

**DAVID KENNEDY, NOUVELLES APPROCHES DE DROIT
INTERNATIONAL, PARIS, A. PEDONE, 2009**

*Olivier Barsalou**

Le droit international est protéiforme, multidimensionnel et plastique. Il est aussi et surtout politique. Dans son dernier ouvrage, David Kennedy, professeur à la Faculté de droit de l'Université Harvard et directeur de l'Institute for Global Law and Policy, retrace les transformations et les mutations qu'a subies le droit international depuis vingt-cinq ans. Il constate que le droit international a abjuré son fondement politique. Il s'est métamorphosé en pratique professionnelle et en vocabulaire techniciste. Juridiciarisation, légalisation et managérialisme : le politique a été évacué par la bureaucratisation et la technicalisation du droit¹.

Kennedy dénonce ces dérives et les effets pernicieux de l'appareillage juridique dont la neutralité et l'objectivité apparentes camouflent des idéologies, des choix et des pratiques. Le droit obscurcit les relations de pouvoir et de domination, les violences, les valeurs et les souffrances vécues. Bref, le droit implique des choix et par conséquent, il peut potentiellement devenir un lieu de contestation politique et d'expérimentation. Comme le souligne la professeure Emmanuelle Jouannet qui signe une préface extrêmement laudative à l'égard du professeur Kennedy, le droit ne serait que le langage d'une politique qui se veut normative.

L'objectif central de cet ouvrage est donc de retrouver cette potentialité perdue. Pour ce faire, l'auteur adopte une approche résolument auto-réflexive. Il enjoint aux juristes de réviser les raisons de leurs choix, à évaluer lucidement et honnêtement les impacts et les conséquences de leurs décisions. Comme le souligne le professeur Rémi Bachand dans sa présentation de l'ouvrage, au-delà de l'expertise et du caractère techniciste et a-politique de leurs fonctions, les juristes demeurent avant tout des acteurs sociaux dont les choix et actions peuvent avoir des conséquences réelles, matérielles et distributionnelles parfois massives sur le quotidien de millions d'individus. Selon Bachand, ces choix sont essentiellement issus des préjugés structurels et idéologiques liés à l'individu ou à son champ d'expertise. Cette situation met en exergue le caractère profondément indéterminé et arbitraire de la règle de droit international, mais aussi la responsabilité du juriste face à ces choix.

L'ouvrage collige sept articles originalement publiés en anglais entre 1985 et 2008 et traduits pour la première fois en français². On se doit de saluer la qualité de la

* Candidat au doctorat, New York University School of Law.

¹ Voir Martti Koskenniemi, « The Politics of International Law – 20 Years Later » (2009) 20:1 E.J.I.L. 7 aux pp. 7-19.

² En ordre d'apparition dans le livre : David Kennedy, « The Twentieth-Century Discipline of International Law in the United States » dans Austin Sarat, Bryant G. Garth et Robert A. Kagan dir., *Looking Back at Century's Law*, Ithaca, Cornell University Press, 2001, 386 aux pp. 386-433; David Kennedy, « International Humanitarianism : The Dark Sides », en ligne : (2004) 6:3 International Journal of Not-for-Profit Law <http://www.icnl.org/knowledge/ijnl/vol6iss3/special_2.htm>; David Kennedy, « Spring Break » (1985) 63:8 Tex. L. Rev. 1377 aux pp. 1377-1416; David Kennedy,

traduction ainsi que la présentation du professeur Bachand qui situe efficacement la pensée du professeur David Kennedy dans l'histoire américaine du droit international et dans les débats contemporains qui animent la discipline. Par ailleurs, l'homogénéité des thèmes abordés dans les différents chapitres constitue à la fois la grande force et la principale faiblesse de cet ouvrage. Cette unité nous permet certes de cerner plus facilement la pensée du professeur Kennedy, mais elle occulte aussi la diversité de ses champs d'intérêt et de ses domaines d'intervention.

Dans le premier chapitre, le professeur Kennedy retrace les mouvements internes qui ont animé le champ professionnel et disciplinaire du droit international aux États-Unis au cours du XX^e siècle. Il situe les différentes écoles de pensée et approches théoriques en droit international aux États-Unis sur un continuum dont l'une des extrémités est représentée par le politique et l'autre, par cette image d'un droit autonome, affranchi de la violence du politique. D'un côté, il y aurait donc un droit international anti-formaliste ancré dans le naturalisme, les valeurs, la subjectivité et perméable au politique. De l'autre, se trouverait un droit international formel fondé sur le consentement des États et pouvant être l'objet d'une connaissance scientifique et objective. Cette approche formaliste établit une distinction nette entre droit et politique. Le discours juridique internationaliste et la pratique professionnelle oscillent entre ces deux pôles sans jamais les atteindre, car ils représentent les extrêmes de deux formes de dogmatisme juridique.

La théorie états-unienne du droit international est devenue un centre de contestation politique et intellectuelle éclectique. Toutefois, selon Kennedy, les juristes devraient être préoccupés non pas par le caractère plus ou moins formel de leur discipline et de leur conscience professionnelle, mais bien par la distribution du pouvoir et des ressources dans la société globale et de leur rôle dans l'avènement de la gouvernance mondiale technocratique.

Kennedy note avec à-propos que l'avènement d'un mode de gouvernance technocratique, *i.e.* le remplacement du public par le privé, relève d'un choix politique qui obscurcit les relations de pouvoir sous-jacentes. Le politique devient invisible et la sphère publique se dissout au travers de l'affranchissement de la sphère privée qui développe de façon *sui generis* une autorité et une légitimité dont les fondements sont autoréférentiels. De l'avis de Kennedy, la dissolution de la sphère publique emporte dans son sillage la lente disparition de l'espace de contestation politique au travers du morcellement, voire de la désintégration des formes d'autorités légitimes.

Les juristes masquent les contestations en mettant l'accent sur le caractère rationnel et inéluctable de la distribution réelle du pouvoir à l'échelle globale. L'apolitisme de la gouvernance mondiale experte et technocratique résulterait donc

« Turning to Market Democracy : A Tale of Two Architectures » (1991) 32:2 Harv. Int'l L. J. 373 aux pp. 373-396; David Kennedy, « Laws and Developments » dans Amanda Perry-Kessaris et J. Hatchard, dir., *Law and Development : Facing Complexity in the 21st Century*, London, Cavendish, 2003, 17 aux pp. 17-26; David Kennedy, « Challenging Expert Rule : The Politics of Global Governance » (2005) 27 Sydney L. Rev. 5 aux pp. 5-28; David Kennedy, « The Mystery of Global Governance » (2008) 34 Ohio N.U.L. Rev. 827 aux pp. 827-860.

d'un processus et d'un choix politique rendus invisibles où universalisme, rationalité et cosmopolitisme purifient (et purgent) le consensus mondial des impuretés et des contestations idéologiques, nationalistes, religieuses, etc. On assiste donc à l'avènement d'une gouvernance mondiale sans politique globale.

Le second chapitre intitulé « La face sombre de l'humanisme international » développe certains thèmes annoncés dans le précédent. Pour Kennedy, « l'humanisme international », *i.e.* tous les acteurs privés ou publics dits humanitaires, mène un combat paradoxal au nom de l'humanité tout en renonçant aux outils du politique. Il dénonce l'aveuglement volontaire de ces acteurs humanitaires (exemple : le Comité international de la Croix-Rouge et sa volonté de demeurer « objectif » dans ses enquêtes). Selon Kennedy, ces humanistes sont parties intégrantes de la sphère politique : ils participent à l'exercice d'un pouvoir mondialisé et désincarné qui a absorbé et internalisé le discours et le vocabulaire humanitaires. Les guerres deviennent par conséquent humanitaires et la violence, proportionnelle et nécessaire au regard du droit international humanitaire. Kennedy souligne que le réalisme politique parle désormais le même langage que l'humanitaire.

Kennedy souligne que ce refus du politique et par conséquent, des responsabilités, de la part des humanitaires, est éminemment problématique. En effet, les droits de l'homme légitiment parfois des torts en mettant l'emphase, par exemple, sur les questions relatives aux droits civils et politiques tout en ignorant les problèmes économiques structurels et de redistribution. Kennedy va même plus loin en suggérant que le langage des droits et du droit a maintenant infiltré le langage militaire. Proportionnalité et nécessité font désormais partie de l'appareillage éthique militaire. Sous l'impulsion des humanitaires, le droit de la guerre serait devenu un discours pragmatique induisant un jugement appelant à des valeurs. Le droit de la guerre exige que l'on discrimine ce qui est nécessaire de l'accessoire. Ces normes appellent donc à une évaluation qui, au final, est paradoxalement condamnée par les humanitaires qui ont eux-mêmes prêté leur vocabulaire au militaire : combien de civils peuvent être tués pour telle ou telle cible? Par ailleurs, en polarisant l'attention sur les relations État-individu dans la conception de la justice, les droits de l'homme obscurcissent les causes structurelles et profondes des injustices existantes. Bref, selon Kennedy, les droits de l'homme offrent une perspective unidimensionnelle sur les formes de l'émancipation humaine.

Ce tiraillement du travail humanitaire entre neutralité/objectivité et politisation se trouve au cœur du troisième chapitre intitulé « Spring Break » dans lequel le professeur Kennedy évoque de façon intimiste les ambivalences qui animent le travail humanitaire entre professionnalisation et militantisme, identités professionnelles et engagements politiques, ainsi que le sens et les buts poursuivis par le travail humanitaire. Kennedy suggère que le travailleur humanitaire, le juriste ou l'internationaliste adopte une approche auto-réflexive face à sa propre identité (militant, professionnel, activiste, etc.) et ses actions.

Les deux chapitres suivants portent respectivement sur l'expansion du marché commun européen dans les nouvelles républiques de l'ancien Empire

soviétique (chapitre 4 « Le long chemin vers la démocratie de marché : l'histoire de deux architectures ») et l'intérêt que portent les juristes aux problèmes de corruption dans les pays en développement (chapitre 5 « Droits et Développements »). Au travers des débats qui animent l'économie politique internationale et le mouvement droit et développement, Kennedy explore comment la gouvernance technocratique et le discours techniciste du droit marginalisent des enjeux et des problèmes plus fondamentaux. Au sujet de l'expansion du marché européen, le professeur Kennedy souligne que le vocabulaire de la « transition » du début des années quatre-vingt-dix a masqué la création d'un marché commun européen différencié. À l'Ouest, on a développé un système hautement structuré et procédé à la redistribution de la richesse au travers de la mise en œuvre de politiques publiques communes alors qu'à l'Est, on a favorisé la mise en œuvre de programmes de dérégulation et de privatisation qui ont eu un impact massif et dévastateur sur les populations libérées du joug soviétique. L'émergence de ce discours sur la « transition » des pays d'Europe de l'Est a masqué et justifié la mise en place de ce système bicéphale et inégalitaire au début des années 1990.

À peu près à la même époque naissait le discours sur la primauté du droit (« *rule of law* ») comme fondement du développement économique des États. Kennedy souligne que le sous-développement est avant tout un problème de redistribution des richesses. L'avènement du paradigme de la primauté du droit en tant que stratégie du développement était voué à remplacer les débats politiques sur les modalités et les conséquences de la production et de la distribution des richesses grâce à son apparente neutralité, technicité et son caractère a-politique. Selon Kennedy, le développement ne doit pas être simplement synonyme d'une plus grande croissance. On doit plutôt s'interroger sur le genre de croissance désiré, sur les raisons de celle-ci et sur la façon dont elle sera réalisée. Pour Kennedy, le paradigme de la primauté du droit, traduit concrètement, par exemple, dans la lutte à la corruption, a opacifié des choix politiques et économiques importants et des programmes de privatisation et de dérégulation par les élites des pays en développement et d'Occident.

Dans les deux derniers chapitres de son ouvrage, le professeur Kennedy critique de façon plus incisive le processus contemporain de judiciarisation et de légalisation de la vie internationale qui tend à marginaliser la contestation politique. Le droit est devenu le langage vernaculaire de la gouvernance mondiale et les professionnels du droit, les porte-voix de cette normativité mondialisée. Selon Kennedy, ces professionnels et experts jouent un rôle clé dans ce processus. Ils en sont la cheville ouvrière. Ils traduisent les décisions politiques des souverains en normes et faits applicables sur le terrain. À l'instar des professionnels de l'humanitaire, la responsabilité des professionnels de la mondialisation tend à se dissoudre dans le droit³. Pour cette raison, le travail des experts doit être réinterprété et contesté en termes politiques, car comme le souligne Kennedy, le droit est politique. L'expert – un conseiller juridique, un économiste, etc. – produit et reproduit

³ Voir aussi David Chandler, *Empire in Denial : The Politics of State-building*, London, Pluto Press, 2006.

des normes et institutions de l'arrière-plan (« *background norms* »). Ces normes sont diverses : elles peuvent être relatives à la sécurité du transport aérien, aux standards corporatifs ou bancaires, à la résolution des disputes relatives aux investissements directs étrangers ou encore être des normes techniques privées, telles que les normes *iso*⁴.

Kennedy cherche à remettre à l'avant-plan ces pratiques institutionnalisées et bureaucratiques invisibles aux yeux du citoyen. La responsabilité politique et juridique ne devrait plus seulement incomber seulement aux seuls politiciens élus. Les experts conseillent, interprètent, mais ne gouvernent pas. Ils exercent un pouvoir sans responsabilité qui devrait être mis sous surveillance et contesté.

En conclusion, Kennedy nous rappelle que la gouvernance technocratique n'est pas une fatalité. La gouvernance mondiale et la mondialisation sont des produits du politique. Ils sont la résultante de choix, de décisions, de compromis et d'erreurs. Il faudrait donc selon Kennedy questionner nos préjugés structurels, nos biais, nos contradictions et faiblesses afin de mettre en exergue les défauts de nos modalités politiques. La contestation doit donc demeurer au cœur de notre action politique. Comme le soulignait Camus, un homme révolté est un homme qui dit non. « Mais s'il refuse, il ne renonce pas : c'est aussi un homme qui dit oui, dès son premier mouvement⁵. »

⁴ Pour une sociologie de l'expertise en relations internationales, voir Yves Dezalay et Bryant G. Garth, *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'État en Amérique latine, entre notables du droit et « Chicago boys »*, Paris, Seuil, 2002; Nicolas Guilhot, « Les professionnels de la démocratie. Logiques militantes et logiques savantes dans le nouvel internationalisme américain » (2001) 139 *Actes de la recherche en sciences sociales* 53 aux pp. 53-65; Yves Dezalay et Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

⁵ Albert Camus, *L'Homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951 à la p. 25.