paix. Reprenant à son compte

¹ David Kennedy, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006 à la p. 37.

l'analyse de Nathaniel Berman², le professeur Kennedy affirme que le DIH a pour objectif de distinguer ceux qui ont le droit de tuer légalement de ceux qui n'ont pas ce « privilège ». Il distingue aussi ceux qui peuvent être tués et ceux qui ont le « privilège » d'être juridiquement protégés. Selon Kennedy, les principes d'auto-défense, de proportionnalité et de distinction sont si vastes qu'ils se sont transformés en zone de discrétion pour les militaires. Cette lecture du DIH doit être effectuée en conjonction avec une perte de l'expérience de l'exercice de la responsabilité par les élites de la paix et de la guerre. Une disjonction toujours plus importante s'opère entre la réalité de la guerre et sa conceptualisation en termes juridiques par les experts. On assiste, selon Kennedy, à un glissement de la responsabilité de ceux qui ont tué vers ceux qui ont autorisé la mort. Or la bureaucratisation de la guerre a fragmenté le processus décisionnel autorisant la destruction et la violence. Cela a pour conséquence directe de déresponsabiliser certains preneurs de décisions qui argumentent – non sans vérité – que leur action s'inscrit dans une chaîne de commandement aux contours nébuleux. La responsabilité se perd dans la tour de Babel du processus décisionnel. En conclusion, David Kennedy nous rappelle que la guerre s'est bureaucratisée et professionnalisée. Le DIH est devenu un discours professionnel sur des distinctions claires et de larges principes. La guerre, la paix et le droit s'inscrivent désormais dans un continuum sans début ni fin où les choix effectués par les acteurs de ce continuum sont politiques.

L'ouvrage est construit sous la forme d'un court essai (172 pages). Comme le propos de l'auteur, la structure de l'ouvrage est relativement souple et parfois brouillonne. Le professeur Kennedy navigue aisément au travers de ses chapitres et de ses arguments, au grand dam du lecteur qui peut facilement regretter cette absence de concision et d'organisation des idées. L'ouvrage compte de nombreuses répétitions d'idées et superpositions d'arguments, et certaines propositions ne sont pas complètement développées. Par ailleurs, l'auteur offre peu d'illustrations, d'études de cas ou d'exemples issus de la pratique pour étayer ses arguments alors que ceux-ci abondent (la guerre au Kosovo, le conflit entre Israël et le Hezbollah de 2006, les interventions militaires en Irak, pour ne nommer que ceux-là). L'esthétisme et la force des arguments du professeur perdent donc de leur puissance persuasive et de leur logique en s'enfermant dans les dédales d'un texte par moments désorganisé.

Malgré ces critiques de « forme », il n'en demeure pas moins que le professeur Kennedy a su développer un argument provocateur et extrêmement stimulant. Personnage iconoclaste du droit international, le professeur Kennedy maîtrise parfaitement l'art de la phrase nébuleuse et indéterminée, mais accrocheuse. Ces méditations posent des questions fondamentales et critiques sur la relation qu'entretiennent la guerre, la paix et le droit, et sur la nature du droit international : quels sont les sujets/acteurs et les sources du droit international? Comment attribue-t-on la responsabilité internationale? Ces réflexions sont ancrées dans une réalité parfois dure et cruelle que les juristes écartent trop souvent du revers de la main dans leur argumentation. Sans surprise, l'ouvrage de Kennedy n'offre aucune solution. Son

² Nathaniel Berman, « Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War » (2004) 43 Colum. J. Transnat'l L. 1.

livre est plutôt un appel aux internationalistes, aux militaires et aux « humanitaires ». « *When we make war, humanitarian and military professionals together, lets experience politics as our vocation and responsibility as our fate* »³, nous dit-il. En conclusion, ce livre intéressera les militaires, les humanitaires et les juristes ainsi que tous les spécialistes de la polémologie (éthicistes, philosophes, politologues, historiens).

³ Kennedy, *supra* note 1 à la p. 172.