



---

## **ENDOCTRINEMENTS: ETHIQUES PROFESSIONNELLES DE L'INTERNATIONALISME JURIDIQUE**

---

*ALEJANDRO LORITE ESCORIHUELA\**

*Law school is not a site for mass movements; law school is a training ground for the elites who manage and develop and produce the system that we are against. Law school is training for hierarchy; law school is a place where the Hessian mercenaries train to carry arms against the revolutionary forces. At the same time that it's a source of policies, it's a source of personnel. It builds consciousness, a way of being that makes you a willing participant. It makes you a bought-in person who is doing the work of the system and enjoying the rewards of rulership, administering*

---

\* Prof. Alexander B. Morphy is Professor of Geography, Rippey Chair in Liberal Arts and Sciences, Department of Geography, University of Oregon, Eugene, OR 97405, USA (abmurphy@uoregon.edu).

*disastrous policy for yourself as well as for other people. That is a psychological enterprise; it inculcates a way of being in relation to the state; a way of being in relation to power in general, and it's taught in law school classrooms.*<sup>1</sup>

Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Préface de Brigitte Stern, Présentation d'Emmanuelle Jouannet, Paris, Pedone, Coll. "Doctrines(s)", 2007, 425 p., 42 €.

Nathaniel Berman, *Passions et ambivalences. Le colonialisme, le nationalisme et le droit international*, Présentation d'Emmanuelle Jouannet, Paris, Pedone, Coll. "Doctrines(s)", 2008, 478 p., 48 €.

David Kennedy, *Nouvelles approches de droit international*, Préface d'Emmanuelle Jouannet, Présentation de Rémi Bachand, Paris, Pedone, Coll. "Doctrines(s)", 2009, 318 p., 36 €.

Olivier Corten, *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Présentation d'Emmanuelle Jouannet, Paris, Pedone, Coll. "Doctrines(s)", 2009, 352 p., 38 €.

W. Michael Reisman, *L'école de New Haven de droit international*, Présentation de Julien Cantegreil, Paris, Pedone, Coll. "Doctrines(s)", 2010, 32 €.

## LA QUESTION DOCTRINALE

Le terme de doctrine est notoirement polysémique. Dans le contexte disciplinaire particulier du droit international, il s'associe à une variété de référents qui se côtoient, s'entrecoupent, se combinent, et se superposent de façon plus ou moins conflictuelle. Déjà de prime abord, le terme peut sembler désigner indifféremment un objet de nature sociologique, ou un élément spécifique d'une pratique rhétorique, ou une fonction institutionnelle particulière. On pense ainsi à « la doctrine », ou alors telle ou telle « doctrine » juridique, mais on peut aussi penser à la doctrine comme un groupe de personnes ou un ensemble de textes. Les relations et tensions entre différentes significations se basent ainsi sur la diversité de répertoires auxquels un interlocuteur ou une interlocutrice peut faire appel en se référant à une doctrine ou « la doctrine ». Un certain sens du terme peut dépendre de

---

1. Duncan Kennedy, "Teaching from the Left of My Anecdote", *New York University Review of Law and Social Change*, Vol. 31 (2007) 453.

l'adoption d'une autre dénotation du terme de façon explicite, alors que l'insistance sur une acception particulière peut créer des tensions avec un usage alternatif du terme, comme il peut arriver entre une approche idéaliste plus fonctionnelle, d'une part, et une approche plus sociologique ou psychologique, en apparence du moins plus réaliste, d'autre part.

De façon schématique, si l'on essaie un catalogage de ces nuances variées, on peut facilement recenser un minimum de six versions différentes de la signification du terme "doctrine", en déclinant les nuances associées au terme par la pratique courante.

1) D'une perspective technique, la doctrine se réfère à un moyen auxiliaire de détermination du droit. La doctrine a ici une signification relativement déterminée, essentiellement en rapport avec la pratique institutionnelle du droit, et avec une référence plus particulière à la jurisprudence. La « doctrine » vise ici le travail technique des professionnel(le)s du droit international, les « publicistes les plus qualifié[s] des différentes nations »<sup>1</sup>, qui, idéalement parlant, servent la fonction de clarifier la droit pour les besoins de la jurisprudence<sup>2</sup>. La doctrine est ainsi une activité fonctionnelle, celle des juristes travaillant hors du processus formel de décision judiciaire ou arbitral, et dont le travail fournit un service aux juristes qui elles et eux sont impliqué(e)s dans un processus formel spécifique (judiciaire, arbitral, mais aussi administratif ou législatif). Cette conception de la doctrine est renforcée par une lecture critique générale de la forme reçue du travail doctrinal, qui, parce qu'il est informé par cette association institutionnelle particulière avec une autre fonction (celle de juger), en prend les allures et les formes au détriment d'alternatives possibles,

---

1. Statut de la Cour internationale de Justice, Article 38 (1) c.

2. Voir p.ex. le commentaire de l'Article 38 (1) c du Statut de la CIJ in A. PELLET, "Article 38", in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM, C. TAMS, & T. THIENEL (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, pp. 790-2.

qu'elles soient stylistiques, pratiques, ou politiques<sup>1</sup>.

2) Une nuance est ajoutée par l'usage technique, particulièrement dans le domaine professionnel francophone et plus largement civiliste, de « la doctrine » hors du cadre formel d'élaboration ou d'application du droit (international). Ici, contrairement à la référence à la doctrine dans la liste officieuse des sources du droit international, on imagine la doctrine comme un corps professionnel plus que comme un corpus, disons, scientifique. Dans ce sens, suggéré par des expressions comme « la doctrine est unanime » ou « la doctrine est divisée », on s'imagine un collectif idéal d'érudition et d'opinion(s), constitué par la totalité de la production littéraire scientifique dans une branche spécifique du droit comme le droit international, et incarnée, ou semi-incarnée, dans un collectif disciplinaire. Cette perspective est un peu différente de la précédente parce qu'elle ne vise pas le caractère techniquement fonctionnel de la « doctrine », mais de façon plus ambiguë la référence au contenu de la pratique du collectif, et, suivant le contexte, aussi à la direction générale ou *doxa* de l'opinion professionnelle. En d'autres termes, si la première acception est fonctionnelle, formelle, et idéale, cette deuxième version a un contenu à la fois plus substantiel et plus sociologiquement ancré. Si le caractère fonctionnel est moins marqué dans l'abstrait, il n'en reste pas moins que les deux significations sont proches et se recourent<sup>2</sup>.

3) Une troisième version du terme spécifie encore plus le contenu du terme « doctrine » en associant explicitement l'opinion et l'activité professionnelles à un contexte historique, social, politique, ou autre.

---

1. Voir p.ex., dans le contexte des Etats-Unis, P. SCHLAG, *Laying Down the Law: Mysticism, Fetishism, and the American Legal Mind*, New York, NYU Press, 1996.

2. Voir généralement P. JESTAZ & C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004. Il s'agit là d'une monographie développant les thèmes initialement exposés dans P. JESTAZ & C. JAMIN, "L'entité doctrinale française", *Chronique Dalloz* 1997, pp. 167 et ss. Cet article a donné lieu à une réponse – symptomatiquement, pour le propos présent, assez virulente – de la part de membres supposé(e)s de la doctrine. Voir L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, & F. TERRE, "Antithèse de 'l'entité': à propos d'une opinion sur la doctrine", *Chronique Dalloz* 1997, pp. 229 et s.

On parle par exemple ainsi de la « doctrine soviétique », ou la « doctrine féministe », ou la « doctrine scholastique ». La relation entre cette acception du terme et la précédente n'est pas évidente, étant donné la focalisation de celle-ci sur la spécificité et de celle-là sur la généralité, sinon l'universalité, une fois encore dépendamment du contexte en question. En fait, en confrontant les deux significations, on évoque un contraste entre généralité disciplinaire ou professionnelle, et spécificité de contenu, qui peut générer une tension entre la supposition d'un centre (« la doctrine dominante », « *mainstream scholarship*») et de périphéries doctrinales, ou même l'idée d'une fragmentation du domaine doctrinal rendant théoriquement impossible ou politiquement suspecte la notion de « la doctrine » elle-même. Néanmoins il apparaît que l'unité de fond, qu'elle soit fonctionnelle, structurelle, ou autre, demeure en tous les cas, ce qui permet de comprendre cette acception fragmentariste de la « doctrine » comme un synonyme d' « école » (comme, dans le cas du droit international, l'école de Reims ou l'école de New Haven), qui suggère bien des modes d'apprentissage et d'éducation divers à l'intérieur d'une même pratique professionnelle. En parallèle de cette fragmentation substantielle, qu'elle fasse référence à des divisions de nature politique, géographique, culturelle, méthodologique, idéologique, ou normativement marquée de quelque autre manière (en tout cas de façon présumé ou postulée), on peut aussi penser à une division de "la doctrine" en termes de subdivisions internes, disciplinaires. Ainsi on a une "doctrine internationaliste" comme on a une doctrine administrativiste ou une doctrine pénaliste, mais aussi possiblement une hypothétique doctrine civiliste, pour ne citer que des exemples qui signalent un dédoublement de la "doctrine" entre une forme culturelle générale et un contenu spécifique orientant l'opinion professionnelle dans une branche de la pratique juridique<sup>1</sup>. On a déjà

---

1. Voir p.ex. R. A. MACDONALD, "La nature, le rôle et l'influence de la doctrine

là une série de possibilités de recoupements et de superpositions sur fond d'unité de la doctrine comme fonction spéciale de la "science juridique" perçue dans son ensemble<sup>1</sup>.

4) La notion de doctrine dénote également, en termes encore plus spécifiques, un élément du corpus juridique qui fait l'objet des opinions regroupées collectivement sous forme de « la doctrine » ou même telle ou telle doctrine spécifiquement orientée, telle que par exemple « la doctrine soviétique ». Cette acception est (dans la version plus neutre ou descriptive qui la différencie de la suivante) peut-être plus universelle dans la pratique juridique anglo-saxonne qu'elle ne l'est en jargon juridique français, mais n'en reste pas moins très présente dans la doctrine (au sens de corpus d'opinions) francophone. Il s'agit ici de désigner une construction, un assemblage de normes, institutions, pratiques, décisions et solutions reçues se rapportant à un problème juridique donné. On peut parler ainsi, à des niveaux différents de la langue professionnelle, de la doctrine de la *lex specialis*, la doctrine du patrimoine commun de l'humanité, la doctrine de l'immunité absolue de l'Etat étranger, la doctrine de l'*uti possidetis*, la doctrine du prolongement naturel du territoire national dans le plateau continental, la doctrine du droit intertemporel, et ainsi de suite. On peut ajouter de façon assez illustrative ici des exemples d'assemblages doctrinaux historiques qui suggèrent un degré de cohérence intellectuel dans un contexte argumentatif alternatif, comme c'est peut-être le cas pour « la doctrine de la guerre juste ». Dans un contexte disciplinaire où la division entre l'objectif et le subjectif est évidemment l'objet même des débats entre savants, on peut tout de même encore ajouter une nuance en mentionnant des exemples évoquant le caractère spécifiquement manufacturé de telle

---

universitaire en droit administratif québécois", *Les Cahiers de droit*, Vol. 26, No. 4, 1985, pp. 1071-1081.

1. Pour ce qui est du droit international, voir p.ex. E. JOUANNET, "Regards sur un siècle de doctrine française du droit international", *AFDI*, Vol. 46, 2000, pp. 1-57.

ou telle doctrine comme interprétation spécifique se rapportant à l'application d'une norme ou un régime de normes, comme ce serait le cas pour la « doctrine Stimson ». Le terme de doctrine est en tous les cas réservé ici en apparence pour décrire une unité normative pour ainsi dire plus complexe ontologiquement qu'une simple norme, et fait ainsi référence aussi à une interprétation particulière de la façon d'utiliser une ou plusieurs normes face à un problème donné.

5) Comme dans le cas de la distinction entre, d'une part, « la doctrine » vue (descriptivement) comme corpus d'opinions servant le processus de décision juridique au sens large et, d'autre part, « les doctrines » considérées (normativement) du point de vue d'une fragmentation de ce corps en membres historiquement, philosophiquement ou politiquement situés, on peut ici encore opposer une vision apparemment plus descriptive à une vision apparemment plus prescriptive, ou plus polémique. Une connotation plus chargée est donnée au terme doctrine quand on parle par exemple de « doctrine de la légitime défense préventive », de la « doctrine de la responsabilité de protéger » ou, plus historiquement parlant, la « doctrine Brejnev ». La différence entre cette version et la précédente consiste dans la fonction exclusive plutôt qu'inclusive du terme « doctrine ». Dans les deux cas, il y a distinction apparente en « règle » et « doctrine ». Mais si dans le premier cas l'opposition signifie que la doctrine est descriptivement construite sur la base des règles, dans le deuxième cas l'opposition vise à dénoter que la « doctrine » en question n'est pas (encore) dans le domaine du droit. La « doctrine » visée est considérée (normativement) comme, au mieux, une proposition d'interprétation (alternative) ou même de modification du droit<sup>1</sup>. L'utilisation du terme "doctrine" semble, sur la base d'une intuition disciplinairement

---

1. Voir p.ex. B. DELCOURT, « The Doctrine of 'Responsibility to Protect' and the EU Stance: A Critical Appraisal », in Giovanna Bono (dir.), *The impact of 9/11 on European Foreign and Security Policy*, Bruxelles, VUBPRESS, 2006, pp. 99-126.

apprise, particulièrement proche de celle qu'on en fait dans des contextes qui font ressortir son contenu à la fois prescriptif et partisan, comme c'est le cas pour une "doctrine politique", une « doctrine morale », ou une « doctrine religieuse ». Ainsi comme dans le cas de « la doctrine est unanime » ou « la majorité de la doctrine », face à la « doctrine soviétique », on rencontre une opposition implicite entre unité et fragmentation doctrinale, mais aussi entre unité de fonction et pluralité de positions, traduite ici en interprétations reçues et interprétations encore à recevoir, opinions institutionnalisées et opinions marginalisées dans la pratique du droit international. Cette dernière distinction signale de façon importante, au travers d'une division entre le subjectif et l'objectif comme un parallèle de la division entre le spécifique et l'universel, que la doctrine comme phénomène intellectuel, politique et culturel, est nécessairement ancré dans un contexte social dont la dynamique permet de faire ces distinctions (par exemple entre la « valeur doctrinale » de la doctrine Stimson et celle de la doctrine Brejnev).

6) Cela amène ainsi l'observateur à imaginer une dernière – en tout cas pour l'heure – perspective sur la doctrine, qui vise le substrat implicite de la déclinaison précédente. Un œil plus sociologiquement exercé approche ainsi la doctrine comme un groupe de professionnel(le)s du droit sous-entendu(e)s par les différentes versions du terme dans sa version manifestement plus immatérielle et textuelle. La ou les doctrine(s) font ainsi toujours référence à une activité professionnelle par des agent(e)s situé(e)s dans un contexte culturel particulier, et ainsi le terme lui-même ne peut que charrier une référence implicite à ce groupe social organisé en référence à la pratique culturelle en question, qu'elle soit unitaire ou fragmentée, scientifiquement cohérente ou politiquement hétérogène<sup>1</sup>. La fonction

---

1. Un point de départ est pour beaucoup P. BOURDIEU, "La force du droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Vol. 64,

institutionnelle, mais aussi la fragmentation normative et descriptive de la doctrine vue comme corpus d'opinions et de pratiques argumentatives, met ainsi en avant la base pour ainsi dire matérielle de la production idéale doctrinale. La doctrine textuelle et rhétorique est, en termes trop simplistes, épiphénoménale par rapport à l'activité professionnelle de femmes et d'hommes diversement situé(e)s professionnellement et socialement – comme y insiste d'ailleurs l'association même du terme avec des qualificatifs sociaux, politiques ou historiques –, et en constitue une trace que, plus que toute autre acception, l'idée de « la doctrine » manifeste dans sa forme la plus désincarnée. Comme pratique socialement ancrée, l'idée de doctrine vise ainsi une activité politique (au sens large) d'individus engagés avec des intérêts et objectifs autonomes dans ce que l'on peut voir, pour utiliser des termes sociologiquement marqués, comme un jeu structurant et structuré, qui vise ici la dissection et manipulation de « doctrines », incorporées ou non à telle ou telle « doctrine », associées ou non à « la doctrine » – tout cela considéré du point de vue du champ d'activité professionnelle conçu comme un lieu de circulation de pouvoir, ainsi que d'acquisition, de pertes et d'échanges de capital dans ses formes variées. De cette perception-là sur la doctrine on peut revenir aux autres intuitions concernant l'unité et la fragmentation de la ou les doctrine(s), en particulier en termes politiques, moraux ou plus généralement idéologiques, pour marquer la connexion entre l'activité disciplinaire de la doctrine et le processus politiques divers qui la connecte au monde ambiant<sup>1</sup>.

La notion générale de « doctrine », qui signale une réalité ou un idéal englobant et encadrant la diversité de signifiés, demeure constante dans la vie disciplinaire précisément parce qu'elle renvoie à

---

1986, pp. 3-19.

1. Voir p.ex. ici R. CHARVIN, "La 'doctrine': Notes critiques sur le discours dans le domaine du droit international et des relations internationales, *Revue internationale et stratégique*, No. 51, pp. 45-52.

l'ensemble de ces références, qui associent dans un seul terme les polarités du formel et du matériel, du scientifique et du politique, de l'universalité et de la diversité, du théorique et du pratique, du fonctionnel et du structurel, du descriptif et du normatif. Le terme est polysémique dans le sens d'être polyvalent, en se référant non pas à une multitude de réalités, mais à une multitude d'attitudes sur une pratique qui ne préexiste pas à sa qualification sociale. La notion de doctrine est ainsi avant tout assez mystérieuse pour que son évidence et sa transparence soient présumées dans son fonctionnement et sa réalité mêmes, pour revenir périodiquement à un moment de question, de crise, où ses dimensions diverses refont surface pour un nouvel effort d'interprétation existentielle<sup>1</sup>. La doctrine est une activité qui contient tous ces éléments, souvent présumés et inconscients, qui structurent l'existence d'individus spécifiquement socialisés, disciplinés, dans notre cas présent, comme internationalistes. La notion suggère ainsi une cohérence interne, un cadre contenant des orientations ou impulsions diverses et possiblement conflictuelles, d'une façon déjà soulignée dans une version particulière et sous forme aujourd'hui canonique par George Scelle par le terme de « dédoublement fonctionnel »<sup>2</sup>.

Etre dans la doctrine, construire de la doctrine ou élaborer des doctrines, constituent des façons d'être dans le monde, mais aussi des façons de devoir être face au monde, cela en relation avec une pratique par nature normative, celle de l'interprétation et de l'application de « normes » de comportement particulières comme le

---

1. Voir par exemple J.-P. CHAZAL, "Antigone, Busiris, Portia: Trois images spéculaires de la doctrine", *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, No. 48, 2002, pp. 1-43.

2. La version la plus célèbre de la thèse est G. SCELLE, "Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel", in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation. Festschrift für H. Wehberg*, Francfort, Klostermann, 1956, pp. 324-342. Parmi les nombreuses réponses, voir en particulier le commentaire détaillé effectué dans A. CASSESE, "Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (*dédoublment fonctionnel*) in International Law", *JEDI/EJIL*, Vol. 1, 1990, pp. 210-231.

sont celles du droit international. La définition de la doctrine porte ainsi en premier lieu sur l'agencement de ces différents éléments et la gestion des diverses dimensions impliquées par le terme, et donc par l'image de la réalité sociologique et professionnelle sous-jacente. Dans la description de Scelle, la prescription sous-jacente peut se lire comme une interpellation faite aux juristes de manœuvrer les diverses routes d'une existence doctrinale partagée entre l'idéal formel de la technique et la réalité matérielle d'un enracinement social et politique. Le plan du droit international se vit dans la rencontre de ces tiraillements professionnels et existentiels, un jeu de médiations, de traductions, de dialectique et pour certains même de transcendance, entre les pluralités de voix, la confusion violente du monde, et l'unité de la langue technique. En termes plus généraux, la dialectique entre le local et le global, la forme et la substance, le pluriel et l'universel, et enfin le politique et le technique, en tous les cas suggère une construction particulière de l'existence sociale de l'internationaliste et de son individuation comme agent(e) politique, cela dans une structure disciplinaire qui s'identifie avec un projet politique précisément caractérisé par la transcendance de la politique par la raison et l'argument. Comme pour le reste de la doctrine juridique, il y a dans l'existence de la doctrine internationaliste un balancement entre science et technique, d'une part, et projet politique, idéologique et hégémonique d'autre part.<sup>1</sup> Ce balancement est à la fois dicté et réprimé par la plateforme professionnelle des juristes, internationalistes ou non, au point de suggérer qu'un(e) « juriste engagé » est un type particulier, voire pathologiquement particulier, de juriste.<sup>2</sup>

---

1. Pour une réflexion sur les modalités contemporaines de cette oscillation dans la doctrine internationaliste, v. p. ex. M. KOSKENNIEMI, "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics", *Modern Law Review*, Vol. 70, No. 1, 2007, pp. 1-30.

2. V. p.ex. E. DOCKÈS (dir.), *Au coeur des combats juridiques : Pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, Dalloz- Sirey, 2007. Et particulièrement en ce qui concerne la doctrine

Sans aucun doute, l'activité des juristes internationalistes est structurée par la normativité du projet internationaliste lui-même, et l'idéal de médiation entre pluralisme inter-national et ordre juridique commun – que le résultat des efforts produisent ou non, par ailleurs, la forme professionnellement schizophrénique envisagée par Scelle. Néanmoins, pour l'activité spécifiquement doctrinale, comme activité de production intellectuelle et culturelle, se pose plus spécifiquement la question de médiation entre doctrines et doctrine. D'une part, il s'agit de la participation à une institution fonctionnelle universelle dans l'univers de l'application du droit, et d'autre part, il s'agit de défendre une certaine manière de comprendre cette application du droit, sa direction, sa signification, et ses enjeux. D'une part il s'agit de lire le droit et le clarifier, et de l'autre il s'agit bien de donner un sens doctrinal, ou doctrinaire, à cette clarification. D'une part il s'agit de participer à la science, de l'autre il s'agit de participer à la politique. La multivalence du terme "doctrine" n'est ainsi pas un signe d'éclatement sémantique, mais bien le reflet de la complexité interne d'une réalité existentielle, qui suggère ainsi une relativisation de l'opposition posée en termes relatifs par Max Weber (et sans doute abusée en termes absolus par d'autres) entre les professions de savant et de politique<sup>1</sup>. Depuis cette perspective, qui en tous les cas réenracine la doctrine juridique comme production culturelle dans son terreau politique, la question de la définition et de la compréhension de la doctrine en droit international, comme en droit tout court<sup>2</sup>, est ainsi une question proprement éthique, dans le sens fondamental qui vise la contenu de caractère et les normes de comportement personnel des individus.

---

*stricto sensu* R. COLSON, " L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue ", in *ibid.*, pp. 61-9.

1. M. WEBER, *Le savant et le politique*, Traduit par Julien Freund, Préface de Raymond Aron, Paris, Bibliothèque 10/18, 2002.

2. Voir par exemple A. SUPLOT, "Grandeur et petites des professeurs de droit", *Les Cahiers du Droit*, vol. 42, n°3, 2001, pp.595-614.

Pour n'être pas posée dans ces termes-là trop souvent, la question doctrinale n'en demeure pas moins la même que celle qui se pose pour celles et ceux qui interprètent et appliquent le droit directement sur le monde, aux dehors de la tour d'ivoire. Toutes et tous, celles et ceux qui manipulent le droit, que ce soit dans les tribunaux ou les revues scientifiques, agissent sur la construction et la destruction du sens du monde, et ainsi agissent sur le terrain de mort et de la souffrance.<sup>1</sup>

\* \* \*

C'est dans cette perspective d'urgence existentielle de l'existence doctrinale que l'on peut approcher l'émergence durant ces cinq dernières années de la collection "Doctrine(s)", initiée et dirigée pour les éditions Pedone par Emmanuelle Jouannet, de Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). En soi, en tant que collection, ce projet évoque, dans sa forme comme dans les propos qu'elle collecte, l'ambivalence ou la multivalence doctrinales. Dans ce que l'assemblage de textes et la série d'assemblages suggèrent, en termes d'unité et de diversité, d'évidences disciplinaires et de créativité, se cache une interpellation de la lectrice et du lecteur. Il s'agit d'observer l'activité doctrinale, ou un de segments contemporains, et de se confronter à ses variations et ses différences, tout en maintenant en place le fondement, également signalé dans le titre plastique et perturbateur de la collection, d'une commune cohérence et d'une familiarité professionnelle assumée. Expliciter le fil rouge qui rassemble les textes et les ouvrages, évoquer l'évidence floue que véhicule pour les lectrices et lecteurs présumé(e)s des ouvrages ou de la collection elle-même, nous invite à imaginer ce qu'un groupe de doctrinaires divers peuvent avoir en commun, en tant que doctrinaires, au travers de la trace textuelle de leur activité

---

1. Voir R. COVER, "Violence and the Word", *Yale Law Journal*, Vol. 95, 1986, p. 1602, où l'auteur utilise l'expression devenue fameuse: "legal interpretation takes place in a field of pain and death".

professionnelle. A mon sens, la mise en scène de ces auteurs, dans une collection jetant explicitement les feux sur l'ambiguïté doctrinale, pointe vers une exploration des voies de dialogue diverses sur l'éthique et la politique de l'activité doctrinale en tant qu'activité professionnelle, culturelle et politique particulière. Formellement, la collection se présente pour l'heure sous la forme de cinq ouvrages, par cinq auteurs contemporains, cinq universitaires travaillant dans le domaine du droit international - et pour l'instant, doit-on signaler, cinq mâles situés professionnellement, pour ainsi dire, dans le Nord-Ouest géopolitique. Il s'agit, en ordre chronologique de publication, de Nathaniel Berman (de Brown University à Rhode Island, Etats-Unis), Martti Koskenniemi (de l'Université d'Helsinki en Finlande), Olivier Corten (de l'Université Libre de Bruxelles en Belgique), David Kennedy (de Harvard Law School, au Massachusetts, Etats-Unis) et Michael Reisman (de l'Université de Yale, au Connecticut, Etats-Unis). Implicitement, la construction des volumes de la collection, leur succession et alignement en un assemblage disciplinaire, manifestent la "doctrine" comme une problématique et initient les lecteurs et lectrices à un parcours d'une partie du paysage doctrinal internationaliste, au travers de juristes qui d'une manière ou d'une autre déploient leur doctrine, ou leurs doctrines, comme membres de la doctrine internationaliste. Plus que comme une collection mécanique et successive de textes visant au reflet du pluralisme de voix et de visions, qui impliquerait évidemment une certaine vision idéologique de ce que la doctrine est ou doit être, c'est à mon sens sous l'angle de cette question normative de "la doctrine" que cette initiative éditoriale apparaît dans toute son originalité et son importance, et cela tant comme projet disciplinaire que du point de vue du contenu des textes.

Ainsi même visuellement, tous les volumes évoquent déjà le

dialogue entre le cadre structurant de la doctrine institutionnelle formelle et l'initiative intellectuelle, plus individuelle et créatrice, des doctrines spécifiques : fond de couverture blanc, illustration de façade similaire (l'initiale de l'auteur stylée en peinture), le titre de la collection en caractères plus imposants que le nom de l'auteur ou le titre de l'ouvrage, et le nom de l'auteur(e) de la préface ou de l'introduction (généralement aussi traducteur ou traductrice en chef) en lettres réduites. Dans tous les cas, nous avons déjà ainsi l'idée d'une individualité particulière au sein d'un collectif par ailleurs implicite en substance (s'agit-il de la doctrine internationaliste contemporaine dans son ensemble ? un segment ou une génération spécifique ? la plus représentative, la plus innovante, la plus méconnue ?), l'individualité en question étant représentée en termes formels minimalistes et réduite dans son existence et pour l'essentiel à la trace littéraire, en l'absence de données biographiques étendues au-delà des besoins des essais introductifs. Il s'agit ainsi et à proprement parler d'examiner de la doctrine comme partie de la nébuleuse « doctrine(s) ». Il n'y a pas à proprement parler, même dans l'introduction générale de la collection par Brigitte Stern en préface du premier volume, de ligne directrice de substance qui puisse indiquer un autre cadre de cohérence que celui de l'existence doctrinale avec ses paramètres implicites, reçus et transmis, relatif à l'originalité, la renommée ou l'importance. C'est ce qui fait la force de la collection en tant que telle, dans la mesure où elle interpelle la lectrice et le lecteur en exigeant une démarche inquisitive et critique face à cette représentation du savoir et de la créativité académiques en droit international.

En substance, chaque ouvrage est composé d'une série de textes, tous déjà publiés sous une forme ou une autre, mais ici réédités, rassemblés, organisés en grands chapitres thématiques représentant en apparence les orientations majeures et les versants variés de la

contribution doctrinale de l'auteur en question. Chaque ouvrage est également préfacé par une introduction critique détaillée visant à encadrer la lecture des textes et offrir une interprétation spécifique et contraignante (si l'on pense en particulier au fait qu'ils s'agit d'introduire des textes traduits), sur la profondeur contextuelle à donner ou non à l'auteur, ainsi que la ligne de pensée que l'on peut imaginer derrière l'assemblage des courtes interventions choisies par l'auteur pour le volume. Dans le cas des quatre auteurs dont la production doctrinale choisie était à l'origine en langue anglaise, une équipe de traducteurs et traductrices, sous la direction de l'auteur en charge de l'introduction critique, s'est chargée avec un succès appréciable (même si l'on doit forcément laisser place à la contestation ponctuelle) de la tâche difficile de fournir une version française qui puisse naviguer efficacement le double impératif de fidélité à la langue de réception et de transposition du sens, du style, et des nuances des textes anglais. En termes formels, la question qui peut se poser est bien entendue ici celle de savoir pourquoi l'on devrait traduire des textes anglophones, lorsqu'il s'agit en particulier de production doctrinale internationaliste. La seule réponse qu'il semble opportun d'entretenir est que, grâce à Pedone et à Emmanuelle Jouannet, une série de textes non seulement épars et difficile d'accès, mais souvent linguistiquement complexes même pour des lecteurs occasionnels de textes juridiques anglais, est rendue accessible pour un public, et notamment un public étudiant, intéressé comme il le devrait à s'ouvrir sur des réflexions façonnées ailleurs, et en anglais à l'origine.

En termes de fond, la collection en soi est, si ce n'est que du point de vue de l'accessibilité de textes étrangers d'auteurs professionnellement visibles, une initiative heureuse. Comme peu de collections, on peut l'imaginer comme effectivement une entité collective – en elle-même, elle a un sens qui dépasse la signification

de chacun des ouvrages, pour les raisons exprimées ci-dessus parmi d'autres raisons possibles. Sous cet angle, on peut approcher chaque ouvrage comme offrant une plateforme et une opportunité uniques aux auteurs en question concernant "la question doctrinale." Le processus de sélection des textes, leur inclusion dans une collection appelée "Doctrine(s)", l'addition (dans la plupart des cas) d'introductions brèves par les auteurs eux-mêmes aux textes choisis, ainsi que l'existence d'un essai introductif récapitulatif de l'œuvre de l'auteur, tous ces éléments appellent, de la part des auteurs eux-mêmes, à une introspection, un repli sur soi et sur le sens du cheminement académique et professionnel de chaque auteur comme agent intellectuel et culturel. Dans tous les cas, il en résulte une image spécifiquement cohérente et personnalisée, partielle et partisane sans aucun doute et comme d'ailleurs n'importe quelle image autobiographique, pleine d'ambivalences et de reconstructions historiques, mais créée sur mesure pour le format et les besoins propres de la collection, à la fois contextualisée (par les essais introductifs) et decontextualisée (par l'assemblage nécessairement sélectif de textes par ailleurs chronologiquement épars, en un tout structuré).

Si cette image de cohérence peut alors se lire comme l'interprétation par l'auteur de la signification et de la valeur de l'intervention doctrinale constituée par le bricolage de textes, l'important réside bien alors dans les critères d'évaluation, ou les repères normatifs auxquels la présomption de cohérence et la direction générale de l'intervention globale se réfèrent. A mon sens, cinq sensibilités éthiques, cinq types d'impératifs différents permettent d'appréhender ces auteurs, au regard de la signification de leur travail comme membres de la doctrine, c'est à dire comme membres d'une profession informée par la vocation normative et globale de sa production culturelle. D'une certaine façon, élaborée en détail par voie

de collage dans les pages qui suivent, l'on peut lire chacun des ouvrages comme une expression spécifique et apologétique de ce que faire du droit international veut dire, de ce qu'être membre de « la doctrine » implique en particulier dans le domaine du droit international, et de ce que produire de la doctrine demande en termes d'attitude professionnelle, politique, et morale. Dans les lignes qui suivent, je me permets de présenter donc les cinq ouvrages, ou plutôt les cinq auteurs tels qu'ils se décrivent eux-mêmes au travers de leurs textes, à l'aide de ces balises de navigation doctrinale. Cette reconstruction par bricolage et recomposition de fragments, sur le canevas présumé de l'anxiété professionnelle de la doctrine comme activité politique, permet de reconstituer l'assemblage collectif de ces assemblages textuels comme une représentation littéraire de la question doctrinale, ainsi que de la façon dont les juristes formé(e)s et en formation peuvent imaginer leur existence en tant qu'agent(e)s politiquement responsables dans une profession technocratique par réticence.

### **KOSKENNIEMI ET L'ETHIQUE DU FORMALISME**

Le premier volume de la collection « Doctrine(s) » est consacré à l'œuvre de Martti Koskenniemi, ancien diplomate, ex-membre de la Commission du droit international des Nations Unies, intellectuel prolifique et versatile, et internationaliste renommé notamment pour les deux classiques du droit international contemporain que sont *From Apology to Utopia* et *The Gentle Civilizer of Nations*<sup>1</sup>. L'ouvrage qui ouvre ainsi la voie à un panorama de la doctrine internationaliste en cours, significativement intitulé *La politique du droit international*,

---

1. M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989, réédité avec un nouvel épilogue par Cambridge University Press (2005); M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

met à la disposition du public francophone douze textes écrits entre 1990 et 2004. Trois sections thématiques structurent le choix d'interventions opéré par Koskenniemi dans cet assemblage d'autobiographie doctrinale : « Politique de la sécurité collective », « Politique des droits », et « Possibilités et limites du droit international ». Les sections liminaires de l'ouvrage se présentent par ailleurs comme une charpente structurant l'orientation, ou plutôt la sensibilité, méthodologique de l'auteur. Comme on le retrouvera dans les volumes suivants de la collection, un chapitre introductif, ici en réalité un seul texte, constitue le portail choisi par Koskenniemi pour entraîner les lecteurs vers son univers doctrinal. En l'occurrence, on trouve ici un article datant de 1990 et constituant « un résumé » de *From Apology to Utopia* (p. 51), par ailleurs le premier article du premier volume du *Journal européen de droit international*. En conclusion, Koskenniemi propose trois articles explorant « L'esprit des internationalistes » et signalant pour ainsi dire le tournant plus sociologique et historique de *The Gentle Civilizer of Nations*, ramifié dans une série d'études plus contemporaines consacrées aux grands-pères du droit international.<sup>1</sup>

En termes de recherche de fond, le programme annoncé de *La politique du droit international* semble éclectique, ou du moins plus éparpillé que dans le cas de certains des autres ouvrages de la collection mentionnés plus avant. Sans aucun doute, il y a là un reflet de l'activité intellectuelle frénétique de l'auteur au cours des ans. Les sujets abordés sont divers : l'activité du Conseil de Sécurité des Nations Unies depuis

---

1. Voir par exemple. M. KOSKENNIEMI, "The Political Theology of Trade Law: The Scholastic Contribution", in Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus KHAN, Andreas PAULUS, Sabine VON SCHORLEMER, & Christoph VEDDER (dir.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 90-111; M. KOSKENNIEMI, "Empire and International: The Real Spanish Contribution", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 61, 2011, pp. 1-36; M. KOSKENNIEMI, "Colonization of the 'Indies': The Origin of International Law?", in Yolanda Gamarra (dir.), *La idea de la América en el pensamiento iusinternacionalista del siglo XXI*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2010, pp. 43-63.

la fin de la guerre froide (« La place du droit au sein de la sécurité collective »), l'émergence d'une rhétorique éthique dans l'argumentation juridique contemporaine (« La dame fait trop de serments »), l'examen critique du discours des droits de l'homme (« L'effet des droits sur la culture politique »), le concept d'hégémonie en droit international (« Droit international et hégémonie : une reconfiguration »), les questions méthodologiques en droit international (« Lettre aux organisateurs du symposium »), ou encore la justice pénale internationale (« Entre impunité et procès spectacle »). Mais il y a, c'est là même presque un présupposé de cet exercice éditorial, une structure globale, une ligne directrice hypostasiée dans l'entité qui se cache derrière le « K » de la couverture. Le fil rouge entre ces interventions peut, au vu de la densité argumentative et théorique, être tracé de façons diverses, mais la lecture linéaire du recueil nous invite à en retracer l'origine dans le texte introductif. Le titre du texte fait allusion énigmatique – dans la politique *du* droit international, s'agit-il d'un génitif objectif, la propriété politique du droit international dans son ensemble comme pratique et système, ou alors d'un génitif subjectif, la forme spécifique que le politique prend dans le droit international et qui lui est propre ? – à un contraste reçu entre le juridique et le politique, qu'au regard de l'inclusion de ce recueil dans la collection "Doctrine(s)" l'on pourrait reconstruire comme générant un questionnement normatif sur ce que faire du droit international veut dire. Koskenniemi annonce ici, il y a vingt ans, un programme réflexif que l'on peut voir comme encore en déploiement concernant la réalité et la responsabilité politique de l'internationaliste<sup>1</sup>.

Dans ce texte fondateur, on trouve une présentation devenue canonique de la structure rhétorique profonde du droit international,

---

1. Voir le retour fait par l'auteur sur ce texte vingt ans plus tard, et les suites qu'il y a selon lui à y donner (ou non), dans M. KOSKENNIEMI, "The Politics of International Law – Twenty Years Later", EJIL, Vol. 20 (1), 2010, pp. 8-19.

héritée par la pratique contemporaine au cours du développement du libéralisme politique. Comme pour d'autres auteurs, en effet, le fond culturel de la pratique courante du droit international est la méta-réalité politique du libéralisme, qui depuis Hobbes, nous dit Koskenniemi, a consisté en une marche belliqueuse du droit pour assurer sa primauté, en fait sa domination, sur la, ou le, politique (p. 53). Dans les rapports internationaux, le projet juridique, c'est à dire l'aspiration à la perfection de l'ordre interétatique et notamment sa pacification par le droit, véhicule l'idéal d'une référence objective transcendant la diversité souvent conflictuelle des intérêts politiques. Symptomatique est, au moment où Koskenniemi écrit ces lignes, la proclamation par l'Assemblée générale des Nations Unies de la « décennie du droit international », une réitération de cet élan vers la suprématie du droit, qui « revient toujours à reformuler des impulsions libérales afin d'échapper à l'emprise du politique qui est toujours conçue comme la poursuite de valeurs subjectives et conflictuelles » (p. 55). La position des juristes internationalistes dans ce cadre est déjà esquissée dans la possibilité de « consolider l'idée de primauté du droit » de manière à éviter la double critique de cet idéal, soit comme partie des « utopies abstraites d'une élite universitaire », soit comme « chauvinisme étroit devenu l'apanage des diplomates ». L'argument central de Koskenniemi est que l'idéal de primauté du droit, de l'Etat de droit appliqué aux relations internationales en particulier, « dissimule le fait que tout conflit social doit être résolu par des moyens politiques » et que le « discours juridique commun aux internationalistes » repose sur des principes politiques « inévitablement contestés entre Etats », dans la mesure où l'idéal qu'il manifeste est lui-même et de façon inhérente contradictoire (p. 56).

Dans ce texte, qui met en scène un propos critique influencé – on le sait par la lecture de *From Apology to Utopia* – par une gamme de sources extra-disciplinaires dans la philosophie, la linguistique, et les sciences sociales en général, on trouve une description détaillée de la

cohérence du discours argumentatif en droit international comme essentiellement fondée sur une dichotomie ou contradiction interne. Koskenniemi la décrit comme un conflit entre les aspirations normatives et abstraites du droit, et ses aspirations concurrentes à une fidélité exacte et une application concrète aux faits sociaux. D'un côté, donc, pour s'assujettir à l'idéal de pluralisme et de transcendance, on voit le droit international manifester une obsession de l'objectivité et le rejet d'un apparent subjectivisme naturaliste, et de l'autre côté, une obsession égale pour le caractère contraignant et contrôlant de la norme au-delà des caprices gouvernementaux de circonstances (p. 57). S'ensuit une « oscillation interminable de l'argumentation juridique entre les deux pôles de l'utopie et de l'apologie », c'est-à-dire les dérives extrêmes de détachement complet du monde social par péché d'idéalisme normatif effréné ou alors d'assimilation complète du droit aux réalités politiques sans autre fonction que de refléter la force des faits. Le point central du propos est évidemment la conclusion que l'on peut tirer d'une telle constatation, ou pour l'heure d'une telle hypothèse. « Puisqu'elles ne peuvent se justifier par elles-mêmes, on ne peut adopter l'une ou l'autre des deux positions que sur la base d'un choix politique, un choix qui doit au final être défendu en fonction d'une conception politique et subjective de la justice. La politique reprend donc le dessus du droit » (p. 59).

Koskenniemi, dans ce résumé de l'argument présenté dans son (premier) *magnum opus*, illustre sa thèse de deux manières. L'oscillation entre apologie et utopie est exemplifiée en premier lieu par la structure des conflits théoriques concernant le droit international en général, sa nature, son caractère juridique ou non, sa dérive politisante ou moralisante, et sa relation avec le cadre des relations internationales. Ici Koskenniemi reconstitue les débats mettant aux prises normativisme, néo-naturalisme, l'école de New Haven, et d'autres au cours du XXe siècle, en quatre positions doctrinales

globales qui finalement ne constituent qu'autant de façons d'osciller individuellement, ou en tant que profession, entre les pôles extrêmes imposés par l'idéal libéral contradictoire (pp. 64-5). Parallèlement, et au-delà des cadres de référence théoriques, Koskenniemi procède à une dissection du droit matériel dans les mêmes termes, en visant à démontrer que la structure binaire et la dynamique oscillatoire est omniprésente au niveau moléculaire de l'argumentaire juridique. A chaque fois on observe comment à tout argument fondé sur la proximité du droit avec la politique (le consentement des Etats) on peut opposer un argument misant sur le caractère objectif et contraignant du droit (nécessités sociales, valeurs communautaires, ou règles dites fondamentales) (pp. 66-89). Par exemple « la même structure argumentative peut être ainsi détectée dans tous les litiges territoriaux » ; ici Koskenniemi décortique les va-et-vient rhétoriques dans des affaires canoniques de la CIJ, comme celles du Groenland oriental, du différend frontalier entre le Burkina-Faso et le Mali, ou du Plateau continental de la Mer du Nord, pour montrer à la fois l'opposition systématique entre une orientation apologétique (souveraineté, consentement et droits subjectifs) et une orientation utopique (ordre international, justice et droit objectif), et l'impossibilité de résoudre le différend sur la base de cette opposition, qui reste non seulement insoluble, mais instable dans la mesure où une même ligne argumentaire peut passer d'un pôle à l'autre sans frémir (pp. 70-7). Koskenniemi en fait de même avec le discours juridique concernant les sources du droit international, notamment concernant les débats reçus sur la valeur normative des actes unilatéraux ou le processus de formation du droit coutumier, illustrés par des exemples également canoniques, comme le sont l'affaire des *Essais nucléaires* ou l'affaire *Nicaragua* (pp. 77-88).

La conclusion donnée par Koskenniemi de cette analyse détaillée de la pratique discursive internationaliste est un constat sur la nature et

la fonction du droit international lui-même comme cadre argumentatif se référant aux relations internationales. « [L]orsqu'il est envisagé sous un angle formel et procédural, le droit peut remplir deux objectifs : ne promettre aucun idéal communautaire particulier et ne défendre aucune politique souveraine particulière. A l'inverse, toute règle juridique acceptable doit pouvoir être utilisée, tant pour la promotion d'une communauté (parce qu'elle serait sinon apologétique) que pour la sauvegarde de la souveraineté (car, si elle imposait une finalité particulière, ses implications seraient alors perçues comme totalitaires). Lorsqu'en effet des justifications sont avancées pour soutenir que le droit contient une finalité définitive et matérielle (...) elles sont vulnérables au point de vue matériel inverse » (p. 91). De la nature du système, on en vient ainsi à la nature de la pratique argumentative et de la nécessité d'en comprendre la mécanique pour savoir ce qui, en réalité, se passe quand l'argumentation juridique se déploie dans les gestes professionnels des internationalistes. « Toute règle juridique, principe ou projet de communauté internationale, n'est considéré comme acceptable que s'il est formulé de manière abstraite et formelle, mais dès qu'il y a mise en œuvre de cette règle, de ce principe ou de ce projet, on doit présumer qu'une certaine interprétation ou expérience collective aura été mise de côté ; et cette mise en œuvre paraîtra apologétique. C'est un dilemme indépassable du droit, lié au langage du droit et dont nous ne pouvons sortir car le droit n'est que cette pratique sociale argumentative » (p. 95). La question est finalement pour le juriste : « Si le droit ne peut pas donner des justifications objectives aux décisions institutionnelles des juristes parce que, à travers de la dialectique de l'apologie et de l'utopie, chaque décision est tout autant justifiée que la décision opposée, d'où vient l'expérience indéniable de la prévisibilité de ces décisions en pratique ? »

L'indétermination normative fondamentale relatée par

Koskenniemi en termes d'oscillation interne du système et oscillation externe de chaque argument nous renvoie donc pour l'auteur au fait que les positions privilégiées dans les décisions institutionnelles fondées sur une interprétation du droit « ne s'expliquent qu'en raison des tendances particulières et des préférences substantielles non juridiques des institutions en question», cela – et il est crucial de noter l'addition, « sans pour autant dire qu'il y ait mauvaise foi ou manipulation » (p. 95). Et donc, « le retour à la politique du droit international, la réhabilitation de la politique en droit international est la seule voie qui demeure aujourd'hui pour ceux qui veulent échapper aux dérives utopiques et apologétiques du droit international, sans retourner pour autant à une vision classique et dépassée de l'ordre international » (p. 96). Ainsi Koskenniemi clarifie la question de la « politique *du* droit international » - la conception de la politique en droit international est l'effet d'une structure argumentative qui contribue à occulter la réalité politique à laquelle le droit international participe de façon, devrait-on dire ici, singulièrement idéologique. Réinvestir le politique pour le juriste consiste à réaliser en premier lieu comment la dynamique inévitable de l'apologie et de l'utopie doit être appropriée de façon consciente au service d'objectifs sociaux qui ne sont pas et ne peuvent ni être déterminés, ni être arbitrés, par l'argumentation juridique elle-même.

Cet angle d'approche structure en termes généraux le propos de Koskenniemi au travers des différentes interventions qu'il mène dans des domaines épars du droit international. L'apriori des ingérences ponctuelles est constitué par un sens de la position particulière des juristes dans une profession informée par une pratique sociale et linguistique particulière, elle-même organisée par un idéal normatif instable. Dans ce sens le travail argumentatif proposé par Koskenniemi est une œuvre de repêchage du politique et de réelle déconstruction des discours normatifs en place autour de

problématiques juridiques spécifiques. D'une façon qui n'est paradoxale que d'un abord superficiel, le propos qui s'apparente à une démythification du discours juridique internationaliste est en réalité une défense éthique de l'intervention juridique et du cadre juridique formel pour le débat politique – pour autant que l'argumentation juridique soit perçue et acceptée comme partie prenante au débat politique. Ainsi, lorsqu'il s'agit par exemple de discuter du régime de sécurité collective après l'éveil du Conseil de sécurité des Nations Unies, Koskenniemi démantèle les formes les plus réductrices d'un réalisme politique simpliste tendant à décrire le droit comme un reflet ou même un véhicule unilatéral du pouvoir (pp. 110. 129). De la même manière, on devrait mettre en doute selon lui le type de légalisme positiviste qui permet au juriste d'occulter sa responsabilité politique derrière une vision technocratique du droit (p. 416). En termes d'attitude professionnelle, Koskenniemi questionne les alternatives que peuvent constituer une vision instrumentaliste (p. 321) ou pragmatique (p. 333) du droit, qui connotent une vision cette fois-ci technocratique du pouvoir politique (p. 141), mais aussi une vision « éthique » épurée qui, elle, permet non pas de remettre le droit en contact avec ses ramifications politiques, mais au contraire de s'en échapper par l'appel à des valeurs morales présentées comme allant de soi (p. 151). Koskenniemi pose en fin de compte le problème de l'idéalisation du droit et de l'idéalisation de la politique, toutes deux fondées sur l'image d'une sorte de séparation entre deux domaines distincts, alors que, de la perspective romantiquement réaliste qu'il fait sienne, ils constituent en réalité un seul et même paysage, observé une fois de nuit, une fois de jour (p. 110). Une version de sa position personnelle consiste en ce qu'il considère à une certaine étape de son propos comme une approche « culturelle » du droit, attentive à la vie rhétorique et politique du droit comme pratique professionnelle spécifique (p. 101). En tous les cas, ces dénonciations sont ainsi autant

d'appels à une prise de responsabilité par les juristes, une réflexion introspective de leur part concernant leur rôle et l'impact de leur pratique argumentative, au regard du contexte politique dans lequel ils servent et professent, et qui se caractérise selon Koskenniemi par un climat toujours plus impérialiste (p. 148). Du point de départ analytique de *From Apology to Utopia*, où le constat critique visait la prison inéluctable du langage professionnel qui structure l'existence fonctionnelle même des juristes internationalistes, on passe à une considération du contexte et de l'éveil urgent d'une attitude responsable de la doctrine au sens large, sur la base des effets complexes du droit – un droit que l'on ne peut pas réduire simplement à un épiphénomène ornemental sur l'univers brut du conflit politique.

Le choix de l'argumentation juridique est une option de forme, puisqu'en termes de substance, rien ne distingue, si l'on prend par exemple le cas d'un débat du Conseil de sécurité sur la mise en œuvre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, une discussion informée par les termes de l'article 39 de la Charte de « diktats politiques » (129). La participation au débat juridique est en ce sens un choix politique, puisqu'elle constitue un soutien à la « culture juridique », en contrepoint de l'optique instrumentale et « réaliste » qui « technicise » les problèmes politiques de façon étroite. L'argumentation juridique « apporte toujours un peu plus à notre compréhension du droit et donc à notre compréhension de l'identité, des objectifs et principes de la communauté » (p. 130). Koskenniemi, dans un geste réitéré dans plusieurs contextes, défend le rôle conscient des juristes, tout du moins celles et ceux sensibilisé(e)s à la mécanique de leur fonction imposée, à l'encontre des prétentions disciplinaires impérialistes de la science politique (et en particulier de la théorie des relations internationales), dans la mesure où le cadre disciplinaire véhicule une *Weltanschauung* idéologiquement marquée.<sup>1</sup> « Le

---

1. Voir p.ex. les interventions de Koskenniemi dans le domaine de la « théorie des relations

réalisme et l'instrumentalisme imaginent tous deux le droit comme un instrument au service de buts politiques. (...) [C]'est une conséquence de leur préférence théorique et empirique. Cette préférence est inséparable de l'image moderne du '*gardening state*' et promeut une culture internationale fondée sur l'expertise technique dans la manipulation du 'pouvoir' et au service de la poursuite d'«intérêts» nationaux » (p. 141). Au contraire, Koskeniemi prend parti pour la défense d'un certain formalisme associé au cadre juridique de l'argumentation politique, précisément pour ces raisons de culture politique internationale. « Si un acteur endosse le formalisme d'un argument juridique, le fondement normatif et les objectifs des ses actions seront inévitablement rendus publics et sa responsabilité au sein de la communauté sera inévitablement présumée. C'est l'antithèse de la culture du secret, de l'hégémonie, du dogmatisme et de l'irresponsabilité » (142).

Les autres études ponctuelles peuvent être ainsi lues comme des ramifications de ces constats sur les limites et les responsabilités impliquées par la pratique même du droit international comme argumentaire ancré dans un environnement, et une tradition, politiques. Quelques exemples rapides permettent d'illustrer l'étendue de la critique et l'urgence de l'appel. L'épisode de l'intervention de l'OTAN dans le contexte de la crise du Kosovo en 1999 donne lieu à une étude de fond sur le « tournant éthique » en droit international, et dans ces termes clarifie combien le tournant éthique dans l'argumentation constitue un tournant problématique pour la responsabilité éthique du professionnel. Quel est le problème posé par la violation des termes de la Charte par les défenseurs de la moralité

---

internationales": M. KOSKENIEMI, "Carl Schmitt, Hans Morgenthau and the Image of Law in International Relations", in Michael Byers (dir.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 17-34. M. KOSKENIEMI, "Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law", *European Journal of International Relations*, Vol. 15, No. 3, 2009, pp. 395-422.

internationale ? Le problème n'est précisément pas la violation des termes formels de la Charte, mais le traitement de cette violation du point de vue d'une nécessité morale qui fonderait le cas exceptionnel du Kosovo. Maniant, comme il l'a fait ailleurs, la référence toujours menaçante à Carl Schmitt, Koskenniemi rappelle l'idée de la souveraineté comme position de décision sur ce que constitue l'exception, et son corollaire plus important, la normalité. L'attention, durant ces moments d'exceptionnalité morale, est focalisée sur le décideur et sa clairvoyance, mais aussi sa sensibilité et ses états d'âmes, non seulement pour expliquer et légitimer la décision exceptionnelle, mais aussi la normalité derrière laquelle le décideur peut ensuite se glisser. L'attention donc portée sur l'exception violente est par là même une distraction des préoccupations concernant la nature violente de la normalité juridique qui finalement se justifie au regard de la décision exceptionnelle et son élan personaliste éthique. (163-5) La normalité est sans aucun doute, comme le révèle le moment exceptionnel, qui monopolise tous les regards, aussi biaisée et destructrice que sa rupture momentanée, mais l'exception semble conforter les juristes dans la quiétude technocratique du jour à jour argumentatif. « Tout internationaliste aujourd'hui a coutume de parler de génocide et de crimes de guerre et apprend le langage de l'indignation morale comme partie d'une discipline réintroduisant l'esprit de croisade et de mission civilisatrice. Comme toute normalité, cette normalité a relégué sa propre violence fondatrice dans l'ombre » (p. 166).

Cette normalité est, continue Koskenniemi, celle du « langage neutre des règles juridiques et de la moralité humanitaire », une normalité qui jette dans l'ombre l'évidence que « l'Algérie n'interviendra jamais en France » et que l'on ne considèrera pas comme terroriste et « ennemi de l'humanité » le système de propriété intellectuelle qui conduit des « centaines de milliers d'Africains tout

droit vers une mort certaine » (p. 167). Fidèle encore aux sources de la sensibilité critique dans *From Apology to Utopia*, Koskenniemi souligne l'importance de comprendre le décisionnisme éthique dans son contexte, et en particulier en référence au système juridique formel sur lequel il s'appuie, pour poser encore le paradoxe propre au juriste comme participant(e) et facilitateur/trice légitimant(e) du jeu politique. Là encore, la maîtrise de la dynamique rhétorique du droit international et la responsabilité professionnelle des juristes permettent de soutenir une défense de la culture du formalisme : « insister sur les règles, les procédures, et toute la culture du formalisme, devient une stratégie de résistance et d'espoir démocratique. (...) Bien entendu il n'est plus question d'un formalisme qui déterminerait concrètement des résultats politiques. Il n'existe pas de terrain neutre. Mais à l'inverse de la particularité de la décision éthique, le formalisme constitue un horizon d'universalité, inséré dans une *culture* de restriction, un engagement à écouter les demandes d'autrui et à essayer de les prendre en compte » (p. 169).

L'approche de Koskenniemi, nous dit Emmanuelle Jouannet dans son introduction érudite et critique, pourrait faire peur, et même « heurter » (p. 7). Ce constat vient sans aucun doute d'une des ramifications particulières du propos souvent incisif de Koskenniemi, qu'il faut ici observer comme le fondement de sa défense autrement plus familière et plus rassurante d'une culture du formalisme juridique. Comme signalé plus haut, Koskenniemi rejette un attachement technocratique au légalisme positiviste, dans la mesure où, pour simplifier, cette position n'est justifiable que comme un positionnement tactique passager dans le jeu politique international. La défense du formalisme est basée sur la compréhension du droit comme une structure argumentative sujette à des luttes hégémoniques, des conflits d'intérêts visant leur propre inscription hégémonique dans la toile du droit international (291). De cette perspective, Koskenniemi

offre une vision extrêmement sceptique du langage des droits de l'homme, encore une fois comme mode de participation à la résolution de conflits sociaux. C'est là que le propos de Koskenniemi peut être le plus facilement vu comme problématique par certaines et certains. Pour Koskenniemi, à la lumière de ce qui précède, et en particulier les racines théoriques profondes de son intervention globale, une réflexion plus mûre et nuancée sur l'indistinction entre droit et politique doit nous amener toutes et tous à questionner le discours des droits de l'homme et sa « colonisation de la politique », c'est-à-dire « l'emploi d'une terminologie technocratique qui ne laisse aucune place à l'expression ou à la réalisation du Bien » (p. 175). Son propos sur les droits de l'homme est ainsi particulièrement brutal, parce qu'il révèle peut-être plus que d'autres aspects de son travail doctrinal, son inquiétude à voir le langage juridique faciliter la déresponsabilisation des juristes, l'institutionnalisation d'une culture de la mauvaise foi, une distanciation des élites juridiques et institutionnelles par rapport au monde censé être appréhendé par le droit, et le règne d'un ethos administratif dans la gestion des conflits politiques, tout cela sous couvert d'un attachement à l'idéal de la primauté du droit.

Une liste détaillée de critiques adressées au discours des droits (qui suit ce que, dans le contexte de la doctrine critique américaine des années 80, on appelle simplement *critique of rights*), comme contradictoires, imprécis, absolutistes, et ainsi de suite, donne le ton au versant le plus apparemment destructeur d'un propos qui prend la responsabilité politique du juriste très au sérieux (184-201). De la même manière, on peut se sentir inconfortable devant l'insistance sur le décisionnisme qui résulte de l'indétermination des règles juridiques (p. 373), mais ce n'est là qu'un résultat du constat d'oscillation originelle imposée par la structure de l'argumentation juridique. On doit mettre cette insistance en regard, par exemple, de la critique faite par Koskenniemi de la sensibilité exprimée par le traitement juridique

des armes nucléaires par la Cour internationale de Justice en 1996. Contrairement sans doute à l'écrasante majorité de ses collègues, Koskenniemi félicite la Cour pour le résultat aujourd'hui célèbre d'un raisonnement trop souvent critiqué en termes de rationalité juridique formelle. Il salue ici le silence juridique annoncé par la Cour comme « un silence bénéfique », parce que « le recours à la raison juridique pour déterminer le statut juridique de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires est intenable » (281). Le droit ne répond pas à ces questions, qui sont des questions politiques et morales, et doivent faire l'objet d'une prise de position qui ne peut pas s'appuyer sur un raisonnement technique de toutes manières instable et ambivalent.

Koskenniemi, une figure aujourd'hui dominante dans la doctrine internationaliste européenne et mondiale, part en fin de compte d'une position générant beaucoup d'angoisse professionnelle pour aboutir en tous les cas à la posture du défenseur de la discipline du droit international, un droit international comme pratique et discours réflexifs et critiques, une défense corporative cristallisée dans l'appel que fait l'auteur à la « foi du juriste » (p. 289) et à une « attitude engagée » (p. 141) en réponse à la déresponsabilisation qui accompagne la transformation du droit en un exercice d'expertise technique. A partir d'une base posée par la critique théorique et linguistique du droit international, Koskenniemi ramifie son analyse dans la direction de corps doctrinaux spécifiques, à l'occasion de problèmes juridiques et politiques contemporains (le Conseil de sécurité et l'Irak ou le Kosovo, la Cour pénale internationale et Milosevic, la CIJ et les armes nucléaires, etc.), mais aussi, et plus récemment, dans la direction de l'histoire de la discipline. Tout cela permet d'asseoir plus concrètement son constat formel concernant la pratique linguistique sur un fond sociologique illuminant à tous les détours la profession doctrinale comme une profession tentée par le

pouvoir et toujours réprimant sa complicité dans la gouvernance du monde. Pour Koskenniemi, au travers d'études théoriques, de portraits historiques, et de polémiques critiques, il s'agit de ne pas oublier les complicités du projet du droit international dans les entreprises coloniales et impérialistes, et donc pour les juristes d'opérer une critique – proprement kantienne – de la « raison juridique » qui génère un peu de place pour leur responsabilité morale et politique (p. 281). Refuser la complexité du monde, et du droit (international) comme partie intégrante des luttes et des résistances qui s'y déroulent, est une forme d'abdication qui consiste finalement à laisser le droit parler à travers les juristes, plutôt que le contraire. De cette manière, Koskenniemi revient ainsi à son point de départ, en condamnant les stratégies de fuite ou de déni devant les contradictions du libéralisme politique et propose une approche militante du formalisme qui évite la colonisation sournoise du droit par l'idéal du plus fort ou l'éthique du plus fortuné, mais aussi la colonisation de la politique ou de la morale par le droit (p. 403) , et surtout et en définitive la colonisation de l'âme des juristes par le cynisme.

### **BERMAN ET L'ETHIQUE DE L'AMBIVALENCE**

Le deuxième ouvrage de la collection « Doctrine (s) », *Passions et ambivalences*, rassemble les textes d'un internationaliste, comme on voudrait souvent le dire mais rarement de façon aussi appropriée qu'ici, inclassable et singulier. L'on est tenté de considérer Nathaniel Berman comme un historien du droit international, mais déjà on se heurte ici à une pratique rhétorique et stylistique singulière, qui force une considération avant tout interne et une lecture immanente de son propos. Sans aucun doute, en termes de fond, la série d'articles choisis par Berman, écrits entre 1993 et 2007, reflète la concentration de l'auteur, comme le sous-titre de l'ouvrage le signale, sur le thème général des relations historiques entre le droit international, le

nationalisme, et le colonialisme. Mais le propos de fond se double d'une intervention méthodologique qui porte sur la façon de faire l'histoire du droit international, ou encore sur la façon dont le droit international façonne et utilise sa propre histoire, d'une manière qui d'une part ouvre le chemin de l'interdisciplinarité, et d'autre part alimente un propos d'ordre éthique et politique sur la place des internationalistes dans l'exercice du pouvoir et de la violence dans le monde passé et présent.

L'ouvrage est construit en quatre sections. La première section (« L'empire et le droit international ») et la dernière section (« L'ambivalence et le pouvoir ») servent d'encadrement méthodologique, et déploient sur le mode poétique de l'essai les axes directeurs de l'intervention. Les deux sections centrales (« Passions nationalistes et juridiques : le renouveau moderniste », et « Le fantasme et le droit »), qui regroupent six articles, sont des sections thématiques illustrant le corpus de recherches avec lesquels le professeur Berman a tissé son nid intellectuel singulier le monde académique anglo-saxon. On y retrouve des discussions ponctuelles et fournies de détails concernant les relations entre droit international et les problématiques liées aux nationalismes de l'Entre-deux-guerres, les entreprises coloniales et en particulier la relation du droit international au sujets colonisés, et en règle générale le traitement par le projet cosmopolite internationaliste (et en particulier son incarnation institutionnelle dans la Société des Nations) des pulsions identitaires locales. La structure particulière de la collection, qui offre une opportunité de lier monographiquement ces interventions ponctuelles au cours des ans, dévoile spécifiquement un effort de cohérence entre forme et fond, entre méthode, style et propos, particulièrement en ce qui concerne pour l'auteur la référence presque omniprésente à la psychanalyse comme cadre herméneutique. Les références psychologiques – avec un répertoire langagier déjà

manifeste dans les intitulés des articles : ambivalences, fantasmes, obsessions, intimités et clivages – signalent des échos et correspondances entre attitudes institutionnelles et conflits internes personnels, et évoquent des structures répétitives inconscientes manifestées dans les va-et-vient historiques présentés par l’auteur entre épisodes passés et problèmes politiques contemporains. De là vient l’image spécifique de cohérence globale de l’intervention, écartelée dans le temps et l’espace, mais toujours solidement ancrée dans l’Entre-deux-guerres et la sensibilité « moderniste » que Berman poursuit au travers des crises et créations techniques de l’époque : la Guerre civile espagnole (« Le clivage de l’internationalisme face aux guerres d’Espagne et de Bosnie »), l’invasion de l’Ethiopie (« Au-delà du colonialisme et du nationalisme : l’Ethiopie, la Tchécoslovaquie et le ‘changement pacifique’ »), ou les régimes juridiques de la Haute Silésie, de Dantzig et de la Sarre (« Mais l’alternative c’est le désespoir »).

Au travers des paramètres méthodologiques posés par l’auteur, on peut voir les assises de son entreprise dans deux élan interdisciplinaires, chacun développé à sa façon dans les articles liminaires. L’un se rapporte à la lecture des textes et des acteurs, et invoque la psychanalyse, ou un certain segment du corpus théorique psychanalytique. L’autre se rapporte à la considération de l’histoire de la discipline, considérée elle aussi d’une certaine manière comme un texte, et invoque la vision généalogique de l’histoire politique du droit international. Comme pierre angulaire d’un cadre théorique ou méthodologique qui puisse contenir l’ensemble de l’ouvrage, Berman choisit en premier lieu un positionnement en relation avec la méthodologie historique en droit international. Dans l’article « Dans le sillage de l’empire », Berman met en scène un dialogue imaginé entre, d’une part, l’historien traditionnel du droit international, appelé « le codificateur-rénovateur », et d’autre part le « généalogiste », débat au

cours duquel ce dernier décrit et rejette un type traditionnel ou traditionaliste d'histoire conçue comme à la fois un exercice collectif de nostalgie, mais aussi fondement de légitimité contemporaine, et suggère une approche historique consciente des tentations téléologiques inhérentes à la foi libérale dans un progrès continu (p. 97). Par généalogie, qui nous renvoie à Nietzsche et Foucault entre les lignes, Berman évoque l'exercice d'une écriture historique intime, « la recherche des filiations familiales honorables ». Ce que le contraste vise à suggérer est que « le généalogiste sait que les choses ne sont pas toujours comme elles paraissent : les histoires familiales incluent toujours des liaisons illicites, des relations scandaleuses, une progéniture illégitime, des fortunes frauduleuses obtenues par escroquerie et des folles enfermées dans des greniers » (p. 52).

Le programme méthodologique, lorsqu'il s'agit de considérer les épisodes passés du droit international, sa doctrine et ses agents, est aussi par là le fondement de l'orientation normative de l'intervention proposée par Berman. « Ainsi la généalogie voit le droit international – autant ses règles juridiques que ses acteurs – comme étant normativement impur, culturellement hétérogène et historiquement contingent. Cette vision du droit lui permet de pleurer les horreurs de l'histoire juridique et, en même temps, de croire à la permanence d'un potentiel émancipatoire du droit. Pour la généalogie, c'est précisément l'absence de cohérence du droit international, l'instabilité des configurations transitoires des règles et des acteurs, qui le convertissent en une entreprise pleine d'espoir. Le généalogiste prône la jonglerie, la dislocation, la réorganisation et voire même l'abâtardissement des rejetons de la famille juridique ». (p. 52). L'angle généalogique amène le regard à retracer des continuités là où l'on nous avait donné à voir des ruptures fondamentales, et observer en parallèle les tournants occultés derrière des apparences de linéarité. La perspective, le présupposé pourrait-on même dire, généalogique

incite, parmi les dislocations auxquelles Berman fait allusion, à un rejet des tendances profondes de la discipline du droit international à la téléologie véhiculée dans une métahistoire du progrès, visible par exemple dans la tendance au traitement de toute évolution juridique de l'Entre-deux-guerres comme déjà teintée par l'échec de la SdN et la catastrophe de la Deuxième Guerre Mondiale (p. 250). Parallèlement, l'angle généalogique permet de minimiser les grandes ruptures annoncées de cette histoire triomphante pour mettre en relief la continuité, consciente ou inconsciente, du passé colonial jusque dans des débats contemporains sur l'administration internationale, qui manifestent une forme particulière d' « intimité coloniale libérale » (pp. 443-444).

Le cadre général étant posé par le fond généalogique, l'intervention de Berman comme historien suit les orientations normatives dictées par la contingence et donc le caractère toujours hautement suspect du discours normalisateur du droit international, et en particulier sa dimension historique. Deux principales directions sont illustrées par la forme des interventions choisies par Berman. Une première direction est constituée par la recherche d'une cohérence des discours et en particulier d'une base qui puisse assurer la cohérence de ce discours au-delà de ce que l'angle généalogique, par le biais de juxtapositions et de comparaisons, s'évertue à montrer comme étant des contradictions fondamentales dans une même sensibilité juridique. Ainsi par exemple les débats historiques et plus contemporains concernant l'intervention internationale dans des conflits locaux sont marqués par des incohérences flagrantes, manifestées dans une « ambivalence douloureuse » des acteurs juridiques et politiques (p. 237), et fondées sur ce que l'analyse critique démontre comme étant des propositions programmatiques fondamentalement indéterminée et sujettes à des interprétations variées. Les parallèles historiques sur le mode généalogique soulignent ainsi qu'alors que les ambivalences

demeurent, les solutions varient et les bases de légitimité fluctuent – au point d’attirer l’attention sur le fait que l’articulation des arguments s’ancre tours sur une série de préjugés juridiques et culturels apparemment invisibles pour les acteurs, mais fondamentaux pour la stabilité de l’argumentation. Au niveau de la surface du langage juridique international, le constat général est, comme pour d’autres auteurs (dont Koskenniemi) ayant fait un diagnostic similaire de la structure binaire des aspirations internationalistes (p. 432), celui de la division interne du rêve internationaliste, entre les pôles du « principe » et du « pouvoir », que le discours juridique international a toujours conçu comme devant être intégrés (p. 96). Berman notoirement ne vise pas à proposer une nouvelle synthèse, mais à faire en quelque sorte proliférer le discours historique pour explicitement saper les fondements de la légitimité autoproclamée des acteurs politiques et internationalistes contemporains. Faire de l’histoire est un acte clairement politique. « [A]u lieu de rêver d’une intégration finale du pouvoir par le principe, je propose d’interpeller les détenteurs du pouvoir actuel en les obligeant à se comparer à leurs prédécesseurs du passé qui sont maintenant considérés comme dénués de principes. Déposséder ceux qui détiennent le pouvoir de toute légitimité stable et acquise pour de bon devrait les encourager à éviter les mots et les actes méritant en effet la plus ignominieuse illégitimité » (p. 101).

Une deuxième direction donnée au propos de fond par le style d’intervention choisi est ainsi constituée par une approche de l’argumentation qui se réfère à une entreprise de collage et d’évocation par association, miroitant l’ambiance « moderniste » que Berman veut déterrer des cendres de la Deuxième Guerre Mondiale. Superficiellement, on rencontre dans les textes de Berman une foule de trouvailles archéologiques émergeant de recherches historiques et de descriptions érudites des régimes et des débats passés (ainsi par

exemple en est-il de la centralité accordée par Berman à Robert Redslob comme artisan juridique de l'Entre-deux-guerres (pp. 149 ss.)), qui soulignent la créativité particulière de l'Entre-deux-guerres que Berman veut d'une certaine manière ressusciter. Là aussi la forme correspond à une thèse de fond visant la vie du droit international comme pratique ancrée culturellement et dominée par des forces inconscientes qui stabilisent ses contradictions. L'exemple le plus visible est celui de la juxtaposition du droit et de l'art dans le contexte de l'Entre-deux-guerres, une juxtaposition qui sert à illuminer le développement créatif de l'argumentation juridique et la construction spécifique des problèmes juridiques posés par le nationalisme, en contraste avec une téléologie libérale dominante qui nous empêche de concevoir ces expérimentations juridiques dans toute leur splendeur paradoxale (pp. 144-5). L'association de la généalogie et la psychanalyse manifestent aussi et de la même façon le projet d'approcher, de rendre conscient, et de contempler le côté obscur des structures de notre présent, dans la mesure où Berman s'applique à donner une profondeur intimidante à l'adage (d'Edmund Burke) concernant l'oubli de l'histoire générant sa répétition inéluctable (pp. 268-9).

Les études de Berman se présentent ainsi souvent en conclusion comme une confrontation entre des problèmes et des crises contemporaines du système juridique international (la crise du Kosovo, la guerre dans les Balkans dans les années 90, le 11 Septembre 2001, la réforme des Nations Unies ou l'invasion de l'Iraq en 2003) avec un passé que l'on ressent soudain comme lointain, oublié, mais aussi presque réprimé : les mandats de la Société des Nations, l'expérience juridique de la Ville libre de Dantzig ou de la Sarre, la question de l'intervention internationale dans la Guerre civile espagnole, et ainsi de suite. Le propos ne consiste pourtant jamais en une comparaison frontale, qui nous laisserait entendre que des leçons

pourraient éventuellement être arrachées à la mémoire (courte) institutionnelle. Les renvois entre passé et présent figurent en marge, liminaire mais aussi encadrante, du texte, sous forme d'allusions, de suggestions, et de dialogues visant, comme le met en scène sous forme de comédie dramatique le dialogue entre l'historien et le généalogiste, un questionnement de la causalité historique et une mise en exergue des ruptures et des circularités de l'internationalisme depuis la naissance du système juridique contemporain dans l'Entre-deux-guerres.<sup>1</sup> La recherche historique prend une forme ainsi exemplaire dans l'article devenu célèbre « Mais l'alternative c'est le désespoir », un essai visant à « initier une réécriture de l'histoire juridique internationale du XXe siècle » (p. 227), et qui considère les expérimentations juridiques de l'Entre-deux-guerres dans la gestion internationale des nationalismes, expérimentations perçues alors comme fondement d'un « droit international nouveau » « entièrement axé sur sa relation au nationalisme », opérant une « nouvelle 'alliance' entre droit autonome et nationalisme vital »(p. 139).

L'Entre-deux-guerres constitue pour Berman un moment de rupture, où des juristes lancent ainsi un renouveau du droit en transcendant l'étatisme et le positivisme traditionnels et en alignant le droit international sur la « matrice du Modernisme » (p. 145), à savoir une configuration culturelle transcendant le droit et organisant en particulier le renouveau artistique. Berman suggère que l'on devrait redécouvrir « le sentiment d'émerveillement pour ce moment exceptionnel de l'histoire juridique internationale », un moment marqué en premier lieu par la synthèse d'éléments apparemment opposés – comme la foi dans le progrès et la sophistication technique

---

1. Voir aussi deux textes importants en dehors du recueil: N. BERMAN, "The Appeals of the Orient: Colonized Desire and the War of the Rif", in K. KNOP (dir.), *Gender and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 195-230 et N. BERMAN, "Legitimacy through Defiance: From Goa to Iraq", *Wisconsin International Law Journal*, 2005, Vol. 23, pp. 93-125.

lorsqu'elle est accompagnée d'une attention pour les pulsions brutes et émotionnelles des attachements identitaires – qui reflètent des associations identiques dans les mouvements artistiques du moment (139-40). A l'image de cette sensibilité artistique moderniste, le droit absorbe en fait de façon dynamique toutes sortes d'éléments hétérogènes, possiblement contradictoires, en ouvrant la perspective traditionnellement étatiste/positiviste dans deux directions : vers le bas, vers les forces dites primitives et dangereuses du nationalisme, et vers le haut, vers les techniques expérimentales inédites des institutions juridiques internationales (villes internationalisées, plébiscites, mandats, etc.) (p. 144). L'exploration particulière et particulièrement intense de ce moment historique (au travers des institutions mises en place pour les cas de la Haute Silésie, Dantzig, ou la Sarre, mais aussi des affaires de la Cour permanente de Justice internationale concernant les minorités nationales et linguistiques) sert de fond historique pour la considération ultérieure par Berman de la notion psychanalytique, et pour l'auteur manifestement herméneutique, d'ambivalence – un terme qui par ailleurs trouve symptomatiquement une place de choix dans un univers lexical couvrant toutes les nuances de la rupture, du détachement et de la division : paradoxes (p. 148), dédoublements (p. 306), clivages (p. 237), oscillations (p. 299), alliances, etc. L'impulsion derrière l'effort généalogique est ici présentée par Berman comme confrontant, en exergue de ce long essai, le caractère bizarrement répétitif, en fait pathologiquement répétitif, des débats juridiques concernant (par exemple) un problème politique culturellement central pour le droit international contemporain : le conflit entre Israël et la Palestine (134-7, 230-4). « Face à une telle répétition irréfléchie des mêmes débats, la réflexion historique sur la structure culturelle modelant notre relation au nationalisme est indispensable et urgente » (233). De la sorte, on perçoit que l'admiration que Berman porte à la sensibilité moderniste

se réfère à un type d'attitude, une « structure culturelle », que l'Entre-deux-guerres manifestait de façon plus immédiate et transparente que dans le cas du « pragmatisme irréfléchi » (232) des générations de juristes technocratiques auxquelles le modernisme a en fait donné naissance après la guerre. Dans ce contexte, l'ambivalence en question est la position inconsciente vis-à-vis de la structure clé de ce moment historique, à savoir l'idée d'une alliance « paradoxale », mais aussi perçue comme « naturelle », entre nationalisme et droit international, d'où non seulement le nationalisme et les nationalités sortent renforcés (146), mais au travers de laquelle le droit international est perçu par les juristes de l'époque comme pouvant ressurgir comme « un droit à la fois plus passionnel et plus sophistiqué, à même de 'discipliner' ce qui lui a permis de s'ouvrir à cette nouvelle ardeur et complexité » (153).

L'ambivalence est, littéralement, une attitude de division marquée d'attachements simultanés et perçus ou ressentis comme tiraillant la personnalité. Berman la déniche chez les juristes de l'Entre-deux-guerre de façon manifeste : « l'attitude des juristes envers le nationalisme 'primitif' était marquée par ce même mélange de désir et de terreur qui distinguait les autres Modernistes culturels envers une foule de sources 'primitives' d'énergie culturelle » (146). L'art révèle le droit de l'Entre-deux-guerres comme incarnant « l'ambivalence » dans le sens d'une acceptation du positionnement ambivalent comme structure psychologique profonde. L'ambivalence, l'appropriation presque enthousiaste de l'hétérogénéité élémentaire qui constitue le substrat du droit et, en fait pour Berman, sa force et son adaptabilité, est une réponse à la foi dogmatique et l'aveuglement technocratique des juristes, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une intégration glorieuse du pouvoir et du principe, mais d'une assimilation de l'oscillation irrésoluble entre pulsions contradictoires profondes. Suivant les développements de l'école psychanalytique anglaise sur

cette question, Berman exploite l'ambivalence comme partie du panorama psychique pour expliquer la persistance d'attitudes libérales historiques face au nationalisme, et en particulier les distinctions juridiques, manifestations techniques du mécanisme psychologique du « clivage », opérées par ailleurs arbitrairement entre phénomènes sociaux (par exemple entre bons nationalismes européens et mauvais nationalismes extra-européens) comme projections professionnelles des techniques d'adaptation mentale aux pulsions contradictoires (pp. 440-1). A la lumière de cette ambivalence constitutive, Berman nous montre les propos les plus officiels des Etats comme curieusement chargés d'émotions brutes, perçant soudain le filtre de décence du langage technique sous la forme de descriptions ouvertement intimes et sensuelles du rapport entre colon et colonisé(e) (p. 291). L'alliance entre généalogie et psychanalyse suivant ses objectifs en coulisses, on ne cesse de retourner pourtant au présent, comme pour éviter le piège de la quête historique de vérité. Ainsi, l'oscillation propre à Berman entre détails historiques et présent pathologique, comme un long exercice d'archéologie de l'enfance disciplinaire, nous ramène encore à cette permanence de l'attitude occidentale libérale envers le « primitif » envié et mépris par le même regard, cette fois par exemple en référence au renouveau nationaliste en Europe de l'Est à la fin de la guerre froide, lorsque l'Autre bulgare de 1930 devient l'Autre bosniaque en 1992 (p. 263).

L'exercice psychanalytique et généalogique, qui joue avec le passé disciplinaire ostensiblement pour déstabiliser le présent et apporter une modalité de fluidité aux bases de légitimité invoquées dans les discours contemporains (sur la base des exemples de régimes complexes de l'Entre-deux-guerres) (pp. 112-3), trace ainsi les contours d'une intervention critique globale. A l'aide d'une série caractéristique de lectures parallèles et rapprochées de textes de juristes et de politiques, aux prises avec l'Autre indomptable ou à

dompter, présent ou passé, Berman met plus généralement en lumière la structure complexe et fragmentée du discours juridique international, une structure qui permet l'adoption de positions contradictoires (notamment face au nationaliste européen et au sujet colonial) sans que la légitimité du discours ne s'en trouve apparemment et pour autant affaiblie. Didactiquement, l'auteur montre au travers de polarités statiques (par exemple, légitimité de statut et légitimité de cohérence du système juridique international, p. 111) ou dynamiques (par exemple, modernisme des années 20 contre réalisme révisionniste des années 30, p. 326), comment le droit international vit une continuité de ruptures grâce précisément au caractère hétérogène de ses éléments constitutifs (par exemple le conflit structurel entre autodétermination et souveraineté territoriale). La question centrale que Berman pose à travers tous ses essais, comme l'indique un écho notable entre le premier et le dernier des textes de l'ouvrage, est en dernière analyse celle de la légitimité de l'intervention internationaliste ou du « déploiement du pouvoir internationaliste » dans les conflits locaux (p. 474). La réponse que Berman suggère est que cette légitimité, « produit de composites instables de pouvoir et d'idéalisme » est toujours provisoire et conditionnelle, un « accomplissement atteint par le combat de l'internationalisme avec ses doubles, surtout ceux des spectres de son passé inconvenant » (p. 475).

Cette affirmation, qui semble raisonnable au vu des analyses détaillées de ces oscillations internes à un système constitué par la contradiction constitutive entre « pouvoir » et « principe », trouve une place particulière dans le texte que Berman consacre à Jérusalem, ville symbole de la compulsion juridique ultime de l'internationalisation (p. 406). Critique de ce qu'il nomme l'approche « formaliste » et l'approche « pragmatique » du statut de cet objet de tous les fantasmes nationalistes, Berman s'aligne lui-même sur une approche

« culturelle », caractérisée par un respect, en fait une célébration, des « fantasmes » des protagonistes qui impliquerait ainsi un « dédoublement passionnel » : une foi dans le cosmopolitisme qui permette aussi au juriste qui parle le droit, ainsi qu'au sujet qui le subit, de demeurer des nationalistes passionnés et partisans (p. 418). Le ton passionné du propos renvoie en particulier à la critique que l'auteur fait de ce qu'il appelle « le pouvoir différé », une manifestation de l'incapacité obstinée des juristes à vivre la contradiction et l'instabilité créées par un système juridique libéral simplement ambivalent face à la différence, face à l'Autre (p. 461). Ainsi, en opposition explicite à « un pragmatisme irréfléchi au sein duquel les internationalistes ont pu poursuivre leur travail sans questionner leur propre légitimité et les implications culturelles, parfois hétérogènes et incompatibles entre elles, de leurs propositions pratiques » (p. 232), on comprend comment Berman se fait soudain défenseur militant d'une revitalisation de ce modernisme juridique complexe qu'il a patiemment fait ressortir des ruines d'un monde oublié (p. 271).

A la lecture des essais de Berman, nous sommes mis en présence du droit international comme une formation pathologique, la manifestation extériorisée de pulsions et de mouvements inconscients, réprimés, et contradictoires. Il y a comme une évocation du droit international comme le résultat culturel attendu de manœuvres socio-psychologiques face à des désirs élémentaires incontrôlables<sup>1</sup>. L'exercice doctrinal de Berman, ou l'appel qui en résulte pour les juristes qui en sont les témoins, prend un caractère thérapeutique particulier, doublé de la dimension éthique qui s'attache au fait que la pratique du droit est précisément décrite comme opérant sur la vie et

---

1. S. FREUD, *Malaise dans la civilisation*, Paris, PUF, Coll. "Bibliothèque de psychanalyse", 1971.

la mort de personnes et de populations<sup>1</sup>. Berman propose ainsi de réécrire l'histoire du droit international parce que l'histoire reçue, que l'on perçoit en filigrane du propos, est une mystification pathologique servant l'intérêt pacificateur (et impossible) de réconciliation d'ambivalences irréductibles. Pour les juristes, en fin de compte, il s'agit d'appréhender les ambivalences personnelles, sociales, et politiques, qui sont réverbérées dans les contradictions internes du libéralisme politique et, en premier lieu, de les accepter. Le droit international comme pratique politique est illuminé par la perspective généalogique comme une entreprise escapistes qui entraîne les juristes dans un aveuglement face à la réalité brutale qui résulte des opérations du droit. Le langage du droit est, comme le réalisme juridique l'a rendu patent, indéterminé dans le sens de devoir s'accrocher normativement à des structures culturelles, émotionnelles, et idéologiques pour asseoir son orientation et son emprise sur les faits sociaux. Le retour aux sources demandé par Berman est une invitation, une sommation, à retrouver les moments de rupture dans l'évolution de cette pratique où la relation entre droit et culture est, pour le meilleur et pour le pire, rendu plus transparent dans le langage technique, pour en fin de compte rendre apparente la responsabilité des juristes dans la solidification et la dissémination des préjugés ambiants comme fondements des techniques de gouvernance. L'appel à l'introspection est ici mis en exergue de façon radicale par le constat d'un droit international marqué par des tendances aussi bien obsessives compulsives qu'amnésiques, constituées en formations défensives que l'on ne peut que difficilement éviter d'interpréter comme mécanismes de détachement et de distanciation par rapport au monde. Faire de l'histoire du droit international est ainsi une pratique

---

1. Voir dans ce contexte aussi l'essai long et fouillé de Berman sur le droit des conflits armés: N. BERMAN, "Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2004, pp. 1-71.

fondamentale du droit international lui-même, puisqu'elle contribue à nous ouvrir les yeux sur la gestion technique des contradictions politiques comme un exercice répétitif de refus d'engagement politique par le droit. Retrouver l'émerveillement face à la créativité explosive des années d'Entre-deux-guerres est ainsi une façon de reconnecter le droit avec les passions auxquelles il fait et doit faire face, et ainsi pour les juristes d'assumer leur responsabilité face à des réalités conflictuelles techniquement insolubles, dans la mesure où le politique n'est pas une question de résolution technique finale mais de facilitation du dialogue entre réalités existentielles diverses.

### **CORTEN ET L'ETHIQUE DE LA LEGITIMATION**

Entre les volumes passés en revue, l'assemblage de textes proposé par Olivier Corten met en place de façon remarquablement explicite et nuancée la question doctrinale comme problématique éthique et politique. L'ouvrage prend le sous-titre programmatique *Pour un positivisme critique*, chapeauté par l'orientation générale, le point de mire de cette approche critique : *Le discours du droit international*. La présentation est structurée en cinq chapitres, couvrant des articles publiés entre 1997 et 2008. Quatre groupes de textes abordent les thèmes familiers du travail de Corten en droit international : la légitimation de l'usage de la force, la relation entre droit et idéologie, l'utilisation de notions techniques ambivalentes par les acteurs juridiques, et l'histoire (doctrinale) contemporaine du droit international. Comme c'est le cas pour d'autres auteurs, mais ici en termes plus affirmés, une première partie présente en deux temps le cadre d'analyse, un point de départ méthodologique reconstruit qui cimente la cohérence des interventions suivantes, plus ponctuelles et plus concrètes.

Emmanuelle Jouannet, dans son introduction critique, circonscrit l'œuvre de Corten de façon significative, à la fois dans le contexte du

paysage doctrinal francophone présumé, et de la collection « Doctrine(s) » plus spécifiquement. Corten est, en tant qu'objet doctrinal, annoncé comme un élément plus familier, situé dans le cadre du paradigme positiviste dominant de « l'Europe continentale », face à de « nombreuses théories anglo-saxonnes » généralement plus éloignées du panorama doctrinal commun. Comme agent de la doctrine, ensuite, un dualisme, ou un dilemme familier, permet pour Jouannet d'évoquer la spécificité de la présence de Corten dans ce paysage. Il s'agit là de l'opposition implicite entre théorie et pratique, face à laquelle il s'agirait pour l'auteur de développer une voie propre, basée sur une expertise technique orientée par des prétentions critiques, sans pour autant aspirer à créer « un grand édifice théorique ». La voie en question est trouvée alors par Corten dans ce que Jouannet perçoit comme un déplacement de l'analyse, fondé sur la présupposition de deux autres dualismes interconnectés: la forme et le fond, d'une part, et le discours du droit international et la réalité du droit international, d'autre part. La voie avancée par l'auteur est ainsi présentée comme un glissement de l'analyse en partant du débat de substance juridique et en direction du discours du droit international, pour évoquer la problématique de la « légitimation » des rapports politiques et juridiques existants au travers de leur analyse, leur description, et leur prescription doctrinales et techniques. Jouannet pose une série de questions soulevées par le choix d'orientation doctrinale suivi par Corten, que ce soit pour le projet historique de la rationalité juridique, la défense du positivisme juridique, l'idéal de neutralité technique face au pluralisme idéologique, et d'autres. Ici, il est approprié de se centrer plus spécifiquement sur l'assimilation par Corten de la problématique doctrinale comme une question existentielle, qui, du moins à mon sens, unifie la collection comme un réflexion collective en matière d'éthique intellectuelle et professionnelle.

Le premier essai de l'ouvrage détourne le titre du fameux documentaire sur Pierre Bourdieu : « le droit international comme sport de combat ». Comme premier segment du chapitre intitulé *Une approche critique du droit*, le texte signale par son titre l'attention portée par l'approche défendue en pratique par Corten sur deux éléments importants de la réalité ou du champ juridique, pour ainsi nommer l'environnement disciplinaire des professionnels du droit : les règles du jeu et le conflit orchestré par ces règles. Se positionnant lui-même magistralement comme élément de la doctrine, Corten introduit le texte en signalant que, d'une part, il s'agit d'une autobiographie intellectuelle dans une sensibilité étrangère à son travail scientifique, mais, d'autre part, il s'agit aussi d'une présentation du point de vue d'où l'auteur parle même en sa qualité de scientifique, et par là d'une référence possiblement plus objective que la présentation d'un « discours scientifique et technique dont l'objectivité ne peut être qu'apparente » (p. 37). D'une certaine façon tout est déjà suggéré : sociologie, réalisme, scepticisme, relativisme, et l'on pourrait même craindre le cynisme.

Dans les faits, ce texte focalisé sur le vécu du professionnel et son parcours, surtout en compagnie du second texte, centré en apparence plus objective sur les pratiques discursives de légitimation par le droit, met en relief la nature de l'urgence éthique de responsabilisation affrontée par Corten comme professionnel du droit. Parce que le droit agit comme discours situé, et que ce discours n'est ni objectif ni cohérent, son maniement et sa manipulation aux fins de légitimation constituent un jeu politique dans lequel les professionnels du droit ont un rôle, et donc une responsabilité. Le « positivisme critique » peut se voir ainsi comme une participation au jeu visant l'élucidation des moments de « crise » dans le discours, c'est-à-dire les ruptures, contradictions, ambigüités, et silences qui génèrent à la fois l'urgence de la décision et sa normalisation par le discours lui-même.

Scientificité et politique s'allient ainsi naturellement dans l'activité doctrinale consciente d'elle-même au-delà la de la mystification du droit comme cadre autosuffisant « qui permettrait en tant que tel de régler les conflits en proposant une solution à la fois objective et juste » (p. 350). Le point de départ est un désenchantement vécu, puis théorisé, aboutissant au constat préliminaire que, selon l'auteur, « en droit l'on peut dire *a priori* n'importe quoi, même si on ne peut pas le dire n'importe comment », dans la mesure où « il n'y a pas d'accord sur la méthodologie à respecter, c'est-à-dire sur les règles du jeu » (p. 43).

Corten présente ici sous forme autobiographique une progressive désillusion par rapport au droit même comme cadre de référence commun, comme idéal de base technique sur laquelle pourrait se mener le combat militant vers une solution juste. Le droit se révélant comme au mieux « un argument » n'ayant pas plus ni moins de valeur qu'un jugement de valeurs moral ou politique, le relativisme produit par l'analyse des réalités du discours juridique pratique risque une dérive sceptique alimentée par l'impression que le droit international n'est finalement que cela, un simple jeu argumentatif, « d'autant plus beau qu'il est, scientifiquement en tout cas, inutile » (p. 42). La question qui se pose est donc celle de savoir comment approcher en professionnel le cadre dominant du positivisme technique qui structure l'activité des juristes, quand cet engagement semble impliquer une foi que l'on n'a pas ou plus ? A l'alternative tranchée entre utopie et cynisme, la voie choisie est non pas une voie médiane mais l'oscillation tactique, mais aussi existentielle, qui constitue « un exercice intellectuel et méthodologique indispensable à l'activité du juriste » (p. 44). Le relativisme épistémologique maintient le dialogue ouvert avec les autres parties au jeu, mais prend une impulsion normative du fait même que l'argumentaire juridique n'est précisément pas auto-suffisant et prend son élan dans la perception des

enjeux au « combat ». L'activité argumentative se fonde sur des convictions éthiques et politiques qui motivent le maniement du droit dans un sens ou dans un autre, en référence non pas à un idéal d'objectivité du droit mais à la réalité sociologique des processus politiques dont on peut convaincre les acteurs.

La sensibilité du positivisme critique se voit donc ainsi présentée comme une attitude éthique, une attitude « critique » au sens propre de création d'un espace de décision, entre aveuglement scientiste et cynisme paralysant. L'éthos de la présence de Corten dans le paysage doctrinal est ainsi généralement caractérisé, suivant un paradoxe qui n'est qu'apparent, par la défense du droit comme cadre de référence formel et rationnel, précisément sur la base de l'attitude critique que le juriste comme agent technique et politique se doit d'adopter. La position du juriste est définie dans cette perspective par la position du droit international comme discours spécifiquement technique, et plus particulièrement comme outil de légitimation, entendu comme contribution à la production et la réception sociales de légitimité (p. 48). Corten pose, dans le deuxième texte de l'ouvrage, sous-intitulé « Eléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », un cadre théorique décrivant la fonction de légitimation du droit en général à partir des thèses de Max Weber sur la rationalité formelle. Suivant les indications données dans son essai d'autobiographie intellectuelle, Corten présente l'image légitimatrice du droit formel comme « projet politique fédérateur », non seulement au point de vue strictement formaliste d'un cadre de référence pour les sociétés pluralistes, mais aussi au point de vue matériel, comme un projet dont la forme structure des valeurs communes dont le respect apparaît indispensable à la vie en société (p. 60).

Si la légitimation sociale s'appuie toujours secondairement sur des références morales et politiques, le registre particulier de légitimation

par le droit a ceci de spécifique qu'il recouvre des idées d'unicité, et universalité, véhicules de cohésion sociale dans un contexte pluraliste. Cela est particulièrement flagrant dans la société internationale, où la rationalité juridique prend les apparences plus crument idéologiques d'un projet de transcendance du politique par le technique (p. 168). L'effet de légitimation du droit est ainsi et de façon importante attaché à l'imaginaire positiviste, et en particulier à la séparation entre droit et moralité (p. 49). Un point particulièrement crucial au regard de l'auto-positionnement de Corten comme positiviste désenchanté est l'insistance avec lequel ce cadre repose sur les « apparences » plus que sur les « réalités » - la fonction de légitimation en appelle à la perception plus qu'à la connaissance, et donc à l'impression ou la conviction plus qu'à la connaissance ou la certitude. Que ce soit pour la légitimité (juridique) d'une décision ou la légitimité (politique) d'une autorité, ce qui importe c'est le degré de croyance en la réalité des facteurs de légitimité respectifs, plus que la réalité elle-même : l'autorité doit être perçue comme reflétant le consentement de la majorité et la décision doit être perçue comme dérivant formellement d'une norme supérieure, peu importe si tel est le cas dans les faits (pp. 52, 55). Si l'action politique en appelle à une variété de facteurs de légitimité, par exemples techniques (efficacité) ou idéologiques (choix de valeurs), Corten insiste que le tout reposera en fin de compte sur la perception du comportement des acteurs politiques (ou juridiques). Etant donné la variété de registres de légitimation disponibles, l'argument de Corten consiste à marquer la singularité du registre spécifiquement juridique dans le processus de légitimation, en expliquant les avantages qui fondent sa permanence et sa prévalence. Le plus important est l'association (weberienne) entre argumentation juridique et rationalité formelle.

C'est là le cœur théorique de la position de Corten comme juriste critique et joueur tactique dans l'argumentaire juridique international.

L'oscillation existentielle prend ici une forme stratégique dans la gestion du paradoxe posé par la présence du droit comme, pour utiliser une formulation qui pourra paraître démodée, formation idéologique. La force du droit tient dans son association à la rationalité formelle, qui implique par nécessité une manière de décentrage, une atténuation, ou une occultation des contradictions politiques et idéologiques qui ont présidé à la création de la règle (p. 62). Le registre de l'argumentaire juridique amène avec lui des présuppositions quant au caractère systématique du droit, son unicité, parfois même pourrait-on dire son univocité. De là dérive la notion d'une possible interprétation technique du droit et d'une application rationalisée et objective des normes, deux mystifications qui reposent sur des perceptions à la fois erronées et essentielles fondant l'attachement à l'idéal juridique dans la société libérale (p. 62). Similairement, note Corten, la légitimation par le droit véhicule et renforce l'idée d'une séparation entre droit et non-droit, l'image du juge comme décideur rationnel, la sacralisation des textes juridiques « fondamentaux », ou encore l'idéal de l'Etat souverain. L'image positiviste du droit doit être saisie pour Corten comme une idéologie, masquant les réalités de pouvoir et de conflit qui donnent naissance au droit.

L'étude de Corten sur la codification du droit international est particulièrement éclairante à ce sujet. Le projet codificateur véhicule une série d'images concernant le droit international, suivant de très près l'idéal de rationalité formelle représentée par le droit moderne, qui permettent de consolider, à la fois qu'ils les occultent, les partis pris politiques d'une société libérale internationale en émergence et ses positions concrètes dans des domaines particuliers de l'organisation sociale (p. 156). L'entreprise de codification est fondamentale dans le sens où elle renforce les idées formelles de contractualisme, mais aussi d'un universalisme relayé par la fonction constitutionnelle de « règles secondaires » (droit des traités,

responsabilité internationale, et peut-être d'autres), qui aménagent l'imaginaire d'un ordre juridique international dans lequel agit fonctionnellement la doctrine (p. 161). Les « publicistes les plus qualifiés » sont ainsi engagés, interpellés, pour reprendre la référence althusserienne à laquelle Corten fait aussi allusion, comme acteurs décisifs dans un ordre politique auquel leur travail fournit une référence narrative très spécifique, imbue de valeurs transcendantes, comme le sont le progrès, la paix, le développement, et ainsi de suite (p. 165). On peut déceler dans cette description du droit international comme projet politique particulier, comment l'unicité de « la doctrine » comme fonction reflète ainsi la notion d'un droit international systématique et organisateur que l'on imagine comme transcendant les divisions et synthétisant les divergences locales. Comme si en quelque sorte le discours du droit international en marche reflétait – ce n'est pas un hasard – le dédoublement fonctionnel des juristes, un dédoublement qui ne se résume pas à une dissociation pathologique, mais en revient à une interpellation idéologique du local/concret vers un global/abstrait. Un autre exemple assez magistral de l'effet de transformation idéologique opéré par le discours juridique, qui consiste à dépolitiser et objectiviser les faits sociaux en vue d'amener une résolution possible et seulement offerte par le droit transcendant, est donné par Corten dans son analyse des ordonnances en mesures conservatoires de la Cour internationale de Justice, en particulier en ce qu'elles se rapportent à la création d'une temporalité proprement juridique, une objectivation de l'histoire passée et du futur à faire (p. 213). Comme le dit Corten dans ce cadre, si l'on considère le recours au registre juridique comme un effort particulier de légitimation dans un différend politique, il s'en suit que les mesures conservatoires « ont pour vocation première la légitimation d'une vision du monde, et certainement pas la prescription d'obligations particulières » (p. 228).

Ce cadre de référence est donc déterminant lorsqu'il s'agit d'imaginer le rôle et les responsabilités des juristes internationalistes. Corten non seulement décrit les raisons pour lesquelles le registre juridique prospère, et cela en des termes critiques, mais il s'apprête à la défense de son utilisation. La raison en est la notion de déformalisation juridique, c'est-à-dire l'idée que le droit subit un processus de substantialisation, au cours duquel des notions morales et politiques polluent progressivement la logique légitimatrice propre de la rationalité juridique. Pour l'auteur, la déformalisation n'est pas réelle dans les faits de l'argumentation juridique, dans le sens où si même les acteurs politiques se réfèrent à des registres de légitimation autres que celui du droit à strictement parler, elles et ils ne se détachent jamais totalement du point de vue juridique, précisément à cause de la mécanique légitimatrice propre du droit formel. Le recours à des bases argumentaires plus substantielles par les juristes mêmes ne se fait que dans le cadre général de présuppositions fondamentalement positivistes qui permettent, au moins dans la perception des juristes, de gérer l'ambivalence de concepts comme l'équité ou le raisonnable.

Dans ce cadre, le recueil inclut, comme il le devait, une version de l'argument présenté par Corten dans sa thèse de doctorat sur l'utilisation de la référence au « raisonnable » par les juges internationaux<sup>1</sup>. Cet examen méticuleux, ici réduit à ses grandes lignes, approfondit le rôle de ces standards de référence plus substantiels qui en apparence signalent les points de tension du cadre positiviste, mais qui – c'est là leur place dans l'image globale du droit comme facteur de légitimation – participent de façon cruciale à l'intégrité de ce cadre, et cela de plusieurs façons, qui opposent leur fonction (officiellement) « technique » et leur fonction (officieusement) « idéologique » (p. 245). Les notions « ambigües »,

---

1. O. CORTEN, *L'utilisation du raisonnable par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

qui incluent aussi le postulat de « l'intégrité territoriale » auquel Corten consacre un autre texte, ne fonctionnent qu'en référence à l'existence et à la fonction spécifique de légitimation du droit formel (ou formellement rationnel) ; ces notions permettent en apparence, et pour ainsi dire, de colmater les brèches du système positiviste lorsque le droit formel est confronté à une contradiction, un dilemme, ou un silence ; enfin, ces notions, comme magistralement illustré dans le cas du « raisonnable », ajoutent une couche d'occultation idéologique des partis pris politiques du système en maintenant les apparences techniques et objectivantes propres au droit formel, tout en faisant référence à une mesure matérielle (et axiologique) du monde social. La même structure d'analyse est suivie par Corten dans son examen de l'utilisation de l'idée d'intégrité territoriale comme slogan normatif dans la politique extérieure de l'Union européenne au travers d'une variété de crises internationales, du Koweït au Kosovo. D'une part on trouve la position du concept qui est interne au discours politique officiel, où le concept se présente comme vecteur de cohérence, stabilité et ordre garanti par le droit international ; de l'autre, on trouve l'analyse critique de Corten qui présente, comme manifestation stylistique de l'ambiguïté du concept, les fonctions destructives et radicalement opposées desservies par le concept, une fois que sa signification contextuelle est démontrée comme floue, arbitraire, instable, et par essence fluctuante d'un cas à l'autre (p. 267).

Cette pratique démontre le caractère intenable des postulats positivistes, y compris pour celles et ceux qui y ancrent leur discours technique, tout en solidifiant la thèse selon laquelle les contradictions intellectuelles importent moins que la perception d'autorité du langage technique fondé sur les apparences de cohérence formelle (pp. 66-7). Dans ces conditions, l'image du droit comme sport ou comme « jeu », toujours en référence à Bourdieu, signale que sa pratique implique la compréhension de sa dynamique idéologique, qui consiste en partie à

faire « comme si », et donc à maîtriser les manœuvres nécessaires pour bénéficier de la force légitimatrice d'apparences pour ainsi dire très généralement trompeuses. Dans le contexte de ce que Corten décrit en détail comme une crise de légitimité du droit international, ou plus précisément, une crise de légitimité politique internationale à laquelle le droit international participe et contribue, le droit doit être perçu dans les termes sociologiques d'un jeu argumentatif, un jeu d'apparences, consistant à tour de rôle pour les participants à confirmer ou transformer les règles du jeu pour les bénéfices d'une distribution favorable, pour prendre des termes bourdieusiens, de types divers de capital. « C'est précisément pour ne pas apparaître comme ce qu'il est, que le droit doit être détaché des autorités qui le créent et l'appliquent par le biais d'une idéologie positiviste dont la fonction est largement d'occulter les phénomènes de pouvoir derrière un discours technique objectivant » (p. 169).

Le positionnement du discours juridique dans le cadre de registres de légitimation concurrents suggère donc, d'un point de vue social, une instrumentalisation du droit considéré comme un argument parmi d'autres arguments disponibles. Ainsi le contexte est clé pour comprendre les formes d'utilisation et d'efficacité attendues du droit. Corten suggère, en sus d'un appel théorique à la reconsidération du droit comme « jeu », un recours à l'histoire pour recontextualiser l'argumentation juridique internationaliste comme pratique culturelle. Dans le recueil, trois études donnent une profondeur historique au jeu doctrinal. La dernière section du livre offre un contraste entre deux cas illustrant la manipulation légitimatrice de deux tendances doctrinales reçues généralement en termes abstraits comme des « traditions » doctrinales. Dans un texte, Corten analyse l'instrumentalisation du positivisme dans le contexte de l'occupation de la Belgique durant la Deuxième Guerre Mondiale, et dans le second un examen parallèle du recours à une rhétorique de droit naturel dans le processus de

colonisation du Congo. En termes plus généraux, le premier texte de la partie consacrée à un des sujets associés à la renommée doctrinale récente de Corten, à savoir l'usage de la force en droit international<sup>1</sup>, examine les variations historiques concernant les rapports entre licéité et légitimité dans les argumentaires justificateurs de l'usage de la force armée, en particulier en rapport avec l'idée d'ingérence unilatérale.

Ici, Corten pose en décor de fond l'image historique d'une confusion des registres tels que nous les envisageons aujourd'hui – licéité et légalité se mélangent très largement dans un contexte où le droit ne pose pas d'interdictions nettes (pp. 80-2). L'idéal juridique positiviste s'est progressivement et comme on le sait aussi étendu au domaine de l'utilisation de la force entre Etats, pour produire un type d'argumentaire en apparence éloigné des justifications plus moralisantes des traditions de la guerre juste, culminant dans l'interdiction posée par la Charte des Nations Unies. Le formalisme juridique se caractérise ici, selon les termes de Corten, par une « procéduralisation des justifications qui s'émancipent des critères de légitimité ». La dissociation est rendue patente par le conflit idéologique omniprésent en deux temps : les blocs marginalisent le droit international pour en appeler à des justifications politiques qui ne se mélangent jamais avec les arguments juridiques, cela quand il s'agit de leurs propres initiatives ; et lorsqu'il s'agit, au contraire, de commenter les actions de l'ennemi, le discours change de registre pour évoquer la force neutre, objective, et condamnatrice du droit

---

1. Vori par exemple O. CORTEN, *Le droit contre la guerre - L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2008 ; O. CORTEN, "Human Rights and Collective Security: Is There an Emerging Right of Humanitarian Intervention?", in *Human Rights, Intervention, and the Use of Force*, Collected Courses of the Academy of European Law, X/2, Oxford, OUP, 2008, pp. 87-138 ; O. CORTEN, "The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate", *EJIL*, Vol. 16, No. 5, 2005, pp. 803-22 ; O. Corten, *Le retour des guerres préventives: le droit international menacé*, Bruxelles, Labor, 2003 ; O. CORTEN & B. DELCOURT (eds.), *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

international (p. 88). L'important pour Corten est ici de souligner le caractère non aléatoire des apparents aléas du jeu doctrinal, dans la mesure où le droit est dans tous les cas mis au service de dynamiques politiques contextuelles. La confusion historiquement antérieure entre morale et droit était le signe d'une homogénéité idéologique de la communauté internationale, pacifiée et dominée par les intérêts impérialistes des puissances coloniales pour lesquelles l'idée d'un « droit d'ingérence » n'avait pas vraiment de sens politique. Dans le contexte de la Guerre Froide, au contraire, la circonscription d'un régime formel concernant le recours à la force sert les intérêts convergents de fragments divers dans la société internationale. Le droit concernant le recours à la force doit se comprendre comme partie d'un système libéral fondé sur les résultats de l'impérialisme passé, et caractérisé par l'autonomie/souveraineté des membres de la société internationale, un rôle limité de gendarme conféré à une autorité centrale, et un accent mis sur l'ouverture des marchés et l'exploitation des ressources économiques. La non-intervention formalisée est accompagnée, sans doute idéologiquement garantie, par ce que Corten présente comme la « domination de fait qui se déploie dans le domaine économique » (p. 91). Les relations matérielles se reflètent ainsi dans « l'essor d'un positivisme formaliste non critique et d'un modèle de légitimation basé sur la domination légale-rationnelle » (p. 92). Dans cette analyse, l'influence d'une doctrine internationaliste à sensibilité marxiste<sup>1</sup> marque de manière importante le langage utilisé, mais aussi l'intérêt montré pour un type particulier de relation entre langage technique et conditions socio-économiques, lorsqu'il s'agit en particulier d'expliquer l'émergence non pas seulement d'une séparation, mais aussi d'une contradiction, entre légitimité et licéité.

---

1. O. CORTEN, « La diffusion d'un enseignement d'inspiration marxiste du droit international en Europe occidentale : l'exemple de Jean Salmon » in E. Jouannet et I. Motoc (dir.), *Doctrines internationalistes et communisme réel en Europe*, Paris, Société de législation comparée, à paraître, 2012.

Corten suggère ici par exemple un rapport direct entre contradictions entre ordre normatifs ou registres de légitimité d'une part, et ce qu'il décrit comme des contradictions sociales à l'intérieur des blocs et des pays concernés par le recours à une forme ou une autre de légitimation de l'ingérence unilatérale par les grandes puissances.

De là Corten propose élégamment un glissement vers la période suivant la fin de la Guerre Froide, où les registres de la licéité et de la légitimité en termes d'intervention armée ne confondent pas, comme c'était le cas avant la Charte, mais ne se contredisent pas non plus, comme c'était le cas durant la Guerre Froide. On se retrouve donc ici dans le contexte immédiat d'activité des professionnel(le)s du droit contemporains, dont Corten lui-même fait partie et auquel(le)s se pose la question doctrinale, la question de savoir ce que signifie une participation à l'argumentation juridique dans le champ des relations internationales. Dans ce contexte historique, les registres de licéité et de légitimité existent en parallèle, se complètent, et se renvoient pour ainsi dire la balle, sur la base d'une séparation entre discours politique et discours technique. Dans le premier, l'exemple d'un Conseil de Sécurité réactivé signale le recours à un langage en apparence dénué de références morales et fondé sur des paramètres techniques (rétablissement de la paix et ainsi de suite). Dans le second, l'effort de légitimation semble renvoyer de façon récurrente au droit comme facteur de légitimité. Une foule d'exemples montre dans les faits une « instrumentalisation extrêmement fréquente du droit de la part des Etats » (p. 97). Dans ce panorama, on doit constater que le droit est un vecteur de légitimation d'un ordre politique devenu homogène par la domination d'une vision socio-économique particulière, au regard d'une réalité matérielle hétérogène et fragmentée. Cela se traduit par une perte de soutien autonome pour le droit international et ses institutions, dans la mesure où la mécanique juridique n'est plus à même de fournir le type de légitimité générale attendue de la

dominance progressive d'une rationalité formelle transcendant les conflits idéologiques (p. 98).

C'est dans ce cadre qu'on assiste donc à la montée en force de discours légitimateurs externes à cette rationalité, comme c'est le cas d'un tournant éthique explicite dans la doctrine de «l'ingérence humanitaire»<sup>1</sup>, mais maintenant une objectivité technique de façade fournie par un droit revendiqué (ou d'un devoir présumé). L'insistance sur la force légitimatrice spécifique du discours juridique permet en particulier de mettre en relief les gesticulations argumentatives entourant des épisodes récents de recours à la force militaire, sur fond de crise généralisée de légitimité dans les relations internationales. L'idée courue d'un retour au droit naturel supposément illustré par la crise du Kosovo en 1999 est réinterprétée par Corten comme un signal d'attachement aux vertus justificatrices du droit positif formel dans le contexte d'une absence de légitimité politique, exigeant un appel à des références éthiques ambiguës et non-systématiques, incapables d'à la fois maintenir à l'écart les parti pris politiques et bénéficier d'une aura d'objectivité technique dans une société divisée. L'entre-deux normatif manifeste dans le débat sur l'interventionnisme humanitaire est patent dans une doctrine qui donc, en s'écartant du carcan du droit posé, « suggère de se passer de toute procédure centralisée [et] ne parvient qu'à formuler des règles, mais reste impuissante à conceptualiser un véritable ordre juridique en organisant et articulant ces règles de manière rationnelle, y compris lorsqu'il s'agit de les appliquer à des situations concrètes » (p. 212). Ainsi surgit une ambiguïté majeure, celle d'un discours justificatif demeurant « très largement légaliste, sans que le principe de base d'une séparation entre sphère morale et sphère juridique ne soit toujours respecté » (p.

---

1. Il y a là un prolongement d'une réflexion entamée il y a vingt ans, avec l'ouvrage devenu aujourd'hui référence en la matière: O. CORTEN & P. KLEIN, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction? Les possibilités d'action visant à assurer le respect des droits de la personne face au principe de non-intervention*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

124).

Ce qui importe pour Corten dans une focalisation sur le discours du droit international, suivant encore l'optique bourdieusienne du « jeu », est principalement l'ensemble d'effets amenés par l'argumentaire juridique formel et formaliste, ici soumis à une critique interne, sur le cadre du discours juridique comme cadre de légitimation. La question posée par l'épisode du Kosovo est sans aucun doute une question de légalité ou de légitimité de l'action internationale en dehors des paramètres posés par la Charte. Mais plus importante est la question du précédent, la possibilité que les termes du débats et sa dynamique opèrent un déplacement de l'arène argumentative elle-même. Cette préoccupation alimente ainsi par exemple l'examen de la « guerre antiterroriste » comme une pratique discursive, selon la même logique de légitimation que Corten met à jour dans ses études historiques, où là encore l'enjeu est de révéler les paramètres du discours qui expliquent le recours à un registre particulier de légitimation, et les glissements possibles d'un registre à l'autre. De la même manière, Corten analyse le discours de la compétence universelle, spécifiquement illustré par l'exemple canonique belge, sur la base d'une navigation par les acteurs politiques entre registres de légitimation (politique, juridique, moral) au regard de l'évolution des facteurs en présence, pour aboutir à une lecture sociologiquement plus réaliste de la doctrine de la compétence universelle comme partie intégrale d'un contexte politique donné – un contexte ici particulièrement marqué par la nécessité de baser un discours apparemment purement juridique (celui de la mise en œuvre du système des Conventions de Genève et de la lutte contre l'impunité) sur une variété de registres de légitimité (pp. 185 ss.)

En filigrane des analyses de Corten, qui portent sur la place du discours juridique dans les faits matériels de la politique internationale, on décèle comme pour les autres auteurs de la

collection un appel à la doctrine. Les juristes sont des vecteurs dans un jeu argumentatif qui doit être replacé dans une conjoncture historique spécifique, et qui consiste à représenter un monde complexe dans des termes simples favorisant une détermination de solutions techniques transcendant des positions substantiellement polarisées. La clairvoyance sociologique du juriste est implicitement posée comme garante de sa participation active comme agent plus que simple véhicule du discours. D'un fond weberien qui permet à Corten de situer le droit international comme un registre argumentaire, « un argument parmi d'autres », caractérisé par l'impulsion messianique de la rationalité formelle, on en arriverait donc à un positionnement également weberien de la responsabilité éthique du juriste, du doctrinaire. Corten prend souvent position – d'une façon qu'Emmanuelle Jouannet dans son introduction décrit comme un « déplacement » par rapport aux réalités quotidiennes du droit international – face à une pratique discursive souvent décrite comme la « doctrine dominante », d'une manière que l'on doit comprendre comme un engagement non pas distant ou « déplacé » mais au contraire intime. Suivant les démultiplications du terme de doctrine, on voit ici au regard de son inspiration sociologique, et en particulier bourdieusienne, l'intervention de Corten comme une « critique », une mise en crise du droit international comme produit culturel (et idéologique) d'une profession. Corten semble donc poser, au travers d'une clarification sociologique, socio-linguistique pourrait-on oser, le juriste comme devant endosser la responsabilité du politique, et non pas celle du savant, que le droit international comme pratique culturelle mystificatrice lui prête. Les fils rouges et parallèles mis en place par la collection de textes – entre les cas historiques impliquant l'encadrement juridique du Nazisme en Belgique occupée ou la colonisation du Congo avec les débats contemporains menés autour de

l'intervention humanitaire ou l'invasion de l'Irak<sup>1</sup>, ou encore entre les discussions techniques de doctrine *stricto sensu* par les juristes professionnels et les argumentaires variés élaborés par les politiques dans le cadre de campagnes politiques et militaires ouvertement controversées – évoquent sans doute aussi bien que les analyses rigoureuses de Corten l'urgence existentielle que devrait vivre chaque membre et segment de la doctrine comme une institution interpellée par un ordre international perpétuellement injuste et chaotique. Le positivisme critique est alors, sociologiquement parlant, la tactique de choix pour Corten comme membre de la doctrine pour défendre le droit international avec la foi d'un cynique idéaliste. Parler du droit international est la manière critique de parler dans le droit international, dans la mesure où il s'agit précisément de maintenir le cadre positiviste en crise pour court-circuiter les images de stabilité et d'ordre rationnel derrière lesquelles se cachent et s'universalisent les partis du *status quo*, cela tout en maintenant vivante l'aspiration à une résolution politique des conflits que l'œuvre idéologique du droit et de ses servants doctrinaires continuent d'occulter délibérément ou aveuglément.

#### **KENNEDY ET L'ETHIQUE DE LA RESISTANCE**

Si l'on passe maintenant au volume suivant de la collection « Doctrine(s) », on ne manquera pas de déceler des parallèles possiblement inattendus, mais fortement suggérés par cette mise en scène de l'ensemble de la collection et de ses acteurs savants. *Nouvelles approches de droit international* nous permet de contempler des segments de la production littéraire d'un juriste particulièrement versatile et prolifique dans le panorama contemporain du droit

---

1. Voir à ce propos aussi l'ouvrage collectif K. BANNELIER, T. CHRISTAKIS, O. CORTEN & P. KLEIN (eds.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004.

international. David W. Kennedy, auteur de *International Legal Structures*<sup>1</sup>, *The Dark Sides of Virtue*<sup>2</sup>, *Of War and Law*<sup>3</sup>, et une courte autobiographie intellectuelle intitulée *The Rights of Spring*<sup>4</sup>, nous est présenté ici de prime abord, comme le titre de l'ouvrage l'indique, dans son uniforme de chef d'orchestre d'un mouvement doctrinal, pour ainsi le nommer, appelé *New Approaches to International Law* (et généralement réduit à non acronyme NAIL). Mais Kennedy est aussi, en termes de substance et comme le contenu de l'ouvrage le dévoile progressivement mais de façon nécessairement limitée, un intervenant dans des contextes disciplinaires très divers, de la théorie du droit au droit des réfugiés, du droit international économique au droit des organisations internationales, des droits de l'homme au *jus ad bellum*, de l'histoire du droit international au droit du développement, du droit comparé enfin aux débats multidisciplinaires sur la « gouvernance globale ». Plus, sans doute, que les autres ouvrages de la collection, *Nouvelles approches de droit international* vise à produire un juste milieu entre représentativité et représentation : l'auteur se met en scène sur la base d'un choix particulier de textes parmi un corpus hétérogène et extensif, pour (re)présenter *a posteriori* une image de cohérence du propos au travers de trente ans de carrière académique et professionnelle.

L'ouvrage contient sept textes, répartis en cinq chapitres : « le droit international comme discipline professionnelle » ; « le droit international, un instrument humaniste » ; « le droit international et l'économie politique » ; « questions de méthode : la gouvernance et le rôle des experts » ; et « le mystère de la gouvernance globale ».

---

1. D. KENNEDY, *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos, 1987.

2. D. KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

3. D. KENNEDY, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

4. D. KENNEDY, *The Rites of Spring: A Memoir of Innocence Abroad*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

L'ouvrage est préfacé par un essai introductif de Rémi Bachand (Université du Québec à Montréal), qui assure également la coordination et la supervision de la traduction des différents textes. L'essai critique de Bachand est particulièrement utile en ce qu'il souligne implicitement l'absence, dans le choix des textes qui constituent ce recueil, d'une section spécifique de l'œuvre de Kennedy, qui permettrait possiblement d'ancrer méthodologiquement la poursuite doctrinale en question. Bachand met l'accent sur les liens entre David Kennedy et les *Critical Legal Studies* (généralement appelé simplement « CLS »), un mouvement historique intellectuel et militant progressiste dans certaines facultés de droit américaines, coordonné notamment par Duncan Kennedy, lui aussi un professeur de la faculté de droit de Harvard. Une façon d'approcher les écrits de David Kennedy est ainsi, suivant ce que suggère Bachand, de voir dans sa démarche initiale le projet de « reprendre la théorie élaboré par les CLS et la transposer au droit international » (14). Ce qui frappe alors – et peu importe que l'on soit ou non d'accord avec cette idée générale des CLS « transposés » au droit international – c'est l'absence dans les écrits de ce recueil de références systématiques à CLS, à ses membres présumés (mis à part peut-être Duncan Kennedy), où même aux sources extra-disciplinaires qui ont animé le mouvement dans les années quatre-vingts (structuralisme en linguistique et anthropologie, psychanalyse, et ainsi de suite). Ici, néanmoins, comme dans le reste de l'œuvre de David Kennedy, les silences et entre-lignes sont rarement aléatoires ou accidentels.

L'introduction critique nous amène également à constater une deuxième absence apparente, dans la mesure où l'introduction elle-même ne revient pas en détail sur la signification de ces « nouvelles approches de droit international ». La nouveauté de ces approches, considérées au pluriel, est laissée dans un suspens définitionnel par des remarques tangentielles de Kennedy lui-même sur les projets qu'il

a entrepris dans sa carrière (p.ex. 79-80). En réalité, ces « Nouvelles approches de droit international » constituent un projet assez spécifique, matérialisé dans des conférences universitaires, utilisé comme référence dans la littérature internationaliste (particulièrement aux Etats-Unis), et fait l'objet de descriptions programmatiques et rétrospectives par Kennedy dans de longs textes publiés<sup>1</sup>. De la même manière, l'absence de références copieuses aux sources du radicalisme juridique caractéristique des CLS – qui se ramifie par ailleurs en une absence très générale (et qui ne manquera pas de choquer certains et certains) de notes en bas de page tout au long de l'ouvrage – doit se lire au regard d'autres textes dans lesquelles Kennedy a rendu formellement plus explicite les racines méthodologiques de son propos<sup>2</sup>. Ces angles morts constituent en réalité un effet heureux de la collection apparemment tronquée à laquelle nous faisons face, dans la mesure ils soulignent dans la forme la spécificité de l'intervention doctrinale tout à fait unique de Kennedy. Comme présence doctrinale critique, la voix propre de Kennedy doit être, comme le révèle une lecture d'ensemble du recueil, entendue comme faisant partie d'une certaine vision du travail doctrinal, d'où découle un sens des paramètres de l'intervention critique elle-même. Kennedy peut ainsi être lu comme prenant très au sérieux les sources d'autorité méthodologique qui motivent son attitude académique, ce qui nous invite à prêter attention à la forme aussi bien qu'au fond du message, aux arguments aussi bien qu'aux silences et aux absences manifestes dans ses interventions. Il apparaît opportun de commencer ainsi par le

---

1. Voir en particulier D. KENNEDY, "When Renewal Repeats: Thinking Against the Box", *New York Journal of International Law and Politics*, Vol. 32, 2000, pp. 335-500 et D. KENNEDY, "The Disciplines of International Law and Policy", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, 1999, pp. 9 et ss.

2. Voir par exemple D. KENNEDY, "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship", *New England Law Review*, Vol. 21, 1986, pp. 209-289; D. KENNEDY, "Theses about International Law Discourse", *German Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1980, pp. 353-391.

texte le plus canonique du recueil, un texte qui en a inspiré beaucoup mais a peu d'équivalents dans le corpus doctrinal contemporain : *Spring Break*.

*Spring Break* est un texte doctrinal formellement iconoclaste, publié il y a aujourd'hui presque trente ans dans une revue juridique de premier ordre aux Etats-Unis. Il traite en substance des « droits de l'homme », si l'on veut bien le ranger dans un domaine doctrinal connu. Mais il n'y a ni discussion de la doctrine en droits de l'homme, ni référence à la jurisprudence, ni argument technique concernant l'application ou l'interprétation des normes internationales, et ni même en fin de compte une seule note en bas de page. Il s'agit d'un récit, une « histoire » (p. 129) à caractère autobiographique, une narration doublée de passages plus introspectifs et méditatifs, autour d'une visite de terrain en Uruguay par un groupe de « militants » des droits de l'homme (p. 127). Le titre de l'essai donne, rétrospectivement, le ton de la démarche – *Spring Break* est une période de vacances des universités américaines, une période précisément de « break », de coupure, dans l'année et le travail académique – une coupure associée doublement, pour ce qui est des étudiant(e)s avec un esprit festif (pour ne pas dire fêtard) mais aussi l'opportunité d'acquérir une expérience professionnelle, comme le serait une visite de terrain militante, par exemple. Et il s'agit ici précisément d'un problème de coupure, de distance entre le langage et le réel, ici entre l'argumentation juridique et la réalité du monde sur laquelle elle vise à asseoir son emprise. Raconter « une histoire », parmi d'autres, est un choix stylistique délibéré, nous dit Kennedy : « Par le biais de cette histoire, je voudrais explorer la confusion qu'il existe entre ces expériences vécues et nos efforts, tant à Montevideo qu'à Boston, pour leur donner sens. Je voudrais évoquer le sentiment que peut avoir le militant lorsqu'il a l'impression de ne pas savoir ce que les choses signifient, à quoi sert le travail fait dans le domaine des

droits de l'homme, cela en étudiant la manière dont nos interrogations sur la bonne stratégie à adopter produisent des résultats que nous ne pouvions évaluer (...) Par là même, je voudrais comprendre la signification des efforts que nous avons déployés et qui sont souvent décrits de telle sorte qu'ils paraissent soit comme étant nobles et importants soit comme peu judicieux ou insignifiants, et ce alors même qu'ils sont vécus plus directement comme étant de mauvais goût ou incertains » (p. 127).

Kennedy admet que l'on pourrait raconter un autre type d'histoire, par exemple, une histoire « des violations des droits de l'homme en Uruguay et du travail des institutions privées pour les combattre » (en guillemets dans le texte) – « en la présentant comme s'insérant dans un processus d'amélioration du droit , notre mission pourrait être décrite par exemple comme étant une contribution, parmi d'autres, à une histoire classique sur l'évolution des normes des droits de l'homme et ses mécanismes » (p. 129). Quelle que soit l'histoire choisie, nous dit pourtant Kennedy, « le fait même de les raconter renforce une pratique sociale profonde de gestion des conflits où l'on s'arrange avec la confusion du moment passé en brochant de nombreuses histoire qui nous sont confortables » (p. 129). S'ensuit donc un récit visant explicitement l'évocation de la confusion que le discours juridique essaie de dominer, un récit contaminé par l'expression de doutes personnels et de réflexions introspectives sur l'identité et la trajectoire des activistes et les autres acteurs qui les entourent (p. 140-2), compulsivement attaché à la représentation de la matérialité du moment, au travers de descriptions détaillées, que ce soit par exemple du mobilier (p. 133, 135) ou des interactions avec les personnes impliquées (p. 136), et ainsi de suite. La narration est poétique, et évoque des moment répétés d'aliénation, soulignés par l'entrecouplement de la narration des « faits » et des entretiens, d'une part, et des réflexions de Kennedy sur la signification à leur attribuer,

des réflexions symptomatiquement ponctuées de points d'interrogation. Le texte se lit comme un rapport d'enquête en fin de compte assez peu efficace, et cela délibérément. Les conclusions du texte se rapportent aux questionnements réitérés de Kennedy concernant les sens possibles à donner aux expériences brutes qui, comme la construction du texte le suggère, sont en soi insensées avant d'être intégrées à un discours explicatif simplificateur.

Que faire du discours des droits de l'homme dans ce contexte ? Kennedy exprime l'impuissance ressentie par les activistes étrangers qui savent, au moment de leur départ, combien incertain est le futur promis dans les appellations d' « étranger », « américain », « professionnel », « autorité », et « témoin », et combien finalement « quel que soit le degré d'immersion que l'on pouvait avoir dans la bureaucratie des droits de l'homme, (...) la bureaucratie est la machine qui nous éloigne autant qu'elle nous rapproche des gens » (171). Mais il y a les autres histoires qui permettent de donner sens aux faits bruts – « Avec de la chance, quand nous rentrerions à Boston, le soleil d'automne aurait amené l'été. Nous pourrions continuer ce que nous sommes venu faire de retour là-bas. Notre travail à Montevideo rempli, nous allions apprécier le paradis pour touristes que cette côte devait être. J'étais heureux que nous soyons capables de rester en contact quand nous serions rentrés et j'avais de la gratitude pour le fait de pouvoir compter sur le réseau des droits de l'homme comme support institutionnel. Dans un sens, j'étais heureux d'être un bureaucrate des droits de l'homme » (p. 172). Le récit ainsi conclu pointe vers l'importance de l'identité professionnelle comme pierre de touche du sens et de la cohérence du discours juridique, comme tout autre discours professionnel, sur le monde. Kennedy déplace la force structurelle du droit vers les « habitudes professionnelles » (p. 174) et loin du discours juridique lui-même, qui en soi ne fait en règle générale que répliquer la confusion de

l'expérience, dont il fait déjà partie (p. 128).

Au travers de cet essai, Kennedy annonce certainement une série de thèmes dont son travail cherche l'élaboration et l'expression dans une variété de domaines, et qui gravitent autour d'une problématique complexe mettant en relation le langage juridique, l'identité professionnelle, l'aliénation du monde par les discours qui sous-tendent cette identité, et l'exercice du pouvoir qui découle de cette forme d'aliénation. Plus important est néanmoins le message de la forme du texte, dans le sens où le propos prend un contour performatif, une dimension théâtrale qui signale l'objectif politique de l'intervention. Dans la traduction française, l'annexe originale de l'article a été omise, ce qui accentue le caractère apparemment et magistralement spontané et prosaïque du texte, en réalité le résultat global d'une prise de position méthodologique soignée, comme le signale la trentaine de notes en annexe supportant une postface méthodologique manifestement motivée par l'influence du poststructuralisme et en particulier de Jacques Derrida sur la forme et le fond du propos<sup>1</sup>. A la lumière de ce déploiement tactique de la forme poétique en association dialectique avec le fond du propos, on décèle une stratégie de résistance qui se réfère à un diagnostic particulier concernant la posture professionnelle des experts juridiques. De l'expression existentielle de la position du juriste comme juriste face au monde dans *Spring Break*, on peut entrevoir ainsi les lignes de force qui caractérisent les cheminements suivis par Kennedy pour répondre à la confusion phénoménologique vécue dans la recherche de solutions juridiques, et en particulier des stratégies de résistance face à des formes d'identification disciplinaires aliénantes.

D'une part, Kennedy porte son attention sur la discipline du droit international comme profession, c'est-à-dire comme « pratique

---

1. D. KENNEDY, "Spring Break", *Texas Law Review*, Vol. 63, No. 8, 1985, Appendice, pp. 1417 et ss.

professionnelle vécue, comme discipline intellectuelle, comme étant la culture développée par les internationaliste pour parler de la manière dont ils voient le monde politique et social qui les entoure » (p. 32). Le caractère structurant, disciplinaire, de la discipline est mis en lumière par Kennedy sous la forme d'une critique des histoires officielles du droit international, et de leur fonction idéologique (p. 32). Les histoires reçues, des histoires concernant le cheminement et le progrès des idées, sont exagérément simplificatrices et « ne servent bien souvent qu'à légitimer l'appauvrissement du vocabulaire que la discipline a utilisé pour penser les affaires internationales ». « Elles sont même de mauvaises histoires avec des conséquences néfastes, renforçant, défendant, faisant l'apologie de la participation des internationalistes à la gouvernance tout en décourageant toute réflexion sérieuse quant aux limites de l'imaginaire juridique internationaliste » (p. 31). De la même manière, Kennedy attire notre attention sur le « vocabulaire professionnel commun » qui caractérise les internationalistes comme profession, en fin de compte comme membres de la doctrine. Comme pour l'histoire reçue, « un vocabulaire disciplinaire peut avoir des aspects plus négatifs et trahir des préjugés et des aveuglements professionnels. Un vocabulaire professionnel peut avoir des effets pervers lorsqu'il légitime, qu'il justifie, qu'il excuse, ou que, simplement, il détourne l'attention professionnelle des problèmes d'injustice » (p. 31).

Kennedy prend ainsi une position méta-disciplinaire, qui paraissait déjà phénoménologiquement dans *Spring Break* comme performance théâtrale face à l'institution académique et ses notes en bas de page – il s'agit de faire du droit international en parlant de la façon dont le droit international est constitué, et notamment constitué comme un champ disciplinaire plus que comme un agglomérat de règles éthérées (pp. 31-32). Un trait caractéristique de l'intervention de Kennedy, en tant que pensée stratégique de résistance avec des

visées émancipatoires encore à établir dans leur contour précis, est ainsi son impulsion vers la cartographie disciplinaire. Kennedy présente les aspects structurels élémentaires d'une histoire alternative du droit international (aux Etats-Unis) au XXe siècle : d'une part une « ambivalence profonde » de l'internationalisme, comme contrepartie d'une histoire unilinéaire de progrès et d'adaptation doctrinaux aux changements sociaux internationaux (p. 35), et d'autre part « une conscience commune des internationalistes », marquée par la conviction d'une séparation du droit et de la politique, une perception de la pauvreté du premier dans les relations internationales, et une adoption du cadre général du libéralisme politique avec ses biais normatifs, ses ambiguïtés morales, et ses « angles morts » épistémologiques (p. 38). Si le second élément est le fondement d'une vision particulière de « la politique » et de sa relation avec le droit, le premier élément est la raison pour laquelle on assiste rétrospectivement à une oscillation interminable entre des positions (simplistes) favorisant le formalisme ou l'antiformalisme, plus de droit ou plus de politique, le tout constituant une réplique systématique du modèle juridique libéral interne ou une adaptation plus souple à la nature décentralisée et « primitive » du droit international (p. 41).

Sur la base de ces grandes lignes, Kennedy offre une histoire doctrinale globale du XXe siècle manifestée en petits tableaux binaires mettant en scène les oscillations entre les pôles idéal-typiques (essentiellement plus de politique ou plus de droit) au travers des domaines de développement institutionnel en droit international (fonction judiciaire, administration, législation. etc.) (pp. 42-3). Toutes les propositions doctrinales en la matière peuvent se réduire à une prise de position tendant vers un des deux pôles (p. 45). Plus concrètement et même plus ambitieusement, suivant ici l'exploration transversale du droit international qu'il avait effectuée au début de sa

carrière dans *International Legal Structures*, Kennedy propose une structure similaire pour les arguments juridiques communs dans la discipline, qui peuvent tous se placer sur le continuum de l'informel et du formel (p. 48), et plus généralement encore pour les « écoles » de droit international et leurs relations, qui sont similairement organisés de façon binaire (entre des pôles que Kennedy appellera aussi parfois « haut » et « bas », ou « dur » et « mou »). On trouve là des traces de l'influence structuraliste, spécialement quand Kennedy suggère que les « écoles » en question ne se comprennent pas par elles-mêmes, suivant une liste de positions théoriques, mais uniquement en relation les unes avec les autres, comme l'indique le fait que souvent ce sont les adversaires d'une position qui lui donne une étiquette doctrinale (p. 51). Les ambivalences individuelles et collectives dans la discipline donne finalement un dynamisme historique à la structure de base en générant des permutations entre les positions majoritaires et minoritaires en référence aux pôles extrêmes du continuum au cours du siècle pour aboutir à des consensus professionnels passagers, mais caractérisés par leur position dans une structure argumentaire permanente (pp. 56 et ss.).

L'important dans cette description est de caractériser la base de ces mouvements intellectuels comme étant des projets individuels et collectifs attachés à des affiliations intellectuelles dans des contextes spécifiques, mais aussi des mouvements fondés sur des affiliations sociologiques qui ne sont pas vécues comme des engagements intellectuels (p. 63). Ainsi, la résistance au caractère contraignant et limitatif du registre argumentatif reçu (et évoluant par répétition) doit se comprendre dans sa profondeur sociologique, une profondeur existentielle évoquée déjà dans *Spring Break*. Par exemple, Kennedy constate que l'on peut être tenté de critiquer le consensus en place dans la doctrine américaine à un certain moment sur la base de son soutien argumentatif à la politique étrangère des Etats-Unis, manifesté

par un antiformalisme par rapport au droit international et une restriction de « l'engagement envers l'universalisme » (p. 79). Au vu du diagnostic, une telle critique est « trop vaste et trop limitée par le vocabulaire propre à la discipline du droit international ». « En tant que problème intellectuel, étant donné l'effort entrepris pour mettre au jour les distorsions politiques dans une nouvelle école de pensée requiert d'aller au-delà des attaques et des contre-attaques qui se contentent de déployer des arguments à l'intérieur du vocabulaire établi de la profession. L'effort à fournir pour mettre en relation les idées de la discipline et les projets politiques requiert une enquête sociologique plus approfondie et relative aux projets de domination, d'affiliation et d'engagement par lesquels les idées sont récupérées par un groupe ou un autre à un moment donné » (p. 79). La perspective est donc celle d'une résistance institutionnelle, ou contre-institutionnelle, qui vise la machinerie de la profession, pour libérer des énergies créatives contenues dans le carcan disciplinaire.

Ainsi la solution au problème doctrinal, qui est un problème politique dans la mesure où la doctrine est une lecture du monde appropriée de façon évasive par le pouvoir ponctuel sur le monde, réside dans la confrontation de la doctrine internationaliste comme une production culturelle située socialement. La perspective mérite une citation *in extenso*. « Une opposition de ce type requiert un exploit et une contre-démonstration continue, un effort pour mettre à jour et rendre visibles les préjugés et les projets politiques construits à partir du vocabulaire le plus neutre du renouveau disciplinaire et un style de persuasion pragmatique. L'auditoire de ce type de démonstration se compose de personnes de la discipline qui pourraient être mobilisées d'un côté ou d'un autre du champ. La distribution des idées dans le champ sera déterminée, en grande partie, par l'aptitude des différents groupes et individus à mobiliser des personnes plus jeunes, susceptibles d'embrasser des carrières permettant de matérialiser l'un

ou l'autre des ensembles d'idées » (p. 79). Ainsi l'on peut entrevoir l'esquisse de l'effort poursuivi par David Kennedy lui-même comme organisateur du mouvement, ou phénomène académique, des *New Approaches to International Law*, un projet de regroupement d'académiques autour de projets convergents de manières diverses, et dont la cohérence globale ne venait pas d'une ligne de parti, méthodologique ou théorique, autant que d'une agrégation de caractère esthétique visant l'ouverture d'un espace créatif et festif pour manifester depuis la marge les biais structurels profonds de l'institution juridique académique, ses divisions disciplinaires et ses aprioris théoriques, ainsi que sa constitution et ses dynamiques politiques<sup>1</sup>. Ici, Kennedy note qu'il s'agissait « seulement d'éviter de se retrouver prisonnier des préoccupations découlant de cette continuelle transformation du vocabulaire disciplinaire, et de le repenser avec plus d'audace » (p. 80).

Si l'on poursuit l'effort de reconstruction d'une cohérence globale du propos en l'absence de quelques pièces importantes du puzzle doctrinal, on peut considérer que l'approche méta-doctrinale assumée par Kennedy prend également deux autres formes, dérivées de l'accent mis sur la relation entre le corpus juridique et le corps professionnel, et l'évolution du premier par rapport aux dynamiques auxquelles participe le second dans ses contextes politiques et sociaux. La notion générale d'un vocabulaire professionnel commun dans lequel les acteurs poursuivent et articulent des projets intellectuels et politiques, qui d'une part est indéterminé et ouvert à des oscillations perpétuelles, et d'autre part est animé par une conscience professionnelle commune marquée par des angles morts, des ambiguïtés et des contradictions internes tout aussi communes, ouvre la voie à des propos critiques accentuant l'une ou l'autre de ses caractéristiques suivant les domaines

---

1. D. KENNEDY, "When Renewal Repeats: Thinking Against the Box", *op. Cit.*, pp. 489 et ss.

substantiels de pratique juridique. Dans la première catégorie on trouve par exemple, dans le contexte du droit économique et du droit du développement, la critique du discours de réforme juridique de l'Union européenne dirigé aux aspirants d'Europe de l'Est dans les années 90 (« Le long chemin vers la démocratie de marché : L'histoire de deux architectures ») (pp. 180 et ss.). Dans ce cadre, Kennedy attaque le sens de continuité, de progrès, et d'universalité qui s'attache trop facilement à la pratique du droit international et surtout à l'élan vers le droit international comme projet pacificateur neutre et consensuel. Kennedy décrit en détail, sur la base d'une distinction entre les sensibilités propres aux cadres respectifs du commerce international et du marché commun européen, une oscillation et une combinaison de rhétoriques différentes qui structurent la relation de l'Europe de l'Ouest aux candidats de l'ex-COMECON d'une manière qui occulte une série de choix politiques contingents et d'alternatives économiques. Dans la seconde catégorie d'interventions, organisées en quelque sorte autour de l'idée d'une critique de la « conscience professionnelle commune », on se trouve en présence du travail le plus récent de David Kennedy. En premier lieu il y a la critique de l'*international humanitarianism* – ce que les traducteurs ont choisi de renommer de façon un peu équivoque "humanisme" international, mais qu'à mon sens on aurait pu simplement garder comme humanitarisme international. On peut également ranger dans cette orientation générale la critique du discours de la gouvernance globale et le rôle des "experts", qui est représenté dans le recueil par deux articles en conclusion.

Encore une fois dans le sillage profond de *Spring Break*, Kennedy présente le discours et la sensibilité humanitaristes comme une structure déterminée, organisée, et articulant le sens des actes et omissions des « activistes » ou « militants », parmi lesquels il se compte lui-même à nouveau (p. 99). Comme structure structurante,

pour reprendre encore un langage disciplinaire inspirant en partie la perspective culturaliste de Kennedy, la sensibilité humanitariste est non seulement partielle, sélective, biaisée, mais elle est également idéologique au sens le plus large – elle offre une description du monde et de son devenir, tout en naturalisant, légitimant, et disséminant cette description, et les conclusions qui semblent en émerger naturellement, d'une façon qui occulte ses propres présupposés. D'où l'idée de la « face sombre » de l'élan humanitariste ou plus généralement les faces cachées de la politique des bonnes intentions – *The Dark Sides of Virtue*, comme s'intitule le livre précité qui rassemble une collection d'essais de Kennedy autour de ce thème (dont, on s'en doute, *Spring Break*). L'idée centrale est un développement expansif des intuitions du Kennedy activiste méditatif en Uruguay. L'esprit humanitariste est présent et s'articule aujourd'hui dans la pratique de divers régimes juridiques et institutions internationales qui manifestent un attachement à des buts et projets communs : « un engagement à tendre la main aux autres », « un engagement à adhérer au multilatéralisme », « un engagement à adhérer à un idéal moral, se concrétisant par des projets de progrès spirituel, éthique, et politique », « un engagement au cosmopolitisme », et ainsi de suite (p. 98). Kennedy note deux aspects de cet élan global. Premièrement, il contient des tensions et contradictions internes, qui se révèlent pratiquement dans l'opération des normes et institutions qui le mettent en œuvre. Deuxièmement, le discours humanitariste en général reproduit ce que Kennedy avait remarqué en relation avec l'esprit d'internationalité, l'ethos internationaliste en général : il conforte ses adhérent(e)s dans leur perception du monde comme divisé entre principes directeurs et politiques pragmatiques, division qui permet en particulier aux humanitaristes de se considérer comme séparés du pouvoir effectif et dans une position défensive face à un interlocuteur, « le politique », démesurément supérieur dans son contrôle du monde (p. 99).

Cette construction idéologique est démentie par le fait que le langage technique des humanitaristes professionnels – celles et ceux qui effectivement formulent le jargon technique censé canaliser et contenir l'exercice du pouvoir brut, cela pour le bénéfice des « autres » – a été adopté par tout le monde, et en particulier par celles et ceux qui sont fantasmé(e)s comme étant aux commandes du monde. Ainsi vient l'appel éthique – dérivé d'une élaboration sociologique de l'adage critique selon lequel le droit et la politique ne sont pas distincts, et adressé aux humanitaristes : « Notre hésitation à nous considérer comme puissants ou comme de potentiels dirigeants fait qu'il nous est difficile d'analyser avec réalisme les conséquences de notre travail et de reconnaître notre responsabilité dans les dommages que nous causons parfois nous-mêmes » (p. 99). Kennedy procède sur cette base à une critique de régimes juridiques particuliers et des effets idéologiques de leurs jargons professionnalisés. Dans tous les cas, il s'agit de mettre l'accent sur la face cachée, la dimension inavouée (en fait inavouable dans la langue vernaculaire de ces domaines professionnels) de la pratique argumentative et ses effets sur le domaine de l'action sociale et politique concernés par ces pratiques. Le droit international des droits de l'homme est une cible de choix, vers laquelle l'auteur a par ailleurs dirigé un vaste et complexe arsenal dans la version longue de cette analyse<sup>1</sup>. Le point d'ancrage du propos est de constater d'abord que la pratique des droits de l'homme est – sinon toujours dans les faits concrets, du moins essentiellement en termes de pratique disciplinaire organisée – aveugle par rapport aux coûts possibles de sa présence et de son action. Par exemple, les droits de l'homme peuvent monopoliser le terrain de la justice sociale, marginalisant ainsi des initiatives et projets étrangers à la logique normative des droits de l'homme, mais possiblement plus appropriés

---

1. D. KENNEDY, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2001, pp. 99 et ss.

dans certaines circonstances. Similairement, les droits de l'homme peuvent participer à la logique de l'empire par une répétition des catégories de centre et de périphérie. Enfin, la logique individualisante des droits de l'homme, ainsi que le caractère absolutiste des revendications qu'ils informent, se focalisent sur la relation de personne à Etat et peuvent favoriser ainsi le victimisme et décourager les efforts collectifs d'alliance et de négociation politique contextuels (p. 101). Il y a en général une dimension d'irresponsabilité et de déresponsabilisation dans la prolifération du langage des droits de l'homme, qui par ailleurs a été adopté partout par les Etats dans l'articulation de leurs politiques même les plus difficilement acceptées par les activistes.

Il faut admettre à la lumière des faits que les droits de l'homme sont un outil de pouvoir ainsi non seulement dans les mains des Etats mais aussi pour dans celles des activistes, dans la mesure où l'application et la défense des droits de l'homme produisent « des perdants et des gagnants ». La posture éthiquement et politiquement responsable est celle d'ouvrir les yeux sur la nature tactique et le déploiement pragmatique de cette rhétorique. « L'un des enjeux les plus significatifs à venir pour le mouvement des droits de l'homme ne sera pas seulement de formuler les problèmes sous l'angle de la revendication des droits – problèmes collectifs, problèmes économiques – mais de comprendre ce qu'implique le fait de participer pleinement à la gouvernance mondiale et non plus seulement être son détracteur » (p. 103). Kennedy poursuit le même effort de recontextualisation du langage idéaliste de l'humanitarisme dans d'autres contextes, comme par exemple dans le régime juridique du *jus ad bellum* ou dans le droit international des conflits armés, pour évoquer non seulement la structure aveuglante du langage professionnel, mais aussi la répression disciplinaire du sentiment de participation réelle au déploiement de la violence et le caractère si

évidemment politique de cette participation inavouée. Kennedy, malgré un langage toujours très nuancé et une narration efficace, laisse pointer son impatience devant les gesticulations aveugles des humanitaristes prisonniers de leur propre collaboration irréfléchie avec le pouvoir politique qu'ils dénoncent depuis une position imaginaire de détachement. Evidemment, le droit humanitaire, comme le *jus ad bellum*, légitime la souffrance et la mort, et les humanitaristes sont responsables pour la distribution particulière de mort et de souffrance opérée en termes de principes dans le langage technique de la guerre. Ils « peuvent être scandalisés en considérant que les civils sont sacrés. Mais une telle réaction revient à nier la relation de coopération entre les autorités militaires et politiques que les humanistes ont construit depuis un siècle » (p. 110). Et il en va de même pour la structure du débat concernant la légitimation juridique de recours à la force, comme Kennedy le discute dans le cas particulier de l'invasion de l'Irak en 2003 et des questions de changement de régime, de promotion de la démocratie et de défense des droits de l'homme qui l'ont entourée (p. 117). La critique sert d'ouverture en fin de compte sur une prise de position programmatique pour une approche plus « pragmatique » et politiquement responsable de la part des humanitaristes, articulée succinctement en dix points, dix principes qui sont ainsi le revers affirmatif de la critique pour le moins destructrice menée à l'encontre de la tyrannie des bonnes intentions.

L'appel éthique se poursuit de façon élaborée dans les écrits plus récents de Kennedy, consacrés aux questions de « gouvernance mondiale » et en particulier le rôle des « experts » dans la formulation des politiques diverses de gestion des problèmes globaux. D'une certaine manière, la formulation d'une position éthique pour les juristes sert de contrepartie à la description du problème de la « gouvernance mondiale » comme précisément un problème de

formulation des problèmes, dans la mesure où elle s'inspire d'une éthique de la décision propre au politique weberien. Des juristes humanitaristes, Kennedy concluait : « [N]ous avons recherché le pouvoir mais sans en accepter les responsabilités. Nous avons déclaré que nous savions alors que nous étions plongés dans l'incertitude. Nous avons défendu nos projets et nous en avons dénoncé d'autres tandis que nous demeurions bien contents que ce soient d'autres qui gouvernent. Nous avons mis en place des politiques alors que nous refusions d'en voir les conséquences ». Et de là surgissait une formule de responsabilisation politique à caractère décisionniste : « « prendre une responsabilité au-delà de ce que l'on peut anticiper. Imaginez un humaniste prenant des décisions – prenant position dans les intérêts du jeu, distribuant les ressources, faisant de la politique, gouvernant, dirigeant – avec toute l'ambivalence, l'ignorance, et le manque de certitude propre à chaque être humain » (p. 124). Les experts sont ainsi présentés dans le contexte d'un effort d'émancipation par rapport au cadre disciplinaire contraignant qui filtre l'expérience du monde et produit les distorsions pratiques et idéologiques qui simplifient le caractère confus, conflictuel, et problématique du monde social à gouverner.

Le problème posé par la « gouvernance mondiale » est que le monde est précisément gouverné, et gouverné en l'absence d'un gouvernement – il est gouverné par des « experts », qui gèrent les régimes internationaux divers imposant l'ordre et le désordre social, économique, et politique à l'échelle internationale. Suivant les observations notées antérieurement, cette gouvernance est bien entendue une gouvernance marquée par la prolifération du droit qui informe, véhicule, formalise, et canalise la et les politique(s). « Dire que le monde est gouverné par le droit, c'est aussi reconnaître que nous sommes de plus en plus gouvernés par des experts – des experts juridiques. Non pas par l'empire américain ou le 'capital global', mais

par des experts. Ces experts – souvent des juristes – prennent des décisions qui affectent la richesse, le statut social, et le pouvoir des autres, en interprétant et en appliquant les normes et institutions d'arrière plan qui structurent les activités dans le marché, dans l'Etat, dans la famille (...) Partout dans le monde, les experts communiquent dans un langage vernaculaire commun et rehaussent encore leur importance au niveau national au détriment de celle des politiciens conventionnels par les processus que nous désignons souvent par le terme de 'mondialisation'» (p. 234). Cette intuition répond donc à l'appel à une position exigée de la part des « humanitaristes », en constatant que les experts opèrent bien concrètement dans les arènes du pouvoir et dirigent la vie des uns et des autres d'une façon qui constitue la vraie réalité de cette mondialisation, une réalité qui encore une fois demande une investigation responsable que les œillères disciplinaires traditionnelles rendent difficiles à appréhender.

Les distinctions disciplinaires reçues constituent un problème épistémologique avec des ramifications politiques pour le monde ambiant et donc éthiques pour les professionnels du droit. Le terme qui caractérise l'angle mort pour ainsi dire structurel de la perspective disciplinaire, particulièrement internationaliste, est le « second plan » (*background*), comme dans l'expression *background norms* ou « normes de second plan », en contraste avec le « premier plan » (*foreground*). La constitution des premier et second plans résulte de cette langue vernaculaire des professionnel(le)s du droit, sur la base d'une série de catégories, de nature binaire et dichotomique, véhiculées par la pratique du droit international dans le cadre général que Kennedy avait déjà caractérisé comme reflétant les fondements du libéralisme politique. La distinction entre domaine public et domaine privé, notamment reflétée dans la distinction entre un droit public et un droit privé, structure une acception particulière de la sphère politique et en particulier de son lien avec la figure centrale de l'Etat.

Ce « premier plan » tend à occulter le rôle fondamental du « second plan », où figurent les institutions et règles généralement associées au domaine « privé », qui en fait influent de manière considérable, pour ne pas dire dominante, non seulement sur la vie des individus et des communautés au plan global, mais aussi sur les actions et omissions des acteurs « publics » eux-mêmes. « Tout ‘réalisme’ qui ne s’intéresse qu’aux actes apparents des Etats souverains n’est plus réaliste du tout. Dans notre monde, le pouvoir se trouve dans le tissu enchevêtré de la vie économique et sociale. Les multitudes de réseaux de citoyens, d’intérêts commerciaux, d’organisations civiles et de fonctionnaires gouvernementaux ont plus de poids que la diplomatie interétatique. Les hommes et les femmes d’Etat agissent en réponse à des attentes – sous le regard légitimant ou délégitimant de l’opinion publique mondiale – et ils agissent dans l’ombre de toutes sortes de normes publiques et privées » (p. 235).

Un effort doit être fait pour dépasser des présupposés culturels qui confondent, pour reprendre ici l’expression de Bourdieu, le modèle de la réalité (tel qu’imaginé par le cadre doctrinal commun) et sa transformation, par l’action même des expert(e)s, en réalité du modèle. L’appel à une prise en considération des normes du « second plan » est non seulement une façon systématique de contester les distinctions arbitraires entre public et privé ou entre politique et droit. Il s’agit aussi ici, dans le contexte d’une discussion de la mondialisation, pour Kennedy de se démarquer de ce qu’il appelle la « tradition sociologique », qui consiste ici à opposer la "politique" au "contexte". « Afin de prendre réellement en compte le travail des experts, il faut arrêter de penser que tout ce qui ne se situe pas au premier plan de la décision politique du prince est le produit d’une inéluctable nécessité du contexte » (p. 236). Par contexte, Kennedy entend la référence à une forme ou une autre d’ « infrastructure » pré-politique, comme « les moyens de production » ou « les intérêts de la classe

dominante ». Pour Kennedy, néanmoins, le « contexte » est en réalité un réseau bien plus complexe, et transnational, de décisions prises dans le second plan où œuvrent les experts qui par ailleurs se démarquent d'un « premier plan » idéologiquement construit comme le centre et la scène du pouvoir politique effectif et réel. « Tentez, mentalement, d'établir une liste des normes et des institutions qui ont un effet, par exemple, sur les salaires des pays en développement. Il y a des décisions politiques de premier plan – mais elles ne sont pas si nombreuses. Un certain nombre d'éléments semblent relever du contexte – l'offre, la demande, les coûts de transport, la concurrence. Mais à titre d'exercice, essayez de penser ces éléments, que l'on considère comme appartenant au contexte, comme étant en fait le produit du travail – les décisions – d'individus » (p. 237). Ainsi, Kennedy appelle à une politisation du rôle et des décisions des « experts », en leur qualité idéologiquement produite de corporation transnationale de professionnel(le)s détaché(e)s du pouvoir effectif (p. 234).

La raison de cette démarche est une raison pratique, comme dans le cas de la critique de l'élan juridique humanitariste – la focalisation sur le « premier plan » du « politique », au détriment de la myriades de normes de « second plan » qui en fait structurent puissamment la réalité des conditions sociales et économiques d'intérêt pour les juristes obnubilés par l'action étatique et inter-étatique, explique l'échec des politiques réformistes dans bien des domaines. Kennedy prend de façon réitérée l'exemple des conditions salariales dans le « monde en développement », et la longue histoire d'une obsession professionnelle presque exclusive avec la formulation et l'application des normes internationales du travail, au détriment du « second plan » des normes relatives « aux usages de la propriété, aux conditions d'organisation du travail, au transport et commerce des 'intrants' et des 'extrants' industriels, aux modèles de crédit et de paiement, à

l'immigration, etc. » L'appel à un ajustement épistémologique n'est ici, encore une fois, pas uniquement (ou même pas du tout) prônée pour la gloire d'une poursuite plus exacte de la vérité vraie – il s'agit là d'une stratégie à mesurer en termes d'effets politiques, dans la mesure où, comme le note Kennedy, « la droite n'a eu aucun problème à s'intéresser aux normes du *background* », alors que « le vocabulaire utilisé par les humanistes, qui ont focalisé [*sic*] sur les règles publiques de premier plan, a empêché ceux-ci de faire un travail similaire » (p. 242). Fidèle à l'importance annoncée d'un contournement des distinctions intradisciplinaires, Kennedy met en parallèle des dynamiques similaires à l'œuvre dans le contexte de l'Organisation mondiale du commerce comme dans le contexte du débat autour de l'invasion de l'Irak en 2003, pour montrer la fonction omniprésente du droit comme outil de légitimation, et sa prolifération en niveaux de premier et second plan. Comprendre ce qui s'est passé en 2003 et dans les années qui suivent implique une considération non seulement du *jus ad bellum* et du *jus in bello*, mais du droit international économique, du droit du commerce international, des règles de gestion financières, et toutes les autres institutions juridiques affectant, et affectées par, le régime de sanctions contre l'Irak qui a finalement servi de fond pour le recours ultime à l'usage de la force (p. 244).

La règle de conduite méthodologique, qui consiste à accentuer la fluidité entre premier et second plan, notamment par un effort critique d'interdisciplinarité qui ne se borne pas à multiplier les angles morts en accumulant les œillères de plusieurs approches disciplinaires (p. 275), se double – on devrait s'y attendre si on lit comme je le fais *Spring Break* comme un pamphlet programmatique tout autant qu'un *happening* de militantisme intellectuel et un essai poétique – d'une incitation à la compréhension plus poussée de la figure sociologique de l'expert (on en revient ici encore une fois à la présence discrète de

Max Weber) face à la conception du politique dans l'ombre de laquelle elle se dessine. Kennedy déploie ici encore un de ses outils méthodologiques de choix, la cartographie, pour généraliser à partir de ses essais cartographiques passés sur la discipline du droit international un schéma explicatif de l'expertise (pp. 251-3, 267). Cette image structurelle du phénomène social de « l'expertise » nous rappelle la cohabitation d'une conscience commune disciplinaire, ce que Kennedy appelle ici aussi un « style », et de structures typiques de l'argumentation experte qui oscillent entre politiques (concrètes) et théories (abstraites) d'une façon disciplinairement reçue qui, à l'analyse rétrospective, apparaît comme discutable (p. 253). L'important est que l'image auto-reproduite de l'expertise est une image répandue qui s'associe à une image du politique, précisément dans sa relation avec l'expertise (p. 255). L'attachement à cette relation idéalisée est patente par exemple dans l'idée que les décideurs politiques sont contraints ou prisonniers d'intérêts minoritaires, une image qui est en fait véhiculée par l'expérience répétée des critiques de positions expertes par des positions expertes opposées sur la base d'une prétendue association des premières avec des intérêts politiques spécifiques.

La relation entre politique et expertise, entre les politiciens et la doctrine pourrait-on dire, pose progressivement un paradoxe consistant à exiger plus de nuance dans la considération de ce que les experts font, de leur impact, et de leur rôle dominant ou dominé dans l'exercice du pouvoir effectif. Cela s'impose parce que la relation des experts au pouvoir est aussi ambiguë que les implications de leurs théories le sont à l'intérieur des cadres disciplinaires. En d'autres termes, la critique de l'expertise est un appel à un surcroît d'expertise (pp. 256, 263). Comprendre le rôle de l'expert est ainsi posé, en tant que démarche responsable de la part d'experts aspirants, comme essentiellement une question politique, puisque cela implique la

formalisation d'un cadre de référence pour envisager le rôle du juriste face à l'exercice du pouvoir, un rôle que Kennedy veut existentiellement plus ouvert à la confusion, l'ignorance, l'incertitude et aussi l'impératif éthique et politique de prendre position. Des différentes traditions qui proposent une vision, nécessairement normative, du rapport de l'expertise à la politique, Kennedy termine ainsi sur un retournement de la position weberienne sur les vocations de savant et de politique. La confusion du monde est répliquée dans des savoirs disciplinaires qui, à l'examen critique, se révèlent bien moins déterminants des actions et des interprétations concrètes, qu'ils ne le sont de la consolidation d'une identité professionnelle rassurante. Le problème est – on en revient ainsi à *Spring Break* – celui du sens des décisions et des actions des professionnel(le)s du droit, et la voie de fuite offerte par le fantasme de l'expertise comme opposée à l'exercice du pouvoir, cela alors que l'examen critique du droit a révélé de façon réitérée l'espace existentiel de liberté laissé à la décision politique et l'influence idéologique inhérente à l'argumentation juridique dans son ensemble. « La plupart des experts fuient une telle expérience, et leur fuite, leur reniement de la liberté et de la responsabilité expliquent leur représentation personnelle en tant qu'experts comme faisant partie du *background* et non du premier plan ». Ainsi, la promotion de cette vision contraire de la position de l'expert aurait simplement comme objectif « d'encourager une forme d'expertise qui pourrait ressentir la politique comme vocation » (265).

On l'aura compris, l'image weberienne du savant et du politique comme vocations et professions distinguées notamment par les cadres éthiques qui leur sont idéalement associés est une référence d'importance, pour Kennedy comme pour d'autres auteurs, que l'on voit alors manifester des doutes collectifs sur la réalité de cette distinction. L'éthique professionnelle des juristes politisés qui découle de cette relativisation est ainsi, dans la version de Kennedy,

une éthique qui se doit d'être contestataire, dans le sens où le juste et l'injuste sont précisément les effets de cadres argumentatifs simplistes et idéologiquement orientés non pas seulement (ou pas du tout) vers le monde, mais vers la stabilité identitaire des expert(e)s et en fin de compte la distribution présente des ressources et des connaissances. On peut ainsi mieux saisir comment à un certain moment, dans la ligne originale entamée par *Spring Break*, Kennedy avait caractérisé ces *Nouvelles approches de droit international*, qu'il présente et représente, en termes esthétiques, comme une « danse », et avait invité les autres juristes aspirant à l'émancipation disciplinaire à organiser des danses similaires, dans la perspectives desquelles il avait pour sa part gardé précieusement ses chaussures polies<sup>1</sup>.

#### REISMAN ET L'ETHIQUE DU CONTROLE

La mise en scène artistique permet de faire des transitions doctrinales qui pourraient être autrement plus difficiles dans d'autres contextes, comme c'est le cas ici d'une transition de David Kennedy à Michael Reisman, l'auteur du dernier volume publié de la collection « Doctrine(s) ». Dans le contexte disciplinaire reçu, particulièrement le contexte des Etats-Unis, où nos deux auteurs sont principalement situés, il serait de mise de souligner les différences et même oppositions méthodologiques et politiques. Mais la collection « Doctrine(s) », par ses effets doctrinaux propres de décontextualisation et reconfiguration, nous permet de les rassembler sur fond d'une convergence générale vers le souci apparemment profond pour l'un et l'autre d'une existence doctrinale éthique, politique, et responsable. En cela, ils sont, comme ils le sont d'ailleurs avec les autres auteurs, très proches. Bien entendu, dans une perspective doctrinale ou politique alternative, la présence de Reisman

---

1. D. KENNEDY, «Thinking Against the Box », *op. cit.*, p. 500 : « I've got my dancing shoes polished, and I'd love to come along ».

dans le groupe d'internationalistes enrôlés jusqu'ici pourrait faire lever, ou froncer, des sourcils. Mais il ne s'agit pas de refaire la collection a posteriori, sinon de manifester ce qui en fait un objet doctrinal collectif et cohérent.

Le volume intitulé *L'école de New Haven de droit international* se compose de dix textes de Michael Reisman, publiés entre 1983 et 2008 et ici regroupés en deux sections, l'une dédiée à la théorie du droit et l'une au droit international. Les textes sont préfacés par un essai introductif magistral de la main de Julien Cantegreil, qui propose une mise en contexte de l'auteur dans les cercles concentriques de la doctrine américaine, la doctrine internationaliste américaine, et enfin l'école de New Haven, sur fond de débats théoriques et méthodologiques initiés par le réalisme juridique dans les années 30 aux Etats-Unis. Le titre de l'ouvrage est significatif, à la fois pour ce qui est de son contenu et au regard des autres volumes de la collection. La production doctrinale ici organisée se présente comme un exemple, une partie, une émanation, ou une mise en œuvre d'une « école » qui, bien que souvent incarnée dans les revues et les réunions professionnelles dans un collectif d'auteurs, reste associée pour toujours et avant tout à son fondateur Myres S. McDougal. Reisman existe, en référence à cette école, dans l'entité accolée au fondateur dans l'expression corporatiste, commune dans les cercles internationalistes américains, de *McDougal and associates*, McDougal et associés ou, pourrait-on dire, McDougal et compagnie. L'ombre de McDougal s'étend symboliquement sur la position professionnelle présente de Reisman, dont la chaire de droit international à l'université de Yale porte le nom du fondateur de la *New Haven School*. Le choix donc du titre, en mettant en avant ce qui est forcément, de la main d'un associé plus que d'un fondateur (comme ce serait le cas pour Kennedy avec NAIL, par exemple), la présentation d'une œuvre collective au travers d'écrits individuels et personnels, est à prendre au

sérieux pour donner un sens au collage de textes, spécialement dans le contexte où il s'agit d'une traduction et d'un effort de dissémination.

Le caractère de disciple ou, pour reprendre les mots de Reisman lui-même, d'héritier de l'école de New Haven, donne à ce recueil une valeur ajoutée, et non pas réduite, au plan d'un examen de l'univers doctrinal internationaliste. Comme il a été suggéré plus haut, le format de la collection permet aux auteurs de se mettre en scène, de décontextualiser leur trace littéraire pour en faire une représentation suggérant une cohérence et direction particulière non seulement *a posteriori* mais également et spécifiquement contemporaine. Ici Reisman, d'une œuvre professionnelle proprement colossale, extrait une sélection d'interventions qui lui paraissent indicatives de son travail académique personnel, et qu'il résume en référence à une école, un mouvement doctrinal beaucoup plus ample encore, d'abord en termes temporels et ensuite en termes d'interventions disciplinaires. Si l'on retourne au titre de l'ouvrage après la lecture du recueil, son caractère en apparence abstrait et descriptif (en particulier par rapport aux questions relativement concrètes traitées dans les contributions consacrées au droit international) révèle ainsi l'ouvrage comme un traité d'apologétique doctrinale. Cela est particulièrement significatif si l'on prend en considération la teinte idéologique particulière, en ce qui concerne la direction de la politique étrangère étatsunienne, qui est généralement attachée à l'école de New Haven, et qui en apparence au moins met une certaine distance politique entre Reisman et les autres auteurs de la collection "Doctrine(s)". Le livre en soi évoque l'école de New Haven comme une pratique professionnelle basée sur une science, notoirement comparée à une foi ou un culte par ses critiques, et positionnée en termes pédagogiques et souvent défensifs. Comme le note Cantegreil, une contribution importante de Reisman au collectif de New Haven, qui justifierait ainsi la présentation de ses propres écrits au monde francophone sous

cette forme de synecdoque par ailleurs trop généralisante, est précisément la défense de l'école de New Haven à une époque de perte de vitesse, de fidèles et d'attention (McDougal commença sa carrière dans les années 40 et fut président de la Société américaine de droit international (ASIL) en 1958-9, ainsi que président de l'Association des écoles de droit américaines (AALS) en 1966.)

Le choix des textes est ainsi significatif. L'école de New Haven est associée, dans le canon historique de la doctrine américaine, à la Guerre froide qui l'a vu émerger comme intervenante permanente dans les débats parfois très polémiques de politique juridique internationale aux Etats-Unis<sup>1</sup>. Les traces de ces contributions ne sont pas visibles dans le texte du recueil, même si à l'époque des segments de la doctrine européenne avaient manifesté des inquiétudes face à une doctrine perçue comme excessivement obscure, arbitraire, biaisée et partisane<sup>2</sup>, mais aussi isolationniste et proprement, selon cette perspective du moins, américaniste (en somme, une doctrine constituant un « monologue, procédant d'une prétention de monopole à base idéologique »), cela dans un contexte de conflit politique global<sup>3</sup>. Mais ici les interventions de Reisman, présentées pour un public doctrinal francophone, et possiblement plus ignorant du bagage politique de l'internationalisme juridique émanant de Yale que ne le

---

1. Pour un positionnement plus explicitement idéologique de l'orientation de l'école de New Haven, voir par exemple, M.S. MCDUGAL & H.D. LASSWELL, "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order". *AJIL*, Vol. 53, 1959, pp. 1-29. Un exemple de position doctrinale informée explicitement par le contexte de confrontation idéologique est: M.S. MCDUGAL, & N.A. SCHLEI, "The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security", *Yale Law Journal*, Vol. 64, No. 5, 1955, pp. 648-710.

2. Un exemple assez connu d'hostilité doctrinale à l'encontre de l'école de New Haven est le compte-rendu de lecture rédigé par le Juge Fitzmaurice concernant la méthode d'interprétation des traités proposé en monographie par McDougal & Associates. Voir G. FITZMAURICE, "Vae Victis or Woe to the Negotiators ! Your Treaty or Out 'Interpretation' of It?", *American Journal of International Law*, Vol. 65 (1971), pp. 358 et ss.

3. Voir par exemple H. MEYROWITZ, "Droit international et 'policy science': Sur une thèse française consacrée à la doctrine de McDougal", *Journal de droit international et de législation comparée*, Vol. 97, 1970, p. 902.

serait le public professionnel américain, se focalisent sur des problématiques d'intérêt contemporain, comme l'intervention humanitaire, les crises constitutionnelles des Nations Unies, ou le changement de régimes. L'idée sous-jacente est ainsi que la méthode (la ou les doctrines) de New Haven demeure appropriée au travers de contextes divers, et qu'au-delà des circonstances historiques locales et internationales qui l'ont vu naître et se développer, que ce soit le réalisme juridique américain, le *New Deal*, ou la Guerre froide, elle demeure une option doctrinale, sans aucun doute la meilleure option doctrinale, pour le travail des internationalistes contemporains.

La direction méthodologique de la *policy-oriented jurisprudence*, comme la méthode ou orientation doctrinale de New Haven est généralement appelée (le terme de *policy* étant notoirement difficile à traduire en français et ses connotations imparfaitement rendues par "politique") – consiste en un projet avoué d'opérationnalisation du réalisme juridique américain et sa transcendance en un programme normatif, jugé inexistant dans ce dernier. A ce titre le revirement ontologique déjà annoncé par le réalisme juridique classique consiste pour le juriste à considérer l'être du droit comme un processus, et non pas (seulement) comme un assemblage de normes. Accessoirement, sous l'influence de la sociologie juridique et la théorie sociologique du droit, le droit est dissocié de l'Etat et les différences entre les formes variées de normativité gouvernant le rôle et l'action des juristes, mais plus largement des « faiseurs de décisions », est explicitement relativisée (p. 114). L'accent mis sur la décision, le processus, et la poursuite de politiques publiques ou privées (*policy*) situe le cadre de New Haven en dehors du positivisme, sinon en contradiction avec certains de ses postulats cardinaux (et notamment la distinction entre droit et morale), et proche de la sensibilité intellectuelle attribuée aux traditions du droit naturel (p. 42). Parallèlement au décentrage du droit posé, le juriste envisagé opère un revirement épistémologique, dans le

sens où l'objet de la connaissance, de l'analyse, et finalement de l'action, est constitué par le comportement et l'attitude des acteurs impliqués dans le processus, étant donné que le « droit » se manifeste dans le flux des décisions qui constituent les acteurs en décideurs. Dans le cadre méthodologique de New Haven, les horizons de la recherche et de l'intervention juridiques sont ainsi notoirement élargis, pour inclure l'ensemble des problèmes de régulation et régularisation des comportements en société, aussi réduite et passagère, ou alors monumentale et transcendante, que l'interaction sociale puisse être<sup>1</sup>.

En termes du programme normatif de New Haven, ce qui fait la spécificité des juristes est qu'ils et elles doivent être – une fois le droit considéré comme désétatisé et recontextualisé dans le processus social global – spécialisé(e)s dans les moyens d'influencer et de diriger le processus de décision. Le point départ est donc une perspective sur le droit centrée sur la personne qui décide, quelle que soit cette personne, et la doctrine de New Haven concernant *la* doctrine comme fonction en dérive : « Du point de vue de l'Ecole de New Haven, une doctrine juridique est une théorie portant sur la manière de faire des choix sociaux. Les tâches intellectuelles primordiales d'une doctrine juridique consistent à prescrire et mettre en œuvre une politique de manière à préserver l'ordre de la communauté et, dans le même temps, à atteindre d'aussi près que possible la réalisation des buts sociaux de la communauté » (p. 43). A ce titre la question structurant l'ensemble de l'activité juridique est fondamentalement une question éthique, à savoir une question de normes comportementales, habitudes et mœurs professionnelles : une fois donnée la description du droit comme

---

1. Ainsi, la tâche du juriste peut inclure l'examen des normes sociales opérant dans la société transitoire des files d'attente dans les arrêts de bus. Voir à ce titre W.M. Reisman, *Law in Brief Encounters*, New Haven, Yale University Press, 1999. Elle peut aussi inclure la formulation de normes pour la réglementation de rencontres et relations inter-planétaires futures. Voir M. S. MCDUGAL, H.D. LASSWELL, & I.A. VLASIC, "Potential Interactions With Advanced Forms of Non-Earth Life", *Revue égyptienne de droit international*, Vol. 18, 1962, p. 53-101.

fonction d'un contexte social normativisé (une séries de processus visant la distribution et redistribution de valeurs), que doit faire le/la juriste, et comment doit-il ou elle le faire ?

Cette vision s'applique aux juges, avocats, juristes universitaires et autres acteurs engagés dans la pratique du droit, ainsi reconstituée comme une activité insérée dans un processus de décision global composé de chaînes de processus de décision. L'approche de New Haven est en ce sens une approche normative et pédagogique, qui se manifeste dans un effort d'exhaustivité descriptive quant au processus de décision suivi par des évaluations, des prescriptions, et des critiques des acteurs impliqués. A la base, le juriste internationaliste est une extension du modèle de nouveau juriste, interdisciplinaire et politiquement orienté, envisagé comme produit d'une réforme pédagogique des facultés de droit américaines proposée à la fin de la Deuxième Guerre Mondiale par McDougal et son très proche collaborateur, le politologue Harold Lasswell.<sup>1</sup> Les juristes sont des technicien(ne)s seulement dans le sens où ils et elles sont des spécialistes des processus de décision, qui doivent être contrôlés pour influencer sur la distribution des ressources disponibles et des "valeurs" (le terme choisi par McDougal & Cie pour désigner les idéaux sociaux comme le respect ou le bien-être), et cela de façon optimale; leur éducation et formation visent à leur donner les moyens de maîtriser les processus de décision dans lesquels les normes et institutions juridiques servent leur fonction, une fonction qui est indissociable de la compréhension globale des processus de décision. Ces processus doivent ainsi faire également l'objet d'un effort d'élucidation de manière à permettre aux juristes de savoir ce qu'elles et ils font et

---

1. Voir M. S. MCDOUGAL & H.D. LASSWELL, "Legal Education in the Public Policy: Professional Training in the Public Interest", *Yale Law Journal*, Vol. 52, 1943, pp. 203 et ss., reproduit in M.S. MCDOUGAL & al., *Studies in World Public Order*, New Haven, Yale University Press, 1960, pp. 42 et ss. M.S. McDougal, " The Law School of the Future: From Legal Realism to Policy Science in the World Community", *Yale Law Journal*, Vol. 56, 1947, pp. 1345-1355.

doivent faire. La première étude choisie par Reisman pour le recueil est illustrative de la perspective générale de New Haven, mais aussi et plus spécifiquement de ce que Reisman veut en présenter au public francophone. Il s'agit d'une analyse de ce que Reisman, suivant l'effort de reformulation et contrôle terminologique caractéristique du mouvement doctrinal en question, appelle « la conscience tourmentée ». L'objet d'attention est un décideur particulier, un individu face au dilemme général de la désobéissance civile, et en particulier l'alternative de la résistance violente à un régime juridique perçu comme lui-même injuste et violent. Reisman interpelle ici le droit, conçu de façon traditionnelle, dans son incapacité à traiter avec suffisamment de profondeur la violence politique interne comme le produit d'une décision, et souligne la nécessité de situer cette décision spécifique dans son contexte psychologique (et psychanalytique) aussi bien que sociologique et philosophique – il s'agit ici après tout, insiste Reisman, de produire « un code permettant de telles décisions » (p. 57).

Une contextualisation, en termes d'histoire politique teintée de psychologie sociale, amène ainsi Reisman, de façon encore une fois assez symptomatique, à proposer l'idée que la résistance violente à l'ordre normatif communautaire est basé sur un système identitaire (*self-system*) qui est propre « à la structure sociale contemporaine et à son organisation psychopersonnelle », dans le sens où la violence en question doit être vue non pas comme un facteur de désintégration mais comme un facteur d'intégration de la communauté elle-même (p. 61). Comprendre la décision de résistance violence dans son dilemme profond et l'évaluer requièrent, pour Reisman, une explication détaillée des bases sur laquelle cette décision est prise, notamment concernant le contexte qui fonde les paramètres de décision et leur fabrication par un environnement culturel excessivement médiatique (et en particulier dominé par une perspective « cinématographique »),

les références culturelles disponibles aux agents contestataires et leurs juges (comme une certaine lecture (erronée) des limites de la désobéissance civile fournie par le précédent canonique de Socrate dans le dialogue de Criton), ou l'histoire religieuse de la double allégeance à la justice divine/naturelle et au droit du prince. Cette analyse permet par exemple à Reisman de considérer la morale politique dérivant du contractualisme influent de John Rawls comme essentiellement biaisée en faveur du *status quo*, dans la mesure où elle exclut de l'évaluation politique (et juridique) de nombre de critères qui fondent en réalité la décision de résistance violente au système juridique jugé injuste (par exemple la répartition injuste des richesses, ou l'iniquité en matière de santé ou de « respect », toutes considérées comme valeurs canoniques dans le catalogue analytique de New Haven, mais excessivement marginalisées par Rawls). Rawls abandonne ainsi l'idée même de pouvoir évaluer les cas extrêmes de contestation violente, où l'ordre social ne correspond pas à son postulat de départ, à savoir que sa théorie de la justice fonctionne pour une société « presque juste ».

Symboliquement, bien que discrètement, Reisman juxtapose le décideur pénal et le décideur contestataire sur fond d'une description du processus juridique comme fondamentalement orienté vers la distribution de valeurs dans le cadre du maintien d'un « ordre public minimal ». Cela permet de simplement politiser le droit comme l'objet de luttes pour le contrôle du flux de décisions en faveur d'une vision particulière de l'ordre social. New Haven propose ainsi un changement d'optique sur le processus juridique qui demande aux acteurs de considérer leur position propre comme décideurs, et implique par là ce que de l'intérieur du système juridique positiviste l'on considèrera comme un relativisme extrême, mais qui de la perspective de New Haven est en réalité un pur produit du réalisme juridique. Ainsi, le point de départ pour un examen de la question du

recours à la violence « anti-système » en ce qu'elle concerne le droit international est de considérer que ce dernier, comme le dit simplement Reisman, est évidemment biaisé lorsqu'il s'agit de comparer (ou justement de ne pas comparer) la « violence officielle de l'élite » et la violence contestataire ou simplement non-officielle (p. 93). L'approche de New Haven suggérerait fortement dans ce cadre de renoncer à l'emploi du terme « terroriste » depuis la perspective analytique, dans la mesure où il contrecarre l'impératif de clarté qui s'impose à la décision et à son évaluation depuis une perspective de contrôle des facteurs qui fonde la décision (p. 96). Sous le langage neutre de l'impératif scientifique de clarté, on décèle ainsi le radicalisme potentiel de la méthodologie de New Haven. Elle manifeste ici ponctuellement dans l'impossibilité de différencier l'image reçue du "terrorisme" d'une certaine violence d'Etat, mais elle a été exploitée de façon plus systématique et notoire par le Professeur Richard Falk, un adepte de la méthodologie de New Haven mais un opposant farouche de la ligne politique conservatrice et américaniste à outrance adoptée par McDougal et Cie.<sup>1</sup> Quoi qu'il en soit, pour Reisman ici, le problème posé par le contestataire violent demande une solution qui puisse non seulement permettre une résolution du dilemme de la conscience tourmentée mais aussi donner une base au décideur juridique qui y fait face – il faut trouver des paramètres d'évaluation de l'action qui met en question le système juridique lui-même, dans la mesure où il y a va de la possibilité de légitimer le droit en général et sa perspective propre sur l'usage légitime de la violence.

Il est très significatif que dans cet essai introductif Reisman revisite, sans le mentionner explicitement tant la référence est centrale dans le contexte juridique étatsunien, le débat entre H.L.A. Hart et

---

1. V. p.ex. R. FALK, *Legal Order in a Violent World*, Princeton, Princeton University Press, 1968; *A Global Approach to National Policy*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; *The Promise of World Order: Essays in Normative International Relations*, Philadelphia, Temple University Press, 1988.

Lon Fuller sur la relation ou séparation entre droit et morale, qui tournait presque paradigmatiquement autour du cas des systèmes juridiques dits injustes, comme l'ordre normatif positif de l'Allemagne nazie.<sup>1</sup> De l'optique de New Haven, le cadre restreint du positivisme ne permet évidemment pas de trouver une solution, mais les aspirations objectivistes du positivisme ne doivent pas pour autant être abandonnées dans ce qui apparaît comme la recherche d'un fondement éthique stable pour la décision des uns et des autres, un cadre qui finalement se révèle être commun aux deux parties en présence. La fondation éthique de l'approche est dans le projet de New Haven une compulsion orientée vers le contrôle du monde social par les acteurs juridiques, dans le sens d'un contrôle des faits, et d'un pouvoir d'influence dérivé de la clarification permanente des processus et de leur aboutissement. Méthodologiquement, cela implique une reformulation des tâches du juriste, elle-même dérivée d'une reformulation de la nature et fonction du droit, toutes deux structurées par l'exigence du contrôle et de la clarté. Le message systématique est : la mission du juriste est une mission de contrôle, et le contrôle passe par la transparence du monde. Dans le cas de la conscience tourmentée, Reisman indique l'impératif de contrôle en profondeur demandé par l'activité juridique lorsqu'il s'agit d'évaluer une décision visant, que ce soit dans le cas d'un acte de résistance violente ou dans le cas d'autres actions moins socialement dramatiques, à « influencer la vie de la collectivité, et donc les existences de beaucoup d'êtres humains ». Il y a là « une responsabilité d'étudier à la fois les motifs de l'individu qui se lance dans une telle action, et l'ensemble des conséquences, relativement à toutes les fins de la communauté, que ses actes vont vraisemblablement entraîner » (p. 84). Cette

---

1. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, pp. 593 et ss. et Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law -- A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, pp. 630 et ss.

responsabilité pèse sur le contestataire comme décideur juridique *stricto sensu*, de la même manière que Reisman l'imposera aussi par exemple aux juges de la Cour internationale de Justice, également en qualité de décideurs, pour évaluer et critiquer leur processus de décision dans l'Affaire *Lockerbie*, jugé par Reisman non seulement excessivement formaliste mais myope en termes de sensibilité à la politique constitutionnelle des Nations Unies (pp. 205 ss.)

Caractéristique dans l'examen de la « conscience tourmentée » comme position de décision juridique au sens large est le fait que Reisman s'adresse directement au futur contestataire en faisant des « recommandations » concernant l'importance d'une autoanalyse servant à dénicher les distorsions cognitives et émotionnelles possibles affectant la perspective de la décision rebelle (p. 87). De la même manière, le caractère responsable ou non de la décision, et sur cette base l'évaluation de celle-ci, se baseront sur un contrôle similaire des autres facteurs importants de la décision, à savoir l'information pertinente qui fonde le recours aux moyens choisis d'intervention dans ou contre le système juridique, et les voies stratégiques adoptées. Ainsi de la prise de décision du rebelle face au Léviathan, on peut tracer sans heurt une ligne méthodologique nette rejoignant des problèmes d'apparence métaphysique posés à la théorie du droit. Comment approcher la question de la *soft law*, le droit « mou » constitué par la nébuleuse d'actes quasi-contractuels, quasi-juridiques, que le positivisme aspire ou rechigne à attirer dans l'orbite du droit incontesté ? A nouveau, l'impératif de contrôle des facteurs et conséquences du processus de décision imprègne l'analyse proposée par Reisman. Là encore, le positivisme juridique est stigmatisé pour sa myopie politique. « En droit international, un acte imparfait n'est pas l'expression d'une pathologie qu'il faudrait soigner ou à laquelle il faudrait remédier aussi vite qu'une cour saisie du cas le peut. C'est un élément qui entre dans une classe d'outils tout à fait spécifiques, au

service de politiques importantes qui utilisent précisément la qualité des actes concernés » (p. 167). Il est crucial de comprendre pourquoi des Etats et autres acteurs politiques impliqués dans des processus de décision complexes ne formalisent pas des accords ou des positions, ce qu'ils ne font certainement pas toujours par inadvertance, au lieu de rechercher dans ces accords, comme le fait (selon Reisman) par exemple la Cour internationale de Justice, une force juridique particulière décontextualisée et étrangère à la vision des acteurs concernés. C'est là une question d'éthique politique, dans la mesure où un tribunal s'imisce ex post facto dans un processus politique complexe sans autre paramètre de guidage que la force gravitationnelle du droit dit « dur ». Il est donc, pour Reisman, « incorrect, voire moralement choquant, en droit international de prétendre 'découvrir' de nouvelles règles de droit international coutumier en procédant à des assemblages de dispositions provenant d'instruments dissemblables ou au terme d'exercices compliqués de dérivation logique ou de déconstructions qui feraient pâlir d'envie les émules de Jacques Derrida » (p. 172). Le questionnement est proprement normatif : la profession doctrinale peut bien s'appuyer sur ce que l'on appelle conventionnellement les sources matérielles du droit, dans la mesure où « l'une des fonctions de la doctrine est d'anticiper les tendances et d'appréhender les développements en cours en termes d'impacts possibles sur les buts les plus importants du système international ». L'auto-analyse comme facteur méta-éthique impose aux juristes de comprendre et maîtriser leur position dans le continuum des chaînes de décision. Pour les juristes qui « agissent en tant que juge ou arbitres », il y a « une impérieuse nécessité qu'ils recourent à un ensemble différent d'outils juridiques ». La doctrine « peut, avec beaucoup de précautions, reconstruire les actes juridiques imparfaits au sein du droit international. Je soutiens que les juges et les arbitres ne le devraient pas » (p. 174). Similairement, Reisman

fustige donc la Cour pour son incompréhension de sa position spécifique dans un processus constitutionnel plus large lorsqu'elle développe son argumentaire au long des phases de l'affaire *Lockerbie*, et suggère que la position responsable est pour la Cour de s'auto-marginaliser, si cela peut contribuer à structurer un « processus constitutionnel mondial robuste » (p. 217).

L'impératif du contrôle structure ainsi l'intervention de l'Ecole de New Haven à tous les niveaux, dans le sens où il s'agit de redéfinir l'idée même du droit et de la pratique du droit sur la base du contrôle, et canaliser cette perception par l'emploi d'une méthodologie sophistiquée qui ne permette pas seulement au juriste d'exercer le contrôle, mais à l'impératif du contrôle de contrôler l'identité des juristes comme juristes. Typiquement, l'école de New Haven propose une théorie du droit (*theory of law*) enveloppée dans une théorie sur le droit (*theory about law*), les différents niveaux de l'intervention scientifique des juristes (*inquiry*) se structurant les uns par rapport aux autres<sup>1</sup>. Comme conséquence de ces impératifs méthodologiques, le corpus de l'école de New Haven est devenu notoire pour son hermétisme terminologique, la densité de son discours, et l'étendue de ses catalogues et catégorisations terminologiques. Phénoménologiquement, la rencontre exotique avec New Haven se vit comme l'observation passive d'une prolifération arborescente de concepts, de notions et de critères produisant l'architecture de la pratique du droit comme partie du processus social global. De ce point vue, le recueil de textes de Reisman offre l'apport ambivalent d'une simplification assez patente de l'univers terminologique caractéristique de ce mouvement doctrinal : l'accès à cet univers alternatif en est rendu plus aisé, grâce également à un travail de traduction efficace, mais l'altérité profonde et les prétentions

---

1. Voir par exemple H.D. LASSWELL & M.S. MCDUGAL, "Criteria for a Theory about Law", *Southern California Law Review*, Vol. 44, 1971, pp. 362-394.

révolutionnaires du discours fondateur de l'école en sont par là aussi atténuées. Sans aucun doute, cela fait partie aussi de la mission évangélique d'un tel ouvrage, conçu comme introductif pour un public perçu comme largement étranger à ce genre de discours, et pour autant qu'il s'agisse de présenter la doctrine et les doctrines de New Haven comme vivantes, en évolution, et pertinentes pour le monde contemporain. Néanmoins, les classifications et taxonomies fondamentales sont bien présentes, quoiqu'en format digestible: le processus de décision comporte sept éléments distincts (pp. 47-8), les systèmes juridiques ont sept fonctions au regard du maintien de l'ordre public et la réalisation d'objectifs sociaux (p. 98), les juristes ont cinq tâches intellectuelles produisant cinq types de procédures (p. 49), et les procédures en question se rapportent à trois grands types d'enjeux impliqués par la participation dans le processus de décision (p. 43). Comme le note Cantegreil dans son essai introductif, le post-réalisme de l'Ecole de New Haven l'amène, comme d'ailleurs le mouvement de l'analyse économique du droit (*Law and Economics*), à un retour à l'idéal « géométrique » de la vision du droit avancée par le doyen Langdell, une prétention au systématisme scientifique remis en question de façon plus ou moins destructrice par (une partie de) la mouvance réaliste américaine de l'Entre-deux-guerres.

Une recension superficielle de la littérature de New Haven produirait une longue série de classifications similaires quadrillant l'ensemble du processus social de décision à l'échelle globale, en incluant une liste exhaustive des objectifs recherchés par les acteurs décisionnels, une typologie des éléments du système global de décision, une description des composantes d'un ordre public minimal et d'un ordre public optimal, et ainsi de suite. Et bien entendu, la terminologie technique utilisée à New Haven dérive, depuis la perspective positiviste souvent mise en cause, d'une relativisation de la différence entre droit et non-droit telle qu'elle est précisément

imaginée en termes positivistes sur la base de la théorie des sources. La récurrence de termes juridiquement plus exotiques, comme « processus constituant », « ordre public minimal », rectitude, ou *self-system* reflète simplement une préoccupation d'ordre sociologique qui vise le quadrillage de la réalité dont les juristes professionnel(le)s sont appelé(e)s à gouverner la direction, et dont la norme n'est qu'une partie minime. De ce point de vue, l'analyse par Reisman des "actions unilatérales" dans le système juridique international est sans doute paradigmatique, en ce qu'elle démontre un souci de participation responsable élicité précisément par le décentrage de la norme, l'explicitation des présupposés qui la fonde, et la focalisation de l'attention sur le rôle et l'impact de l'action unilatérale en droit international, comme dans le cas de « l'intervention humanitaire » par exemple, d'un point de vue méthodologique qui ne butte pas contre les distinctions formelles entre public et privé, ou droit et non-droit. Ainsi, la légitimation de l'action fondée sur la protection des droits de l'homme en situations d'urgence se fonde sur le fait que le processus constituant à l'origine des droits de l'homme transcende, d'une façon que le positivisme refuse, le consensus des souverains, pour englober l'opinion mondiale, les medias, les experts, et ainsi de suite. Que les mécanismes officiels d'application de ces normes soient inefficaces n'aboutit pas à la caducité de celles-ci, précisément parce que l'urgence de leur application demeure fondée sur un processus de prise de décision plus large que celui des participants aux institutions formelles de mise en œuvre, exemplifiées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies (pp. 191-3). Une analyse décentrée, décontextualisée et contextualisée, pour ainsi dire, aboutit à un argumentaire frontal en défense de l'action unilatérale des Etats pour ce qui est d'un « recours exceptionnel » lorsque le système est déficient, mais aussi d'un large scepticisme concernant la politique de changements de régime, en référence par exemple à l'invasion de l'Irak en 2003. Là encore, le

juriste formaliste peut grimacer à la lecture d'une analyse qui se lit comme un briefing stratégique de géopolitique, mais qui est une émanation de la tâche professionnelle du juriste comme spécialiste de l'influence sur les processus de décision, fondée comme toujours sur une analyse et un contrôle total sur l'ensemble des facteurs qui permettent d'évaluer la direction appropriée du flux de décisions. Ainsi, Reisman conclue : « puisse le gouvernement, aussi fort et bien intentionné soit-il, qui envisage d'entreprendre un changement de régime, ou qui est pressé de le faire – puisse ce gouvernement se souvenir que tout ce qui est noble n'est pas licite, tout ce qui est noble et licite n'est pas réalisable, et tout ce qui est noble, licite, et réalisable n'est pas judicieux » (p. 242).

Un aspect d'importance dérivant de la vision disciplinaire de New Haven est ainsi magnifiquement affiché dans ce recueil de textes. La formation du juriste en tant que telle est interdisciplinaire parce que la réalité reconstruite du droit comme flux de décisions dans le monde social échappe aux lunettes discriminantes de disciplines isolées, qui contribuent à occulter la réalité fondamentale, et fondamentalement complexe, du droit et de son rôle. Un cadre méta-méthodologique est ainsi posé – méta-méthodologique parce que, du point de vue traditionnel du droit, il pose les critères de ce que la méthodologie juridique est et doit être, à l'exclusion de tout autre. Des tâches sont ainsi délimitées pour le juriste, en partant de la décision, et de la prise de décision en particulier, comme unité centrale de la pratique normative. Comme annoncé dans la description du problème juridique posé par la « conscience tourmentée », l'analyse commence ainsi de nécessité par une autoanalyse visant à rendre patentes les distorsions possibles amenées dans le contexte décisionnel par les juristes en tant qu'individus socialisés : tendances pathologiques psychiques, qu'elle soient cognitives ou émotionnelles, biais idéologiques, et autres traits de la personnalité qui, faute d'examen critique, pèsent de façon

incontrôlée sur l'intervention juridique. Aux bases sociologiques de l'impulsion doctrinale de New Haven, se joignent ainsi des influences disciplinaires diverses en dehors de la *policy science* proposée dans l'entre-deux guerres par Harold Lasswell, comme la psychanalyse, pour créer un cadre critique pour l'analyse et l'évaluation de problèmes sociaux du point de vue d'acteurs situés socialement, politiquement, et culturellement.

Le cadre général de l'analyse, posé dans ses grandes lignes dans les trois premiers textes du recueil, se place donc assez ouvertement – et de façon symptomatiquement prépondérante puisqu'il s'agit en premier lieu de parler de « l'École de droit international de New Haven » au-delà des questions juridiques spécifiques – en arrière-fond des interventions plus concrètes déclinées dans la deuxième partie de l'ouvrage. Ces analyses de problèmes spécifiques ne se présentent pas comme une application du manuel suggéré de façon encore plus exhortatoire et impressionniste que techniquement opérationnel dans la première partie, mais comme des illustrations d'une sensibilité méthodologique dans des contextes juridiques et politiques variés. Incidemment, le manque d'introductions brèves pour chaque chapitre (dans le genre de celles que l'on trouve dans les autres volumes de la collection) invite lectrices et lecteurs à situer spontanément ces interventions dans la logique disciplinaire générale de New Haven appropriée par Reisman. La ligne générale de ces analyses doctrinales consiste à prendre l'exemple de problèmes divisant, ou même polarisant, la doctrine, pour leur donner une solution, ou une base de décision, fondée sur la grille normative globale. Ainsi, la question de l'intervention humanitaire, et plus polémiquement encore, du changement de régimes en droit international – qui fait l'objet de trois articles dans le recueil – est extirpée du cadre du droit positif et du débat exégétique pour être replacée dans le processus de décision dans lequel le droit international s'inscrit. Comme le dit Reisman plus

avant, le positivisme juridique est une distraction qui butte sur l'accent métaphysique mis sur la « souveraineté » et sa violation par un Etat étranger, ce qui nous éloigne du vrai débat, à savoir : est-ce que l'action unilatérale des Etats est désirable et sur quelle base peut-on répondre à cette question? « Dans le droit international moderne, la souveraineté peut être violée aussi efficacement par un indigène que par une force étrangère, de la même manière que la santé et les ressources naturelles d'un pays peuvent être spoliées aussi efficacement et entièrement par un résident du pays que par un étranger. La restauration de la souveraineté peut être l'œuvre d'un indigène autant que d'une force extérieure. Comme dans l'interprétation d'un quelconque autre événement en termes pratiques, il faut considérer le contexte et les conséquences » (p. 255).

L'ensemble de l'intervention de Reisman, présentée donc comme une défense de la méthode de New Haven, se lit comme une longue préoccupation concernant le manque de compréhension par les juristes de ce que le droit international est et fait. Le droit international n'est pas approchable de la même manière que le sont les systèmes nationaux, ce qui devient particulièrement clair du point de vue méthodologique adopté et défendu par Reisman, dans la mesure où une considération plus profonde de la réalité sociologique du système juridique international le démarque, par exemple, par la complexité et diversité de ses mécanismes de production normative (p. 137). Une recontextualisation du droit dans le processus global de décision amène ainsi à une flexibilisation et une relativisation de constats que le modèle impérialiste du droit national, tel qu'il est implicitement véhiculé par le positivisme juridique, voudrait plus tranchés. La sanction relative des abus et infractions n'est pas automatiquement déplorable comme un signal de faiblesse, mais doit être au contraire conçu comme « un outil important pour des constructions socio-juridiques affinées et nuancées » (p. 141). En fin de compte, on en

revient toujours à la notion de « droit », de laquelle dérive une certaine idée de la pratique et fonction des juristes. La vision plus sociologique du droit international impose une perception informée par la tradition de la sociologie du droit, qui milite pour une expansion de la conception de « norme juridique » au-delà de la vision formaliste des sources du droit. Ainsi, la distinction entre droit et non-droit est relativisée par une expansion du « droit » à considérer par les juristes (comme le « droit produit par les médias » (p. 147), en quelque sorte une autre façon de parler de « l'effet CNN »), non pas pour relativiser une différence ontologique, mais pour affiner le travail pratique des spécialistes de la prise de décision. L'approche de New Haven est construite téléologiquement, non seulement dans le sens de voir le droit comme participant à un processus déterminé par ses buts (la distribution de valeurs), mais dans le sens (tiré du réalisme juridique) de penser avant tout à l'action adéquate des juristes et leurs tâches comme agents fonctionnels dans le processus de décision. « A court terme, le problème pour le juriste de droit international est de développer rapidement une méthode pour identifier et qualifier adéquatement différents types de droit, en identifiant les lieux de discussion dans lesquels les uns et les autres sont susceptibles d'être considérés comme positifs, en évaluant la mise en œuvre de déclarations normatives particulières dans différentes situations et en utilisant les termes de façon précise et responsable » (p. 152).

Ainsi donc, l'on en revient, par une voie particulière, à la question permanente de la responsabilité des juristes, une responsabilité qui ici est ancrée dans une éthique du savoir qui génère ensuite une éthique de l'action technocratique. L'ignorance et la myopie intellectuelle du positivisme juridique sont fustigées ici encore, comme chez d'autres, non pas pour des raisons de pauvreté philosophique, mais pour des raisons de responsabilité professionnelle et politique. La doctrine a un rôle essentiel dans le monde des relations internationales et, par

manque de considération du contexte dans lequel opèrent les prises de positions techniques, un rôle néfaste qui amène le langage par ailleurs très académique de Reisman à prendre un ton agacé, sinon outré, devant le constat de tant d'aveuglement pernicieux. L'école de New Haven n'est ordinairement pas présentée dans les termes d'une prise de position éthique, mais le recueil des textes de Reisman offre l'opportunité heureuse de remettre en avant une dimension importante des motivations animant un corpus doctrinal original et complexe, mais trop souvent ignoré ou simplement rejeté pour ce qui apparaît en fait comme un excès d'honnêteté et de franchise intellectuelle.

### **ETHIQUES DOCTRINALES**

La lecture proposée des ouvrages comme pièces d'une collection, c'est-à-dire aussi comme parties d'une lecture collective, suggère innocemment des rapprochements et des convergences qui sont le produit de l'angle d'approche choisi et qui n'apparaîtraient pas forcément si on les considérait d'une manière autre, et notamment depuis la perspective de la doctrine comme un libre marché intellectuel idéologiquement idéalisé. En fait, il s'agit évidemment ici, dans cette reconstruction à base de collages et de sélections sournoises de passages épars, de lire les textes et les interventions les uns par rapport aux autres. Les points de repères implicites, inconscients, dans l'engagement avec les propos des auteurs sont fournis par l'habitus disciplinaire qui favorise la confrontation analytique des arguments et de leurs fondements. On devrait ainsi insister sur le fait que Mélanie Klein, Harold Lasswell, Jacques Derrida, Max Weber, et peut-être Kant n'ont peut-être pas grand chose à faire ensemble, ou que les propos douteusement nihilistes de Kennedy, l'engagement professionnel militant de Corten, l'approche thérapeutique de Berman, et la compulsion au contrôle technocratique de Reisman frappent plus par leur singularité respective que par une commune orientation. Dans

les termes reçus de l'échange intellectuel ignorant de son cadre de production, l'on est ainsi généralement et sournoisement invité à rechercher la variété des doctrines dans la doctrine, penser en termes d'écoles, de cadres théoriques, de contexte culturel ou même linguistique, et aussi d'orientation idéologique. La lecture globale de la collection constituée jusqu'à présent nous donne des éléments pour résister à ces impulsions, qui sont le fruit de notre propre endoctrinement, notre socialisation comme membres de la doctrine ou candidats aspirant à une intronisation officielle dans la compétition littéraire entre variétés de l'*homo doctrinalis*. Les parallèles qui se font jour dans une lecture transversale critique sont associés à l'effet majeur de la collection "Doctrine(s)" comme collection, à savoir une mise en question de "la doctrine", ce qu'elle est et ce qu'elle fait, ce qu'elle pourrait être et ce qu'elle devrait être, comme processus culturel contingent et complexe aux racines du système juridique international.

Tous les auteurs en question ont un intérêt passionné pour la relation non pas vraiment du droit à la politique, mais des juristes à la politique, sur la base d'une commune intuition et perception du caractère précisément indistinct du droit et de la politique. Plus simplement, Corten et Kennedy convergent certainement sur le sens tactique et pragmatique de la pratique de l'argumentation juridique comme un outil politique de légitimation et de délégitimation des conditions sociales et économiques du monde. Corten rejoint aussi en parallèle Koskenniemi sur la défense stratégique d'un formalisme juridique critique, tandis que Kennedy et Koskenniemi joignent leur force pour illuminer les limites imposées par le cadre théorique flou du libéralisme politique hérité par le droit international, ainsi que, entre autres choses, les cotés sombres du discours triomphant des droits de l'homme. Par ailleurs, Corten fait écho à Koskenniemi dans sa critique du tournant explicitement éthique dans l'argumentation

juridique et en particulier aux justifications moralisantes de l'usage de la violence étatique. Berman et Kennedy partagent un projet de remise en question de l'histoire officielle du droit international en tant que narration idéologique néfaste aux objectifs mêmes du droit international tels qu'on les considère dans les textes cardinaux. Reisman et Kennedy s'associent pour renforcer l'image des acteurs juridique comme décideurs politiques, alors que Corten et Reisman convergent sur une plateforme de départ sociologique, mais aussi une sensibilité relativiste par rapport aux prétentions autonomistes et impérialistes du positivisme juridique technique. Et finalement les cinq auteurs fondent d'une manière ou d'une autre leur propos sur une assimilation de la notion d'indétermination du droit et de contextualisation sociologique des processus d'interprétation et d'application des normes, une position manifestée très généralement, par exemple, dans l'accent mis par Berman, Koskenniemi, Kennedy, Corten et Reisman sur la culture juridique et finalement l'identité professionnelle des juristes comme acteurs culturels et sociaux.

On pourrait multiplier les points communs et les convergences, en notant aussi des références communes (on rencontre Max Weber à bien des tournants, mais on aperçoit aussi au travers des auteurs d'autres alliés communs ponctuels, comme Pierre Bourdieu ou Carl Schmitt, par exemple, sans oublier Freud ou Marx) et des obsessions juridiques communes (le traumatisme causé par l'épisode du Kosovo est patent, sans doute même plus, et ce n'est pas trop surprenant depuis la perspective choisie ici, que l'invasion de l'Irak en 2003, même si les deux événements sont centraux dans la réflexion des cinq auteurs sur ce que faire du droit international veut dire). Ces convergences et parallèles très divers sont quoi qu'il en soit des contreparties à autant de divergences et de désaccords qui font la variété des positions doctrinales dans le cadre d'une manifestation sensible et globale d'appartenance à une communauté professionnelle possédant une

fonction particulière, et par là une série de responsabilités spécifiques. Pour tous les auteurs, la sensibilité qui se dégage de l'assemblage de textes est de nature éthique, en ce qu'elle concerne l'éthique professionnelle de la doctrine et des juristes internationalistes en général, même si, c'est plus ou moins certain à lecture des textes, certains ou même tous grincerait des dents à l'idée de caractériser leurs interventions comme ayant des visées "éthiques".

La collection est ainsi une série en marche de confessions professionnelles sur ce qui à la fois fait la singularité du travail intellectuel de chacun des auteurs, d'une part, et justifie, d'autre part, la présence de chacun des auteurs dans "la doctrine" comme corps professionnel et soutien culturel du projet internationaliste – une démarche double représentée symboliquement dans la couverture des ouvrages, qui fait de la singularité de l'auteur une partie intégrante de la généralité du collectif (l'auteur est une seule initiale, réduite et artistiquement contrastée avec un fond blanc commun). La réponse agrégée donnée par les auteurs est une réponse visant la nécessité d'adopter un comportement, une attitude particulière remettant en contact les juristes – en tant qu'entités aussi corporelles que spirituelles, sociologiquement, institutionnellement et politiquement ancrées – avec un monde environnant que les règles et les "doctrines" occultent, déforment mais façonnent également, de manière à assumer leurs responsabilités citoyennes. Le ton de la réponse est aussi unanimement désenchanté, même si en apparence et dans tous les cas la démonstration d'érudition, d'ingénuité et d'engagement signale tout autre chose qu'un défaitisme professionnel. L'optimisme ou l'enthousiasme que l'on perçoit comme généralement modérés se réfère non seulement aux idéaux juridiques reçus, mais aussi à la difficulté de la tâche et, sans doute, la constatation d'une persistance de contraintes professionnelles et politiques sur l'émergence possible et généralisée d'une attitude plus réaliste et moins contaminée par le

déni, la mauvaise foi, l'autosatisfaction, le conformisme et le confort intellectuel du *status quo*. De là aussi l'impression globale que l'on peut avoir d'un sens de marginalité commun à tous les auteurs, qui se présentent tous un peu comme des porte-drapeaux isolés dans leurs appel à la prise de conscience et à l'éveil politique de la doctrine, et des doctrines comme constituantes du phénomène doctrinal, cela encore une fois même si le *curriculum vitae* de chacun d'entre eux suggère bien entendu, d'une perspective non critique, que la marginalité est aussi relative que le laisse penser le fait que ces auteurs sont publiés ici dans une collection avec vocation de référence (et pour la majorité traduits dans une langue étrangère et dans un contexte culturel de réception).

Il faut en définitive encore une fois saluer l'initiative heureuse et le travail conséquent d'Emmanuelle Jouannet, qui ont donné le jour à une collection très particulière et unique dans sa contribution à une discussion continue sur la signification de la doctrine juridique comme institution culturelle et politique. Chaque ouvrage est une œuvre à découvrir, même pour celles et ceux qui connaissent les auteurs en question, simplement à cause du choix particulier de textes spécifiquement pour la collection, les introductions explicatives, et les essais critiques qui ouvrent chacun des volumes. Mais globalement, la collection est une invitation à penser plus à fond les choix et les orientations qui se présentent pour chacune et chacun d'entre nous internationalistes de vocation ou de profession, assujetti(e)s à une certaine identité professionnelle aussi défensive et paranoïaque qu'elle est fragile au vu de l'état du monde sur lequel on ne peut ouvrir qu'un seul œil. Elle est aussi une façon de garder la porte ouverte pour une vision moins technocratique et plus fluide de notre fonction collective d'endoctrinement du monde, alors que la responsabilité politique des juristes, y compris les internationalistes (ordinairement plus désincarné(e)s encore que les autres professionnel(le)s du droit), est

patente pour toutes et tous dans l'architecture du désordre et de l'injustice planétaires d'hier et d'aujourd'hui.