

Université Paris-Panthéon-Assas

École doctorale de Droit international, Droit européen,

Relations internationales et Droit comparé

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 20 novembre 2025

La soumission de la guerre à l'empire du droit. Une analyse critique du droit de la guerre moderne

Thèse de Doctorat / novembre 2025



Aurélien GODEFROY

Sous la direction de M. le Professeur Sébastien Touzé

Membres du jury de thèse :

M. Olivier CORTEN, Professeur à l'Université libre de Bruxelles (rapporteur)

M. Jean d'ASPREMONT, Professeur à Science Po (président)

Mme Julia GRIGNON, Professeure à l'Université Paris-Panthéon-Assas

M. Jean-Vincent HOLEINDRE, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

M. Frédéric MEGRET, Professeur à l'Université McGill (rapporteur)

Mme Julie SAADA, Professeure à Science Po

Avertissement

La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Cette thèse est le fruit de longues années de réflexions, de tâtonnements, d'hésitations. Or, contrairement à un stéréotype largement partagé – non sans fondement – du parcours doctoral, ces années ne furent nullement solitaires. C'est même tout l'inverse : cette thèse n'aurait pas pu voir le jour sans le soutien et le compagnonnage, réel ou fictif, d'un nombre considérable de personnes qui, par leur appui, leur confiance, leur complicité, leurs conseils et leurs relectures m'ont aidé à parvenir au bout du chemin.

Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse, M. le Professeur Sébastien Touzé, pour son soutien et sa disponibilité tout au long de la préparation et de la rédaction de ce travail. Les conseils et les encouragements qu'il a formulé au cours de mes recherches furent précieux, ainsi que la liberté qu'il m'a laissée dans le choix et dans l'orientation du sujet.

Je tiens ensuite à adresser mes plus vifs remerciements à Mmes les Professeures Julia Grignon et Julie Saada et à MM. les Professeurs Olivier Corten, Jean d'Aspremont, Jean-Vincent Holeindre et Frédéric Mégret pour avoir accepté de faire partie de mon jury et m'avoir fait l'honneur de lire et de discuter ma thèse.

Mes remerciements vont ensuite à toutes les personnes que j'ai pu rencontrer au travers de mon parcours doctoral. À David, bien sûr, et à nos conversations infinies. À Başak et à nos affinités intellectuelles. À tous les doctorants du CRDH, et en particulier à Cécile, Claire, Marc, Marie-Lee, Myriam, Nathan, Olivier et Victoria. À l'équipe du concours René Cassin, et notamment à Edoardo, Juliette, Marion, Mathilda et Thibaut. À la « belle équipe » ; au personnel de la Fondation René Cassin ; à Mustapha ; à Julia ; à Hilal. Je tiens par ailleurs à exprimer mes remerciements à MM. les Professeurs Olivier de Frouville et Emmanuel Decaux pour leur soutien, leurs conseils et leurs encouragements, ainsi qu'à Mme la Professeure Anne Peters pour son accueil à l'Institut Max Planck de Heidelberg.

Mes remerciements vont ensuite à ma famille. À mon père Olivier et à ma belle-mère Martine : vous savoir toujours présents à mes côtés me donne une force incroyable. À mon frère Raphaël, à ma sœur Julie, et au conclave que nous formons. À Sarah, Sam, Hugo et Léo. À Emmanuel, Isabelle et Pierre.

À mes amis, enfin. À Nathan et Nina – mes piliers. À Mohamed, évidemment. À Léti. À celles et ceux d'Amiens : Betty, Émilion, Grégoire, Hugues, Maroussia, Mélina et Solène. À celles et ceux de Strasbourg, et notamment à Coline, Florian, Mathilde, Nicolas et Zoé. À celles et ceux de Paris : Amélie, Dors, Élise, Guillaume, Inès, Laure, Paul, Quentin et Zelda. Aux Rouge et Noir, enfin, sur le terrain comme en dehors, et en particulier à Akye, Alice, Alix, Amélie, Anto, Ari, Émir, Greg, Hanane, Liam, Max, Milan, Mirko, Tom et Tommaso.

Un dernier remerciement pour l'ensemble des personnes qui ont accepté de relire ce travail, y compris lorsque mes sollicitations se faisaient tardives : Amélie, Antoine, Guillaume, Laëtitia, Manon, Maroun, Myriam, Nathan, Nico, Nina, Paul, Olivier et Yannick. Les propos et les erreurs relèvent évidemment de la seule responsabilité de l'auteur.

La soumission de la guerre à l'empire du droit. Une analyse critique du droit de la guerre moderne.

Depuis son émergence dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, l'idée de soumettre la conduite de la guerre à l'empire du droit est prise dans une tension entre deux points de vue opposés. Pour les uns, soumettre la guerre au droit est une œuvre nécessaire afin d'éviter le déclin de l'humanité vers la barbarie. Pour les autres, en revanche, il s'agit d'une œuvre impossible : la guerre constituerait un phénomène profondément réfractaire à toute entreprise normative. La présente étude s'attache à démontrer que cette tension constitutive du droit de la guerre moderne trouve sa source dans le rapport ambivalent que le droit international entretient vis-à-vis de la guerre. L'analyse montre ainsi que, loin d'être contradictoires, ces deux assertions sont en réalité toutes deux fondées : soumettre la guerre à l'empire du droit constitue une œuvre aussi nécessaire qu'impossible.

Descripteurs : droit de la guerre ; droit international humanitaire ; jus in bello ; état d'exception.

Subjecting War to the Rule of Law. A Critical Analysis of Modern War Law.

Since its inception in the last third of the 19th century, the idea of subjecting the conduct of war to the rule of law has been caught between two opposing viewpoints. For some, bringing war under the rule of law is necessary in order to prevent humanity from relapsing into barbarism. For others, however, it is an impossible task: war is an anomic phenomenon, deeply resistant to any normative endeavour. This study seeks to demonstrate that this tension, which is inherent in modern war law, stems from the ambivalent relationship between international law and war. The analysis shows that, far from being contradictory, both these assertions are in fact valid: subjecting war to the rule of law is as necessary as it is impossible.

Keywords: law of war ; international humanitarian law ; ius in bello ; state of exception.

Ce manuscrit a été modifié à la suite de la soutenance, qui s'est déroulée le 20 novembre 2025, afin d'intégrer les remarques formulées par les membres du jury. Les modifications touchent principalement à la forme (correction d'erreurs typographiques et réduction du volume global de la thèse) ainsi qu'à la bibliographie (ajout de certaines références). La pagination ainsi que la numérotation des paragraphes et des notes de bas de page n'est donc plus la même que dans le manuscrit originel, auquel renvoie le rapport de soutenance.

Principaux acronymes

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.J.I.L.	<i>American Journal of International Law</i>
A.R.S.S.	Actes de la recherche en sciences sociales
B.Y.I.L.	<i>British Yearbook of International Law</i>
CAI	Conflit armé international
CANI	Conflit armé non-international
CG	Convention(s) de Genève
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
C.U.P.	<i>Cambridge University Press</i>
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Com. IADH	Commission interaméricaine des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de justice internationale
EBO	<i>Effect-Based Operations</i>
IDI	Institut de droit international
E.J.I.L.	<i>European Journal of International Law</i>
ILA	<i>International Law Association</i>
I.L.R.	<i>International Law Reports</i>
L.J.I.L.	<i>Leiden Journal of International Law</i>
ONU	Organisation des Nations Unies
O.U.P.	<i>Oxford University Press</i>
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
R.D.B.I.	Revue belge de droit international
R.D.I.L.C.	Revue de droit international et de législation comparée
R.D.P.M.D.G.	Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.I.C.R.	Revue internationale de la Croix-Rouge
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RH	Règlement(s) de La Haye
SDN	Société des Nations
TMI	Tribunal militaire international
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UNWCC	<i>United Nations War Crimes Commission</i>

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE. – LA NÉCESSITÉ DU DROIT DE LA GUERRE

TITRE 1. – L’EMPLOI D’UNE VIOLENCE IMMORALE, CONSEQUENCE POTENTIELLE DU LIBRE DEPLOIEMENT DE LA RATIONALITE MILITAIRE

Chapitre 1. – La rationalité de l’action militaire, une déclinaison de la rationalité instrumentale

Chapitre 2. – La rationalité militaire, une menace pour la survie de l’ordre moral en temps de guerre

TITRE 2. – L’ENCADREMENT DE LA RATIONALITE MILITAIRE PAR LA VOIE FORMELLE DU DROIT, UNE NECESSITE POUR LA SURVIE DE L’ORDRE MORAL DANS LA GUERRE

Chapitre 3. – La nécessité de soumettre l’action militaire à un régime juridique normatif

Chapitre 4. – La nécessité de soumettre l’action militaire à des règles juridiques formelles

DEUXIÈME PARTIE. – L’IMPOSSIBILITÉ DU DROIT DE LA GUERRE

TITRE 3. – LE DROIT DE LA GUERRE, UN PROJET VISANT A REINTEGRER L’ETAT EXCEPTIONNEL DE LA GUERRE DANS LE DROIT

Chapitre 5. – Le rejet initial de la guerre hors de l’ordre juridique international : l’état de guerre comme état d’exception

Chapitre 6. – La réintégration de la guerre dans l’ordre juridique international : le droit de la guerre comme droit d’exception

TITRE 4. – L’IMPOSSIBILITE RADICALE D’UNE RESORPTION DEFINITIVE DE L’ETAT EXCEPTIONNEL DE LA GUERRE DANS LE DROIT

Chapitre 7. – L’irrépressible retour de l’exception : le droit de la guerre face à la problématique des circonstances sur-exceptionnelles

Chapitre 8. – L’illusion d’une résorption définitive de la guerre dans le droit : la nécessité de conserver l’éventualité d’une violence extralégale

What the hell is water?

Introduction

1. La présente étude trouve son origine dans une certaine forme d'inconfort vis-à-vis de la recherche spécialisée dans l'étude du droit de la guerre, c'est-à-dire du droit applicable dans la guerre (*jus in bello*)¹. En effet, la recherche spécialisée dans cette branche du droit international est principalement tournée vers des considérations pratiques : faisant œuvre doctrinale, celle-ci s'attache dans sa grande majorité à rationaliser et à systématiser le droit de la guerre afin de le rendre plus performant, plus adapté aux nouvelles réalités contemporaines². Ce faisant, la recherche juridique passe sous silence des questions théoriques fondamentales qui sous-tendent et conditionnent tout l'édifice du droit de la guerre. Parmi ces questions, on retrouve celle-ci : est-il seulement *possible* de soumettre la guerre à l'empire du droit ?

2. Pour toute une tradition critique, qui naît en même temps que le droit de la guerre moderne dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle³, soumettre la conduite des belligérants à la discipline juridique constitue une entreprise purement et simplement impossible. La guerre, règne de l'incertain, de l'imprévu et de l'urgence, moment exceptionnel où l'intensité dramatique des événements atteint son paroxysme et où les enjeux deviennent proprement vitaux, constitue un phénomène radicalement hermétique au droit. Pour les tenants de cette critique, la seule loi qui règne dans la guerre est celle de la victoire et aucune norme, aucun principe ne saurait empêcher les belligérants d'employer les moyens nécessaires pour parvenir à leurs fins.

3. Cet argument – celui de l'impossibilité du droit de la guerre – s'inscrit dans une lignée intellectuelle que l'on peut faire remonter jusqu'à Carl von Clausewitz. Pour le théoricien militaire prussien, la guerre se définit comme une interaction dialectique entre deux volontés opposées, où chaque belligérant recourt à la violence pour « *dict[e]r* (...) sa

¹ Dans ce travail, l'expression « droit de la guerre » renvoie à l'ensemble normatif que la doctrine nomme alternativement « *jus in bello* », « droit des conflits armés » ou « droit international humanitaire ». Sur le choix du vocabulaire employé, v. *infra*, §§ 35-36.

² Sur ce constat, v. F. MÉGRET, « Theorizing the Laws of War », in A. ORFORD, F. HOFFMANN (dir.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, O.U.P., 2016, pp. 762-778. Nous reviendrons sur ce point *infra*, § 44.

³ Sur l'idée selon laquelle le droit de la guerre naît, dans sa conception distinctivement moderne, dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, v. *infra*, § 38.

loi à l'autre »⁴. Or, une fois déclenchée, la guerre « *défie tout plan systématique* »⁵. En effet, il est impossible d'établir de manière abstraite ce que vaincre l'ennemi suppose en termes d'action : l'action militaire ne se détermine qu'au regard des forces en présence, et notamment des caractéristiques concrètes de l'ennemi que l'on cherche à vaincre⁶. De plus, dans la guerre, l'action humaine est toujours soumise à la « *grande incertitude de toutes les données* »⁷ ; elle est « *toujours exécutée dans une sorte de crépuscule, d'éclairage lunaire et nébuleux* »⁸, car on ne sait jamais quelles seront les conditions précises de l'action avant d'y être. Par conséquent, n'importe quel plan sera toujours « *bouleversé par des phénomènes singuliers, imprévus* »⁹. Le soldat est ainsi contraint d'agir de manière *ad hoc*, c'est-à-dire de « *prendre partout, à chaque instant, et par lui-même, la décision nécessaire* »¹⁰. On ne saurait donc soumettre la guerre à aucune « *doctrine positive* » qui « *prescrive comment agir* »¹¹. Sur ce fondement, Clausewitz rejette à la fois les tentatives « *scientistes* » visant à transformer l'art de la guerre en science de la guerre, mais également les tentatives juridiques visant à limiter la guerre. En effet, si Clausewitz moque les « *âmes philanthropiques* » qui s'imaginent qu'il « *existe une manière artificielle de désarmer ou de terrasser l'adversaire sans causer trop de blessures* »¹², ce n'est pas parce que la guerre suppose par définition un déchaînement absolu de la violence¹³, mais parce que les seules limites que connaît la guerre

⁴ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, trad. et préf. N. WAQUET, Paris, Payot & Rivages, coll. « Petite bibliothèque », 2014 [1832], p. 20. La littérature relative à la conception clausewitzienne de la guerre est immensément large. En sus des manuels de stratégie militaire cités dans la bibliographie, qui abordent tous cette question, nous nous contenterons de mentionner ici un article particulièrement utile et accessible : A. SCHU, « Qu'est-ce que la guerre ? Une réinterprétation de la "Formule" de Carl von Clausewitz », *Revue française de science politique*, vol. 67, n°2, 2017, pp. 291-308.

⁵ *Ibid.*, p. 133.

⁶ *Ibid.*, pp. 326-327 (« [p]our déterminer l'ampleur des moyens à mobiliser pour la guerre, il nous faut considérer sa fin politique, de notre côté et du côté de l'adversaire. Nous devons évaluer les forces de l'État ennemi, sa situation et la nôtre ; le caractère de son gouvernement et de son peuple, leurs capacités, ainsi que les nôtres ; les alliances politiques avec d'autres États et les modifications que la guerre peut y apporter. On comprend facilement que soupeser ces multiples objets et leurs multiples relations est une vaste tâche ; il faut un véritable éclair de génie pour y découvrir rapidement ce qui est vrai, alors qu'une simple réflexion méthodique ne permet absolument pas de maîtriser cette multiplicité »).

⁷ *Ibid.*, p. 134.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, p. 133.

¹⁰ *Ibid.*, p. 148. V. ég. *ibid.*, p. 158 (« [i]l suffit de penser au nombre d'actions exécutées dans une totale incertitude ou fondées sur de pures spéculations parce que l'ennemi nous empêche de connaître toutes les circonstances qui influent sur nos dispositions ou parce que le temps nous manque. Même si l'on connaît effectivement ces circonstances, il serait pourtant impossible, du fait de leur étendue et de leur trop grande complexité, d'en déduire toutes nos dispositions (...) Si l'on songe aux innombrables petites circonstances qui entrent en jeu dans un seul cas et devraient donc être prises en considération, on constate qu'il n'y a pas d'autre moyen que de les considérer comme une réaction en chaîne et de bâtir ses dispositions uniquement sur le général et le probable »).

¹¹ *Ibid.*, p. 136.

¹² *Ibid.*, p. 20.

¹³ Il est vrai qu'il affirme que, dans la guerre, « *celui qui se sert de cette violence avec brutalité, sans épargner le sang, l'emportera forcément sur l'adversaire qui n'agit pas de même* » (*ibid.*). Mais Clausewitz insiste par ailleurs largement sur le fait que toute guerre n'implique pas nécessairement l'emploi de tous les moyens violents disponibles (*ibid.*, p. 22) : « *[I]lorsque nous voyons que les peuples civilisés ne mettent pas leurs prisonniers à mort et ne ravagent pas villes et campagnes, cela est dû à la place croissante que prend l'intelligence dans leur conduite de la guerre. Elle leur a appris un emploi de la violence plus efficace que cette manifestation sauvage de l'instinct* »). Sur ce point, v. ég. M. VAN

sont immanentes à celle-ci – elles se trouvent dans « *le contrepoids exercé par l'adversaire* »¹⁴, dans la dynamique interne de la lutte¹⁵. C'est cette dynamique qui détermine ce que les belligérants doivent faire pour l'emporter¹⁶. Or, « *dans une entreprise aussi dangereuse que la guerre* », où les enjeux peuvent devenir vitaux, on ne saurait limiter *a priori* le type ou le niveau de violence nécessaire pour vaincre l'ennemi : la « *bonté* » pourrait engendrer des « *erreurs* »¹⁷, qui pourraient à leur tour mettre en danger la réalisation des buts de guerre. On ne saurait donc introduire dans la guerre « *un principe de modération sans commettre une absurdité* », ni chercher à limiter la violence en « *raison de la répugnance [qu'elle] inspire* »¹⁸. Dans la guerre, l'action humaine ne connaît et ne doit connaître d'autres limites que celles imposées par la nécessité de vaincre l'ennemi. Les règles juridiques sont par conséquent vouées à apparaître comme autant de « *restrictions imperceptibles, à peine notables* », qui « *accompagnent [la guerre] sans affaiblir fondamentalement sa force* »¹⁹.

4. Une fois les premiers projets de codification du droit de la guerre publiés dans les années 1860-1870²⁰, l'argument de l'impossibilité du droit de la guerre sera remis au goût du jour par le général de cavalerie Julius von Hartmann, probablement sur instruction de l'état-major allemand²¹. Dans un essai sobrement intitulé *Militarische Notwendigkeit und Humanität*²², aujourd'hui largement méconnu²³, von Hartmann réagence l'argument clausewitzien et offre une critique radicale du droit de la guerre moderne. Selon lui, la guerre

CREVLD, « The Clausewitzian Universe and the Law of War », *Journal of Contemporary History*, vol. 26, n°3-4, 1991, pp. 403-429.

¹⁴ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 21.

¹⁵ Dans son pur concept, la guerre est un « *conflit de forces livrées à elles-mêmes, qui ne suivent d'autre loi que leurs lois propres* » (*ibid.*, p. 25).

¹⁶ C'est en ce sens que l'on peut dire que pour Clausewitz, la guerre contient ses propres lois : la normativité est intrinsèque à la situation factuelle d'affrontement, car c'est elle qui détermine « ce qui doit être ».

¹⁷ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 20.

¹⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹⁹ *Ibid.*, p. 20.

²⁰ Dans les années 1860-1870, trois projets de codification du droit de la guerre voient le jour. Le premier est celui réalisé dans le *General Order No. 100* publié par les États-Unis d'Amérique sous la plume de Francis Lieber en 1863 (ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE [F. LIEBER] *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, General Order No. 100, 24 avril 1863) [ci-après : « Code Lieber »]. Le second, d'origine doctrinale, est réalisé par le juriste suisse Johann Caspar Bluntschli, qui s'inspire du Code Lieber (J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{re} éd., trad. M. C. LARDY, préf. E. LABOULAYE, Paris, Guillaumin, 1870 [1868]). Le troisième projet de codification, d'origine étatique, est le fruit de la Conférence de Bruxelles de 1874 (*Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, adopté à Bruxelles le 27 août 1874 [non-entrée en vigueur]) [ci-après : « Déclaration de Bruxelles »].

²¹ I. V. HULL, *A Scrap of Paper. Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca, Cornell University Press, 2014, p. 71.

²² J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2: Militärische Notwendigkeit und Humanität*, Berlin, von Gebrüder, 1878.

²³ Il n'existe aucune traduction de cet ouvrage en langue anglaise ou française. La pensée de von Hartmann est analysée par I. V. HULL, *A Scrap of Paper*, op. cit., pp. 68-72.

est assimilable à un « état d’exception »²⁴ : lorsque la guerre supplante la paix, le droit se retire et « *la violence et la passion entrent sur la grande scène de l’histoire* »²⁵. En effet, une fois la guerre déclenchée, l’action des belligérants n’est plus guidée par le droit mais par la nécessité militaire, c’est-à-dire par l’impératif d’agir par tous les moyens nécessaires en vue de réaliser « *le grand but final de la guerre : vaincre la force ennemie* »²⁶. Or, cette nécessité étant « *infiniment variable* »²⁷, fonction des circonstances de l’action et des contingences de la guerre, aucun droit ne saurait l’encadrer ni la limiter *a priori*. La guerre, véritable état de nécessité, fait échec à toute entreprise normative : dans la guerre, la nécessité « *commande de manière absolue* » ; elle n’est pas soumise au droit, mais au contraire « *dicte le droit et les règles* »²⁸.

5. Par la suite, l’époque allant de la fin de la Guerre franco-prussienne (1870-1871) au début de la Première Guerre mondiale (1914-1918), que certains considèrent comme l’âge d’or du droit de la guerre²⁹, témoigne d’une propagation remarquable de l’argument de l’impossibilité du droit de la guerre.

6. Tout d’abord, on retrouve cette critique chez plusieurs officiers militaires des grandes puissances occidentales. Sans prétendre à l’exhaustivité sur ce point, il est possible de citer le colonel Friedrich W. Rüstow, pour qui le droit de la guerre est impossible car, dans la guerre, « *l’intérêt domine le "droit"* »³⁰ ; l’amiral John A. Fisher, pour qui, en plus de relever de la bêtise³¹, le droit de la guerre a vocation à être balayé par la nécessité de vaincre³² ; ou encore le lieutenant-instructeur Paul Boidin, pour qui la guerre impose des contraintes telles

²⁴ J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2...*, op. cit., p. 23, n. trad.

²⁵ Ibid., n. trad.

²⁶ Ibid., p. 44-45, n. trad.

²⁷ Ibid., p. 45, n. trad.

²⁸ Ibid., p. 45, n. trad.

²⁹ M. KOSKENNIELI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, C.U.P., coll. « Hersch Lauterpacht Memorial Lectures », 2004, p. 87 (« *the laws of war have perhaps never before nor since the period between 1870 and 1914 been studied with as much enthusiasm. Optimism in reason and the perfectibility of human nature laid the groundwork for the view that men could be educated to wage war in a civilized way* ») ; G. BEST, *Humanity in Warfare*, New York, Columbia University Press, 1980, p. 129 (« *[t]he law of war now entered its epoch of highest repute. Between 1870 and 1914, one may safely say, it was more enthusiastically studied and widely talked about than ever before or – except perhaps for the past ten years – since* »).

³⁰ W. VON RÜSTOW, *Kriegspolitik und Kriegsgebrauch. Studien und Betrachtungen*, Zurich, F. Schultess, 1876, p. 172.

³¹ John A. FISHER, cité in R. K. MASSIE, *Dreadnought: Britain, Germany, and the Coming of the Great War*, New York, Random House, 1991, p. 431 (« *[t]he essence of war is violence! Moderation in war is imbecility!* »).

³² John A. FISHER, cité et trad. in P. BOUDIN, *Les lois de la guerre et les deux Conférences de La Haye (1899-1907)*, Paris, Pedone, 1908, p. 10 (« *[q]uand il y a une bataille, je tiens à la gagner et non à risquer de la perdre, sous prétexte de rendre hommage à toutes les conventions qui ont pu être élaborées à la Haye ou ailleurs* ») ; A. OFFER, « Morality and Admiralty: "Jacky" Fisher, Economic Warfare and the Laws of War », *Journal of Contemporary History*, vol. 23, n°1, 1988, p. 100 (« *Fisher repeatedly asserted that any talk of restraint in war was dangerous nonsense. "All is fair in war!" he declared in one of his prints, "hitting in the belly or anywhere else!"* »).

qu'aucun commandant ne s'embarrassera du droit s'il s'avère que celui-ci compromet le succès des opérations³³. Au-delà de ces opinions formulées à titre individuel, l'armée allemande érigera l'impossibilité du droit de la guerre en sorte de doctrine officielle. En effet, dans son célèbre *Kriegsgebrauch im Landkriege* publié en 1902, l'état-major allemand énoncera, en substance, que la guerre ne se laissera jamais enfermer dans des normes contredisant sa nature et ses finalités³⁴ – le droit de la guerre aura toujours un caractère « *changeant* » et « *instable* », de sorte que les belligérants conserveront toujours la possibilité de décider unilatéralement si les règles « *sont justifiées ou non, s'il faut les modifier ou s'y tenir* »³⁵.

7. Ensuite, on retrouve également la critique de l'impossibilité du droit de la guerre chez de nombreux militants pacifistes. Ceux-ci jugent que le droit doit se substituer à la guerre, non chercher à la réglementer³⁶. Afin de discréditer cette seconde option, jusqu'alors dominante, plusieurs pacifistes prennent la plume pour faire part de leur scepticisme vis-à-vis de « *ce qu'on appelle si monstrueusement "le Droit de la guerre"* »³⁷. Selon eux, la guerre ne tolère ni retenue, ni modération, ni humanité car « [l]es principes qui sous-tendent [la guerre] et l'esprit qui l'anime sont essentiellement inhumains, cruels et barbares »³⁸. Il est impossible d'enserrer la guerre dans des normes, celle-ci étant par nature violence, destruction, cruauté, bref : « *toutes ces choses que, malgré les adoucissements de plus en*

³³ P. BOUDIN, *Les lois de la guerre...*, op. cit., p. 9 (« [i]l ne faut pas perdre de vue (...) la lourde responsabilité du chef militaire en campagne. Il tient entre ses mains le sort de son pays. Toutes ses facultés : intelligence, énergie, volonté, sont tendues à l'extrême vers ce seul but : la victoire. Pour y atteindre il risque à chaque instant la vie de ses soldats, comme la sienne propre. (...) Seul avec sa conscience, il fera ce que celle-ci lui dictera de faire, mais il ne s'embarrassera certainement pas de règles de droit qui heurtent ses idées et qui pourraient risquer, à son avis, de compromettre le succès des opérations »). Chez les militaires français, il semblerait que la Jeune École aient été particulièrement prompts à dénoncer l'impossibilité du droit de la guerre. V. not. ANON., « La torpille et le droit des gens. Réponse à M. le Vice-amiral Bourgeois », *La Nouvelle Revue*, vol. 40, mai-juin 1886, p. 494 (« [d]ans la guerre, il n'y a jamais eu et il n'y aura jamais ni droit des gens ni conventions internationales, il n'y a que la force ! Le vainqueur peut tout se permettre, s'il est puissant. Il peut ruiner complètement son ennemi »); COMMANDANT Z... [ANON.], H. MONTECHANT, *Essai de stratégie navale*, Paris/Nancy, Berger-Levrault & Cie., 1893, pp. 19-21 (« [t]outes les combinaisons de la stratégie reposent sur l'idée du droit absolu de la force dans la guerre. Il n'y a pas d'autre droit de la guerre que celui du plus fort. Le générosité n'a de place que dans les traités. Ce n'est que de la lâcheté, de la faiblesse, ou de la sottise, dans l'action. Le plus fort doit épouser dans la lutte toutes les terribles conséquences de sa supériorité. Il n'a point de limites, que son propre intérêt et l'écrasement de son adversaire. (...) La force est la mesure du droit. (...) L'intérêt du plus fort (...) est (...) le fondement du droit de la guerre »).

³⁴ ALLEMAGNE, GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, trad. P. CARPENTIER, Paris, Payot, 1916 [1902], pp. 5-8.

³⁵ *Ibid.*, pp. 6 et 8.

³⁶ V. p. ex. C. LEMONNIER, *Lettre à MM. les Présidents de la Conférence de Bruxelles*, Paris, Publications de la Ligue internationale de la paix et de la liberté, 1875, pp. 4-5 (« les peuples ne tiennent plus pour utopie la pensée de substituer le règne de la raison et du droit au régime de la force, et le problème n'est plus, à leurs yeux, de chercher à "civiliser la guerre", mais de substituer à la garantie imparfaite, précaire, ruineuse, sanglante, que donne à l'indépendance des peuples l'état barbare où ils vivent encore, un système de garantie solide, durable, pratique, fondé sur la promulgation et la mise en vigueur de lois volontairement acceptées »). Sur ce point, v. la critique formulée par S. MOYN, *Humane. How the United States Abandoned Peace and Reinvented War*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2021.

³⁷ C. LEMONNIER, *Lettre à MM. les Présidents de la Conférence de Bruxelles*, op. cit., p. 4.

³⁸ ANON., « *The Mitigation of War* », *Advocate for Peace*, vol. 1, n°10, 1869, p. 150, n. trad.

plus marqués de ce qu'on appelle le droit de la guerre, il est impossible de réprimer »³⁹. Dans ces conditions, il ne peut rien exister de tel qu'un droit dans la guerre – c'est exactement la même chose que « *les serpents en Irlande* » : « [i]l n'y en a pas »⁴⁰.

8. Jusqu'à la Première Guerre mondiale, la micro-société des juristes internationalistes demeurait globalement hermétique à l'argument de l'impossibilité du droit de la guerre. À l'exception notable de Carl Lueder⁴¹, les juristes ne se faisaient pas l'écho de cette critique. La Grande Guerre va bouleverser cet état de fait. En effet, aux yeux des juristes, influencés sur ce point par les pacifistes⁴², la Première Guerre mondiale aura témoigné de la futilité du droit de la guerre, celui-ci ayant été « *impuissant à réfréner la violence une fois déchaînée* »⁴³. Se précise alors l'idée que la guerre est fondamentalement réfractaire au droit,

³⁹ F. PASSY, « Les maux de la guerre et les bienfaits de la paix », in B. FAIVRE, E. LABOULAYE, F. PASSY (dir.), *Les maux de la guerre et les bienfaits de la paix. Première réunion publique tenue à Paris le 10 février 1869 par les amis de la paix*, 3^{me} éd., Paris, Pichon-Lamy et Dewez, coll. « Bibliothèque de la Paix », 1869, p. 44.

⁴⁰ ANON. « The Laws of War », *The American Advocate of Peace and Arbitration*, vol. 53, n°5, 1891, p. 130, n. trad.

⁴¹ C. LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, Erlangen, E. Besold, 1876, p. 249, où l'auteur se réfère directement aux écrits de Julius von Hartmann (la guerre ne peut accepter aucune « restriction (...) mise à sa violente énergie » : elle « *brise tout ce qui la gêne dans la poursuite de ses desseins ; sa nature et son but ne lui permettent pas de porter des fers* »).

⁴² V. p. ex. S. O. LEVINSON, *Outlawry of War*, Chicago, American Committee for the Outlawry of War, 1921, p. 15 ; ANON. [P. NOEL-BAKER], « The League of Nations and the Laws of War », *B.Y.I.L.*, vol. 1, 1920-1921, pp. 109-124.

⁴³ J. DE LOUTER, « La crise du droit international », *R.G.D.I.P.*, vol. 26, n°1, 1919, p. 76. Prenant la plume contre ceux qu'ils nomme les « fossoyeurs du droit de la guerre », Albéric ROLIN résume leur argument comme suit : selon les partisans de l'impossibilité du droit de la guerre, « *lorsqu'une guerre vient à éclater dans laquelle tous les peuples engagés dans la lutte prétendent défendre leur indépendance et leur vie, les principes les mieux établis, les plus solidement fondés sur la justice et l'humanité, les plus universellement admis, les plus solennellement consacrés par des conventions internationales sont frappés d'impuissance et tombent en poussière par une nécessité fatale* » (A. ROLIN, « Les fossoyeurs du droit de la guerre », *R.G.D.I.P.*, vol. 26, 1919, p. 130). Parmi ces « fossoyeurs du droit de la guerre », on peut citer (sans prétendre à l'exhaustivité tant la littérature de l'époque est dense) : P. M. BROWN, « *War and Law* », *A.J.I.L.*, vol. 12, n°1, 1918, p. 163 (« *[o]nce war has arrived, (...) the maxim inter arma silent leges must prevail. War is the abandonment of litigation and argument. It is the negation of law* ») ; P. M. BROWN, « *The "Understandings" of International Law* », *A.J.I.L.*, vol. 13, n°4, 1919, pp. 738-741 ; J. H. RALSTON, *Democracy's International Law*, Washington D.C., John Byrne & Co., 1922, pp. 22-28 ; O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, trad. A. S. HERSHHEY, Oxford, Clarendon Press, 1923, p. 7 (« *law will never entirely encompass war and can never regulate it in all its relations ; and this for the simple reason that war itself is already a negation of law, and because in the waging of war it is not legal considerations but the necessities of warfare that are the impelling motives. It would have been far better if the doctrine had in general simply adhered to facts. It is a fact that war is not a legal institution but simply the application of force. War is struggle, employment of force, and in so far as it is to serve the enforcement of claims it is self-help. (...) war, considered as a whole, is outside the sphere of law* ») ; N. SLOUTZKI, « *Guerre des nations* », *Revue de droit international*, vol. 1, n°2, 1923, p. 111 (« *[I]lorsqu'une guerre est déclenchée, lorsqu'il s'agit pour un pays de vivre ou de mourir, nul doute qu'il ne s'arrête devant tel ou tel article d'une convention internationale signée par lui. Tous les moyens seront bons et devant le dilemme : vivre ou mourir, le belligérant n'hésiterait pas, en dépit des conventions, à envoyer des milliers d'avions au-dessus du territoire ennemi pour semer la mort dans la population civile, principal artisan de la guerre moderne (...) aucune mesure n'est possible, lorsqu'une guerre est déclenchée, pour empêcher le belligérant d'employer tel ou tel moyen d'action susceptible de lui faire gagner la guerre* ») ; Salvador DE MADRIAGA, cité in P. B. POTTER, « *Reasons for Studying the Law of War in Graduate Courses* », in ANON., *Proceedings of the Third Conference of Teachers of International Law and Related Subjects*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1928, p. 102 (« *[w]ar, particularly in our time, is a fight for existence. We may therefore safely lay down the following rule: No consideration will ever be allowed to prevail over the necessity of winning the war. It follows that no agreement of whatever nature is, in the end, to be respected, if thereby the efficacy of the war machinery is seriously impaired. This rule stands as the bourne beyond which war cannot be "humanized"* ») ; C. HOWARD-ELLIS, *The Origin, Structure and Working of the League of Nations*, Londres, George Allen & Unwin, 1928, pp. 319-321 ; N. POLITIS, « *L'avenir du droit conventionnel de la guerre* », in UNION PARLEMENTAIRE, *Quel serait le caractère d'une nouvelle guerre ?*, Paris, Delagrave, 1932, p. 339 (« *le devoir de tout homme clairvoyant et sage est de proclamer bien haut qu'il n'y a rien à attendre du droit conventionnel de la guerre, car il est vain d'espérer qu'une fois déchaînée la force puisse trouver des limites. (...) La*

qu'elle n'est pas un « état (...) susceptible d'une organisation juridique »⁴⁴. Petit à petit, les juristes se convainquent que « la violence déchaînée ne respecte et ne connaît pas de freins »⁴⁵. Nombre d'entre eux en viennent donc à la conclusion que les « soi-disant lois de la guerre » sont « vouées à l'échec », parce qu'elles sont « enracinées dans l'institution de la guerre, qui est elle-même enracinée, en ce qui concerne son origine, ses méthodes et ses buts, dans un refus de toute loi »⁴⁶. L'idée même de soumettre la conduite de la guerre à l'empire du droit apparaît donc comme une idée « artificielle et contradictoire »⁴⁷ : de fait, les belligérants agiront selon les lignes tracées par les nécessités de la guerre ; de fait, les combattants outrepasseront tout obstacle dressé en travers de leur chemin vers la victoire.

9. Dans l'entre-deux-guerres, l'argument de l'impossibilité du droit de la guerre fut si largement partagé au sein du champ juridique qu'il conduisit à un abandon pur et simple du *jus in bello*, les juristes préférant se concentrer sur l'interdiction de la guerre – un projet jugé plus raisonnable que celui de sa réglementation⁴⁸. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, certains juristes en venaient même à parler du droit de la guerre au passé⁴⁹, quand d'autres n'abordaient même plus cette matière dans leurs manuels⁵⁰. L'*opinio communis doctorum* semblait alors être, pour reprendre les mots de Charles de Visschers, que le droit de la guerre est une « *entreprise sans issue qui consiste à réglementer le phénomène anarchique par excellence en prescrivant des lois à l'emploi de forces qui, une fois déchaînées, ne connaissent que celle du succès* »⁵¹. On cessa donc d'enseigner le droit de la guerre⁵², y

véritable politique de la paix doit tendre à prévenir la guerre et non pas à l'humaniser ») ; J. H. RALSTON, « There Can Be no Laws of War », *Advocate of Peace through Justice*, vol. 83, n°11, 1921, pp. 377-378.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 87. V. ég. J. H. RALSTON, « Review Le blocus pacifique. By Horst P. Falcke », *A.J.I.L.*, vol. 14, n°1-2, 1920, p. 299 (qui qualifie les lois de la guerre d'« *aberrations of the human intellect* »).

⁴⁵ J. DE LOUTER, « La crise du droit international », *op. cit.*, p. 87.

⁴⁶ C. HOWARD-ELLIS, *The Origin, Structure and Working of the League of Nations*, *op. cit.*, p. 321, n. trad. Sur l'origine de cet ouvrage de référence et l'identité de(s) auteur(s), v. J. COTTON, « "The Standard Work in English on the League" and its Authorship: Charles Howard Ellis, an Unlikely Australian Internationalist », *History of European Ideas*, vol. 42, n°8, 2016, pp. 1089-1104.

⁴⁷ J. DE LOUTER, « La crise du droit international », *op. cit.*, p. 105.

⁴⁸ Ce constat de l'abandon du droit de la guerre est notamment effectué par Q. WRIGHT, *Research in International Law since the War*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, coll. « Pamphlet series », 1930, not. pp. 6-9. D'autres auteurs partagent ce constat, tout en défendant la nécessité de continuer l'étude et le développement du droit de la guerre : v. not. A. DE LAPRADELLE, « Utopie ou calcul ? Négligera-t-on longtemps encore l'étude des lois de la guerre ? », *Revue de droit international*, vol. 7, 1933, pp. 511-522 ; J. L. KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », *R.G.D.I.P.*, vol. 41, n°1, 1934, pp. 22-36 ; J. L. KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », *A.J.I.L.*, vol. 45, n°1, 1951, pp. 37-61. Pour une analyse rétrospective de cette époque, v. R. KOLB, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Construction », in K. M. LARSEN, C. G. COOPER, G. NYSTUEN (dir.), *Searching for a "Principle of Humanity" in International Humanitarian Law*, Cambridge, C.U.P., 2013, pp. 40-45.

⁴⁹ C. G. FENWICK, *International Law*, 3^{ème} éd., New York, Appleton-Century-Crofts, 1948, pp. 543 ss.

⁵⁰ V. les citations dans J. L. KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », *op. cit.*, pp. 24-25.

⁵¹ C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 1^{ère} éd., Paris, Pedone, 1953, p. 64.

⁵² Q. WRIGHT, *Research in International Law since the War*, *op. cit.*, not. pp. 6-9.

compris à l'Académie de droit international de La Haye⁵³, et les revues spécialisées cessèrent globalement de publier des travaux portant sur ce sujet⁵⁴.

10. L'intérêt pour le *jus in bello* ne fut ravivé que plus tard, d'abord (timidement) par l'adoption des Conventions de Genève de 1949⁵⁵, puis (surtout) par la conclusion des deux Protocoles additionnels de 1977⁵⁶. Mais ce n'est véritablement qu'au tournant des années 1990-2000, avec la formidable exposition médiatique de la Guerre du Golfe (1990-1991), l'apparition de nouvelles technologies militaires et le déclenchement de la « guerre globale contre la terreur » que le droit de la guerre revint durablement sur les devants de la scène internationale⁵⁷. L'invasion de l'Ukraine par la Russie et les atrocités commises par l'armée israélienne dans les territoires palestiniens occupés n'auront fait qu'exacerber l'intérêt pour cette branche du droit international : dans les pays occidentaux, le droit de la guerre fait désormais l'objet d'une couverture médiatique quasi-quotidienne et de débats enflammés.

11. Ainsi, la critique de l'impossibilité du droit de la guerre, autrefois hégémonique, a largement perdu de sa force. De nos jours, plus personne ne remet explicitement en cause l'idée qu'il soit possible de soumettre la guerre au droit⁵⁸. Il n'existe plus de « *dénigreur du*

⁵³ J. L. KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », *op. cit.*, p. 25.

⁵⁴ Il n'existe à notre connaissance aucune étude quantitative sur ce point. Ce constat est tiré de nos propres observations.

⁵⁵ Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, adoptée à Genève le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 oct. 1950 [ci-après : « CG I »] ; Convention de Genève (II) sur les blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer, adoptée à Genève le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 oct. 1950 [ci-après : « CG II »] ; Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, adoptée à Genève le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 oct. 1950 [ci-après : « CG III »] ; Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée à Genève le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 oct. 1950 [ci-après : « CG IV »].

⁵⁶ Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté le 8 juin 1977 à Genève, entré en vigueur le 7 juillet 1978 [ci-après : « PA I »] ; Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux, adopté à Genève le 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 déc. 1978 [ci-après : « PA II »].

⁵⁷ Écrivant au début des années 2000, Yoram DINSTEIN relève ainsi que « [t]he growing public interest in the law of international armed conflict (...) attests to a radical change in the Zeitgeist, compared to yesteryear » (Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 1^{re} éd., Cambridge, C.U.P., 2004, p. 1). V. également R. LIVOJA, T. McCORMACK, « Introduction », in R. LIVOJA, T. McCORMACK (dir.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, préf. F. BENSOUDA, Londres, New York, Routledge, 2016, p. 1 (« [a] quarter of century ago, the law of armed conflict (...) was considered an esoteric area of international law ») ; N. TSAGOURIAS, A. MORRISON, *International Humanitarian Law. Cases, Materials and Commentary*, 2^{me} éd., Cambridge, C.U.P., 2023, p. xv (« [t]here has been increased academic and professional interest in international humanitarian law (IHL) generated by certain defining events such as "9/11", the so-called "war on terror", the protracted armed conflicts in Afghanistan and Iraq, and the manifest upsurge in violent armed conflicts in the post-cold war era »). Dans le même sens, v. E. LIEBLICH, « The Law of Warfare: 1989-2022 », SSRN, 19 avr. 2022 ; V. CHETAIL, « Droit international général et droit international humanitaire : retour aux sources », in V. CHETAIL (dir.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Organisation internationale et relations internationales », 2013, p. 14.

⁵⁸ En ce sens, v. CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire. Introduction détaillée*, Genève, CICR, 2018, p. 11 (« même en cette ère de bouleversements globaux et de progrès scientifiques, nul ne remet en question l'idée fondamentale qui sous-tend les règles et les principes du droit international humanitaire (DIH), à savoir que même les guerres ont des limites ») ; J. GRIGNON, « Le droit des conflits armés, un droit contesté ? », *Revue Défense Nationale*, vol. 862, 2023, pp. 41 et 43 (« si les règles [du droit de la guerre] font l'objet de nombreuses violations, elles font plus rarement l'objet de contestations. On remarque généralement que les parties aux conflits armés, lorsqu'elles sont prises

droit de la guerre »⁵⁹ à l'image, par exemple, d'un Julius von Hartmann⁶⁰. Du côté des pacifistes, le mouvement en faveur de la paix n'a plus la même force que dans l'entre-deux-guerres. Du côté des juristes, l'étude du droit de la guerre a regagné ses galons de respectabilité. Et du côté des militaires, tout le monde semble s'accorder sur le droit de la guerre⁶¹. Plus encore, les armées des grandes puissances militaires contemporaines semblent généralement « *fière[s] de [leur] relation au droit* »⁶², comme si la déférence marquée envers le droit témoignait de leur valeur et de leur professionnalisme. De ce point de vue, la « *stratégie humanitaire* », par laquelle les juristes se sont évertués à « *faire pénétrer le droit des conflits armés dans la psyché militaire* », s'analyse rétrospectivement comme une « *entreprise (...) fructueuse* »⁶³. Dans l'ensemble, les armées des grandes puissances contemporaines ont tendance à justifier leurs actes sur la base du droit plutôt que de présenter la guerre comme un état d'exception où la nécessité de vaincre se substituerait au droit⁶⁴. Et même les États accusés de violations massives du droit international tels que la Russie ou Israël s'expriment dans le langage du *jus in bello*, sans remettre en cause l'idée même que

en défaut pour les avoir violés n'adoptent pas une ligne de défense qui consisterait à dire, soit que les normes ou le droit n'existent pas, soit qu'elles considèrent qu'il ne leur est pas applicable, soit encore que, même si ces normes et ce droit existent, elles n'en tiennent pas compte car elles ne les considèrent pas valables. Au contraire, leur réaction consiste plutôt systématiquement à s'en défendre en ancrant leur action dans le droit ou dans les normes, c'est-à-dire à justifier de ces violations au regard du droit. (...) [L]e droit des conflits armés (...) ne fait pas, en lui-même, l'objet d'une contestation générale».

⁵⁹ L'expression est de H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses sur la nature et la fonction du droit de la guerre », *R.D.P.M.D.G.*, vol. 24, n°3-4, 1985, p. 392.

⁶⁰ Ou, du moins, le « dénigrement » du droit de la guerre a pris une autre forme : il consiste désormais à interpréter le droit de la guerre « de l'intérieur », en le vidant de sa substance, plutôt que de le critiquer « de l'extérieur », en le confrontant aux nécessités politico-militaires de la guerre (v. not. la littérature relative à Israël citée *infra*, note 65). Je remercie le Pr. Frédéric Mégret pour cette remarque.

⁶¹ L. ARIMATSU, « The Rule of Law in War. A Liberal Project », in R. LIVOJA, T. MCCORMACK (dir.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, préf. F. BENSOUDA, Londres/New York, Routledge, 2016, p. 642 (« [c]omplete disregard for the rules of war may still afflict some wars but this is far from the case in many other conflict situations. In these juridified spaces, belligerents are as keen to claim full compliance with the law of armed conflict as they are to winning the war »).

⁶² Da. KENNEDY, *The Dark Side of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 284-285, n. trad.

⁶³ D. STEPHENS, M. W. LEWIS, « The Law of Armed Conflict – A Contemporary Critique », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, n°1, 2005, p. 56, n. trad.

⁶⁴ À ce titre, les attentats du 11 septembre 2001 et la « guerre globale contre la terreur » (*Global War on Terror*) qui s'ensuivit donnèrent lieu à la contestation de certaines règles du droit de la guerre, jugées obsolètes par l'administration étatsunienne et ses relais dans le monde académique, mais pas à une remise en cause de l'idée même de soumettre la guerre au droit. V. not. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, *Memorandum from the President to the Vice President at al. on the Humane Treatment of Al Qaeda and Taliban Detainees*, 7 fév. 2002, § 1, in ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Final Report of the Independent Panel to Review Department of Defense Detention Operations*, 2004, annexe C, n. s. (« *the war against terrorism ushers in a new paradigm, one in which groups with broad, international reach commit horrific acts against innocent civilians (...). Our Nation recognizes that this new paradigm (...) requires new thinking in the law of war, but thinking that should nevertheless be consistent with the principles of Geneva* »). Sur l'importance du droit pour les juristes de l'administration Bush, v. not. les propos de l'ancien *Attorney General* de 2007 à 2009 M. B. MUKASEY, « The Role of Lawyers in the Global War on Terrorism », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 32, n°2, 2009, pp. 179-186, et l'étude de N. K. MODIRZADEH, « Folk International Law: 9/11 Lawyering and the Transformation of the Law of Armed Conflict to Human Rights Policy and Human Rights Law to War Governance », *Harvard National Security Journal*, vol. 5, 2014, pp. 225-304.

la guerre puisse être soumise à l'empire du droit⁶⁵. Le droit est ainsi devenu un langage de justification de la guerre dont on semble difficilement pouvoir se passer⁶⁶.

12. Néanmoins, force est de constater que l'argument de l'impossibilité du droit de la guerre demeure, à l'état diffus et instinctif, au sein de l'opinion publique. Tout juriste spécialisé dans l'étude du *jus in bello* le sait d'expérience : nos contemporains ne manquent pas d'être surpris – pour ne pas dire plus – de voir que certaines personnes *croient réellement* dans le fait qu'il soit possible de soumettre la guerre au droit. De plus, certains événements récents – la destruction du *World Trade Center* par Al-Qaida en 2001, l'attaque des rebelles palestiniens contre les forces occupantes et les colonies israéliennes en octobre 2023 ou l'intensification de la guerre russo-ukrainienne – font rejouer une musique familière pour quiconque s'est intéressé à la littérature relative à l'impossibilité du droit de la guerre. En effet, on entend de nouveau ici et là que, face à la détermination de l'ennemi et à l'importance des enjeux, la guerre devrait pouvoir être menée « *whatever it takes* », c'est-à-dire par tous les moyens nécessaires⁶⁷. Or, sous cet argument, on retrouve l'idée que la guerre se prête

⁶⁵ Pour la Russie, v. p. ex. E. WILMSHURST, « Ukraine: Debunking Russia's Legal Justifications », *Chatham House*, 25 fév. 2022 ; J. McDONALD, « Russian War Abuses in Ukraine: A Lesson in Legitimacy », *War Room*, 21 juil. 2023 ; C. CRANDALL, « The Future Battlefield: Governed by International Law or *Kriegsraison*? », *Just Security*, 21 sept. 2023. Plus généralement, les recherches récentes ne mettent pas en évidence le fait que la Russie remettrait fondamentalement en cause l'idée de soumettre la conduite de la guerre au droit (sur ce point, v. M. RIEPL, *Russian Contributions to International Humanitarian Law. A Contrastive Analysis of Russia's Historical Role and its Current Practice*, Baden-Baden, Nomos, 2022). Pour Israël, v. not. L. RUBENSTEIN, « Israel's Rewriting of the Law of War », *Just Security*, 21 déc. 2023 ; N. GORDON, « Israel Seeks to Rewrite the Laws of War », *Al-Jazeera*, 15 juil. 2024. Plus généralement, v. A. COHEN, « Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law », *Israel Law Review*, vol. 41, n°1-2, 2008, p. 62 (« *the IDF considers IHL serves its own interest, as in the case with most Western armies* »). Sur la manière dont les forces armées israéliennes intègrent le droit de la guerre, v. A. COHEN, « Legal Operational Advice in the Israeli Defense Forces: the International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 26, 2011, pp. 367-413 ; A. COHEN, « Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, vol. 38, n°3, 2005, pp. 24-79 ; A. COHEN, S. A. COHEN, « Israel and International Humanitarian Law: Between the Neo-Realism of State Security and the "Soft Power" of Legal Acceptability », *Israel Studies*, vol. 16, n°2, 2011, pp. 1-23 ; C. JONES, *The War Lawyers. The United States, Israel, and Juridical Warfare*, Oxford, O.U.P., 2020, not. pp. 183-193 ; Y. FELMAN, U. BLAU, « Consent and Advise », *Haaretz*, 29 jan. 2009.

⁶⁶ Sur l'utilisation du droit comme discours de légitimation, v. not. O. CORTEN, « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droit & Société*, vol. 50, n°1, 2002, pp. 185-208 ; O. CORTEN, « Discours de guerre, guerre de discours », *R.I.E.J.*, vol. 90, n°1, 2023, pp. 155-176 ; Da. KENNEDY, *Of War and Law*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2006, pp. 13-45.

⁶⁷ Concernant le 11 septembre 2001, v. not. les propos du président Georges W. BUSH, tenus lors d'une conférence de février 2002, où il pouvait dire ceci : « *I will assure you that so long as I'm the President, I will do whatever it takes to protect the American people* » (ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, WHITE HOUSE, *Remarks by the President at the 2002 National Summit on Retirement Savings*, 28 fév. 2002). Couplé avec la fameuse saillie par laquelle Georges W. BUSH avait pu dire que « *I don't care what the international lawyer say, we're going to kick some ass* » (cité in M. BYERS, « A New Type of War », *London Review of Books*, vol. 26, n°9, 6 mai 2004), ceci dépeint toute une ambiance propice à l'effondrement du droit de la guerre. Celle-ci est notamment décrite dans les livres et les reportages de Bob WOODWARD (v. p. ex. B. WOODWARD, « CIA Told to Do "Whatever Necessary" to Kill Bin Laden », *The Washington Post*, 20 oct. 2001 ; B. WOODWARD, *Bush at War*, New York, Simon & Schuster, 2002). Concernant le 7 octobre 2023, v. not. les propos du président Isaac HERZOG, tenus au lendemain des attentats du 7 octobre 2023, par lesquels le président israélien affirmait que « *Israel will defend its people, and will do whatever it takes, with an iron fist, to change the reality* » (v. ANON, « Gaza situation dire, U.N. says, as Israeli military admits security failures », *BBC*, 12 oct. 2023). Chez les pamphlétaire, v. p. ex. Z. STRIMPEL, « Israel has every right to do whatever it takes to eradicate Hamas Nazis », *The Telegraph*, 14 oct. 2023. Concernant l'agression russe, v. les propos de Dorota Dakowska, professeure de science

difficilement à la réglementation juridique : sa nature et sa finalité toléreraient mal d'être limitées par le droit, surtout lorsque celui-ci s'oppose – du moins le prétendra-t-on – à ce que les communautés politiques défendent ce qu'elles estiment devoir être défendu absolument.

13. Enfin, élément plus troublant encore, certains spécialistes reconnus du *jus in bello* expriment un scepticisme réel vis-à-vis du projet humanitaire. Sans vraiment réactiver la critique de l'impossibilité du droit de la guerre, ces spécialistes affirment, souvent au détour d'une phrase, que la guerre serait par nature étrangère au droit. Ainsi, pour le célèbre historien Geoffrey Best, penser qu'il soit possible de réglementer juridiquement la guerre revient, « [d]ans une certaine mesure, [à fouler] les planches d'un théâtre d'illusions »⁶⁸. Au travers du droit de la guerre, on chercherait en effet « à introduire de la modération et de la retenue dans un medium particulièrement insensible à ces qualités »⁶⁹. Dans un sens similaire, l'historien Michael Howard affirme que, bien qu'il ne soit pas « intrinsèquement impossible » de réglementer la guerre, il existe une vraie difficulté « dans le fait d'introduire (...) des limites (...) tirées d'autres critères que ceux inhérents à la bonne stratégie et à l'exigence de "bon ordre et de discipline militaire" »⁷⁰. Howard sous-entend par-là que le droit et la morale humanitaire pourraient difficilement être introduits dans la guerre, s'agissant de critères de comportement étranger à ceux gouvernant l'action militaire⁷¹. Par ailleurs, il écrit que le droit de la guerre trouve sa limite ultime dans la guerre totale, où aucune restriction ne pourrait être imposée « à l'exception de celles découlant de la nature même de la guerre »⁷². On retrouve donc l'idée que la guerre – ou du moins certains formes de guerres – serait par nature réfractaire, voire même hermétique, au droit.

politique, selon qui « la majorité des élus polonais partagent l'idée que les Ukrainiens ont le droit de se défendre contre l'invasion russe, par tous les moyens [et donc même des moyens illicites, ndlr] » (J. BRABANT, « Sabotage de Nord Stream : la Pologne refuse d'extrader un suspect ukrainien », *Médiapart*, 18 oct. 2025).

⁶⁸ G. BEST, « The Restraint of War in Historical and Philosophical Perspective », in A. J. M. DELISSEN, G. J. TANJA (dir.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1991, p. 4, n. trad.

⁶⁹ G. BEST, *Humanity in Warfare*, op. cit., p. 11, n. trad.

⁷⁰ M. HOWARD, « *Temperamenta Belli: Can War be Controlled?* », in M. HOWARD (dir.), *Restraints on War. Studies in the Limitation of Armed Conflict*, Oxford, O.U.P., 1979, p. 4, n. trad.

⁷¹ V. néanmoins le tour de passe-passe par lequel Michael HOWARD en vient finalement à fonder la non-impossibilité du droit de la guerre, lequel consiste à faire comme si aucune restriction de droit positif n'était tirée d'un autre critère que le critère d'efficacité et de discipline militaires (*ibid.*, p. 12).

⁷² *Ibid.*, p. 6, n. trad.

14. Du côté des juristes, Hersch Lauterpacht peut affirmer que, aussi désirable soit-il, le projet du droit de la guerre ne saurait être entrepris « *avec beaucoup d'espoir* »⁷³. En effet, si le droit international se situe déjà au « *point de fuite du droit* »⁷⁴, étant donné qu'il cherche à appréhender un phénomène – les relations internationales – particulièrement peu réceptif à la discipline juridique, alors le droit de la guerre se situe lui-même au « *point de fuite du droit international* »⁷⁵ : il cherche à encadrer les relations internationales dans leurs moments de crises les plus extrêmes – les guerres. Or, Lauterpacht affirme que, du fait de l'extrême de la situation qu'il cherche à appréhender, le projet consistant à réglementer la guerre sera toujours soumis à des « *doutes dialectiques* »⁷⁶. La guerre se prêterait donc difficilement à un encadrement juridique. Dans la même veine, Georg Schwarzenberger invite les juristes à cesser de « *prétendre que les règles de la guerre limitent sérieusement la suprématie de la force en temps de guerre* » – un argument qui, selon lui, est « *constamment réfuté par les réalités de la guerre* »⁷⁷. S'attaquant à un phénomène « *extrême* », le droit de la guerre risque d'imposer des limites « *ineffectives* »⁷⁸. Plus récemment, Gary D. Solis écrit que le droit de la guerre est, « *plus que n'importe quelle autre branche du droit, susceptible d'échouer* »⁷⁹. En effet, en cherchant à réglementer la guerre, une activité particulièrement peu réceptive à la discipline juridique, le *jus in bello* se donnerait un but « *pratiquement impossible à atteindre* »⁸⁰. L'ensemble de ces auteurs se font ainsi l'écho d'un argument qui aura traversé toute l'histoire du droit de la guerre moderne : la guerre constituerait un phénomène exceptionnel, par nature peu susceptible d'être soumis au droit.

*

* * *

15. Obnubilée par la rationalisation et la systématisation du droit en vigueur, la recherche contemporaine fait peu de cas de la critique de l'impossibilité du droit de la guerre. Une revue, même sommaire, de la littérature révèle la légèreté dont la recherche spécialisée fait

⁷³ H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », *B.Y.I.L.*, vol. 29, 1952, p. 382, n. trad. Je remercie la Pr. Julia Grignon pour ces remarques sur la traduction de cet article de Hersch Lauterpacht.

⁷⁴ *Ibid.*, n. trad.

⁷⁵ *Ibid.*, n. trad.

⁷⁶ *Ibid.*, n. trad.

⁷⁷ G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, vol. 2, Londres, Stevens & Sons, 1968, p. 10, n. trad.

⁷⁸ *Ibid.*, n. trad.

⁷⁹ G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict. International Humanitarian Law in War*, 1^{ère} éd., Cambridge, C.U.P., 2010, p. 8, n. trad.

⁸⁰ *Ibid.*

preuve vis-à-vis de cette question fondamentale⁸¹. Tout d'abord, certains écrits n'évoquent même pas cette question – tout se passe donc comme si toute la critique historique qui vient d'être retracée, le scepticisme persistant de l'opinion publique et les doutes formulés par certains historiens et juristes éminents n'existaient pas⁸². Ces écrits sont cependant minoritaires. En effet, l'écrasante majorité de la littérature recensée aborde bel et bien cette question. À ce titre, on peut distinguer, dans la littérature, deux portes d'entrée vers ce débat. Certains auteurs relèvent, avec un étonnement plus ou moins feint, le caractère paradoxal du droit de la guerre⁸³. Ils se placent alors du point de vue du « *profane* »⁸⁴, pour qui les termes « *droit* » et « *guerre* » seraient antinomiques, et leur juxtaposition aussi absurde que l'entreprise visant à « *mélanger la lumière avec les ténèbres* »⁸⁵ ou à « *marier l'eau et le feu* »⁸⁶. D'autres juristes abordent ce débat au travers de deux auteurs qui auraient nié la possibilité même d'un droit dans la guerre : Cicéron, avec sa fameuse maxime selon laquelle

⁸¹ La revue de la littérature qui suit est réalisée à partir d'écrits ayant vocation à fournir une présentation générale du droit de la guerre. Elle inclut donc à la fois les manuels spécialisés, et en particulier leurs parties introducitives, ainsi que certains articles de portée générale ou de vulgarisation, soit des écrits dans lesquels sont susceptibles d'être étudiées les « grandes questions » soulevées par la réglementation juridique de la guerre.

⁸² V. not. C. GREENWOOD, « Historical Development and Legal Basis », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2008, pp. 1-43 ; M. E. O'CONNELL, « Historical Development and Legal Basis », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2013, pp. 1-42 ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford/Portland, Hart, 2008 ; A. V. P. ROGERS, *Law on the Battlefield*, 2^{ème} éd., Manchester, Juris Publishing, coll. « Melland Schill Studies in International Law », 2004 ; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 4^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2022 ; M. SASSOLI, *International Humanitarian Law. Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 1^{ère} éd., Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2019.

⁸³ V. not. G. BEST, *Humanity in Warfare*, op. cit., p. 2 (« [s]uch a juxtaposition of concepts bristles with paradox, and of course provokes scepticism ») ; D. CUMIN, *Le droit de la guerre. Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, 1^{ère} éd., vol. 2, Paris, L'Harmattan, coll. « Droit comparé », 2015, p. 507 (« [l]'idée d'un droit dans la guerre qui restreint la liberté des belligérants semble paradoxale ») ; L. ARIMATSU, « The Rule of Law in War », op. cit., p. 643 (« the regulation of war by law (...) is often regarded as a misnomer ») ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 8 (« [i]t may seem paradoxical that war, the ultimate breakdown of law, should be conducted in accordance with laws ») ; L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2^{ème} éd., Manchester, Manchester University Press, coll. « Melland Schill Studies in International Law », 2000, p. 1 (« it would seem that to speak of a "law of war" is something of a paradox lacking any real substance ») ; M. N. SCHMITT, « The Law of Armed Conflict as Soft Power. Optimizing Strategic Choice », *International Law Studies*, vol. 75, 2000, p. 457 (« [f]or many, law and war are opposite constructs. War is the breakdown of law ») ; J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire. Cours donné en juillet 1982 à l'Université de Strasbourg dans le cadre de la Session d'enseignement organisée par l'Institut international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, coll. « Institut international des droits de l'Homme », 1983, p. 96 (certains prétendent que « la guerre est, par définition, la rupture de l'ordre et le déchaînement de la force ; elle est en contradiction avec le droit, qui veut justement maintenir l'ordre et contenir la force ») ; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 18 (« parler de "droit des conflits armés" est une entreprise qui, pour le profane, doit sembler aussi vain que celle de vouloir marier l'eau et le feu ») ; J. MEURANT, « *Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law* », *Journal of Peace Research*, vol. 24, n°3, sept. 1987, p. 237 (« is it not paradoxical to speak of the law of armed conflict, i.e. of a legal system aiming to regulate acts which are fundamentally opposed to law ? »).

⁸⁴ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 18 ; E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, 1^{ère} éd., Cambridge, C.U.P., 2015, p. xiii (« [t]o the novice observer, it would seem that there are no rules governing conduct in armed conflict; that it is absurd to try and regulate the kinds of barbarity we traditionally associate with warfare; and that, even if there are laws of war, no one seems to be abiding by them ») ; J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2013, p. 2 (« [i]t is sometimes said that 'all is fair in war', meaning that all moral rules are suspended »).

⁸⁵ ANON., « The Mitigation of War », op. cit., p. 150, n. trad.

⁸⁶ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 18.

« *inter arma silent leges* »⁸⁷, et Clausewitz, pour qui les lois de la guerre seraient des « *restrictions imperceptibles, à peine notables* »⁸⁸, comme nous l'avons relevé plus haut⁸⁹.

16. On pourrait s'attendre, au regard du caractère fondamental de la critique à laquelle ils font face – le droit de la guerre, soit l'objet même de leurs investigations, serait *impossible* ! –, que les juristes consacrent leurs plus grands efforts à la réfuter. Or, il n'en est rien. En effet, ceux-ci voient généralement dans la critique de l'impossibilité du droit de la guerre une manifestation de l'ignorance ambiante⁹⁰, qui aurait vocation à se dissiper dès lors que l'on pénètre plus en substance dans la question – car, comme l'écrit Éric David, « *le paradoxe n'est qu'apparent* »⁹¹. Jugeant cette critique peu sérieuse, les juristes se contentent de lui opposer trois arguments, le plus souvent formulés en quelques phrases et qui, répétés au fil de l'histoire, en viennent à relever plus de l'invocation rituelle que de l'analyse scientifique.

17. Le premier argument consiste à attaquer la critique de l'impossibilité du droit de la guerre sur le terrain empirique : contrairement à ce qu'affirment les sceptiques, la guerre ne

⁸⁷ Nous verrons *infra*, §§ 685-689, que la maxime cicéronienne, formulée dans le contexte de la légitime défense individuelle, ne visait pas le droit de la guerre et qu'elle ne peut être transposée par analogie à ce régime juridique.

⁸⁸ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁹ V. not. L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 3-5 ; CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 297 ; CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre ? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, 2^{ème} éd., vol. 1, Genève, CICR, 2012, pp. 3-4 ; E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 164 ; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 1 ; J. K. KLEFFNER, « Scope of Application of International Humanitarian Law », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2013, pp. 15 et 34 ; H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law. An Introduction*, Berne, Haupt, 1993, p. 4 ; L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 1 ; L. C. GREEN, « Cicero and Clausewitz or Quincy Wright: The Interplay of Law and War », *Chitty's Law Journal and Family Law Review*, vol. 47, n°2-3, 1999, p. 37 ; M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkley/Los Angeles, University of California Press, 1959, p. 3 ; R. KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, 2^{ème} éd., Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylants, coll. « Droit international public », 2009, pp. 5-6 ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 15 ; D. THÜRER, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, La Haye, Brill, coll. « Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye », 2011, p. 40 ; P. C. BOBBITT, « *Inter Arma Enim Non Silent Leges* », *Suffolk University Law Review*, vol. 45, n°2, 2012, pp. 253-267.

⁹⁰ V. p. ex. Y. SANDOZ, « Pertinence et permanence du droit international humanitaire », in A. J. M. DELISSEN, G. J. TANJA (dir.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1991, p. 28 (« la contestation du principe même du DIH relève aujourd'hui surtout d'un public relativement peu averti ») ; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 18 (l'idée d'un droit dans la guerre n'apparaît comme une entreprise vainqueur qu'aux yeux du « profane ») ; E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. xiii, n. s. (« [t]o the novice observer, it would seem that there are no rules governing conduct in armed conflict; that it is absurd to try and regulate the kinds of barbarity we traditionally associate with warfare; and that, even if there are laws of war, no one seems to be abiding by them »).

⁹¹ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 18. Dans le même sens, v. C. GREENWOOD, « International Humanitarian Law in Context », in C.-J. CHENG (dir.), *A New International Legal Order. In Commemoration of the Tenth Anniversary of the Xiamen Academy of International Law*, Leiden/Boston, Brill, coll. « Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law », 2016, p. 313 (pour qui l'« antithesis between war and the idea of law » n'est que « apparent ») ; J. GRIGNON, « Le droit humanitaire international : Une question vitale d'équilibre », *Les Grands Dossiers des Sciences Humaines*, vol. 74, n°1, 2024, p. 64 (pour qui seules « les apparences » font voir la guerre comme une « zone de non-droit »).

serait pas un phénomène *sui generis*, exceptionnel et hermétique au droit. Selon cet argument, la guerre serait une activité sociale comme une autre, susceptible d'être soumise au droit au même titre que n'importe quel autre domaine de la vie sociale. En ce sens, Éric David affirme que la guerre est, « *comme la circulation des hommes, le commerce ou... l'amour, une activité humaine (...) qui, à l'instar de toute activité humaine, peut donner lieu à réglementation* »⁹². De même, le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après : « CICR ») prétend que la guerre constitue une « *réalité sociale* » parmi d'autres, et qu'« *[a]ucune raison conceptuelle ne justifie [qu'elle] ne soit pas régie par le droit* »⁹³. Dès lors, « *il n'est pas plus absurde de codifier la conduite des hostilités de deux groupes armés que l'union de deux être qui s'aiment* »⁹⁴. Il n'y a donc « *aucune incohérence à parler de "droit des conflits armés"* », ni « *à considérer ce droit comme une discipline juridique à part entière, au même titre que le droit commercial ou le droit de la famille* »⁹⁵.

18. Le problème de cet argument est double. Tout d'abord, sur un plan strictement empirique, il semble difficile d'affirmer que la guerre n'est qu'une activité sociale parmi d'autres car, comme le relève Geoffrey Best, toutes « *[l]es définitions et les descriptions de la guerre s'accordent à reconnaître que la passion, la violence et l'imprévu constituent au moins une partie de son essence* »⁹⁶. Avec la guerre, le droit est amené à s'appliquer non pas à des situations ordinaires de la vie sociale, caractérisées par un certain ordre et une certaine stabilité des rapports humains, mais à des « *situations de violence (...) menaçant la survie même de l'individu, des communautés ou des États* »⁹⁷. Ainsi, et quand bien même la guerre peut faire l'objet d'une certaine forme de routinisation⁹⁸, force est de constater que l'action humaine y est soumise à des contraintes inconnues du temps de paix – on ne décide généralement pas d'ouvrir le feu dans les mêmes conditions que l'on décide de contracter mariage⁹⁹. Dans la guerre, le sujet de droit se retrouve exposé à un « *grand stress social et*

⁹² E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 18. V. ég. R. KOLB, *Ius in bello*, op. cit., pp. 6-7 (« *la guerre est accessible à des règles de droit comme tout phénomène social* »).

⁹³ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 18.

⁹⁴ CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre ?*, op. cit., p. 3. Les auteurs ajoutent que « *[l']histoire a d'ailleurs montré que l'apparition de toute réalité factuelle dans une société – qu'elle soit fortement organisée ou non – est concomitante de l'apparition de règles applicables à cette situation* » (*ibid.*, p. 4).

⁹⁵ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 18.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ G. BEST, *Humanity in Warfare*, op. cit., p. 11, n. trad. Dans le même sens, v. M. GOYA, *Sous le feu. La mort comme hypothèse de travail*, Paris, Tallandier, coll. « Texto », 2019.

⁹⁸ M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 1, n. trad.

⁹⁹ Je remercie le Pr. Mégret pour cette précision. Cette routinisation de la guerre serait évoquée *infra*, Chapitre 2, §§ 166-190.

⁹⁹ Sur ce point, v. le témoignage de B. ERBLAND, *Dans les griffes du Tigre, Libye-Afghanistan 2011. Récits d'un officier pilote d'hélicoptère de combat*, préf. J. GUISEL, Paris, Les Belles Lettres, coll. « Mémoires de Guerre », 2013, pp. 35-42.

psychologique »¹⁰⁰, lié à l'intensité dramatique des événements, à l'incertitude des circonstances et des réactions de l'ennemi, à l'importance extrême des enjeux et au fait que la guerre place l'être humain face à une alternative existentielle : tuer ou être tué. Ces caractéristiques distinguent donc la guerre des autres activités sociales, où l'action humaine est soumise à « *des pressions beaucoup plus légères* »¹⁰¹ et où – comme le relève le CICR lui-même – les êtres humains n'agissent généralement pas « *dans le feu de l'action* » et « *sous la pression des événements* »¹⁰².

19. Ensuite, cet argument passe sous silence le fait que l'ordre juridique conçoit lui-même la guerre comme une activité exceptionnelle, qualitativement distincte des autres activités sociales. En effet, la littérature juridique s'accorde depuis la fin du XIX^{ème} siècle pour reconnaître que la guerre plonge les relations internationales dans un « *état exceptionnel* »¹⁰³. Elle fait naître un « *paradigme juridique alternatif* »¹⁰⁴, caractérisé par le fait que l'interdiction d'employer la violence, y compris dans la forme la plus extrême de l'homicide, y est suspendue : les combattants jouissent désormais d'une immunité pour tout un ensemble d'actes – meurtres, destructions, bombardements, etc. – qui seraient strictement prohibés s'ils étaient commis en temps de paix¹⁰⁵. Par conséquent, la guerre n'est pas, du point de vue de l'ordre juridique lui-même, une activité ordinaire de la vie internationale, mais une « *condition entièrement anormale* »¹⁰⁶. Or, n'y a-t-il pas, ainsi que le prétendait

¹⁰⁰ R. KOLB et K. DEL MAR, « Treaties for Armed Conflict », in A. CLAPHAM, P. GAETA (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, O.U.P., 2014, p. 51, n. trad. V. ég. R. W. TUCKER, « The Law of War », *International Law Studies*, vol. 62, 1980, p. 245 (« [i]n war the stress is such that no considerations can be relied on for determining action but those which are already incorporated in the character »).

¹⁰¹ G. BEST, *Humanity in Warfare*, op. cit., p. 11, n. trad.

¹⁰² CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Martinus Nijhoff, 1986, § 1601, p. 486. V. ég. G. BEST, *Humanity in Warfare*, op. cit., p. 11 (« [i]t is reasonable, for example, to get cross when a thirsty, sleepless, over-worked, anxious young officer with death in the air all round him fails to keep sedulously "within the law" when we know very well that much lighter pressures bend the law-abidingness of even the most respectable pillars of our communities, not to mention their less respectable flying-buttresses? »); J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 101 (« [l]e temps de conflit est une période de crise et connaît des paroxysmes. Ainsi, à l'heure du combat, le soldat n'est pas dans son état normal : il a vu certains de ses compagnons tomber autour de lui et d'autres agoniser sous ses yeux. Il redoute donc, à tout instant, une attaque par surprise ou une embuscade ; il se méfie de tous ceux qui approchent. Tout son être est orienté vers la défense, la riposte, en un mot la violence. De plus, en temps de guerre, une vie humaine pèse parfois assez peu dans la balance. Il y a donc des risques que le militaire ne se comporte pas alors de façon raisonnée, policée, modérée »).

¹⁰³ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 9.

¹⁰⁴ J. D. OHLIN, « The Crime of Bootstrapping », in C. KREB, L. GROVER (dir.), *The Crime of Aggression. A Commentary*, vol. 2, Cambridge, C.U.P., 2016, p. 1455, n. trad. Nous reviendrons sur ce point *infra*, Chapitre 5.

¹⁰⁵ N. BERMAN, « Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, n°1, 2004, pp. 1-71.

¹⁰⁶ CDI, *Reports of the International Law Commission on the Second Part of its Seventeenth Session, 3-28 January 1966, and on its Eighteenth Session, 4 May-19 July 1966*, New York, United Nations, 1996, U.N. Doc. A/6309/Rev.1, p. 95, n. trad.

von Hartmann, quelques difficultés intrinsèques à réintroduire du droit au sein d'un tel état d'exception ? Les juristes n'offrent aucune réponse à cette objection.

20. Le deuxième argument employé par les juristes pour contrer la critique de l'impossibilité du droit de la guerre consiste à dire que soumettre la guerre au droit est peut-être une idée étrange et contre-intuitive mais que, de fait, « *l'expérience atteste l'existence d'un tel droit* »¹⁰⁷. L'impossibilité du droit de la guerre se heurte alors à un constat factuel difficilement contestable : le droit de la guerre existe. Pour donner corps et substance à leur argument, les juristes démontrent alors que le droit de la guerre est « *l'une des plus anciennes branches du droit international* »¹⁰⁸ et s'attachent à « *résum[er] les extraordinaires développement* »¹⁰⁹ de ce régime juridique, en remontant parfois jusqu'à l'Antiquité¹¹⁰. Ceci leur permet d'établir que le scepticisme vis-à-vis du droit de la guerre n'a pas lieu d'être : il est un fait établi que « *les conflits armés et les personnes qui y prennent part n'échappent pas à la prééminence du droit* »¹¹¹. De plus, cette stratégie argumentative permet de déplacer le débat du terrain conceptuel au terrain historique : ceux qui doutent de la possibilité de soumettre la guerre au droit « *ignorent l'histoire* »¹¹², tout simplement.

21. Ici encore, le problème de cet argument est double. Tout d'abord, du point de vue strictement logique, cet argument revient à déduire la possibilité de soumettre la guerre au droit de l'*existence* du droit de la guerre. Or, ces deux assertions se trouvent sur des plans logiquement distincts. En effet, l'existence de règles régissant les situations de conflits armés ne prouve qu'une chose : que les hommes tentent de soumettre la guerre au droit. Établir qu'une telle tentative n'est pas vaine suppose un autre type de démonstration que celui consistant à lister toutes les conférences diplomatiques ayant débouché sur l'adoption de conventions internationales : ceci suppose de montrer qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre la guerre et le droit – ce que des générations de penseurs ont prétendu. De plus, cet

¹⁰⁷ D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, vol. 2, *op. cit.*, p. 508.

¹⁰⁸ E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. xiii, n. trad.

¹⁰⁹ D. THÜRER, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 40, n. trad.

¹¹⁰ V. p. ex. *ibid.*, pp. 38-42 ; L. C. GREEN, « Cicero and Clausewitz or Quincy Wright », *op. cit.*, pp. 38-42 ; CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, pp. 41-45 ; M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 5-6 ; D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 507-508 ; E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 4 ; J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 3-7 ; L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 5 ; CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, pp. 3-4 ; M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, p. 4 ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 15 ; J. GRIGNON, « Le droit humanitaire international... », *op. cit.*, p. 64.

¹¹¹ CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 297.

¹¹² M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 6, n. trad.

argument oblitère entièrement le fait que, si le droit de la guerre existe, il existe à l'état de crise perpétuelle. En effet, de l'aveu même des juristes, le droit de la guerre est « *toujours précaire* », ses règles étant particulièrement « *sujette[s] à violation* »¹¹³. Ceci est attesté historiquement par le fait que chaque conflit majeur s'accompagne toujours de discours angoissés sur la « *crise* » ou « *l'effondrement* » du droit de la guerre¹¹⁴. Les juristes euphémisent souvent ceci en affirmant que le droit est toujours « *en retard d'une guerre* »¹¹⁵. Mais n'y a-t-il pas des raisons plus profondes à cet état de crise perpétuelle ? Ces crises ne sont-elles pas liées au fait que l'on cherche, comme l'écrit Geoffrey Best, à introduire du droit et de la modération « *dans un medium particulièrement insensible à ces qualités* »¹¹⁶ ? Cette objection se heurte, *de novo*, au silence théorique des juristes.

22. Le troisième argument employé par les juristes pour réfuter la critique de l'impossibilité du droit de la guerre se situe sur un autre plan que les deux premiers. Plutôt que de chercher à démontrer la faisabilité empirique du *jus in bello*, cet argument fait appel à une conviction morale : le droit de la guerre serait *nécessaire* pour éviter le déclin de la civilisation vers la barbarie. Ainsi, plutôt que de répondre empiriquement à l'objection selon laquelle le droit de la guerre serait « *en totale contradiction avec l'essence même de la guerre* », certains juristes se contentent d'affirmer que, « *sans de telles contraintes juridiques* », la guerre risque fort de « *dégénérer en barbarie totale* »¹¹⁷. En effet, selon ces

¹¹³ R. KOLB, *Ius in bello.., op. cit.*, p. 7. V. ég. G. BEST, *Humanity in Warfare*, *op. cit.*, p. 11 (« [n]o one should be surprised that the law of war is at the best of times never more than imperfectly observed, and at worse times is very poorly observed indeed ») ; Y. SANDOZ, « Pertinence et permanence du droit international humanitaire », *op. cit.*, p. 29 (« il faut admettre que le DIH ne sera jamais parfaitement respecté. Des accidents de la circulation se produisent malgré le code de la route, des crimes malgré les codes pénaux. Comment espérer qu'il n'y aura pas d'accidents dans la tension de combats et de la guerre en général ? »).

¹¹⁴ Pour la Guerre de 1870-1871, v. p. ex. A. MORIN, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, vol. 1, Paris, L.G.D.J., 1872, pp. vii-viii. Pour la Première Guerre mondiale, v. p. ex. A. PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, Paris, Pedone, 1916, pp. 3-4. Pour la Seconde Guerre mondiale, v. p. ex. H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », *op. cit.*, p. 364. Pour la situation post-11 septembre 2001, v. p. ex. D. RIEFF, « What is Really at Stake in the US Campaign Against Terrorism », *Crimes of War Project*, sept. 2002, cité in G. RONA, « Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the "War on Terror" », *Fletcher Forum on World Affairs*, vol. 27, n°2, 2003, p. 70, note 7. Pour le temps présent, v. p. ex. M. N. SCHMITT, « Year Ahead – International Humanitarian Law at Risk », *Articles of War*, 11 janv. 2024 ; O. HATHAWAY, « War Unbound: Gaza, Ukraine, and the Breakdown of International Law », vol. 103, n°5, 2024, p. 84 ; S. MCKENZIE, J. MADDOCKS, T. MORRIS, « Editorial », *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 16, n°1, 2025, p. 1. Sur la fonction du thème de la crise dans la discipline du droit international, v. H. CHARLESWORTH, « International Law: A Discipline of Crisis », *Modern Law Review*, vol. 65, n°3, 2002, pp. 377-392 et N. TZOUVALA, « International Law as a Discipline in Crisis », *Australian Journal of International Affairs*, vol. 79, n°1, pp. 71-78.

¹¹⁵ CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁶ G. BEST, *Humanity in Warfare*, *op. cit.*, p. 11, n. trad.

¹¹⁷ F. KALSHOVEN, L. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War. An Introduction to International Humanitarian Law*, 1^{ère} éd., Genève, C.I.C.R., 2011, pp. 12 et 15, n. trad. V. ég. J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 2-3, n. s. (« [i]t is sometimes said that "all is fair in war", meaning that all moral rules are suspended. (...) Although war necessarily involves suffering, (...) [i]t is (...) necessary to maintain a commitment to human ideals on which community may be founded following the cessation of hostilities. In this way, international humanitarian law aims to ensure respect for the most basic human values, such as dignity, community and

auteurs, la guerre, laissée libre de se déployer selon sa logique propre, menace de « *conduire aux pires aberrations* »¹¹⁸. À l'aune de cette éventualité, soumettre la guerre au droit apparaît donc comme un « *impératif catégorique* »¹¹⁹ : quelles que soient les difficultés inhérentes à un tel projet, la guerre *doit* être soumise au droit pour éviter que les nécessités de la lutte et l'enflammement des passions ne mènent l'humanité au chaos.

23. En vérité, ce troisième argument – celui de la nécessité du droit de la guerre – n'a rien de nouveau. En miroir de l'argument de l'impossibilité du *jus in bello*, il traverse toute l'histoire du droit de la guerre moderne. Johann C. Bluntschli, auteur de la première codification doctrinale de ce régime juridique, contraint déjà le scepticisme du colonel Rüstow en affirmant que le droit de la guerre était nécessaire pour « *dompte[r] la bête humaine* »¹²⁰. De même, Fiodor F. Martens, auteur du projet de déclaration ayant servi de base de travail à la Conférence de Bruxelles de 1874, s'opposait avec vigueur aux écrits de von Hartmann en rappelant que, en l'absence de droit, la guerre dégénérerait rapidement en « *boucherie impitoyable et en une suite de dévastations dans le genre de celles qui ont signalé dans l'histoire les ravages des hordes d'Attila* »¹²¹. Et quand le CICR appelait à la réglementation de la guerre aérienne à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, il prétendait que, sans les « *barrières ultimes* » que le droit de la guerre impose aux belligérants, les guerres « *se termineraient en extermination pure et simple* »¹²².

24. L'argument de la nécessité du droit de la guerre est particulièrement puissant car il fait appel à l'idée, profondément ancrée dans notre conscience collective, selon laquelle le droit s'oppose au chaos, à l'anarchie et à la violence. En effet, la théorie politique libérale

*freedom from suffering. It represents the last-ditch hold-out position of the human community against absolute warfare ») ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, op. cit., p. 15, n. s. (« [o]nce hostilities have begun, (...) there is a need for some rules to regulate the relationships that arise as a result of the use of force or the state of hostility. It is *necessary* to confer binding force to truces; it is *necessary* to mutually ban some means of warfare because of their excessive destructiveness (...) ; it is *necessary* to prohibit some means and methods of warfare because of the general disapproval they elicit (...) ; it is *necessary* to protect the victims, or potential victims, of the war (...) ») ; H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 6 (le droit de la guerre « *aims to prevent - or at least to hinder - mankind's decline to a state of complete barbarity* ») ; H. MEYROWITZ, « Le fondement du droit de la guerre », in C. SWINARSKI (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, Martinus Nijhoff/Institut Henry Dunant, 1984, p. 430 (le droit de la guerre est une « *stratégie contre la déshumanisation, la régression vers une société, des sociétés et un monde barbarés* », en bref : une « *stratégie pour la sauvegarde de l'humanité* »).*

¹¹⁸ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 314.

¹¹⁹ H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », op. cit., p. 372, n. trad.

¹²⁰ J.-C. BLUNTSCHLI, « Droit de la guerre et coutume de guerre. À propos des attaques du colonel von Rustow contre le droit des gens », *R.D.I.L.C.*, vol. 8, 1876, p. 633.

¹²¹ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, trad. N. de Sancé, Paris, Rousseau, 1901, p. 45.

¹²² CICR, *Draft Rules for the Protection of Civilian Population from the Dangers of Indiscriminate Warfare*, Genève, juin 1955, cité in J. L. KUNZ, « The Laws of War », *A.J.I.L.*, vol. 50, n°2, 1956, p. 324.

nous enseigne que l'avènement de l'État, et avec lui du droit positif, met fin au *bellum omnium contra omnes*, à cet état des rapports humains dans lequel « *il règne une peur permanente* » et où « *la vie humaine est solitaire, misérable, dangereuse, animale et brève* »¹²³. On a donc peu de difficultés à adhérer à l'idée que le droit de la guerre serait nécessaire pour sauver l'humanité d'une descente aux enfers. En effet, n'est-ce pas justement dans les situations extrêmes, marquées par le déchaînement de la violence et l'ardeur des passions, que le droit est le plus nécessaire ? N'est-ce pas lorsque les hommes sont armés, prêts à tuer et à détruire, que leur liberté d'action doit impérativement être soumise au droit afin qu'ils n'usent pas de la violence comme ils l'entendent ? À l'aune de cet imaginaire mythique, on comprend que les juristes puissent présenter le droit de la guerre comme « *le dernier rempart de la communauté humaine contre la guerre absolue* »¹²⁴. Si le droit s'oppose à un état de fait construit par avance comme une zone d'anomie où la violence s'exprime sans bornes¹²⁵, il apparaît effectivement comme « *un artefact d'une nécessité vitale pour la conservation de la nature humaine de l'humanité* »¹²⁶.

25. Cependant, malgré son omniprésence dans la littérature spécialisée, l'argument de la nécessité du droit de la guerre ne fait, pas plus que celui de son impossibilité, l'objet d'aucune investigation poussée. Il ressort davantage d'une forme de croyance de la part des juristes, qui leur permet de fonder et de légitimer socialement leur activité, plutôt que d'une conclusion établie sur la base d'une analyse scientifique. À l'exception de quelques rares écrits mentionnant la « rationalité militaire »¹²⁷, la recherche juridique s'intéresse finalement assez peu aux études stratégiques, aux considérations opérationnelles et à la technique militaire, soit – pourtant – à la réalité même que le droit de la guerre a vocation à encadrer¹²⁸. En quoi cette réalité mènerait-elle, en l'absence de réglementation juridique, au déchaînement de la violence et à la commission d'atrocités ? Et en quoi le droit de la guerre serait-il « nécessaire » pour s'opposer à cet état de fait ? À ces questions, pourtant centrales

¹²³ T. HOBBES, *Léviathan, ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, préf. et trad. G. MAIRET, Paris, Gallimard, coll. « Folios Essais », 2000 [1651], p. 225.

¹²⁴ J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, op. cit., p. viii, n. trad.

¹²⁵ L'opposition principielle du droit à la violence est évidemment une construction mythique, visant à légitimer la nécessité du droit et, par-delà, de l'État et de son système répressif. En ce sens, v. R. M. COVER, « Violence and the Word », *Yale Law Journal*, vol. 95, n°8, 1986, pp. 1601-1629. Sur l'idée que le droit de la guerre ne se contente pas de se superposer à une réalité préexistante mais qu'il participe à la construction de cette réalité, v. not. N. BERMAN, « Privileging Combat? », op. cit. ; F. MÉGRET, « The Limits of the Laws of War », in B. FASSBENDER, K. TRAISBACH (dir.), *The Limits of Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2019, pp. 283-295 ; H. M. KINSELLA, *The Image Before the Weapon. A Critical History of the Distinction Between Combatant and Civilian*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 2011.

¹²⁶ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », op. cit., p. 379.

¹²⁷ V. not. H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », op. cit., pp. 381-383.

¹²⁸ Il s'agit d'une critique récurrente de la part des militaires. Sur ce point, v. *infra*, §§ 378-379.

pour soutenir la croyance que les juristes investissent dans le droit de la guerre, on peine à trouver des réponses dans la littérature spécialisée.

*

* * *

26. Depuis son émergence dans sa forme moderne dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, le droit de la guerre est pris dans une tension entre deux arguments opposés. Pour les uns, soumettre la guerre à l'empire du droit constitue une œuvre impossible. La guerre, phénomène exceptionnel s'il en est, échappe au droit ; elle déborde le cadre tracé par ses normes et refusera toujours d'y être enserrée. Pour les autres, soumettre la guerre à l'empire du droit constitue une entreprise nécessaire. La guerre doit être soumise au droit afin de résorber cet espace de violence pure ; elle doit être enserrée dans ses normes, enfermée dans un cadre limitatif pour prévenir le déclin de l'humanité vers la barbarie.

27. Naissant d'une volonté d'examiner le droit de la guerre depuis une perspective plus théorique que celle qui préside généralement aux travaux de recherche, cette thèse va s'attacher à tester la solidité et la véracité de ces deux arguments. Ce faisant, cette étude cherchera à répondre aux questions suivantes. Est-il réellement nécessaire de soumettre la guerre à l'empire du droit pour préserver l'humanité d'une descente aux enfers ? Et, quand bien même tel serait effectivement le cas, ce projet ne se heurte-t-il pas à une impossibilité radicale, la guerre constituant un phénomène hermétique au droit ? À ces questions, la recherche spécialisée répond, comme nous l'avons vu, que le droit de la guerre constitue un projet à la fois nécessaire sur le plan axiologique et faisable sur le plan empirique – « *la guerre peut (et doit) être soumise à la discipline juridique* »¹²⁹. Or, l'analyse tend plutôt à nuancer cette affirmation et à démontrer que, si le droit de la guerre – ou en tout cas une certaine conception du droit de la guerre – est effectivement nécessaire pour éviter la commission d'actes immoraux, il n'en est pas moins radicalement impossible de subsumer entièrement et définitivement la guerre dans le droit. Il existe en effet un point de rupture où, face à l'extrémité des enjeux, le droit cède – et, à notre sens, *doit céder* – au profit de l'action effective. Ainsi, à la question de savoir si le droit de la guerre est nécessaire et/ou impossible, cette thèse met en lumière le fait que la soumission de la guerre à l'empire du droit, et donc

¹²⁹ R. KOLB, *Ius in bello*, op. cit., pp. 6-7.

le droit de la guerre lui-même, constitue une entreprise *à la fois absolument nécessaire et fondamentalement impossible*. Avant de préciser cette thèse de la double nécessité et impossibilité du droit de la guerre (§ III), il convient de circonscrire l'objet de l'étude, à savoir le droit de la guerre moderne (§ I), et de rendre explicite la perspective épistémologique qui s'en trouve au cœur, celle d'une analyse critique du droit (§ II). Il restera alors à formuler quelques précisions sur la méthodologie suivant (§ IV), avant d'annoncer et de justifier le plan de la démonstration qui suit (§ V).

§ I. – L'objet d'étude : le droit de la guerre moderne

28. Cette étude prend pour objet d'analyse le droit de la guerre moderne, lequel sera interrogé sous l'angle de sa double nécessité et impossibilité¹³⁰. L'expression « droit de la guerre moderne » renvoie approximativement à ce que la recherche spécialisée nomme « droit international humanitaire », « droit des conflits armés » ou « *jus in bello* »¹³¹, soit à l'ensemble des règles applicables dans ces situations particulières que l'on nommait autrefois « guerres » et que l'on nomme désormais « conflits armés ». Cependant, pour mener la démonstration qui suit à bien, cette étude se dote d'une compréhension à la fois plus large et plus circonscrite que ce que la recherche spécialisée désigne habituellement par les expressions « droit international humanitaire » ou « droit des conflits armés ». Cette étude élargit la compréhension traditionnelle que les juristes ont du droit de la guerre, puisqu'elle considère cet objet non comme un ensemble de règles et de principes, mais comme une pratique de formulation de règles et de représentations (A). De plus, cette étude circonscrit la compréhension traditionnelle que les juristes ont de leur objet, puisqu'elle place certaines limites temporelles et matérielles au champ de l'analyse (B).

¹³⁰ Je remercie le Pr. Jean d'Aspremont pour m'avoir poussé à reformuler et à simplifier cette partie de l'introduction.

¹³¹ Pour la recherche spécialisée, toutes ces expressions sont des synonymes qui renvoient *in fine* à la même chose. V. p. ex. CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 21 ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, pp. 15-17 ; F. KALSHOVEN, L. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, *op. cit.*, p. 11 ; J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. viii ; E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 30 ; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 18 ; H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 3 ; R. LIVOJA, T. McCORMACK, « *Introduction* », *op. cit.*, p. 1 ; L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 3 ; J.-M. HENCKAERTS, « *History and Sources* », in B. SAUL, D. AKANDE (dir.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, O.U.P., 2020, p. 1 ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. xxix ; D. THÜRER, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 33. Pour certains auteurs, si ces termes renvoient *in fine* au même ensemble normatifs, ils ne portent pas la même charge symbolique. V. p. ex. Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 13-14 ; A. CLAPHAM, P. GAETA, « *Preface* », in A. CLAPHAM, P. GAETA (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, O.U.P., 2014, pp. vii-x.

A. – L’élargissement de la compréhension traditionnelle du droit de la guerre : le droit de la guerre comme pratique de formulation de règles et de représentations

29. La démonstration de la double nécessité et impossibilité du droit de la guerre suppose de voir que le *jus in bello* est plus qu’un ensemble de « règles » et de « principes », ce à quoi la recherche traditionnelle le réduit systématiquement¹³². En effet, il est à la fois plus pertinent au regard de notre problématique de recherche et plus correct sur le plan analytique de définir le droit de la guerre comme une pratique sociale consistant, pour les « *opérateurs du droit* »¹³³ qui s’y livrent, à produire des objets juridiques de deux types : d’une part, des règles juridiques, et d’autre part, des représentations du droit (dont les principes ne sont qu’une sous-catégorie). Pour saisir cet élargissement de la compréhension traditionnelle de l’objet d’étude de la recherche juridique, un détour par la théorie du droit s’impose.

30. Du point de vue de la théorie du droit, la définition du droit de la guerre comme ensemble de « règles » et de « principes » n’est pas neutre. En effet, cette définition opère une double réduction qui oblitère deux éléments essentiels dans la compréhension de ce qu’est, fondamentalement, le droit.

¹³² V. par ex. E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 30, n. s. (le droit de la guerre se compose de « *rules* » qui trouvent leur origine dans des « *overarching principles* ») ; J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 1, n. s. (le droit de la guerre se compose de « *legal rules* » et de « *guiding principles* ») ; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 2, n. s. (le manuel vise à faire connaître « *the principles and rules of international armed conflict* ») ; H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 6 ss. et 15, n. s. (le droit de la guerre se compose de « *rules* », qui sont « *anchored in a few fundamental principles* ») ; F. KALSHOVEN, L. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, *op. cit.*, p. 2, n. s. (le droit de la guerre se compose de « *principles and rules* ») ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, p. 18, n. s. (le droit de la guerre se compose de « *detailed rules* » et de « *general principles* ») ; M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 1-2, n. s. (le droit de la guerre se compose de « *rules* » et de « *principles* ») ; B. SAUL, D. AKANDE, « Preface », in B. SAUL, D. AKANDE (dir.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, O.U.P., 2020, p. v, n. s. (le droit de la guerre se compose de « *rules and principles* ») ; CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 2, n. s. (le droit se compose de « *règles* » et de « *principes* [que les règles] codifient ») ; L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 5-6 et 29, n. s. (le droit se compose de « *rules* » et de « *fundamental principles* ») ; CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, pp. 21, n. s. (le droit de la guerre est un « *ensemble de règles* » et de « *principes essentiels* ») ; G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON *et al* (dir.), *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*, 1^{ère} éd., New York, Wolters Kluwer Law & Business, coll. « Aspen Casebook Series », 2012, pp. 34 et 107 ss., n. s. (le droit de la guerre se compose de « *rules limiting violence in war* » et de « *principles* ») ; C. GREENWOOD, « Historical Development and Legal Basis », *op. cit.*, pp. 1 et 9, n. s. (le droit de la guerre est un « *body of rules* » qui se compose également de « *principles* ») ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 22 et 250 ss., n. s. (le droit de la guerre se compose de « *rules and laws* » et de « *core principles* ») ; D. THÜRER, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 46 et 61 ss., n. s. (le droit de la guerre est un « *set of rules* » qui comporte également des « *cardinal principles* »).

¹³³ L’expression « opérateurs du droit » est empruntée à Riccardo Guastini, qui parle « *d’opérateurs juridiques* » (*operatori giuridici*) (v. p. ex. R. GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, vol. 19, 2013, pp. 116-117 et 120) pour désigner les agents et les institutions qui « *manipulent et construisent le droit* » (E. MILLARD, « Qui sont les «opérateurs juridiques» de Riccardo Guastini ? », *Analisi e Diritto*, 2014, p. 106).

31. Premièrement, en réduisant le droit (de la guerre) à un ensemble d'entités idéelles telles que les règles ou les principes, cette définition traditionnelle de l'objet d'étude des juristes a pour effet de séparer le droit de la pratique sociale dont il n'est, pourtant, que le produit¹³⁴. En effet, définir le droit comme un ensemble de règles ou de principes permet de faire comme si ces règles et ces principes existaient comme tels, à la manière d'objets autonomes que l'on pourrait tenir à distance afin de les décrire, de les critiquer, de les interpréter ou de les appliquer¹³⁵. Ceci permet en retour aux juristes de prétendre qu'ils se contentent de manipuler un droit préexistant au travail de manipulation auquel ils se livrent¹³⁶. Or, force est de constater que le droit n'a aucune existence indépendante de la pratique par laquelle il est énoncé : le droit ne parvient à l'être qu'en étant formulé et, avant d'être saisi dans le langage et livré au monde, il n'est qu'une vague idée sans existence tangible. À un niveau basal, le droit appartient en effet aux « *chooses humaines ou*

¹³⁴ Les développements qui suivent et plus généralement l'idée que le droit, avant même d'être une entreprise normative, constitue une pratique sociale, s'inspire de trois écoles méthodologiques distinctes qui trouvent leur unité dans le fait de mettre l'accent sur la pratique sociale du droit ou, plus généralement, des objets culturels. Tout d'abord, la **théorie réaliste du droit** met l'accent sur le fait que le droit n'est pas un ensemble de normes, mais un ensemble d'acte d'énonciation des normes. Sur la théorie réaliste du droit, v. not. M. TROPER, *La philosophie du droit*, 5^{ème} éd., Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 2018 ; M. TROPER, « Le positivisme juridique », in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, pp. 23-44 ; M. TROPER, « Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit », in *ibid.*, pp. 45-55 ; M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *ibid.*, pp. 85-94 ; M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 50, n°2, 2002, pp. 335-353 ; E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006 ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2019 ; R. GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », *op. cit.* ; R. GUASTINI, « Le "point de vue" de la science juridique », *R.I.E.J.*, vol. 59, n°2, 2007, pp. 49-58. Ensuite, l'**analyse structuraliste de Martti Koskeniemi** met également en lumière le fait que le droit international est une « langue », dont l'analyse scientifique doit s'attacher à identifier les contraintes et les déterminants : M. KOSKENIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, 2^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2005. Enfin, cette approche doit également beaucoup à la **sociologie de Pierre Bourdieu**, qui met l'accent sur les conditions sociales de production des objets symboliques tels que le droit, l'art ou la religion : v. not. P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *A.R.S.S.*, vol. 64, 1986, pp. 3-19 ; P. BOURDIEU, « Une interprétation de la théorie de la religion selon Max Weber », *Archives européennes de sociologie*, vol. 12, n°1, 1971, pp. 3-21 ; P. BOURDIEU, « Genèse et structure du champ religieux », *Revue française de sociologie*, vol. 12, n°3, 1971, pp. 295-334 ; P. BOURDIEU, *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, Seuil, coll. « Points », 2015 [1992], not. pp. 318-341. Sur la conceptualisation du droit comme objet social et/ou ensemble de pratiques, v. ég. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, préf. par P.-M. DUPUY et C. LEBEN, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010 [1960], pp. 4-8 ; J. MEIERHENRICH, « The Practice of International Law: A Theoretical Analysis », *Law and Contemporary Problems*, vol. 76, n°3-4, 2013, pp. 1-83.

¹³⁵ Or, comme le relève Paul Amselek, les règles et les principes sont des « [o]utils de texture immatérielle, purement idéelle », que l'on ne peut « prendre en main » ni « apprêhender par l'appareil de nos sens et de nos facultés physiques » (P. AMSELIK, « L'interprétation à tort et à travers », in P. AMSELIK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles/Aix-en-Provence, Bruylants/P.U.A.M., 1995, p. 11). Par conséquent, il est logiquement impossible de décrire les règles (ou les principes) dont on dit que le droit se compose, car « on ne peut décrire que des choses observables du monde sensible » : une description, c'est « la transcription d'une observation, comme il ressort de l'étymologie même (de-scribere : écrire d'après un modèle qu'on a sous les yeux, et donc dépeindre ce que l'on voit) » (P. AMSELIK, « La part de la science dans l'activité des juristes », in P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Thémis, 2007, p. 24).

¹³⁶ Sur l'idée que les juristes exercent leur pouvoir de manière cachée, en prétendant toujours ne peut se livrer à un travail de manipulation mais à un travail de découverte du droit, v. F. DI DONATO, « La puissance cachée de la robe. L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique », in O. CAYLA, M.-F. RENOUX-ZAGAME (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 89-116 : F. DI DONATO, « De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique. Considérations sur le "gouvernement des juges" », in D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS et al. (dir.), *L'archipel du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 387-406.

culturelles » qui, « à la différence des choses naturelles, ne sont pas des choses qui surviennent d'elles-mêmes, "naturellement" », mais des « choses qui sont produites, qui sont faites par l'homme »¹³⁷. Les règles et les principes ne sont donc pas des objets auto-agissants, qui contiennent en eux-mêmes le principe de leur propre mouvement, mais des objets fabriqués et manipulés par des hommes socio-historiquement situés. Ceci vaut également lorsque le droit est formulé à partir d'un texte, dont on pourrait croire qu'il contient en lui-même des règles ou des principes juridiques qu'il s'agirait simplement de « découvrir ». Sur ce point, la théorie réaliste de l'interprétation a depuis longtemps démontré que le droit ne se trouvait pas dans le texte, mais hors de lui¹³⁸. Non seulement rien n'oblige jamais l'interprète à considérer tel ou tel texte comme une source de droit, mais en plus, le texte ne contient des normes qu'à l'état potentiel : il appartiendra à l'interprète d'actualiser ces potentialités au travers des actes d'énonciation auquel il se livrera¹³⁹. Le droit est donc inséparable de la pratique sociale par laquelle il est énoncé, dit, parlé, formulé. Alexandre Viala résume bien cette idée lorsqu'il dit que « *le droit (...) est un art à deux temps et n'est rien s'il n'est pas joué. Comme le théâtre, le droit est fait pour être joué, pour être dit, parlé. Au théâtre, le texte n'est que la pièce en puissance et la pièce en acte n'adviendra qu'une fois jouée par les acteurs* »¹⁴⁰. Le droit n'est donc pas un ensemble de règles ou de principes, mais un ensemble d'actes (de pratiques) d'énonciation de règles ou de principes. Ces actes, pris ensemble, forment le *discours juridique*.

32. Deuxièmement, si le droit est un ensemble d'actes d'énonciation qui, pris ensemble, forment le discours juridique, il ne se résume pas à n'être qu'un ensemble d'actes d'énonciation de « règles » et de « principes ». Certes, l'une des activités centrales des opérateurs du droit consiste effectivement à formuler des « règles », soit des directives indiquant la manière dont les sujets de droit doivent se comporter¹⁴¹. La règle est l'unité fondamentale du droit. À ce titre, le droit de la guerre se compose de centaines de règles

¹³⁷ P. AMSELEK, « La part de la science dans l'activité des juristes », *op. cit.*, p. 29.

¹³⁸ Sur ce point, v. les références citées *supra*, note 134.

¹³⁹ A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 139-141.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 140.

¹⁴¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. C. EISENMANN, Bruxelles/Paris, Bruylants/L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 1962 [1960], p. 6 (la règle constitue un énoncé qui « exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon »). Les règles n'ayant aucune existence objective hors du langage qui leur sert de véhicule d'énonciation, elles existent sous la forme de propositions langagières qui prétendent énoncer ce que les sujets de droit peuvent, doivent ou ne doivent pas faire. En ce sens, v. not. R. GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », *op. cit.*, not. p. 119 (« *les normes juridiques ne sont rien d'autres que des entités du langage* »). Par ailleurs, les normes peuvent exister sur trois modes, celui de l'obligation négative (interdiction), de l'obligation positive (« obligation » à proprement parler) et de la permission, (v. p. ex. C. PETERSON, *De la logique des obligations, des permissions et des interdictions. De von Wright à aujourd'hui*, Montréal, Presses Universitaires de Montréal, 2016 [1985]).

indiquant la manière dont les personnes qui se retrouvent prises dans les situations de conflit armé, et en premier lieu les belligérants¹⁴², doivent se comporter. Ces règles ne valent évidemment pas une fois pour toutes : étant le fruit de la pratique des opérateurs juridiques, elles sont continuellement formulées et reformulées au gré de l'histoire et des conflits opposant les agents et les institutions sur l'interprétation à donner aux règles¹⁴³. Cela étant, la pratique d'énonciation du droit de la guerre ne se limite pas à formuler les règles que les sujets de droit doivent respecter. En effet, les opérateurs juridiques produisent également des *représentations du droit de la guerre*, en l'absence desquelles le droit apparaîtrait davantage comme un « bric-à-brac » que comme un « système »¹⁴⁴. Fruit d'un « *effort de théorisation* »¹⁴⁵, les représentations du droit sont des constructions intellectuelles qui ont vocation à construire l'unité du régime juridique, à placer celui-ci « *sous l'empire de la Raison* »¹⁴⁶ en ramenant la multiplicité des règles dont il se compose sous un schéma explicatif général. Au travers de ces constructions intellectuelles, les opérateurs du droit définissent la nature du régime juridique, identifient ses sources, formulent les principes sur lesquels il repose, énoncent les valeurs qu'il proclame, déterminent sa fonction sociale, écrivent son histoire, tracent les directions qu'il doit prendre à l'avenir, etc.¹⁴⁷ Dès lors, les « principes » du droit de la guerre, c'est-à-dire les idées directrices qui « *sous-tendent et*

¹⁴² Dans cette étude, le terme « belligérant » est employé de manière générique pour désigner les parties au conflit armé, indépendamment du type de conflit armé dont il s'agit.

¹⁴³ En effet, la pratique du droit de la guerre est une pratique collective, unissant toute une pluralité d'agents et d'institutions au sein d'une même « communauté interprétative» (sur cette notion, v. M. WAIBEL, « Interpretive Communities in International Law », in A. BIANCHI, D. PEAT, M. WINDSOR (dir.), *Interpretation in International Law*, Oxford, O.U.P., 2015, pp. 147-165) ou d'un même « champ » (sur cette notion, v. P. BOURDIEU, *Sociologie générale, volume 1. Cours au Collège de France (1981-1983)*, Paris, Raison d'agir/Seuil, coll. « Points Essais », 2015, pp. 351-368 ; P. BOURDIEU, L. WACQUANT, *Réponses. Pour une anthropologie réflexive*, Paris, Seuil, coll. « Libre Examen », 1992, pp. 13-41 ; et, pour une application de ce concept au droit de la guerre, F. MÉGRET, « Thinking about What International Humanitarian Lawyers "Do": an Examination of the Laws of War as a Field of Professional Practice », in W. WERNER, M. DE HOON A. GALÁN (dir.), *The Law of International Lawyers. Reading Martti Koskeniemi*, Cambridge, C.U.P., 2017, pp. 265-296). Or, le champ du droit de la guerre est le lieu d'un conflit entre des agents et des institutions qui défendent des intérêts divergents et qui, par conséquent, ne partagent pas les mêmes représentations du droit de la guerre ni les mêmes interprétations des règles en vigueur. Ce caractère agonistique de la pratique du droit de la guerre est relevé par de nombreux auteurs : v. not. F. MÉGRET, « Thinking about What International Humanitarian Lawyers "Do" », *op. cit.*, not. p. 272 ; D. LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », *L.J.I.L.*, vol. 26, n°2, 2013, pp. 315-349 ; Da. KENNEDY, « War and International Law: Distinguishing Military and Humanitarian Professions », *International Law Studies*, vol. 82, 2007, pp. 3-33 ; E. BENVENISTI, « The Legal Battle to Define the Law on Transnational Asymmetric Warfare », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20, 2010, pp. 339-359. Au gré de cette lutte pour la définition du droit de la guerre, certaines conceptions du droit de la guerre et de ses règles parviennent à s'imposer comme les conceptions véritables, constituant « le droit de la guerre », alors que d'autres se retrouvent décrédibilisées et rejetées au rang de positions minoritaires, voire de curiosités historiques – que l'on pense simplement à la doctrine de la *Kriegsråson*, aujourd'hui largement abandonnée (sur ce point, v. *infra*, Chapitre 8). Le droit de la guerre évolue donc au gré de la lutte pour le droit dont le champ du droit de la guerre est le lieu.

¹⁴⁴ J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, n°1, 1986, pp. 85-105.

¹⁴⁵ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit & société*, vol. 50, n°1, 2002, p. 114.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 108.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 114 (les représentations du droit sont des « *systèmes explicatifs, de portée plus ou moins ambitieuse, destinés à dégager des lignes de force, à mettre au jour des "principes"* », en assurant la mise en cohérence des solutions d'espèce »). Pour une autre définition, plus réductrice, des représentations du droit, v. R. GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », *op. cit.*, pp. 116-118.

informent tout le cadre normatif» et « délimitent le contexte dans lequel les règles (...) doivent être interprétées »¹⁴⁸, ne sont qu'une dimension de la représentation générale du droit de la guerre. De plus, loin de n'être que des constructions théoriques sans influence concrète sur les règles et leur application, les représentations du droit ont une « force agissante » qui contribue à « faire évoluer la réalité juridique »¹⁴⁹. Enfin, de même que les règles juridiques, les représentations du droit de la guerre évoluent au fil de l'histoire et des conflits qui traversent le champ juridique de la guerre. Le droit est en effet une « structure dynamique, toujours en train de se re-composer, re-produire, ré-actualiser »¹⁵⁰.

33. Aux fins de la présente étude, le droit de la guerre renverra donc à *l'ensemble des règles et des représentations produites par opérateurs du droit de la guerre*. Avant de procéder à une nécessaire circonscription du champ de l'investigation, bien trop large en l'état, plusieurs remarques doivent être formulées.

34. Tout d'abord, le fait de ramener le droit à ce qu'il est réellement, à savoir une pratique sociale, pose la question de savoir *qui* participe au « jeu de la pratique juridique »¹⁵¹. À cette question, il est impossible de répondre *in abstracto* pour le droit en général : chaque régime juridique est « opéré » par des agents et des institutions spécifiques, dont l'identité peut d'ailleurs évoluer au cours de l'histoire¹⁵². En ce qui concerne le droit de la guerre, il est

¹⁴⁸ CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, 2009, p. 81. Sur les principes du droit de la guerre, v. également E. WINTER, « Pillars not Principles: The Status of Humanity and Military Necessity in the Law of Armed Conflict », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 25, n°1, 2020, pp. 1-31 ; R. KOLB, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, coll. « Elgar Advanced Introductions », 2014, p. 77.

¹⁴⁹ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*, p. 108. À ce titre, on comprendra aisément qu'il n'est pas la même chose de se représenter le droit administratif comme un droit du service public ou comme un droit de la puissance publique. De même, il n'est pas la même chose de se représenter le droit de la guerre comme un droit fait « *par les guerriers, pour les guerriers* » (S. R. MORRIS, « The Laws of War: Rules by Warriors for Warriors », *The Army Lawyer*, vol. 4, 1997, pp. 4-13, n. trad.) ou bien comme un droit humanitaire, transposant en droit des « préoccupations d'ordre moral » (J. PICTET, « Les principes du droit international humanitaire I », *R.I.C.R.*, vol. 48, n°573, 1966, p. 411) dans le but de protéger les victimes de la guerre.

¹⁵⁰ M. MIAILLE, « La critique du droit », *Droit & Société*, vol. 20-21, 1992, p. 78. L'évolution des représentations du droit de la guerre (et, incidemment, de l'interprétation des règles juridiques) est notamment étudiée de manière particulièrement éclairante dans A. ALEXANDER, « A Short History of International Humanitarian Law », *E.J.I.L.*, vol. 26, n°1, 2015, pp. 109-138. Pour une analyse de l'évolution de l'interprétation des règles juridiques, v. p. ex. N. K. MODIRZADEH, « Folk International Law », *op. cit.*

¹⁵¹ R. GUASTINI, « Le "point de vue" de la science juridique », *op. cit.*, p. 58.

¹⁵² Le champ juridique étant le lieu d'une « concurrence pour le monopole du droit de dire le droit » (P. BOURDIEU, « La force du droit », *op. cit.*, p. 4), ce sont les agents et les institutions du champ qui définissent eux-mêmes, au cours d'un processus agonistique, qui détient le pouvoir socialement reconnu de manipuler le droit, c'est-à-dire qui sont les opérateurs du droit. Si l'identité des opérateurs du droit varie d'un champ à l'autre, il arrive que la recherche théorique s'essaie à des essais à vocation générale : v. p. ex. J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in Y. POIRMEUR, A. BERNARD (dir.), *La Doctrine juridique*, Paris, P.U.F., 1993, pp. 259-282. Sur les opérateurs du droit international, v. . M. KOSKENNIEMI, « Between Commitment and Cynicism. Outline for a Theory of International Law as Practice », in J. D'ASPREMONT, T. GAZZINI, A. NOLLKAEMPER *et al.* (dir.), *International Law as a Profession*, Cambridge, C.U.P., 2017, pp. 38-66 ; A. ZIDAR, « Interpretation and the International Legal Profession: Between Duty and Aspiration », in A. BIANCHI, D. PEAT, M. WINDSOR (dir.), *Interpretation in International Law*, Oxford, O.U.P., 2015, pp. 133-146 ;

généralement admis qu'il est le fruit d'un compromis entre les idéaux humanitaires portés par le CICR et les réalités de la guerre telles que les appareils militaires des États, et en particulier des États occidentaux¹⁵³, les conçoivent¹⁵⁴. Les humanitaires du CICR et les professionnels de la guerre sont, à ce titre, les opérateurs traditionnels du *jus in bello*. Ils participent à la construction de ce régime juridique depuis son émergence dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, notamment au travers de la formulation et de l'interprétation des règles¹⁵⁵. De plus, les professeurs de droit spécialisés dans cette matière comptent également au nombre des opérateurs traditionnels du droit de la guerre. En effet, ceux-ci jouent un rôle déterminant dans la construction de ce régime juridique, notamment au travers de la production de représentations du droit et de l'adaptation des règles aux réalités changeantes de la vie internationale¹⁵⁶. Au fil du temps, de nouveaux opérateurs du droit de la guerre sont apparus (tribunaux pénaux internationaux, organes de protection des droits de l'homme, organisations non-gouvernementales, etc.)¹⁵⁷. Cependant, s'agissant de répondre à une question traditionnelle du droit de la guerre moderne – celle de sa double nécessité et impossibilité –, cette étude s'intéressera principalement à la pratique des opérateurs traditionnels du droit de la guerre (CICR, militaires et professeurs de droit).

35. En second lieu, le fait d'étendre la définition du droit de la guerre de manière à inclure les représentations de ce régime juridique justifie de nommer celui-ci « droit de la guerre » (ou, pour éviter les redondances, « *jus in bello* ») plutôt que « droit des conflits armés » ou « droit international humanitaire ». En effet, sous leur apparence descriptives, ces deux expressions sont deux manières bien distinctes de représenter (et de se représenter) le droit de la guerre – la hiérarchie entre ses principes sous-jacents, son histoire, sa finalité, la

M. WAIBEL, « Interpretive Communities in International Law », *op. cit.* Sur les opérateurs du droit de la guerre, v. not. F. MÉGRET, « Thinking about What International Humanitarian Lawyers "Do" », *op. cit.* 296 ; S. SIVAKUMARAN, « Making and Shaping the Law of Armed Conflict », *Current Legal Problems*, vol. 71, n°1, 2018, pp. 119-160.

¹⁵³ Sur ce point, v. not. F. MÉGRET, « From "Savages" to "Unlawful Combatants": A Postcolonial Look at International Law's "Other" », in A. ORFORD (dir.), *International Law and its Others*, Cambridge, C.U.P., 2006, pp. 265-317.

¹⁵⁴ Sur ce point, v. *infra*, Chapitre 3.

¹⁵⁵ Sur l'articulation entre les « juristes militaires » et les « juristes humanitaires » au sein du champ juridique de la guerre, v. not. D. LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », *op. cit.* ; Da. KENNEDY, « War and International Law: Distinguishing Military and Humanitarian Professions », *op. cit.*

¹⁵⁶ Par conséquent, l'un des déplacements déterminants effectués par cet élargissement de l'étude consiste à voir dans la doctrine juridique, soit l'activité – principalement menée par des professeurs de droit – consistant à rationaliser et à systématiser le droit en vigueur, notamment pour le rendre plus conforme aux nouvelles réalités auxquelles il doit s'appliquer, n'est pas la science du droit, mais une partie de l'objet d'étude que la science du droit doit s'atteler à étudier. Sur l'idée que la doctrine juridique participe à la construction du droit et doit par conséquent faire l'objet d'études de la part de ceux qui prétendent étudier le droit, v. R. GUASTINI, « Le "point de vue" de la science juridique », *op. cit.* ; J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.* ; F. OST, « Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit », *Rechtstheorie*, vol. 17, n°1, pp. 89-110 ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 33-34 et 60-63 ; E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 1, 3, 16, 33-34.

¹⁵⁷ S. SIVAKUMARAN, « Making and Shaping the Law of Armed Conflict », *op. cit.*

méthode d'interprétation de ses règles, etc., jusqu'à sa nature même¹⁵⁸. À ce titre, les militaires auront plutôt tendance à parler de « droit des conflits armés », alors que les humanitaires emploieront davantage l'expression « droit international humanitaire »¹⁵⁹. Ces deux manières de *nommer* le droit de la guerre sont donc en vérité deux manières de *construire* le droit de la guerre¹⁶⁰. L'expression « droit de la guerre », qui peut paraître obsolète¹⁶¹, fut choisie précisément pour cette raison : n'étant préférée ni par les militaires, ni par les humanitaires, elle permet de mettre le monde de la pratique juridique et les clivages qui le traversent à distance afin de porter un regard plus surplombant et moins passionné sur le *jus in bello*.

36. Sur l'utilisation de l'expression « droit de la guerre », deux remarques complémentaires sont de mise. Tout d'abord, cette expression pourrait laisser à penser, comme c'est parfois le cas dans la doctrine francophone¹⁶², que l'investigation porte à la fois sur le droit du recours à la force (*jus ad bellum*) et sur le droit applicable à la conduite de la guerre (*jus in bello*). Or, il n'en est rien : le *jus ad bellum* ne sera étudié que de manière accessoire, dans le seul but d'éclairer l'objet primaire de l'investigation, à savoir le *jus in bello*. Ensuite, le terme « guerre » ayant progressivement disparu du vocabulaire juridique à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale, on pourrait arguer qu'il n'existe techniquement plus aucun régime juridique ayant vocation à s'appliquer à ou dans « la guerre ». Sur le plan du *jus ad bellum*, la Charte des Nations Unies ne réglemente plus le recours à la guerre, comme le faisait par exemple le Pacte de Paris¹⁶³, mais le « *recour[s]* à

¹⁵⁸ Sur ce point, v. not. D. LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », *op. cit.*, pp. 315-349.

¹⁵⁹ À ce titre, David LUBAN rapporte l'anecdote suivante : « [a] military lawyer once joked that at professional meetings you can always tell which are the military lawyers and which the civilians. Military lawyers refer to the laws of war as "LOAC" – law of armed conflict – while civilians from the world of non-governmental organizations call the laws "IHL" – international humanitarian law. "They're in the business of saving lives," he cheerfully explained. "We're in the business of killing" » (*ibid.*, p. 315). Sur la création de l'expression droit international humanitaire et les enjeux suscités par cette nouvelle représentation du droit de la guerre, v. A. ALEXANDER, « A Short History of International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 109-138.

¹⁶⁰ On pourrait dire, avec David KENNEDY, que ces différentes manières d'appeler et de concevoir le droit de la guerre renvoient en dernière analyse à des ensembles normatifs différents (Da. KENNEDY, *Of War and Law*, *op. cit.*, pp. 38-39).

¹⁶¹ E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire. Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, préf. G. DiSTEFANO, R. KOLB, Paris, Pedone, 2016, p. 20, note 2 (qui qualifie l'expression « droit de la guerre » de « *surannée* »).

¹⁶² Dans la doctrine francophone, l'expression « droit de la guerre » désigne parfois l'ensemble des régimes juridiques applicables à la guerre, c'est-à-dire à la fois le *jus ad bellum* et le *jus in bello* (v. p. ex. D. CUMIN, *Le droit de la guerre. Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, 1^{re} éd., vol. 1, Paris, L'Harmattan, coll. « Droit comparé », 2015).

¹⁶³ *Pacte général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale*, adopté à Paris le 27 août 1928, entré en vigueur le 24 juil. 1929, art. 1, n. s. (« [I]es Hautes Parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles ») [ci-après : « Pacte de Paris »].

*la menace ou à l'emploi de la force »¹⁶⁴. Sur le plan du *jus in bello*, les CG de 1949 et les PA de 1977 ne s'appliquent pas seulement en cas de guerre¹⁶⁵, mais « *en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé* »¹⁶⁶. Du fait de ces évolutions sémantico-normatives, certains auteurs estiment que la guerre aurait tout simplement « *cessé d'exister en tant que condition juridique* »¹⁶⁷. Il n'existerait plus qu'un droit applicable au « *recours à la force* » (*jus ad bellum*) et un droit applicable aux « *conflits armés* » (*jus in bello*), mais plus aucun droit applicable à cette chose que l'on nommait autrefois « *la guerre* ». Sans remettre ce constat en question, il semble néanmoins que l'utilisation du terme « *guerre* » a une vertu : elle permet de rappeler que, si les mots ont changé, la chose, elle, est toujours-là. En effet, la guerre n'a pas disparue : les communautés politiques continuent d'employer la violence armée comme moyen de réalisation de leurs fins¹⁶⁸. Sous cet angle, il existe toujours un droit applicable « *dans la guerre* » et, comme l'écrit Yoram Dinstein, penser conjurer la chose en conjurant le mot n'est « *rien d'autre qu'un geste sémantique creux* »¹⁶⁹.*

B. – La circonscription de la compréhension traditionnelle du droit de la guerre : la limitation temporelle et matérielle du champ de l'analyse

37. Si l'objet de la présente investigation est compris dans un sens plus large que la manière dont la recherche spécialisée conçoit habituellement son objet, étant donné que le droit de la guerre est conçu comme une pratique sociale consistant à formuler non seulement

¹⁶⁴ *Charte des Nations Unies*, adopté à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 oct. 1945, art. 2, § 4.

¹⁶⁵ Contrairement par exemple aux Règlements de La Haye de 1899 et de 1907 qui, s'ils ne contenaient aucune disposition relative à leur champ d'application, étaient pensés pour s'appliquer en cas de « *guerre sur terre* », comme il ressort du titre même de ces Règlements : v. *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, annexé à la Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre, adoptée à La Haye le 29 juil. 1899, entrée en vigueur le 4 sept. 1900 [ci-après : « RH 1899 »] ; *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, annexé à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, adoptée à La Haye le 18 oct. 1907, entrée en vigueur le 26 janv. 1910) [ci-après : « RH 1907 »].

¹⁶⁶ CG 1949, art. 2 commun, al. 1er. Le PA I s'applique « *dans les situations prévues par l'article 2 commun* [aux CG de 1949] » (PA I, art. 1, § 3) et aux « *conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* » (PA I, art. 1, § 4). Les CG de 1949 s'appliquent également « *[e]n cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international (...)* » (CG 1949, art. 3 commun), et le PA II, qui complète l'article 3 commun aux CG de 1949 « *sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du [PA I] (...)* » (PA II, art. 1, § 1).

¹⁶⁷ C. GREENWOOD, « *The Concept of War in Modern International Law* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n°2, 1987, p. 287. Dans le même sens, v. E. LAUTERPACHT, « *The Legal Irrelevance of the State of War* », *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 62, 1968, pp. 58-67 ; H. LAUTERPACHT, « *The Limits of the Operation of the Laws of War* », *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953, p. 240 ; N. FEINBERG, *The Legality of a "State of War" After the Cessation of Hostilities Under the Charter of the United Nations and the Covenant of the League of Nations*, Jerusalem, Magnus Press, 1961, p. 4 (« *the legal order established by the United Nations (...) has banished war as a legal institution* ») ; D. SCHINDLER, « *State of War, Belligerency and Armed Conflicts* », in A. CASSESE (dir.), *The New Humanitarian law of Armed Conflict*, vol. 1, préf. P. RUEGGER, Naples, Editorialia Scientifica, 1979, pp. 3-20.

¹⁶⁸ Sur la définition de la guerre, v. *infra*, Chapitre 1, § 122.

¹⁶⁹ Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, 5^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2011, p. 164, n. trad.

des règles, mais également des représentations du droit, l'objet analysé est également plus circonscrit que la compréhension classiquement admise. Deux types de limites, temporelle et matérielle, circonscrivent le champ de l'analyse.

38. Premièrement, l'objet de l'étude est circonscrit sur le plan temporel. À ce titre, l'historiographie traditionnelle considère généralement que le droit de la guerre est un droit intemporel, dont les racines remontent très loin dans l'histoire, parfois même jusqu'à l'Antiquité¹⁷⁰. Or, cette étude ne porte pas sur le droit de la guerre tel qu'il existe depuis la nuit des temps, si tant est qu'un tel droit existe¹⁷¹, mais au droit de la guerre « moderne », c'est-à-dire au régime juridique applicable dans la guerre tel qu'il naît dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle. En effet, si l'idée que la conduite de la guerre est soumise au droit ne date pas de cette époque, il est indéniable que les années 1860 signalent l'émergence d'une nouvelle manière de penser ce droit. À la faveur d'un climat intellectuel européen marqué par la « *foi dans la raison, [dans] la science, dans le progrès et le libéralisme* »¹⁷², des juristes tels que Francis Lieber, Johan C. Bluntschli, Fiodor F. Martens ou Gustave Moynier, premier président du CICR¹⁷³, produisent une nouvelle représentation du droit de la guerre. Se donnant pour mission d'exprimer la « *conscience juridique du monde civilisé* »¹⁷⁴ et, par-delà, les attentes de « *l'opinion publique cosmopolite* »¹⁷⁵, ces juristes disent observer l'émergence d'un « *nouveau droit de la guerre* »¹⁷⁶, se distanciant de ses formulations antérieures par le fait qu'il reflète davantage « *l'esprit d'humanité dont le droit international moderne est pénétré* »¹⁷⁷. Ce constat d'apparence descriptive cache évidemment le fait que

¹⁷⁰ Sur l'histoire du droit de la guerre, v. not. S. C. NEFF, *War and the Law of Nations. A General History*, Cambridge, C.U.P., 2005, pp. 7-275 (sur le droit de la guerre de l'Antiquité à 1919) ; G. BEST, *Humanity in Warfare*, op. cit., pp. 31-215 (sur le droit de la guerre du XVIII^{ème} siècle à 1914) ; A. GILLEPSIE, *A History of the Laws of War*, 2 vol. Oxford/Portland, Hart, 2011, (sur le droit de la guerre de l'Antiquité à nos jours) ; J.-M. MATTEI, *Histoire du droit de la guerre (1700-1819). Introduction à l'histoire du droit international*, 2 vol., préf. P. HAGGEMACHER, Aix-en-Provence, P.U.A.M., coll. « Histoire du droit », 2006, 2 vol. (sur le droit de la guerre du début du XVIII^{ème} siècle à 1819) ; M. H. KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, Londres/New York, Routledge, coll. « Military and Naval History », 1965 (sur le droit de la guerre au bas Moyen Âge).

¹⁷¹ L'idée que le droit de la guerre serait intemporel est un lieu commun de l'historiographie. Il faudrait cependant préciser ce que l'on entend par « droit », tant il est évident que la nature du « droit » applicable dans la guerre d'un auteur comme Hugo GROTIUS, par exemple, est incomensurable à la nature du « droit » applicable dans la guerre tel qu'on l'entend aujourd'hui. En historicisant la composante « droit » dans l'expression « droit de la guerre », on se rendrait probablement compte que le « droit » de la guerre est d'invention très récente. Malheureusement, l'historiographie traditionnelle écrit l'histoire du droit de la guerre sans historiciser la notion de « droit ».

¹⁷² E. J. HOBSBAWM, *L'ère du capital. 1848-1875*, trad. E. DIACON, Paris, Fayard, coll. « Pluriel », 2010 [1975], p. 17.

¹⁷³ Sur l'origine du CICR, la meilleure étude à ce jour demeure celle de J. F. HUTCHINSON, *Champions of Charity. War and the Rise of the Red Cross*, Boulder/Oxford, Westview Press, 1996.

¹⁷⁴ IDI, *Statuts de l'Institut de droit international*, adoptés le 11 septembre 1873, art. 1^{er}, in R.D.I.L.C., vol. 5, 1873, pp. 708-710).

¹⁷⁵ P. KALMANOVITZ, *The Laws of War in International Thought*, Oxford, O.U.P., coll. « The History and Theory of International Law », 2020, p. 137, n. trad.

¹⁷⁶ G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Paris, Joël de Cherbuliez, 1870, p. 1.

¹⁷⁷ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 31.

ce nouveau droit de la guerre n'émerge pas *ex nihilo* : ce sont ces juristes eux-mêmes qui le conçoivent et, ce faisant, le créent. Ce droit nouveau s'articule autour d'une opposition structurante entièrement nouvelle. En effet, le droit de la guerre est désormais pensé comme un régime juridique se situant au croisement des nécessités militaires et des impératifs d'humanité, tout en n'étant réductible ni aux unes, ni aux autres¹⁷⁸. Ce faisant, les juristes du dernier tiers du XIX^{ème} siècle placent le droit de la guerre au confluent de la stratégie militaire et de la morale et organisent ainsi les termes du débat qui oppose, depuis lors, les militaires (experts de la guerre) aux humanitaires (garants de l'ordre moral). Cette « *fracture* »¹⁷⁹ dans la structure interne du droit marque ainsi l'émergence du droit de la guerre dans sa forme distinctivement moderne, dont nous sommes toujours les contemporains. Cette étude portera donc uniquement sur le droit de la guerre tel qu'il émerge à partir des années 1860. Seules les règles et les représentations du droit postérieures à cette date seront étudiées – et si certains écrits analysés sont antérieurs à cette date, ils ne le seront qu'à titre de comparaison ou pour leur portée heuristique.

39. Deuxièmement, l'objet de l'étude est circonscrit sur le plan matériel, c'est-à-dire sur le plan du contenu du droit, qu'il s'agisse des règles ou des représentations dont il se compose. Tout d'abord, cette thèse ne porte pas sur la totalité des règles juridiques du droit de la guerre. Ce régime juridique se compose de quatre catégories de règles :

- i) les règles relatives à la notion de « conflit armé », qui définissent le champ d'application du droit de la guerre ;
- ii) les règles relative à la notion de « combattant », qui définissent les critères à remplir pour qu'une personne puisse légalement participer aux hostilités et commettre des actes de violence ;
- iii) les règles relatives aux moyens et méthodes de guerre, qui définissent l'ensemble des armes, procédés, techniques, tactiques et stratégies que les combattants peuvent légalement employer en temps de guerre ; et

¹⁷⁸ Sur cette évolution, v. P. KALMANOVITZ, *The Laws of War in International Thought*, op. cit., pp. 127-151. Sur cette opposition structurante entre nécessités militaires et impératifs d'humanité et sur la prétention du droit de la guerre à opérer un « compromis » entre ces deux termes, v. *infra*, Chapitre 3.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 141, n. trad.

- iv) les règles relatives à la mise en œuvre du droit de la guerre, qui définissent les procédures pouvant légalement être utilisées pour obtenir le respect du droit de la guerre.

Cette étude portera quasi-exclusivement sur la troisième catégorie de règles, c'est-à-dire sur le droit matériel de la guerre¹⁸⁰. En effet, contrairement aux autres catégories de règles, les règles matérielles du *jus in bello* entretiennent un lien étroit avec les arguments de l'impossibilité et de la nécessité du droit de la guerre. Lorsqu'on prétend que le droit de la guerre est impossible, c'est principalement à ces règles que l'on s'attaque : la guerre étant un moment suspendu où le droit s'efface au profit de l'action effective, les belligérants emploieront les moyens d'action qu'ils jugent nécessaires pour vaincre l'ennemi, nonobstant l'existence de règles les déclarant illégaux. De même, lorsqu'on prétend que le droit de la guerre est nécessaire, on affirme qu'il est nécessaire d'imposer des limites à la violence que les belligérants peuvent légalement employer, ce qui suppose de produire des règles discriminant entre les moyens d'action légaux et les moyens d'action illégaux.

40. De plus, cette thèse s'intéressera surtout au droit matériel de la guerre tel qu'il s'applique aux armées des États. En effet, le projet qui naît dans les années 1860 vise en premier lieu à soumettre au droit les guerres interétatiques. Originellement, le droit de la guerre fut pensé pour les États¹⁸¹, et plus précisément les États européens¹⁸² : ce sont les guerres qu'ils menaient entre eux qu'il s'agissait de soumettre à la discipline juridique. Dès lors, toute la construction traditionnelle du droit de la guerre repose sur un certain rapport à l'État et à la guerre, difficilement transposable aux groupes armés non-étatiques. Ceci explique qu'il existe toujours une différence de nature entre le droit de la guerre tel qu'il s'applique aux États et le droit de la guerre tel qu'il s'applique aux groupes armés non-étatiques¹⁸³. Ainsi, bien que de nombreux développements qui suivent puissent être appliqués par analogie au droit de la guerre tel qu'il s'applique aux groupes armés non-

¹⁸⁰ Ou, pour reprendre la définition de l'objet « droit » formulée ci-dessus, l'étude s'intéressera à la formulation de ces règles par les opérateurs du droit plutôt qu'aux règles elles-mêmes, auxquelles on ne peut accéder qu'au travers de la pratique de formulation dont elles découlent.

¹⁸¹ F. MEGRET, « L'étatisme spécifique du droit international », *Revue québécoise de droit international*, vol. 24, n°1, 2011, pp. 108-112 ; E. BENVENISTI, D. LUSTIG, « Monopolizing War: Codifying the Laws of War to Reassert Governmental Authority, 1856-1874 », *E.J.I.L.*, vol. 31, n°1, 2020, pp. 127-169.

¹⁸² F. MÉGRET, « From "Savages" to "Unlawful Combatants" », *op. cit.*

¹⁸³ A. GODEFROY, « Le fondement de la responsabilité internationale des groupes armés non-étatiques », in O. DE FROUVILLE, S. TOUZE (dir.), *70 ans après l'adoption des Conventions de Genève : le droit international humanitaire confronté à de nouveaux défis ?*, Paris, Pedone, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2022, pp. 143-187.

étatiques, et bien que certains exemples mettent en scène des guerres impliquant de tels groupes, il sera principalement question de la manière dont le droit de la guerre s'applique aux États, que ceux-ci soient engagés dans des conflits armés internationaux (ci-après : « CAI ») ou dans des conflits armés non-internationaux (ci-après : « CANI »). De plus, cette étude porte un intérêt particulier à la manière dont le droit de la guerre s'applique aux États qui prennent (ou, en tous cas, affirment prendre) le droit de la guerre au sérieux¹⁸⁴. À ce titre, on comprendra qu'il n'est pas la même chose de soutenir qu'il est nécessaire ou impossible de soumettre à l'empire du droit l'action d'armées (ou de groupes armés) qui se désintéressent totalement du droit de la guerre, voire le méprisent. Ici, tout l'intérêt de l'étude consiste à montrer que le droit de la guerre est à la fois nécessaire et impossible *même pour les armées hautement disciplinées qui professent ouvertement leur respect pour le droit de la guerre*. Même dans le cas où ces armées disent avoir incorporé le droit de la guerre, celui-ci demeure nécessaire. Et même dans le cas où ces armées disent vouloir respecter le droit, celui-ci demeure impossible.

41. Au-delà des règles, cette étude octroie une place déterminante aux représentations théoriques du *jus in bello*. En effet, c'est principalement au travers de la manière dont les opérateurs du droit (se) représentent conceptuellement le droit de la guerre qu'ils traitent, explicitement ou en creux, de la nécessité ou de l'impossibilité de soumettre la guerre à l'empire du droit. En réalité, il semblerait que toute la pratique théorique de représentation du droit de la guerre tourne autour de cette problématique. Que l'on pense à la représentation du droit de la guerre comme « compromis » entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité ; à la construction du temps de guerre comme paradigme distinct du temps de paix ; à la représentation du droit de la guerre comme « droit d'exception » ou « droit spécial » ; à l'idée que le *jus in bello* est un droit fragile, particulièrement sujet à violation ; à la représentation du droit de la guerre comme voie médiane entre le pacifisme et le militarisme ; à la théorie selon laquelle le droit de la guerre doit être respecté même s'il conduit à la défaite militaire ; à l'affirmation selon laquelle le droit de la guerre est un droit « idéaliste », ou bien à l'idée inverse voulant que le droit de la guerre soit une œuvre « pratique » – toutes ces représentations du droit de la guerre sont connectées, de près ou de loin, à la problématique de la nécessité et de l'impossibilité du droit de la guerre. Ainsi, cette étude fera une large place aux représentations conceptuelles de ce *corpus juris* et portera

¹⁸⁴ Sur ce point, v. *supra*, § 11.

l’analyse sur de nombreux détails de l’argumentation juridique, apparemment anecdotiques car jamais reliés entre eux, qui font rarement l’objet d’analyses approfondies par la recherche spécialisée.

*

42. En conclusion, cette thèse conçoit son objet d’étude, le droit de la guerre moderne, non pas comme un simple ensemble de règles ou de principes applicables à la conduite des belligérants, mais comme une *pratique sociale*. Certes, cette pratique sociale consiste à formuler un ensemble de règles et de représentations, ce qui ne change pas drastiquement la nature de l’objet étudié. Néanmoins, ce léger déplacement revêt une grande importance au regard des questions auxquelles cette étude va s’attacher à répondre. En effet, au-delà de la nécessité et de l’impossibilité d’un encadrement juridique de la guerre, il sera question d’interroger la nécessité et l’impossibilité de *cette pratique elle-même*. Est-il réellement nécessaire, pour nous juristes, d’employer notre énergie à formuler les règles qui s’appliquent, ou devraient s’appliquer, dans la guerre ? Le désastre poindrait-il réellement à l’horizon si la guerre était menée en l’absence de droit et de juristes pour en porter la voix ? Et, si une réponse positive à cette question s’imposait, alors quel droit le droit de la guerre devrait-il être ? Quelles règles, quelles représentations faudrait-il chercher à imposer pour sauver l’humanité du désastre annoncé ? Pour autant, aussi désirable soit-elle, cette entreprise est-elle seulement réalisable ? La guerre n’impose-t-elle pas sa logique inexorable aux combattants, comme le prétendent certains ? Et n’existe-t-il pas des cas où les enjeux vitaux charriés par la guerre transcendent l’impératif de respecter le droit ? Le droit peut-il être cet absolu, cette méta-valeur dont rêvent parfois les juristes ? Cette étude vise donc à porter un regard critique non pas simplement sur le droit, mais sur la pratique juridique elle-même – l’un et l’autre étant, en réalité, indissociables.

§ II. – La perspective épistémologique de l’étude : une analyse critique du droit

43. Dans la littérature spécialisée, les arguments de la nécessité et de l’impossibilité du droit de la guerre revêtent un statut ambivalent. D’un côté, les juristes font systématiquement référence à l’idée que le droit de la guerre se heurterait à une impossibilité radicale, et répondent à cette objection à l’aide d’arguments plus ou moins convaincants, dont celui de

la nécessité d'un encadrement juridique de la guerre¹⁸⁵. Mais d'un autre côté, malgré l'omniprésence de cette thématique, aucune étude substantielle n'a jamais été spécifiquement dédiée à l'analyse et à la vérification de ces deux arguments¹⁸⁶. La thématique de la nécessité/impossibilité du droit de la guerre semble donc à la fois fondamentale, du fait de son omniprésence dans la littérature spécialisée, et secondaire, du fait de l'absence d'études explorant celle-ci de fond en comble.

44. Cette ambivalence de la littérature peut s'expliquer par la *perspective épistémologique*, c'est-à-dire le rapport au savoir¹⁸⁷, que la recherche juridique traditionnelle entretient avec son objet d'étude – le droit de la guerre. La quasi-totalité de la recherche spécialisée dans ce champ s'inscrit dans une démarche de recherche doctrinale ou dogmatique, consistant à systématiser et à rationaliser le droit en vigueur¹⁸⁸. Comme le relève Frédéric Mégret, la pratique dominante de la recherche en droit de la guerre se définit comme une « *entreprise pragmatique* »¹⁸⁹, qui se place davantage dans l'ordre de l'action pratique que de la réflexion théorique : il s'agit de *faire le droit* plutôt que de *penser le droit*¹⁹⁰. En effet, la recherche se donne pour objet quasi-exclusif d'adapter le droit aux faits, de manière à garantir sa pertinence dans un monde en perpétuel changement. À ce titre, la littérature relative aux « défis » du droit de la guerre est devenue un genre à part entière, et probablement l'exercice académique par excellence. Du fait de cette posture épistémologique, tournée vers des questions pratiques, la recherche spécialisée demeure « *relativement peu perturbée par les questions fondamentales* »¹⁹¹.

45. De plus, une partie de la recherche juridique entretient avec le droit de la guerre un rapport intime qui la dissuade d'en questionner les fondements mêmes. Ceci semble particulièrement vrai pour celles et ceux qui embrassent l'idéal humanitaire de diminution de la souffrance humaine, lesquels investissent dans le « droit international humanitaire » une charge émotionnelle très forte – rappelons qu'ils considèrent le droit de la guerre comme

¹⁸⁵ Sur ces arguments, v. *supra*, §§ 17-25.

¹⁸⁶ Cette question se trouve néanmoins au cœur de plusieurs écrits d'Henri MEYROWITZ : v. not. H. MEYROWITZ, « Le fondement du droit de la guerre », *op. cit.*, pp. 419-431 ; H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.* ; H. MEYROWITZ, « De la réalité du droit de la guerre », *Revue de Défense Nationale*, n°321, 1973, p. 99-116.

¹⁸⁷ L'épistémologie peut être définie comme la discipline théorique portant sur les conditions de possibilité d'une science particulière. Ici, ce terme est utilisé dans un sens plus lâche, pour se référer au rapport que la recherche dédiée à l'analyse d'un objet d'étude particulier entretient à son objet d'étude.

¹⁸⁸ Sur la définition de l'approche doctrinale du droit, v. littérature citée *supra*, note 156.

¹⁸⁹ F. MÉGRET, « Theorizing the Laws of War », *op. cit.*, p. 762, n. trad.

¹⁹⁰ Sur cette distinction, v. T. SCHULTZ, « Doing Law and Thinking about Law », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, n°2, 2013, pp. 217-218 ; A. BIANCHI, *International Law Theories*, *op. cit.*, pp. 5-9.

¹⁹¹ F. MÉGRET, « Theorizing the Laws of War », *op. cit.*, p. 762, n. trad.

un « *artefact d'une nécessité vitale pour la conservation de la nature humaine de l'humanité* »¹⁹². Or, si le droit de la guerre est effectivement une « *stratégie pour la sauvegarde de l'humanité* »¹⁹³, ceci ne justifie-t-il pas de se placer dans l'ordre de l'action et, plutôt que de se perdre en vaines réflexions théoriques, d'agir afin que le droit de la guerre soit davantage compris, respecté et mis en œuvre ?¹⁹⁴ Et pourquoi faire porter l'investigation de la recherche sur des thèmes – dont celui de l'impossibilité conceptuelle du droit de la guerre – dont les conclusions pourraient menacer l'édifice tout entier ?

46. Ainsi, la recherche traditionnelle n'instaure pas avec le droit de la guerre une distance telle qu'elle permettrait d'en interroger les conditions de possibilité. Celle-ci cherche à agir sur le droit, à le rendre plus performant, plus adaptés aux défis contemporains¹⁹⁵, plutôt qu'à en penser les fondements. À l'inverse de ce courant dominant, la présente étude s'attachera, précisément, à penser les conditions de possibilité et de désirabilité d'un « droit dans la guerre ». Ceci suppose d'adopter une perspective épistémologique spécifique, distincte de celle de la recherche doctrinale. Cette perspective épistémologique est celle d'une analyse critique¹⁹⁶. Deux éléments permettent de la définir.

47. Premièrement, l'analyse critique se définit par le fait qu'elle « *ne se satisfait pas de la seule contemplation du réel tel qu'il se donne à voir, mais (...) postule [au contraire] que*

¹⁹² H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 379.

¹⁹³ H. MEYROWITZ, « Le fondement du droit de la guerre », *op. cit.*, p. 430.

¹⁹⁴ Cette manière d'appréhender le droit de la guerre est parfaitement relayée par Michael N. SCHMITT, dans un geste typique de la recherche traditionnelle. L'auteur conclut un article, dans lequel il s'inquiète des violations du droit de la guerre commises au cours des guerres d'Ukraine et de Gaza, par les propos suivants : « *While none of the threats to IHL outlined above are new, their confluence into major conflicts (...) is especially worrisome. This reality suggests the old adage, "Problems I got, solutions I need"* » (M. N. SCHMITT, « Year Ahead », *op. cit.*). Ainsi, plutôt que de questionner le droit de la guerre en profondeur (sa nécessité, son impossibilité ?), Schmitt rappelle qu'il faut *croire* dans le droit de la guerre et propose une voie d'action tournée vers la pratique concrète et la mise en œuvre du droit : « *Frankly, I don't have a solution. Nevertheless, I believe a genuine commitment to IHL always demands self-awareness. Are we actively disseminating the law to counter those who ignore it? Are we fairly balancing humanitarian and military considerations when applying IHL in concrete situations? Are we honest with ourselves and others regarding what is lex lata and what is not? Do we wait until the facts are reasonably clear before proffering definitive conclusions about compliance? Do our biases impede objective analysis of how IHL applies? I admit failing on several counts (...). But I'll bet many readers have failed at times, too. So, as I look ahead to 2024, I urge members of the IHL community to commit to greater self-awareness in the pursuit of the objective understanding of a body of law that is literally a matter of life and death* » (*ibid.*). Dans les temps troublés que nous connaissons, la présente étude se propose d'emprunter le chemin inverse : pratiquer l'*époque*, en suspendant la croyance dans la valeur intrinsèque du droit de la guerre pour en questionner les fondements mêmes.

¹⁹⁵ Sur cette dimension de la recherche doctrinale, qui s'applique *mutatis mutandis* à la recherche spécialisée dans le *jus in bello*, v. P. AMSELIK, « La part de la science dans l'activité des juristes », *op. cit.*, p. 18-19.

¹⁹⁶ Précisons d'emblée que le qualificatif « critique » ne revêt pas la même signification que dans le langage commun, où ce terme est synonyme de jugement défavorable ou dépréciatif. Dans le langage courant, porter un regard critique sur une chose revient à la mettre en accusation, à en dénoncer les imperfections. Si l'analyse critique se résumait à cela, alors la recherche juridique, même doctrinale, serait par définition critique : une part non-négligeable de son activité consiste en effet à critiquer la manière dont le droit est formulé, interprété ou appliqué. Dans le cadre de cette étude, l'analyse critique se réfère plutôt à une certaine *disposition d'esprit*, à un certain rapport du sujet de l'étude vis-à-vis de son objet d'étude.

*la Réalité est plus que l'expérience immédiate que nous pouvons en avoir »¹⁹⁷. En d'autres termes, la pensée critique est avant tout une disposition d'esprit idéaliste (au sens philosophique, platonicien du terme), qui refuse de réduire le réel à son apparence et qui cherche à révéler le réel au-delà de son apparence. Dès lors, adopter une perspective critique sur un objet revient à s'intéresser non pas à telle ou telle de ses manifestations concrètes, mais à mettre en évidence l'édifice invisible qui comprend, organise et structure l'ensemble du réel. Ainsi, partant du principe que le réel est toujours plus subtil que ce que son apparence donne à voir, la pensée critique s'attache à rendre présente la « *structure profonde* »¹⁹⁸ qui agence, structure et organise le réel.*

48. Formulée à un tel degré de généralité, cette disposition d'esprit peut signifier des choses bien différentes en fonction de l'objet d'étude sur laquelle elle porte. Pour ce qui nous concerne, cette disposition d'esprit fut celle qui nous poussa à aller au-delà des discours superficiels sur le rapport prétendument ambivalent du droit à la guerre. Le droit de la guerre serait fondamentalement impossible pour les uns, absolument nécessaire pour les autres : qu'en est-il réellement ? De plus, cette disposition d'esprit fut celle qui nous permit de mettre le droit de la guerre à distance afin d'en interroger les fondements mêmes. En effet, la pensée critique invite à adopter un autre point de vue que celui de la recherche dominante : plutôt que de voir le droit de la guerre comme un ensemble de règles et de principes, elle permet d'appréhender le droit de la guerre « *dans la totalité de son existence* », comme un objet intégré « *dans un univers plus vaste, plus complet, qui est celui d'autres objets et surtout d'autres relations avec des événements apparemment indépendants (...) et sans lequel pourtant on ne peut réellement le comprendre* »¹⁹⁹. L'analyse critique invite donc à voir dans le droit de la guerre un projet historique total, qu'il s'agit non pas de rendre plus performant et plus adapté, mais de mettre à nu afin d'en révéler la structure profonde et, éventuellement, les contradictions internes. Par cette analyse critique, nous espérons donc contribuer à l'émergence d'une compréhension plus éclairée de ce qu'est, au fond, le droit de la guerre.

49. Deuxièmement, l'analyse critique se définit par le fait qu'elle permet de mesurer dans toute son étendue la contingence du réel. En effet, la pensée critique est dialectique, puisqu'elle part du postulat que « *le réel ne maintient les conditions de son existence que*

¹⁹⁷ M. MIAILLE, « La critique du droit », *op. cit.*, p. 73.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 74.

¹⁹⁹ M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, coll. « Textes à l'appui », 1976, p. 19.

dans une lutte, qu'elle soit consciente ou inconsciente »²⁰⁰. En d'autres termes, le réel est le produit du monde social et des antagonismes qui le traversent, de sorte que l'existant pourrait bien ne pas être, ou être autrement que ce qu'il est – le réel n'est tel que parce qu'il fut conquis au détriment d'autres possibles alternatifs²⁰¹. Dès lors, si le réel n'existe que comme un objet dynamique, toujours sujet à recomposition, alors cela signifie que le droit ne peut, au même titre que tout autre objet social, qu'être analysé « *dans son mouvement interne* »²⁰² : le droit naît de la pratique agonistique, et donc conflictuelle, d'agents et d'institutions défendant des intérêts divergents et des valeurs opposées²⁰³. Cette dimension de l'analyse critique permet de mettre en évidence les motivations et les implications politiques de telle interprétation des règles ou de telle représentation du droit.

50. Ce faisant, l'analyse critique permet de rouvrir le champ des possibles : elle réinstaure la possibilité que les choses soient autrement que ce qu'elles sont. Loin de n'être qu'une entreprise théorique, l'analyse critique replace donc l'action – mais une action consciente de la totalité des enjeux – en son centre. Elle permet ainsi à chacun de se situer par rapport à l'agencement actuel de la réalité²⁰⁴. En ce sens, l'une des prétentions de cette étude est de contribuer à poser les fondements théoriques sans lesquelles il semble impossible de *juger* le droit de la guerre – qu'il s'agisse du projet général visant à soumettre la guerre à l'empire du droit, ou bien de juger telle règle ou représentation du *jus in bello*. Nous espérons donc que cette étude contribuera à poser les bases d'un débat dont la question centrale serait la suivante : que faire du droit de la guerre ?

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ P. BOURDIEU, « Esprit d'État. Genèse et structure du champ bureaucratique », in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994, p. 107 (« *il n'est sans doute pas d'instrument de rupture plus puissant que la reconstruction de la genèse : en faisant resurgir les conflits et les confrontations des premiers commencements et, du même coup, les possibles écartés, elle réactualise la possibilité qu'il en ait été (et qu'il en soit) autrement et, à travers cette utopie pratique, remet en question le possible qui, entre tous les autres, s'est trouvé réalisé* »).

²⁰² M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 20.

²⁰³ Sur ce point, v. *supra*, note 143.

²⁰⁴ M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, op. cit., pp. 20-21 (« [e]n réfléchissant sur les conditions et les effets de son existence dans la vie sociale, la théorie retrouve son lien avec la pratique, c'est-à-dire avec le monde social existant. (...) Une étude du droit dans le sens que nous venons d'indiquer dépasse alors le recensement, la classification et la connaissance du fonctionnement des diverses notions juridiques, des institutions et des mécanismes du droit. Le monde juridique ne peut alors être véritablement connu, c'est-à-dire compris, que par rapport à tout ce qui en a permis l'existence et dans son devenir possible. Ce type d'analyse désenclave l'étude du droit de son isolement, le projette dans le monde réel où il trouve sa place et sa raison d'être, et, le liant à tous les autres phénomènes de société, devient justiciable de la même histoire sociale »).

§ III. – *Précisions sur la méthode de l'étude*

51. Sur le plan méthodologique, interroger le droit de la guerre sous l'angle de sa double nécessité et impossibilité suppose de se livrer à une analyse régressive du discours juridique²⁰⁵. Martti Koskenniemi définit l'analyse régressive comme une forme d'étude du discours consistant à « *argumenter "à rebours"* »²⁰⁶, c'est-à-dire à remonter aux présupposés qui fondent le discours, qui le rendent possible et qui garantissent sa cohérence²⁰⁷. Cette méthode consiste, en d'autres termes, à partir des énoncés discursifs des opérateurs du droit pour identifier les conditions implicites sur lesquelles ils reposent et sans lesquelles ils n'auraient pas le caractère évident qu'on leur reconnaît. Appliquée à la présente recherche, cette méthode consiste donc à identifier les conditions profondes qui soutiennent les arguments de l'impossibilité et de la nécessité du droit de la guerre. Les partisans du droit de la guerre affirment que l'encadrement juridique de la guerre est nécessaire pour éviter la descente de l'humanité aux enfers. Inversement, les détracteurs du *jus in bello* prétendent qu'une telle entreprise est vouée à l'échec, la guerre constituant un phénomène hermétique au droit. Que présupposent de telles affirmations ? Sur quelles croyances, sur quels postulats, sur quels constats reposent-elles ? Ces croyances, ces postulats et ces constats sont-ils fondés ?

52. Ainsi, tout en partant d'énoncés discursifs qui appartiennent bien à l'univers du droit de la guerre, cette méthode nous conduira nécessairement hors des sentiers du *jus in bello*, et parfois même hors des sentiers du droit. En effet, force est de constater que les arguments de la nécessité et de l'impossibilité du droit de la guerre reposent sur des postulats qui se trouvent hors du droit de la guerre – ce qui peut d'ailleurs expliquer que la thématique de la nécessité et de l'impossibilité du *jus in bello* ne soit jamais étudiée en elle-même. Par exemple, l'idée que le droit de la guerre est nécessaire pour sauver l'humanité de la barbarie presuppose l'idée que, en l'absence de droit, les combattants se conduiront d'une manière barbare, c'est-à-dire immorale. L'argument de la nécessité du droit de la guerre repose donc

²⁰⁵ Je remercie le Pr. Olivier Corten pour m'avoir poussé à rendre cette méthode plus explicite qu'elle ne l'était, ainsi que le Pr. Sébastien Touzé pour ses conseils précieux sur cet aspect.

²⁰⁶ M. KOSKENNIELI, *From Apology to Utopia*, op. cit.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 6 (« [t]he approach followed here is one of "regressive analysis". I shall attempt to investigate discourse about international law by arguing back to the existence of certain conditions without which this discourse could not possess the kind of self-evidence for professional lawyers which it has. In other words, I shall argue, as it were, "backwards" from explicit arguments to their "deep-structure", the assumptions within which the problems which modern lawyers face, either in theory or in doctrine, are constituted »).

sur une hypothèse relative à la nature de l'action militaire et au rapport que celle-ci entretient à l'ordre moral. Dès lors, la vérification de l'argument de la nécessité du droit de la guerre exige forcément de mettre un pied dans des domaines disciplinaires étrangers au droit – en l'occurrence, la stratégie militaire et la philosophie morale.

53. Au fil de l'analyse régressive qui suit, nous serons donc conduits à balayer de nombreux champs disciplinaires, bien au-delà du seul droit de la guerre. Il s'agira principalement de la sociologie de l'action, de la sociologie de la violence, de la stratégie militaire, de l'histoire, de la philosophie morale, de la théorie du droit, du droit international public, du *jus ad bellum*, du droit constitutionnel et de la philosophie politique. Cette étude recourt donc à une littérature, à des outils conceptuels, à des analyses et à des démonstrations qui ne relèvent pas de l'analyse juridique *stricto sensu*, mais dont la *finalité*, elle, est bien juridique : il s'agit d'éclairer le droit de la guerre moderne d'un jour nouveau. Par ailleurs, les champs disciplinaires balayés par cette thèse ne peuvent être indiqués *a priori*, comme s'ils s'enchaînaient selon une logique donnée par avance. En effet, l'étude de ces champs disciplinaires est commandée par l'analyse régressive qui sert de méthode à ce travail : les concepts, notions, analyses et démonstrations d'autres champs disciplinaires ne sont pas empruntés pour le plaisir intellectuel de la découverte, mais uniquement parce qu'ils permettent de faire avancer l'analyse en éclairant tel ou tel présupposé à l'œuvre dans le discours juridique.

54. Notons enfin que, si une large ouverture disciplinaire est nécessaire afin de se hisser à la hauteur de la problématique de recherche, elle présente un désavantage. En effet, il est souvent impossible de balayer l'ensemble de la littérature de l'ensemble de ces champs disciplinaires, même sur des points relativement spécifiques et circonscrits. Il est donc possible qu'au regard des spécialistes des domaines concernés, certains développements soient jugés trop peu nuancés ou trop simplificateurs, car non-représentatifs de la pluralité des points de vue en circulation dans chacun de ces champs. Il est néanmoins à espérer que nous soyons parvenus à nous insérer assez profondément dans chacune de ces disciplines pour appuyer nos démonstrations sur des éléments suffisamment solides. À chaque fois, les concepts, notions ou développements empruntés à d'autres champs sont expliqués en détails, à la fois pour permettre aux lecteurs non-familiers de comprendre les enjeux de la démonstration et de mettre l'ensemble des lecteurs en mesure de saisir les options théoriques retenues.

§ IV. – Précisions sur la thèse de l'étude

55. Partant du constat que le droit de la guerre était pris dans une tension entre, d'une part, un courant de pensée critique qui en dénonçait l'impossibilité et, d'autre part, un courant de pensée apologétique qui en défendait la nécessité, cette étude s'est donnée pour but de vérifier la véracité de ces deux arguments²⁰⁸. Or, ces deux arguments se situent sur des plans distincts. L'argument de l'impossibilité du droit de la guerre se situe sur un terrain empirique : affirmer que le droit de la guerre est impossible signifie que la guerre *ne peut pas* être soumise au droit. Il s'agit donc d'une question de fait. Inversement, l'argument de la nécessité du droit de la guerre se situe sur un terrain normatif : les défenseurs du droit de la guerre estiment que la guerre *doit être* soumise au droit. Il s'agit donc d'une question de valeur.

56. Or, dans la pratique discursive des opérateurs du droit, le plan empirique de la faisabilité du droit de la guerre est systématiquement confondu avec le plan axiologique de sa désirabilité. D'une part, ceux qui estiment que l'œuvre humanitaire entreprise par Henry Dunant *doit* être perpétuée en vue de réduire les maux engendrés par la guerre partent forcément du présupposé que le droit de la guerre est possible, que la guerre *peut* être soumise au droit. Autrement, s'ils reconnaissaient *ab initio* l'impossibilité d'un tel projet, ils n'auraient aucune raison d'œuvrer en vue de sa réalisation effective – autant poursuivre une chimère. D'autre part, ceux qui affirment que le droit de la guerre est impossible, que la guerre *ne peut pas* être soumise au droit, n'auraient aucune raison profonde de formuler cet argument s'ils n'estimaient pas également que la guerre *ne doit pas* être soumise au droit. Et en effet, tout en présentant leur argument sous une forme purement empirique (« la guerre est un phénomène hermétique au droit »), officiers militaires et militants pacifistes portent en réalité sur le droit de la guerre un jugement de valeur : ils considèrent qu'il s'agit d'un projet indésirable, soit parce qu'il entrave inutilement l'action guerrière (militaires), soit parce qu'il fait obstacle à l'abolition de la guerre (pacifistes).

57. Il est donc nécessaire de préciser le niveau de discours auquel cette étude se situe. À l'origine, cette thèse se voulait être une pure vérification empirique d'arguments en

²⁰⁸ Je remercie le Pr. Olivier Corten pour ses observations critiques sur ce point, qui m'ont poussé à rendre explicite une chose qui ne l'était pas dans le manuscrit initial.

circulation dans le discours juridique. Il s'agissait, en d'autres termes, de tester le bien-fondé de ces arguments en cherchant à comprendre, d'une part, si le droit de la guerre était effectivement nécessaire pour prévenir la commission d'atrocités, et d'autre part, si le droit de la guerre était réellement impossible, la guerre échappant à l'empire du droit et des normes. Or, au fil de nos recherches, la conviction a fini par se mêler à l'analyse. Ce qui se voulait initialement n'être qu'une vérification distante de la véracité d'arguments proférés dans le champ juridique est devenu une démonstration, impliquant d'une certaine manière le chercheur dans l'objet étudié. Il nous est apparu qu'il n'était pas simplement *exact* d'affirmer que le droit de la guerre est nécessaire pour prévenir les conséquences néfastes du libre déploiement de la rationalité militaire : cette entreprise a fini par apparaître *désirable* à nos yeux. De même, nous avons fini par juger qu'il n'était pas seulement *vrai* de dire que, à un niveau fondamental, le droit de la guerre se heurtait à une impossibilité conceptuelle : nous avons fini par voir dans le droit de la guerre un projet qui, sous un certain angle, pouvait devenir *indésirable*. Par conséquent, il arrive que certains développements qui suivent glissent d'un niveau de discours descriptif, prétendant décrire la manière dont les choses sont, à un niveau de discours prescriptif, indiquant la manière dont les choses devraient être pour se conformer à certaines valeurs. Ces passages d'un niveau de discours à un autre ont été indiqués dans le corps du texte.

§ V. – Annonce et justification du plan

58. Logiquement, l'étude de la double nécessité et impossibilité du droit de la guerre suppose une opération en deux temps : l'une s'attachant à identifier et à vérifier les postulats sous-jacents à l'idée selon laquelle le droit de la guerre constituerait « *un artefact d'une nécessité vitale pour la conservation de la nature humaine de l'humanité* »²⁰⁹, l'autre recourant à la même méthode pour tester l'idée selon laquelle la guerre serait « *une négation du droit* »²¹⁰. Or, ces deux assertions étant formulées en miroir l'une de l'autre depuis l'émergence du droit de la guerre moderne dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, il se pourrait bien que l'ordre de la démonstration soit indifférent : on pourrait *d'abord* s'attaquer à l'argument de l'impossibilité du droit de la guerre, *puis* à celui de nécessité, ou

²⁰⁹ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 379.

²¹⁰ O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, *op. cit.*, p. 7, n. trad.

inversement. Néanmoins, l'ordre de présentation de l'argument n'est pas indifférent. En effet, commencer par explorer l'argument de l'impossibilité du droit de la guerre pourrait, le cas échéant, laisser sous-entendre qu'il n'y a rien à en attendre, et qu'il est dès lors inutile de démontrer sa nécessité. Or, il n'est pas dans l'intention de l'auteur de provoquer ce sentiment ; c'est même globalement l'inverse. La démonstration opérera donc comme suit : nous commencerons par exposer les raisons profondes qui font que le droit de la guerre constitue une entreprise absolument nécessaire (**Première partie**), avant de *relativiser* – et non de *nier* – la portée de cette affirmation, en démontrant que, à un niveau fondamental, le droit de la guerre se heurte à une impossibilité conceptuelle (**Deuxième partie**).

PREMIERE PARTIE. – LA NÉCESSITÉ DU DROIT DE LA GUERRE

59. Si l'on suit Henri Meyrowitz, un éminent défenseur du droit de la guerre, la nécessité de ce régime juridique deviendrait évidente pour quiconque prendrait la peine de « *se représenter ce que seraient les guerres – et ce que serait l'humanité – si elles étaient menées en l'absence des règles qui constituent le jus in bello* »²¹¹. La nécessité du droit de la guerre ne lui serait donc pas immanente ; elle n'apparaîtrait qu'à la condition que l'on détourne le regard du droit pour le porter sur la manière dont les combattants se comportent en fait²¹². Dès lors, interroger la nécessité du droit de la guerre supposerait de mettre l'action militaire à nu, afin de se figurer ce que serait une guerre menée « hors du droit », soit une guerre dans laquelle les combattants seraient absolument libres d'agir comme ils l'entendent²¹³.

60. Suivant les lignes tracées par Henri Meyrowitz, nous quitterons l'espace d'un instant le monde du droit pour pénétrer celui des faits, dans le but de saisir la rationalité de l'action militaire, c'est-à-dire la logique fondamentale qui gouverne l'action militaire. Il apparaîtra alors clairement que la guerre est « *une chose trop grave pour la confier à des militaires* », pour reprendre, en leur prêtant un sens qu'ils n'ont pas²¹⁴, les mots de Georges Clémenceau.

²¹¹ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 377. Malheureusement, Meyrowitz ne se livre pas à un tel exercice de pensée. V. également P. ALLOTT, « Law and War: A Sinister Partnership », *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 99, 2005, p. 203 (« [a] simple thought-experiment is to imagine the world without the ICRC and without the Geneva Conventions. An awful thought. (...) [T]he ICRC and the Geneva Conventions have been essential and invaluable and beyond praise »).

²¹² L'analyse portera sur les principes qui régissent l'action des combattants en temps de guerre. Le terme « combattants » est ici employé dans son sens commun, et non dans le sens que lui octroie le droit de la guerre pour désigner les personnes qui jouissent du privilège du combattant, c'est-à-dire d'une immunité pour les actes de violence légaux (sur ce point, v. N. BERMAN, « Privileging Combat », *op. cit.*, pp. 1-71). De plus, le terme « combattant » renvoie principalement aux *soldats*, c'est-à-dire à ceux auxquels la communauté politique confère la mission de défendre la société par les armes, tout en n'oubliant pas que les soldats sont généralement soumis au pouvoir politique et que les *décideurs politiques* peuvent également jouer un rôle dans la conduite de la guerre (sur la division du travail guerrier et la distinction entre le rôle du soldat et le rôle du décideur politique, v. *infra*, Chapitre 1, §§ 137-146). Dans le cas où les communautés politiques sont organisées en « États », étudier les principes d'action des combattants revient à étudier la manière dont agit l'armée, soit l'organe compétent pour assurer la défense de la société. En tant qu'il s'applique à des communautés politiques organisées en États, c'est d'ailleurs aux armées que le droit de la guerre s'adresse en premier lieu (en ce sens, v. R. KOLB, « Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 37, 1999, p. 95 : « [c]est à un organe particulier de l'État, son armée, ayant une fonction fort exceptionnelle et pour régir la situation spéciale du combat, que le droit international humanitaire déploie ses impératifs »).

²¹³ La « liberté » dont il est question ici est évidemment la liberté négative, c'est-à-dire la possibilité d'agir sans pouvoir être contraint ou empêché par les autres (I. BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford, O.U.P., 1969, pp. 118-172).

²¹⁴ Pour François GERE, cette phrase de Clémenceau doit être comprise comme une confirmation du célèbre aphorisme clausewitzien selon lequel « la guerre est la continuation de la politique par d'autres moyens ». Contre ceux qui estiment que la politique doit être soumise à la guerre et donc à l'appareil militaire, Clémenceau réaffirme que dans la relation entre guerre et politique, c'est le politique qui domine (v. F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, Paris, Larousse, coll. « Les référents », 2000, entrée « politique »).

En effet, la rationalité militaire n'est qu'une déclinaison, dans cette sphère d'activité particulière qu'est l'activité guerrière, de la rationalité instrumentale, c'est-à-dire de l'action centrée sur une recherche et l'emploi de moyens efficaces pour atteindre des fins. Or, force est de constater qu'un tel mode d'action, laissé libre de se déployer selon sa propre logique, menace effectivement de donner lieu à l'emploi d'une violence immorale (**Titre 1**). L'encadrement de l'action militaire par la voie formelle du droit apparaît ainsi effectivement comme une nécessité pour garantir la survie d'un ordre moral dans la guerre (**Titre 2**).

TITRE 1. – L’EMPLOI D’UNE VIOLENCE IMMORALE, CONSEQUENCE POTENTIELLE DU LIBRE DEPLOIEMENT DE LA RATIONALITE MILITAIRE

61. Pour l’œil non averti, la guerre peut apparaître comme « *un phénomène chaotique, sans aucun semblant d’ordre* »²¹⁵. En effet, la guerre, synonyme d’une rupture de l’ordre, est souvent perçue et décrite comme un déchaînement de la violence tous azimuts, ne suivant aucune ligne directrice prédefinie : le domaine de la guerre, ce serait celui de la violence aveugle, du désordre et du chaos. Pourtant, quiconque se donne la peine d’ouvrir cette « boîte noire » se rend compte que, malgré le brouillard de guerre et l’incertitude qui caractérisent la guerre en général, l’action des combattants ne relève généralement pas de la « *perte de contrôle* »²¹⁶, ni de la « *violence brute* »²¹⁷ : elle se présente au contraire « *comme une forme d’emploi rationnel, en tout cas rationalisé, socialement organisé et discipliné de la violence* »²¹⁸. L’action guerrière opère donc à partir d’une certaine rationalité, d’une certaine logique qui confère de l’ordre et du sens à son action et, par-delà, à la guerre elle-même. Comprendre les ressorts de la « rationalité militaire » constitue ainsi une étape essentielle pour permettre de se figurer ce à quoi pourrait bien ressembler une guerre se déroulant en l’absence de toute contrainte juridique – et, en miroir, pour comprendre pourquoi le droit de la guerre est nécessaire.

62. Dans ce premier titre, l’investigation portera sur « l’objet » du droit de la guerre, c’est-à-dire sur « *la matière [que le droit de la guerre] "travaille", qu'il régit* »²¹⁹. Il convient donc d’explorer ce qui se trouve « en-deçà » du droit de la guerre, d’éclairer et de

²¹⁵ D. THÜRER, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 61-62, n. trad. Dans le même sens, v. S. MALESEVIC, *The Sociology of War and Violence*, Cambridge, C.U.P., 2010, p. 89 (la « *popular perception* » de la guerre est celle d’un phénomène « *chaotic* »).

²¹⁶ D. THÜRER, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 62, n. trad.

²¹⁷ H. MEYROWITZ, « De la réalité du droit de la guerre », *op. cit.*, p. 101.

²¹⁸ Ibid. V. ég. G. BOUTHOUL, *Traité de polémologie. Sociologie des guerres*, Paris, Payot, coll. « Bibliothèque Scientifique Payot », 1991, p. 37, cité in C.-P. DAVID, O. SCHMITT, *La guerre et la paix. Approches et enjeux de la sécurité et de la stratégie*, 4^{ème} éd., Paris, Presses de Sciences Po, 2020, p. 49 (la guerre a pour « *caractéristique essentielle d’être méthodique et organisée quant aux groupes qui la font et à la manière dont ils la mènent* ») ; M. HOWARD, « *Temperamenta Belli* », *op. cit.*, p. 1 (« *[w]ar, at least as the term has been understood in western societies since the Middle Ages, is not the condition of generalized and random violence pictured by Thomas Hobbes as "the state of nature". It is on the contrary a highly social activity – and activity indeed which demands from the groups which engage in it a unique intensity of societal organization and control* ») ; D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, vol. 2, *op. cit.*, p. 506 (« *[l]a belligérance est l'une des activités humaines qui exige le plus d'organisation* »).

²¹⁹ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 395.

comprendre la nature et la logique de l'action humaine qu'il a pour fonction d'encadrer. Une telle investigation, qui ne relève pas à proprement parler de la science juridique mais de la sociologie, est motivée par des considérations méthodologiques. Le droit de la guerre n'est pas nécessaire en soi, c'est-à-dire en lui-même et pour lui-même²²⁰. En effet, si le droit de la guerre est nécessaire, c'est parce qu'il se superpose à une réalité sociale, la guerre, qui pose problème et qui appelle par conséquent un encadrement juridique. Saisir pleinement pourquoi le droit de la guerre est nécessaire suppose donc de comprendre la réalité sociale qui préexiste au droit et que celui-ci a pour fonction d'encadrer²²¹.

63. Nous quittons ainsi le monde du droit l'espace d'un instant, mais dans le but ultime d'y revenir avec une compréhension plus éclairée de la réalité qu'il cherche à saisir. Étant donné que le droit de la guerre s'adresse avant tout à ces spécialistes de la violence que sont les militaires²²², il convient d'isoler et de décrire la rationalité militaire, c'est-à-dire le principe qui détermine la manière spécifiquement militaire de penser et d'agir, la logique qui gouverne et structure l'action armée.

64. En ce qui concerne la notion de « rationalité militaire », quelques précisions s'imposent. À la base du concept de « rationalité de l'action militaire » se trouve l'idée que l'action militaire, comme l'action humaine en général, n'a généralement rien d'anarchique et d'insensé car, aussi « libres » soient-ils sur le plan métaphysique, les individus n'agissent pas n'importe comment²²³. Nous partons donc de l'hypothèse – consubstantielle à la sociologie²²⁴ – que le comportement social obéit à certaines logiques qui sont rationalisables et peuvent faire l'objet d'une connaissance scientifique. *Nihil est sine ratio*, pas même l'action humaine. Appliqué à l'objet de la présente investigation, le concept de « rationalité militaire » permet donc de décrire la logique qui détermine la manière dont les combattants

²²⁰ V. *supra*, § 59.

²²¹ Récemment, la doctrine juridique a remis en cause l'idée que le droit aurait pour seule et unique fonction d'encadrer l'action guerrière. Et en effet, force est de constater que le droit de la guerre participe également à façonner la guerre, en définissant cet espace-temps spécifique durant lequel la violence, y compris dans la forme la plus extrême du meurtre, perd son caractère illicite ; en définissant quelles personnes peuvent commettre des actes de violence ; et en définissant quels actes de violence ces personnes peuvent commettre. Sur ce point, v. N. BERMAN, « Privileging Combat? », *op. cit.*

²²² Dans la suite de l'étude, le terme « militaire » ne désigne pas uniquement les membres de l'institution d'État qu'on nomme généralement « armée ». Ce terme renvoie plus généralement à celles et ceux qui, au sein d'une société politique donnée, que celle-ci soit ou non organisée en « État », ont la charge de mener la guerre. Cette expression englobe donc l'ensemble des spécialistes de la violence de guerre, qu'ils fassent formellement partie d'une armée étatique ou non.

²²³ Sur ce point, v. F. LORDON, « La querelle du déterminisme en science sociales : un point de vue spinoziste », in E. DEBRAY, F. LORDON, K. S. ONG-VAN-CUNG (dir.), *Spinoza et les passions du social*, Paris, Amsterdam, 2019, pp. 103-126.

²²⁴ Sur ce point, v. M. WEBER, *Économie et société I. Les catégories de la sociologie*, trad. J. FREUND, P. KAMNITZER, P. BERTRAND et al., Paris, coll. « Agora », 1971 [1956, 1967], pp. 28-55.

pensent et agissent en temps de guerre. La présente entreprise n'est donc pas évaluative, mais purement descriptive : il s'agit de se doter de l'outil conceptuel permettant de décrire la nature de l'action guerrière en remontant aux principes premiers gouvernant cette action, à la logique spécifique qui confère à l'action militaire son sens d'action proprement « militaire ».

65. À partir d'une étude des différentes rationalités qui gouvernent l'action sociale en général, il apparaît que la rationalité militaire n'est qu'une déclinaison, dans cette sphère spécifique de l'agir humain qu'est « [l']*agir guerrier* »²²⁵, de la rationalité instrumentale, c'est-à-dire de l'action déterminée par la recherche de moyens efficaces pour parvenir à ses fins (**Chapitre 1**). La guerre n'est donc pas une réalité sociale chaotique ou insensée. Au contraire, elle marque l'avènement d'une rationalité spécifique, d'une manière particulière de penser et d'agir dans le monde social. Pour autant, que l'action guerrière soit rationnelle, cohérente et sensée ne doit pas faire illusion sur les conséquences potentiellement néfastes de son libre déploiement. En effet, opérant à partir d'une stricte recherche d'adéquation des moyens aux fins, la rationalité militaire est obnubilée par la seule recherche d'efficacité au détriment de toute autre considération : elle constitue ainsi une menace pour la survie de l'ordre moral (**Chapitre 2**).

²²⁵ J. BAECHLER, « Présentation », in J. BAECHLER, J.-V. HOLEINDRE, (dir.), *Penseurs de la stratégie*, Paris, Hermann, coll. « L'Homme et la Guerre », 2014, p. 8.

Chapitre 1. – La rationalité de l'action militaire, une déclinaison de la rationalité instrumentale

La logique militaire conduit les commandants de théâtre à utiliser tous les moyens à leur disposition pour parvenir aux buts qui leur sont fixés.

Général Vincent DESPORTES²²⁶

66. Si la guerre n'est pas le déchaînement d'une violence aveugle, c'est parce que l'action des combattants obéit à une certaine rationalité qu'il est possible d'identifier et de décrire. Pour ce faire, il convient de se tourner vers la sociologie, discipline qui se donne notamment pour objet de comprendre et d'expliquer la manière dont les hommes agissent dans le monde social²²⁷.

67. L'hypothèse défendue dans ce premier chapitre est la suivante : l'action guerrière n'est qu'une déclinaison, dans cette sphère d'activité spécifique qu'est l'activité guerrière, de la rationalité dite « instrumentale ». Ce premier chapitre se bornera à démontrer ce fait. Les considérations critiques seront pour l'instant laissées de côté : il ne sera pas question, dans les développements qui suivent, d'identifier en quoi la rationalité de l'action militaire pose problème. Ceci sera l'objet du chapitre suivant²²⁸.

68. La notion de rationalité instrumentale, forgée à partir des travaux de Max Weber (qui n'utilise pas ce terme, comme nous le verrons), vise à décrire le type de rationalité gouvernant l'action sociale par laquelle un individu cherche à réaliser un but en employant des moyens efficaces pour y parvenir (**Section 1**). Ceci ayant été posé, il deviendra évident que la rationalité militaire n'est qu'une déclinaison spécifique, dans une sphère actionnelle particulière, de la rationalité instrumentale. L'action militaire vise en effet à réaliser un but particulier, à savoir vaincre la résistance de l'ennemi pour lui imposer sa volonté, par l'emploi efficace d'un moyen spécifique, c'est-à-dire la violence (**Section 2**).

²²⁶ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 153.

²²⁷ V. *infra*, § 71.

²²⁸ Cependant, il est inévitable qu'une telle critique transparaisse en creux, au détour de propos se voulant purement descriptifs. Nous demandons simplement au lecteur de bien vouloir suspendre son jugement avant que cette critique ne se fasse explicite dans le chapitre suivant.

Section 1. – La rationalité instrumentale, ou l'action visant la réalisation d'un but par l'emploi de moyens efficaces

69. Après avoir défini à partir des travaux de Max Weber la notion de rationalité instrumentale en la contrastant avec les autres types de déterminants de l'action sociale (**Sous-section 1**), il conviendra de montrer comment cette rationalité se décline dans un univers particulier, celui de l'action des organisations, pour donner lieu à la rationalité dite « bureaucratique » (**Sous-section 2**). Cette application du concept de rationalité instrumentale à l'action bureaucratique permettra d'expliquer plus simplement pourquoi la rationalité militaire n'est elle-même qu'une variation particulière de la rationalité instrumentale, ce qui sera l'objet de la section suivante.

Sous-section 1. – Définition de la rationalité instrumentale de l'action sociale à partir des travaux de Max Weber

70. Le concept de rationalité instrumentale n'est pas à proprement parler une invention conceptuelle de Max Weber. Cependant, le moyen le plus clair et le plus pédagogique de présenter ce concept consiste à partir des travaux du sociologue allemand, et plus précisément de sa vision des quatre déterminants-types de l'action sociale, pour définir ensuite l'action dite « instrumentalement rationnelle » (**§ I**). Une fois cette notion définie de manière formelle, celle-ci sera illustrée au travers d'un exemple, celui de la non-violence, qui permettra de contraster la rationalité instrumentale et son opposé, la rationalité dite « axiologique », afin de comprendre ce qui constitue en propre l'action instrumentalement rationnelle (**§ II**).

§ I. – Les quatre déterminants-types de l'action sociale de Max Weber et la notion de rationalité instrumentale

71. La sociologie de Max Weber se donne pour objet de comprendre et d'expliquer l'action sociale, c'est-à-dire de comprendre et d'expliquer pourquoi les individus agissent

de la manière dont ils agissent²²⁹. Ainsi, la sociologie wébérienne se propose de « *reconstruire* »²³⁰ le sens que les individus donnent à leurs actes. Dans ce but, Weber va construire une « *typologie tétradimensionnelle* »²³¹ de l'action sociale, en distinguant quatre « *types purs de l'action socialement orientée* »²³², c'est-à-dire quatre motivations-types qui déterminent l'individu à agir dans le monde social²³³.

72. Ces quatre motivations-types sont les suivantes. Une activité sociale peut être déterminée « *de façon télologiquement rationnelle* » (rationalité télologique), « *de façon axiologiquement rationnelle* » (rationalité axiologique), « *de façon affectuelle* » (rationalité affective) ou bien « *de façon traditionnelle* » (rationalité habituelle)²³⁴. Weber précise que ces quatre « *sortes d'orientation* » de l'action sociale ne sont « *que de purs types, construits pour servir les fins de la recherche sociologique* » : dans les faits, il est très rare que l'action sociale « *s'oriente uniquement d'après l'une ou l'autre de ces sortes d'action* »²³⁵. Il ne s'agit donc que d'idéaux-types de l'action sociale qui permettent de ressaisir et d'expliquer celle-ci *a posteriori*.

73. Premièrement, le comportement social peut être déterminé par l'habitude ou la tradition (**rationalité habituelle**), ce qui constitue en réalité « *[l']a masse de toutes les activités quotidiennes familiaires* »²³⁶. Selon Weber, un comportement est déterminé par la tradition lorsqu'il ne constitue « *qu'une manière morne de réagir à des excitations habituelles, qui s'obstine dans la direction d'une attitude acquise autrefois* »²³⁷. Dans ce cas de figure, l'action est déterminée par le fait que l'individu se conforme à une « *coutume*

²²⁹ M. WEBER, *Économie et société 1*, op. cit., p. 28 (où la sociologie est définie comme « *une science qui se propose de comprendre par interprétation [l']action sociale] et par là d'expliquer causalement son déroulement et ses effets* »). Nous suivons ici la traduction de Catherine Colliot-Thélène, qui remplace l'expression « activité sociale », utilisée dans la traduction de Julien Freund *et al.*, par l'expression « action sociale ». Sur la notion d'*« action sociale »*, v. C. COLLIOU-THELENE, *La sociologie de Max Weber*, 1^{ère} éd., Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2014, pp. 50-51.

²³⁰ *Ibid.*, p. 53.

²³¹ S. KALBERG, « Max Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationality Processes in History », *The American Journal of Sociology*, vol. 85, n°5, 1980, p. 118, n. trad.

²³² J.-C. PASSERON, « La rationalité et les types de l'action sociale chez Max Weber », *Revue européenne des sciences sociales*, t. 32, n°98, 1994, p. 9.

²³³ Max Weber parle de ces quatre idéaux-types comme les quatre « *déterminants de l'action sociale* » (M. WEBER, *Économie et société 1*, op. cit., p. 55). Sur la genèse de la théorie wébérienne de l'action, v. G. H. MUELLER, « The Notion of Rationality in the Work of Max Weber », *Archives européennes de sociologie*, vol. 20, n°1, 1979, pp. 149-171.

²³⁴ M. WEBER, *Économie et société 1*, op. cit., p. 55. Quant aux deux premiers éléments de la typologie wébérienne, nous suivons la traduction de Catherine COLLIOU-THELENE, qui traduit « *zweckrational* » par « *téléologiquement rationnel* » (et non par « *rationnel en finalité* ») et « *wertrational* » par « *axiologiquement rationnel* (et non par « *rationnel en valeur* »). C. COLLIOU-THELENE, *La sociologie de Max Weber*, op. cit., p. 61.

²³⁵ M. WEBER, *Économie et société 1*, op. cit., p. 57.

²³⁶ *Ibid.*, p. 55

²³⁷ *Ibid.*

invétérée »²³⁸. Pour Weber, ce type de déterminant se situe aux limites de l’analyse sociologique car il est souvent inconscient, l’individu agissant sans effectuer de retour réflexif sur son action, c’est-à-dire sans forcément voir que le respect de la tradition se trouve au principe de son action et sans nécessairement s’interroger sur l’opportunité d’agir par tradition.

74. Il en va de même pour le comportement social déterminé par les affects (**rationalité affective**), qui se trouve pour les mêmes raisons aux marges de la sociologie. Le comportement « *strictement affectuel* » est déterminé par « *des passions et des sentiments actuels* »²³⁹ et constitue une « *réaction sans frein à une excitation insolite* »²⁴⁰. Dans ses commentaires, le sociologue donne les exemples suivants :

[a]git d’une manière affectuelle celui qui cherche à satisfaire le besoin d’une vengeance actuelle, d’une jouissance actuelle, d’un dévouement actuel, d’une félicité contemplative actuelle, ou encore celui qui cherche à se débarrasser d’une excitation actuelle (peu importe s’il le fait d’une manière indigne ou sublime)²⁴¹.

75. Ces deux premiers déterminants de l’action sociale sont peu pertinents pour l’analyse qui suit²⁴². En revanche, l’action « télologiquement rationnelle » (*Zweckrational*) et l’action « axiologiquement rationnelle » (*Wertrational*) intéressent particulièrement cette démonstration²⁴³. L’action télologiquement rationnelle revêt une importance-clé, car elle renvoie pour partie à ce que l’on nomme généralement « rationalité instrumentale ». C’est en effet à partir de cette notion générale que se dégage la notion (plus restreinte et plus circonscrite) de rationalité instrumentale. Pour sa part, la rationalité axiologique est pertinente car elle constitue en quelque sorte le miroir inversé de la rationalité instrumentale²⁴⁴.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 56

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² V. cependant les réflexions *infra*, §§ 115-116.

²⁴³ Sur les difficultés inhérentes à la traduction des termes « *Zweckrational* » et « *Wertrational* », v. les indications d’Aurélien Brelan dans la traduction de l’article de S. BREUER, « La domination rationnelle. À propos d’une catégorie de Max Weber », trad. A. BRELAN, *Trivium*, vol. 7, 2010, pp. 31-32, note 1.

²⁴⁴ Sur ce point, v. *infra*, §§ 86-91, et Chapitre 2, §§ 230-237.

76. Dans le tome premier d'*Économie et société*, Max Weber livre une définition pour le moins complexe de la **rationalité téléologique**. Pour le sociologue, l'action téléologiquement rationnelle est l'action qui est déterminée « *par des expectations du comportement des objets du monde extérieur ou de celui d'autres hommes, en exploitant ces expectations comme "conditions" ou comme "moyens" pour parvenir rationnellement aux fins propres, mûrement réfléchies, qu'on veut atteindre* »²⁴⁵. Il précise cette définition dans ses commentaires :

[a]git [de façon téléologiquement rationnelle] celui qui oriente son action d'après les fins, moyens et conséquences subsidiaires et qui confronte en même temps rationnellement les moyens et la fin, la fin et les conséquences subsidiaires et enfin les diverses fins possibles entre elles²⁴⁶.

77. Pour qu'une action relève de la rationalité téléologique, il faut donc la réunion de trois éléments. Premièrement, il faut que l'individu décide de manière consciente et éclairée de poursuivre une finalité (un but, un objectif) déterminée, en comparant entre elles les différentes finalités possibles de son action – Weber dit que la délibération sur la finalité de l'action doit être « mûrement réfléchie », et que les « diverses fins possibles » doivent être confrontées entre elles. Deuxièmement, l'individu doit s'employer à rechercher et à utiliser les moyens les plus à même de parvenir au but qu'il s'est fixé, c'est-à-dire les moyens les plus adéquats et les plus efficaces – il doit « exploiter » les objets du monde extérieur ou les autres hommes comme des « moyens » permettant de « parvenir rationnellement » au but. Enfin, l'individu doit orienter son action en prenant en compte les « conséquences subsidiaires » de son action, et notamment les conséquences qui découleraient de l'emploi de tel ou tel moyen ou de la réalisation de l'objectif qu'il se donne. On peut donc dire qu'un individu agit de façon téléologiquement rationnelle quand il « *cherche à atteindre des fins mûrement réfléchies en choisissant les moyens les plus appropriés et en tenant compte des conséquences subsidiaires probables de leur mise en œuvre* »²⁴⁷.

²⁴⁵ M. WEBER, *Économie et société 1*, op. cit., p. 55.

²⁴⁶ Ibid. Dans le texte, nous avons remplacé « rationnelle en finalité » par « téléologiquement rationnelle ». Sur ce choix de traduction, v. supra, note 243.

²⁴⁷ A. BRELAN, note de traduction in S. BREUER, « La domination rationnelle », op. cit., p. 32, note 1.

78. Ceci étant posé, quel est le rapport entre la notion wébérienne de rationalité téléologique et la notion de rationalité instrumentale, qui – telle est l'hypothèse que ce chapitre a pour objet de démontrer – gouverne l'action militaire ?

79. Il est généralement admis que la rationalité téléologique de Weber ne se résume pas « à ce que l'on nomme plus banalement l'action instrumentale »²⁴⁸. En effet, l'action téléologiquement rationnelle possède une dimension que ne possède pas la « simple » action instrumentale. Comme nous venons de le voir, l'action téléologiquement rationnelle suppose que l'individu se livre à un « travail réflexif de hiérarchisation consciente des fins »²⁴⁹ : non seulement l'individu se donne à lui-même de manière consciente les fins qu'il poursuit, mais en plus, il confronte les finalités possibles de son action entre elles dans le but d'identifier et de hiérarchiser les fins les plus conformes à ses désirs et à ses intérêts. À l'inverse, le concept de rationalité instrumentale vise à décrire l'action qui se préoccupe uniquement des instruments de l'action, c'est-à-dire des moyens à mettre en œuvre pour parvenir à un objectif déterminé. En effet, l'action strictement instrumentale a pour seule boussole « l'adaptation des moyens aux fins »²⁵⁰ : il n'est pas nécessaire que l'agent ait réfléchi au préalable aux finalités de son action ou qu'il les ait ordonnées de façon hiérarchique ; tout ce qui importe, c'est que l'agent recherche et emploie des moyens efficaces en vue de la réalisation du but qu'il poursuit. Il se peut parfaitement, comme c'est le cas dans les organisations bureaucratiques, que l'objectif à réaliser soit imposé de l'extérieur à l'individu et que celui-ci ait pour unique mission d'œuvrer efficacement en vue de sa réalisation²⁵¹. Dans ce cas, l'individu recherche les moyens les plus efficaces pour parvenir à l'objectif fixé, mais il n'a pas lui-même décidé de l'objectif à poursuivre : son action tombe, si l'on veut, dans le domaine pur de la technique²⁵².

²⁴⁸ C. COLLIOT-THELENE, *La sociologie de Max Weber*, op. cit., p. 60.

²⁴⁹ A. BRELAN, note de traduction in S. BREUER, « La domination rationnelle », op. cit., p. 32, note 1.

²⁵⁰ C. COLLIOT-THELENE, *La sociologie de Max Weber*, op. cit., p. 60.

²⁵¹ V. *infra*, §§ 94-99.

²⁵² La notion de « technique » entretient un lien évident avec le concept de « rationalité instrumentale ». Même si nous reviendrons plus bas sur ce point, nous pouvons déjà relever que la technique peut être définie comme « un ordre du dispositif humain, un domaine des activités humaines poursuivant une fin par des moyens appropriés » (J. BAECHLER, « L'efficacité guerrière », in J. BAECHLER, C. MALIS. (dir.), *Guerre et technique*, Paris, Hermann, coll. « L'Homme et la Guerre », 2017, p. 21). V. ég. R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 45 (où la technique renvoie au « knowledge interested in things as objects of formal manipulation or as means to ends »). Nous retrouvons donc le couple conceptuel moyens/fins et l'idée d'une action centrée sur l'adéquation des moyens aux fins, qui constitue le cœur de la notion de rationalité instrumentale.

80. Par conséquent, la rationalité instrumentale ne porte que sur le « *calcul des moyens* »²⁵³ à mettre en œuvre pour parvenir à une fin, et donc notamment sur l'adéquation des moyens pour parvenir à un objectif déterminé ; mais elle délaisse entièrement le travail de définition et de hiérarchisation conscient des finalités de l'action. De ce fait, la rationalité téléologique telle que la définit Max Weber excède la « simple » rationalité instrumentale. En effet, en insistant sur :

sa dimension réflexive, qui concerne non seulement l'adaptation des moyens aux fins, mais aussi les fins elles-mêmes, confrontées avec d'autres fins possibles et évaluées en même temps que les moyens, en fonction des conséquences anticipables qui résulteraient de leur réalisation, Weber force la rigueur "rationnelle" de [l'action téléologiquement rationnelle] bien au-delà de celle que nous prêtons ordinairement à l'action instrumentale²⁵⁴.

81. À partir d'une synthèse des éléments qui précèdent, il est possible de définir la rationalité instrumentale de la manière suivante. Un individu agit sur le fondement de la rationalité instrumentale dès lors qu'il cherche à réaliser un objectif déterminé – sur la définition duquel il n'a pas forcément de prise – en employant les moyens adéquats et efficaces pour y parvenir. Ou, pour le dire plus simplement, nous obéissons à la rationalité instrumentale lorsque « *nous employons les moyens nécessaires et efficaces pour parvenir à nos fins* »²⁵⁵.

²⁵³ A. BRELAN, note de traduction in S. BREUER, « La domination rationnelle », *op. cit.*, p. 32, note 1.

²⁵⁴ C. COLLIOT-THELENE, *La sociologie de Max Weber*, *op. cit.*, p. 60.

²⁵⁵ J. WAY, « Instrumental Rationality », in T. CRANE. (dir.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, 2013. Ou, pour reprendre les termes de Raymond Aron, un individu agit de manière instrumentalement rationnellement lorsqu'il s'évertue à « prendre la décision qui donne la meilleure chance d'atteindre le but que l'on vise » (R. ARON, « Préface », in M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. J. FREUND, E. FLEISCHMANN, E. DAMPIERRE, Paris, Plon, coll. Bibliothèques 10/18 », p. 11). En ce sens, la rationalité instrumentale de l'action est très proche de la définition que donnait Max Weber de la rationalité téléologique antérieurement à sa formulation définitive dans le premier tome d'*Économie et société*. Ainsi, dans l'« Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive », Weber semblait réduire la rationalité téléologique à la rationalité instrumentale lorsqu'il qualifiait de « téléologiquement rationnel » le comportement « qui s'oriente exclusivement d'après les moyens qu'on se représente (subjectivement) comme adéquats à des fins saisies (subjectivement) de manière univoque » (M. WEBER, « Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive », in M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, trad. et préf. J. FREUND, Paris, Plon, 1965, p. 303). L'élément central de cette définition de la rationalité téléologique, c'est en effet le caractère instrumental de l'action : l'individu agit en employant les moyens qu'il juge les plus adéquats pour parvenir à une fin (sans qu'il soit fait référence de manière claire à un quelconque travail de définition et de hiérarchisation réflexive des fins). De même, certains sociologues réduisent la rationalité téléologique à la rationalité instrumentale. Ainsi par exemple de la sociologue allemande Renate MAYNTZ, pour qui le comportement téléologiquement rationnel « est constitué par le choix juste des moyens en fonction d'un but donné » (R. MAYNTZ, « L'idéotype wébérien de la bureaucratie et la sociologie des organisations », *Trivium*, vol. 7, 2010, p. 3). Ainsi également du sociologue Kieran ALLEN, qui traduit directement *zweckrationalität* par « instrumentally rational action » et définit celle-ci comme l'action qui repose sur un « rational calculation about the specific means of achieving definite ends – you do something because it is the most effective means of achieving a specific goal » (K. ALLEN, *Max Weber. A Critical Introduction*, Londres, Pluto Press, 2004, p. 78). Dans l'un et l'autre de ces exemples, la question de la définition consciente et de la hiérarchisation des fins n'apparaît pas ;

82. Il faut désormais se tourner vers le dernier élément de la typologie wébérienne des déterminants de l'action sociale, à savoir la **rationalité axiologique**. Dans une certaine mesure, la rationalité axiologique peut être perçue comme le miroir inversé de la rationalité instrumentale, car elle donne lieu à des actions sociales déterminées par des motivations strictement opposées de celles de la rationalité instrumentale. L'exploration de ce dernier élément de la typologie tétradimensionnelle de Max Weber permettra donc de comprendre, par contraste, la nature de l'action instrumentalement rationnelle.

83. Pour Max Weber, un comportement est dit « axiologiquement rationnel » lorsqu'il est déterminé « *par la croyance en la valeur intrinsèque inconditionnelle – d'ordre éthique, esthétique, religieux ou autre – d'un comportement déterminé qui vaut pour lui-même et indépendamment de son résultat* »²⁵⁶. Dans ses commentaires, Max Weber précise sa définition de l'action axiologiquement rationnelle :

[a]git d'une manière purement axiologiquement rationnelle celui qui agit sans tenir compte des conséquences prévisibles de ses actes, au service qu'il est de sa conviction portant sur ce qui lui apparaît comme commandé par le devoir, la dignité, la beauté, les directives religieuses, la piété ou la grandeur d'une "cause", quelle qu'en soit la nature. L'action axiologiquement rationnelle consiste toujours (...) en une activité conforme à des "impératifs" ou à des "exigences" dont l'agent croit qu'ils lui sont imposés²⁵⁷.

84. Ainsi, un individu agit de manière axiologiquement rationnelle lorsque son comportement vise à se conformer à un impératif transcendental qui vaut en lui-même et pour lui-même. L'individu agit de la manière dont il agit pour se conformer à une exigence ultramondaine²⁵⁸, parce qu'il estime que son comportement est intrinsèquement juste, éthique, beau, pieu, etc. De plus, la rationalité axiologique se définit par le fait que l'individu agit sans égard pour les conséquences potentiellement néfastes de son action²⁵⁹. Il se pourrait que, par son comportement, l'individu axiologiquement rationnel mette en danger la

le comportement téléologiquement rationnel est réduit au comportement instrumentalement rationnel, c'est-à-dire à un pur calcul centré sur l'efficacité des moyens par rapport à une fin donnée.

²⁵⁶ M. WEBER, *Économie et société* 1, *op. cit.*, p. 55.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Le terme « ultramondain » renvoie à ce qui a trait à l'au-delà, à un autre monde.

²⁵⁹ Comme l'écrit Raymond ARON, j'agis de manière axiologiquement rationnelle lorsque « *j'obéis à mes convictions (...) sans me soucier des conséquences de mes actes* » (R. ARON, « *Préface* », *op. cit.*, p. 31).

réalisation de certains objectifs qu'il s'était fixé, notamment dans le cas où il s'empêche d'employer certains moyens pour atteindre un but car ceux-ci entrent en contradiction avec des impératifs supérieurs qui s'imposent à lui. Ainsi par exemple de l'individu qui se serait donné pour objectif de s'enrichir, mais qui se refuserait pour des raisons morales de recourir à certains moyens (le vol, l'escroquerie, etc.) que l'on pourrait pourtant considérer comme efficaces en vue de s'enrichir. Le fait qu'il s'empêche de recourir à certains moyens efficaces n'a pas d'importance aux yeux de l'individu axiologiquement rationnel, car il agit pour des raisons supérieures qui échappent à tout calcul utilitariste. Peut-être que recourir à tel moyen pour atteindre un objectif qu'il s'est donné se serait montré efficace, mais ceci n'a pas d'importance puisque ce moyen d'action est intrinsèquement injuste, mauvais, impie, laid, bref : contraire à des impératifs supérieurs.

85. En niant le calcul utilitariste qui trouve à la base de l'action instrumentalement rationnelle, il semblerait que la rationalité axiologique entretienne un lien étroit avec la rationalité instrumentale, dont elle semble être en quelque sorte la négation. Cette différence de nature entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique sera explorée plus avant au travers d'un exemple, celui de la non-violence, afin d'affiner la définition de la notion de rationalité instrumentale.

§ II. – Le contraste entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique : l'exemple de la non-violence

86. Le meilleur moyen de saisir l'action instrumentalement rationnelle consiste à la contraster avec son contraire, l'action axiologiquement rationnelle. Pour ce faire, imaginons un scénario fictif, dans lequel un individu s'apprête à se faire agresser physiquement dans la rue, et étudions phénoménologiquement ce que chaque type de rationalité (instrumentale et axiologique) exigerait de l'individu en termes d'action.

87. Imaginons un instant que l'individu qui s'apprête à se faire agresser dans la rue soit – pour des raisons religieuses, philosophiques ou autres – un pacifiste inconditionnel, adepte

de la non-violence²⁶⁰. Dans un tel scénario, cet individu, obéissant à l'éthique de la non-violence, refusera d'exercer en retour une quelconque forme de contrainte physique vis-à-vis de son agresseur. De son point de vue, la violence est un mal intrinsèque auquel on ne saurait recourir, quelles que soient les circonstances et les conséquences : rien ne justifie jamais de recourir à la violence. Un tel individu orienterait son action à partir de la rationalité axiologique. En effet, cet individu se conforme à un impératif éthique supérieur qui vaut en lui-même et pour lui-même, indépendamment des conséquences potentiellement néfastes qui pourraient en résulter. Et en l'occurrence, les conséquences potentiellement néfastes sont de taille : le pacifiste inconditionnel qui s'apprête à se faire agresser risque d'être blessé, voire de mourir sous les coups de son agresseur. Mais pour lui, tout cela importe peu. Ce qui revêt de la valeur à ses yeux, c'est l'existence d'un ordre supérieur et absolu, auquel nous devons obéissance indépendamment des conséquences mondaines²⁶¹ découlant de nos actes.

88. Imaginons maintenant que l'individu qui s'apprête à se faire agresser ne soit pas un adepte de la non-violence et qu'il n'obéisse qu'à la simple rationalité instrumentale. Celui-ci verra dans la violence non pas un mal intrinsèque, mais un moyen qui peut être mis au service d'une finalité déterminée – en l'occurrence, préserver son intégrité physique, voire sa vie. L'individu instrumentalement rationnel s'attachera donc à rechercher si la violence constitue ou non un moyen efficace pour atteindre son objectif : il raisonne et agit à partir d'un calcul utilitariste, centré sur une appréciation de l'efficacité des moyens pour parvenir à une fin.

89. À ce stade, il faut préciser que du point de vue de la rationalité instrumentale, la violence n'est pas forcément en tant que telle un moyen efficace pour se défendre d'une agression extérieure. En effet – et il s'agit là d'un point important, sur lequel nous reviendrons dans le prochain chapitre –, la rationalité instrumentale ne juge les moyens qu'à l'aune de leur efficacité probable, ce qui a pour conséquence que tout est toujours fonction des circonstances de fait : un moyen peut être utile et efficace dans une situation donnée, mais inutile voire délétère dans une autre. Et l'individu instrumentalement rationnel doit choisir, parmi les moyens disponibles, ceux dont il juge qu'ils seront efficaces pour parvenir

²⁶⁰ Max WEBER recourt lui-même à cet exemple pour illustrer l'action axiologiquement rationnelle (v. C. COLLIOT-THELENE, *La sociologie de Max Weber*, *op. cit.*, pp. 60-61).

²⁶¹ Par opposition au terme « ultramondain », qui se réfère à l'au-delà, le terme « mondain » renvoie à l'ici-bas, c'est-à-dire au monde physique que nous habitons.

à un but, sans jamais pouvoir être certain de leur efficacité finale. L'action instrumentalement rationnelle est donc nécessairement une action risquée, l'individu ne pouvant savoir par avance si les moyens employés permettront effectivement d'atteindre le résultat recherché²⁶².

90. Ainsi, il se peut parfaitement que la violence soit efficace pour se protéger face à une agression extérieure, comme par exemple dans la situation où l'agresseur est jugé « combattable » (en raison de sa taille, de son poids, etc.) par la victime de l'agression, ou dans la situation où l'individu agressé n'a pas d'autres moyens de faire face à l'agression (il se trouve par exemple dans une ruelle de laquelle il ne peut s'échapper). Mais il se peut également que la violence constitue un moyen inefficace voire même néfaste pour se prémunir de l'agression extérieure, comme par exemple dans la situation où se battre apparaît aux yeux de l'individu agressé comme vain (l'agresseur est jugé trop fort, en raison de sa condition physique, du port d'une arme, etc.). L'action instrumentalement rationnelle consistera donc à chercher et employer d'autres moyens pour se prémunir de l'agression, tels que la négociation, la fuite ou l'appel à l'aide (à condition, ici encore, que ces moyens apparaissent efficaces dans les circonstances prévalant *hic et nunc*). Par conséquent, du point de vue de la rationalité instrumentale, les moyens ne valent jamais en eux-mêmes et pour eux-mêmes : ils n'ont de valeur que si, dans les circonstances de l'espèce, ces moyens sont efficaces pour parvenir à un objectif donné. La rationalité instrumentale se caractérise donc par son absence de dogmatisme quant au comportement à adopter : tout est toujours envisageable, pourvu que le moyen envisagé soit efficace.

91. L'action instrumentalement rationnelle trouve donc son fondement dans une appréciation de l'efficacité des moyens pour réaliser une fin : l'individu agit en vue de la réalisation d'un objectif donné en employant les moyens qu'il juge, au regard des circonstances de fait, les plus adéquats et les plus efficaces pour parvenir audit objectif. La rationalité instrumentale apparaît donc comme un mode d'action essentiellement a-moral²⁶³ :

²⁶² Comme l'écrit Raymond ARON, l'action instrumentalement rationnelle est une « *théorie du risque en même temps qu'une théorie de la causalité* » (R. ARON, « Préface », *op. cit.*, p. 11) : l'individu axiologiquement rationnel doit évaluer les moyens d'action à l'aune de leur efficacité potentielle, ce qui suppose forcément de préférer certains moyens à d'autres qui auraient pu se montrer plus efficaces (théorie du risque), tout en ne sachant pas si les moyens employés permettront *in fine* d'atteindre l'objectif poursuivi, le monde social n'étant pas, à l'inverse du monde physique, gouverné par des relations de cause à effet (théorie de la causalité).

²⁶³ L'amoralité se distingue de l'*immoralité*. Une action est dite « *amorale* » lorsqu'elle se détermine indépendamment de toute considération morale (ce qui ne signifie pas nécessairement que l'action en cause viole des préceptes moraux).

les moyens utilisés pour parvenir à l'objectif fixé ne sont pas utilisés parce qu'ils sont éthiquement justes ou moralement bons, mais uniquement parce qu'ils sont efficaces. Ainsi, contrairement à l'action axiologiquement rationnelle, au travers de laquelle l'individu cherche à se conformer à des principes supérieurs indépendamment des conséquences potentiellement néfastes de ses actes, l'action instrumentalement rationnelle n'exprime, si l'on veut, qu'un calcul bassement technique ou utilitaire : elle n'apprécie les moyens potentiels qu'en fonction de leur efficacité probable pour parvenir au but, et tout ceci indépendamment de leur moralité intrinsèque. En d'autres termes, là où la rationalité axiologique est « idéaliste » car elle s'oriente à partir de valeurs, la rationalité instrumentale est « utilitariste » car elle est guidée par un calcul centré sur l'adéquation moyens/fins²⁶⁴.

*

92. Conclusion de la Sous-section 1. Partant de l'hypothèse que l'action guerrière trouve son principe organisateur dans la rationalité instrumentale, il fut nécessaire de définir cette notion à partir des travaux de Max Weber. La notion de rationalité instrumentale peut être déduite de ce que le sociologue allemand nomme « rationalité téléologique ». En effet, exactement comme la rationalité téléologique, la rationalité instrumentale se déploie à partir d'un calcul utilitariste moyens/fins : l'individu instrumentalement rationnel cherche à mettre en œuvre les moyens les plus à même d'atteindre une fin déterminée. Cependant, à l'inverse de la rationalité téléologique, la rationalité instrumentale ne se préoccupe pas des finalités de l'action, mais se concentre uniquement sur l'efficacité des moyens : là où l'individu téléologiquement rationnel conçoit les finalités de l'action et hiérarchise celles-ci, l'individu instrumentalement rationnel porte sa réflexion et son action sur la simple mise en œuvre des moyens efficaces pour parvenir à des fins qu'il n'a pas nécessairement choisi de manière consciente. Afin de saisir pleinement ce en quoi consiste la rationalité instrumentale – dont le principe, dans sa formulation générale, peut paraître quelque peu abstrait –, celle-ci fut contrastée avec ce qui apparaît comme « l'Autre » de la rationalité instrumentale : la rationalité axiologique. L'exemple de la non-violence permit de constater le gouffre qui séparait ces deux types de déterminants de l'action : l'individu axiologiquement rationnel agit de manière à se conformer à des impératifs transcendants nonobstant les conséquences mondaines de ses actes ; l'individu instrumentalement rationnel agit de manière à réaliser des objectifs déterminés, ce qui implique une action entièrement tournée

²⁶⁴ Ces qualificatifs sont empruntés à G. H. MUELLER, « The Notion of Rationality in the Work of Max Weber », *op. cit.*, p. 152.

vers les conséquences potentielles des actes adoptés. En contrastant ces deux notions, plusieurs caractéristiques de la rationalité instrumentale ont révélé leur caractère problématique. Ainsi de son caractère amoral, de l'érection de l'efficacité en unique boussole de l'action et de son entière soumission aux circonstances factuelles. Mais avant d'aborder la rationalité instrumentale sous un angle critique, la route est encore longue. La tâche immédiate consiste à définir cette notion de manière plus substantielle, en montrant qu'elle se trouve au cœur de l'action des organisations dites « bureaucratiques » – dont l'armée constitue l'exemple topique.

Sous-section 2. – La rationalité bureaucratique, une instanciation spécifique de la rationalité instrumentale

93. Jusqu'à présent, la rationalité instrumentale fut présentée comme un déterminant de l'action sociale individuelle, désincarnée de tout « milieu ». Dans les développements qui suivent, il s'agira de montrer comment la rationalité instrumentale se concrétise dans un domaine d'activité particulier, celui des organisations dites « bureaucratiques », pour donner lieu à ce que certains auteurs nomment « rationalité bureaucratique ». Cette étape permettra d'expliquer de manière plus claire et pédagogique pourquoi la rationalité militaire n'est elle-même qu'une variation spécifique de la rationalité instrumentale dans cette sphère d'activité humaine particulière qu'est la guerre – car l'armée, et notamment les armées des États modernes, constitue à bien des égards un parfait exemple d'organisation bureaucratique²⁶⁵. Après avoir défini *in abstracto* la notion de rationalité bureaucratique et montré qu'elle n'est qu'une spécification de la rationalité instrumentale, au sens où elle trouve également son principe dans la recherche d'une efficacité moyens/fins (§ I), il s'agira de contraster de nouveau, au travers de l'exemple de l'action policière, la rationalité instrumentale et la rationalité axiologique (§ II).

²⁶⁵ V. *infra*, Chapitre 2.

§ I. – Au principe de la rationalité bureaucratique, la recherche d'une efficacité moyens/fins

94. Les sociétés occidentales modernes ne se composent pas uniquement d'individus, mais également d'organisations, c'est-à-dire d'*« associations stables de personnes engagées dans des activités concertées visant à atteindre des objectifs spécifiques »*²⁶⁶. Entrent dans cette définition de très nombreuses institutions, de l'administration publique à l'entreprise capitaliste privée en passant par la fondation charitable et le mouvement révolutionnaire organisé. L'une des caractéristiques essentielles de ces organisations tient au fait qu'elles sont *« délibérément instituées en fonction de ces objectifs »*²⁶⁷ : leur raison d'être consiste à réaliser une finalité qui est *« prédéterminée »*²⁶⁸, au sens où la définition de la finalité de l'action de l'organisation préexiste à sa création.

95. De ceci naît une distinction, consubstantielle à la notion d'organisation, entre les *chefs*, c'est-à-dire les personnes qui ont créé l'organisation et qui ont fixé en amont le but que celle-ci se doit d'atteindre, et les exécutants, c'est-à-dire les personnes spécifiquement recrutées pour réaliser les objectifs de l'organisation²⁶⁹. Ces exécutants constituent ce que l'on peut nommer, génériquement, la bureaucratie²⁷⁰. Cette division entre chefs et exécutants vaut par exemple pour les entreprises capitalistes privées, au sein desquelles il est possible de distinguer les dirigeants, qui ont créé l'entreprise grâce à l'apport d'un capital initial en vue de la réalisation d'un objectif spécifique (la production de tel bien ou de tel service), et les travailleurs, qui agissent en vue de la réalisation de l'objectif fixé par les dirigeants de l'entreprise sans avoir leur mot à dire sur le bien-fondé de l'objectif lui-même. Sous régime capitaliste, les travailleurs ne disposent d'aucun pouvoir sur la définition de l'objectif poursuivi mais se contentent d'œuvrer en vue de sa réalisation²⁷¹. Cette division entre chefs et exécutants vaut également pour les administrations publiques²⁷². En effet, l'on peut

²⁶⁶ E. BITTNER, « The Concept of Organization », *Ethnographic studies*, vol. 13, n°1, 2017 [1965], p. 175, n. trad.

²⁶⁷ *Ibid.*, n. trad.

²⁶⁸ A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 3^{ème} éd., Notre Dame, Notre Dame University Press, 2007, p. 25, n. trad.

²⁶⁹ Il existe cependant certaines organisations qui tentent de fonctionner selon un mode démocratique ou horizontal, en ne reproduisant pas la séparation entre les chefs et les exécutants. Néanmoins, ces organisations sont marginales dans nos sociétés modernes. La norme, représentée par les entreprises capitalistes privées et les administrations publiques, est celle de la coupure entre chefs et exécutants.

²⁷⁰ Sur la notion de bureaucratie au sens de Max WEBER, v. *infra*, § 171.

²⁷¹ Sur ce point, v. p. ex. F. LORDON, *Capitalisme, désir et servitude. Marx et Spinoza*, Paris, La Fabrique, 2010.

²⁷² Cette analogie entre l'entreprise capitaliste privée et l'administration publique est explicite chez M. WEBER, « Le métier et la vocation d'homme politique », in M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. J. FREUND, E. FLEISCHMANN, E. DE DAMPIERRE, préf. R. ARON, Paris, Plon, coll. « Bibliothèques 10/18 », 1959 [1919], p. 150.

distinguer dans ce cadre le dirigeant politique, qui fixe la finalité de l'action administrative, et les fonctionnaires, qui se chargent d'exécuter la volonté politique. On peut donc opposer, ainsi que le fait Max Weber, le fonctionnaire, « *dont le statut implique qu'il obéisse aux ordres communiqués par les instances supérieures et veille à ce qu'ils soient réalisés le mieux possible* », et le chef politique, qui « *fixe en toute liberté [les] fins qui déterminent le contenu de l'action politique* »²⁷³. De même que les travailleurs de l'entreprise capitaliste privée, les fonctionnaires de l'administration publique n'ont pas leur mot à dire sur la finalité de l'action administrative ; on exige simplement d'eux qu'ils agissent en vue de la réalisation de la finalité décidée par le chef politique.

96. Ainsi, par sa structure même, l'organisation bureaucratique distingue la définition des fins d'une part et la mise en œuvre des moyens d'autre part. Une organisation est instituée en vue de la réalisation d'un objectif déterminé par des personnes qui se trouvent *de facto* et *de jure* en position de pouvoir ; l'organisation, et plus spécifiquement la bureaucratie qui se compose de l'ensemble des subordonnés qui « font vivre » l'organisation au quotidien, se charge de la mise en œuvre des moyens propres à la réalisation des finalités de l'organisation (tout en étant elle-même fondamentalement un moyen humain de la réalisation des fins).

97. On retrouve donc, dans cette séparation entre les chefs (maîtres des fins) et les exécutants (préposés aux moyens), la distinction formulée plus haut entre l'action téléologiquement rationnelle et l'action instrumentalement rationnelle²⁷⁴. Si l'individu agissant pour lui-même dans le cadre de sa vie privée peut se donner des objectifs conformes à ses désirs ou à ses intérêts de manière réfléchie et délibérative, le bureaucrate ne définit pas les finalités propres de son action. Celles-ci lui sont imposées de l'extérieur, en raison d'une division du travail propre à toute organisation bureaucratique qui octroie aux chefs le monopole de la définition des finalités de l'action et fait des exécutants les moyens de réalisation des objectifs fixés par les chefs. Se révèle ainsi le lien intime qui unit la rationalité bureaucratique et la rationalité instrumentale : l'exécutant doit être (ce qui ne signifie pas qu'il le soit toujours dans les faits²⁷⁵) un individu instrumentalement rationnel, car son rôle

²⁷³ C. COLLIOT-THELENE, *La sociologie de Max Weber*, op. cit., p. 61.

²⁷⁴ V. *supra*, §§ 76-85.

²⁷⁵ V. *infra*, § 118.

consiste à réaliser un objectif en recherchant et en employant des moyens jugés, au regard des circonstances de fait, efficaces pour y parvenir.

98. Pour bien saisir ce lien, il faut d'entrer dans le détail de l'action bureaucratique. L'action bureaucratique se déploie toujours dans un contexte de contraintes. En effet, l'organisation dispose de ressources, à la fois humaines, matérielles et financières pour parvenir à son objectif. Or, dans un monde ontologiquement fini, ces ressources sont par définition limitées. La réalisation des objectifs implique donc « *une dose substantielle de planification globale et rationnelle* »²⁷⁶, c'est-à-dire une réflexion utilitariste, centrée sur l'usage économique des moyens efficaces. Il faut atteindre les objectifs à moindre coût pour l'organisation. Cette planification relève principalement du rôle des *managers*, c'est-à-dire des exécutants qui ont la charge, au sein d'une organisation donnée, de veiller à la bonne exécution de la volonté des chefs²⁷⁷. Comme l'écrit Alasdair MacIntyre, la responsabilité centrale des managers est, dans un contexte où les ressources de l'organisation sont limitées, « *de diriger et de rediriger les ressources disponibles de leur organisation, qu'elles soient humaines ou non-humaines, de la manière la plus efficace possible pour atteindre [les objectifs]* »²⁷⁸. Les managers doivent donc agir sur la base d'une rationalité instrumentale, guidée par deux principes : *i*) l'efficacité (n'employer que les moyens susceptibles d'atteindre les objectifs) et *ii*) l'efficience (employer ces moyens de manière économe pour réaliser les objectifs à moindre coût humain, matériel et financier).

99. Au-delà du rôle des *managers*, ces deux principes valent pour toute la bureaucratie organisationnelle. Tous les exécutants d'une organisation donnée sont recrutés en vue de la réalisation d'un objectif général donné. Leur action consiste donc à employer des moyens efficaces en vue de la réalisation de l'objectif fixé par les chefs (tout en étant eux-mêmes des moyens « humains » de réalisation de l'objectif fixé par les chefs). Et, dans un contexte de limitation des ressources, ils doivent agir de manière efficiente, en employant les moyens disponibles de manière optimale (c'est-à-dire en prenant en compte le coût humain, matériel et financier de l'action). Tout ceci permet à Alasdair MacIntyre d'affirmer que la rationalité bureaucratique n'est rien d'autre que « *la rationalité qui consiste à faire correspondre les*

²⁷⁶ E. BITTNER, « The Concept of Organization », *op. cit.*, p. 175, n. trad.

²⁷⁷ Au sein des entreprises privées, les directeurs d'usines sont l'exemple-type du *manager*. Dans l'administration publique, les directeurs d'administration font office de *managers*.

²⁷⁸ A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, *op. cit.*, p. 25, n. trad.

moyens aux fins de manière économique et efficace »²⁷⁹ – en d’autres termes, la rationalité bureaucratique n’est qu’une variation spécifique de la rationalité instrumentale. Il rejoint ainsi Max Weber qui, « *en insistant sur le fait que la rationalité de l’ajustement des moyens aux fins de la manière la plus économique et la plus efficace [était] la tâche centrale du bureaucrate* », a fourni la clé d’interprétation d’une bonne partie de notre « *âge moderne* »²⁸⁰.

§ II. – Le contraste entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique dans le contexte de l’action bureaucratique : l’exemple de l’action policière

100. Pour donner corps au concept de rationalité bureaucratique, il peut être utile de prendre un exemple dans lequel la rationalité instrumentale propre à l’action bureaucratique sera opposée à la rationalité axiologique. Ceci permettra de montrer, en creux, ce qui définit en propre la rationalité instrumentale se déployant dans le contexte d’une organisation bureaucratique.

101. Soit une société dans laquelle les chefs politiques décident d’instituer une organisation nommée « police », créée dans le but général de maintenir le bon ordre social²⁸¹, ce qui implique à la fois la prévention des troubles à l’ordre public et la répression des infractions²⁸². Cette organisation est dotée de moyens humains (fonctionnaires de police), matériels (locaux, armes, véhicules, équipements de protection, etc.) et financiers (sommes d’argent pour payer les fonctionnaires, acheter et entretenir les moyens matériels, mener des opérations *ad hoc*, etc.). Le chef politique de l’organisation bureaucratique (appelons-le « ministre de l’Intérieur »), qui détient en sa qualité de chef le monopole de la définition et de la hiérarchisation des finalités de l’organisation, décide à un moment donné de donner un nouvel objectif à l’organisation : celle-ci sera chargée du démantèlement de campements d’étrangers en situation irrégulière. Un détachement spécifique de l’organisation est chargée de cette tâche.

²⁷⁹ *Ibid.*, n. trad.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 86, n. trad.

²⁸¹ Sur le concept de police et la finalité de l’organisation policière, v. M. NEOCLEOUS, *The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power*, 1^{ère} éd., Londres, Pluto Press, 2000.

²⁸² La distinction entre la fonction de prévention et la fonction de répression des infractions reprend la distinction, classique en droit administratif français, entre la police administrative et la police judiciaire.

102. Dans un tel contexte, la rationalité de l'action de la bureaucratie policière relève clairement de la rationalité instrumentale. En effet, les fonctionnaires de police doivent mettre en œuvre les moyens (tout en étant eux-mêmes les moyens « humains ») efficaces pour réaliser l'objectif fixé par le chef politique. De plus, les moyens de l'organisation étant limités, les exécutants doivent agir de manière efficiente, c'est-à-dire employer les moyens les moins coûteux en termes de temps, de ressources humaines, matérielles et financières en vue du démantèlement des campements d'étrangers en situation irrégulière. L'action bureaucratique répond donc aux mêmes caractéristiques que celles de l'action instrumentalement rationnelle définies plus haut : les moyens à utiliser pour réaliser l'objectif ne sont pas évalués à l'aune de leur moralité intrinsèque, mais uniquement à la lumière de leur efficacité probable pour réaliser l'objectif visé à moindre coût.

103. Dans une telle configuration, il serait particulièrement malvenu que des exécutants se mettent à agir sur le fondement de la rationalité axiologique, en se conformant aux prescriptions d'un ordre transcendantal, indépendamment des conséquences de leurs actes. Imaginons par exemple que les managers de l'organisation policière, chargés de veiller à la bonne exécution de la volonté du chef politique, décident au stade de la planification de l'opération que les tentes dans lesquels dorment les étrangers en situation irrégulière seront confisquées et détruites par lacération au couteau. Du point de vue de la rationalité instrumentale, cet acte pourrait se justifier. On pourrait arguer, par exemple, que détruire les tentes constitue un moyen efficace en vue du démantèlement des camps d'étrangers, puisque cela empêche (ou complique passablement) la réapparition de nouveaux camps, et peu coûteux (les fonctionnaires de police étant déjà équipés de couteaux).

104. Or, au stade de l'exécution de l'opération, certains agents refusent de procéder à de telles destructions au motif que celles-ci heurtent un principe supérieur d'ordre moral : détruire les tentes revient à agir de manière particulièrement inhumaine, en privant des personnes dans une situation de grande précarité d'un bien de première nécessité. Qu'elles soient lacérées au couteau ne fait qu'ajouter au caractère insupportable de la scène. Des agents se mettraient ainsi à agir non pas sur le fondement d'une rationalité instrumentale, mais sur le fondement d'une rationalité axiologique. Leur comportement serait en effet déterminé non pas par un calcul utilitariste centré sur l'efficacité moyens/fins, mais par leur croyance en l'existence d'impératifs supérieurs qui s'imposent à eux quelles qu'en soient les conséquences. Peu importe, aux yeux des fonctionnaires récalcitrants, que la destruction des

tentes constitue un moyen efficace et efficient et que refuser de procéder à leur destruction revienne à se priver d'un tel moyen, et donc à mettre en danger la bonne réalisation de l'objectif ; ce qui importe, c'est tout simplement l'immoralité de l'acte.

105. Cet exemple montre que la rationalité axiologique est étrangère à l'action bureaucratique et qu'aucune organisation ne peut fonctionner correctement sur le fondement de la rationalité axiologique²⁸³. Ce qui est attendu des exécutants d'une organisation bureaucratique, c'est qu'ils agissent en vue de la réalisation de l'objectif pour lequel l'organisation est instituée, pas qu'ils s'interrogent sur la moralité intrinsèque de leurs actes. Et si mettre en œuvre certains moyens définis par la hiérarchie comme étant efficaces et efficents en vue de la réalisation d'un but donné dérange moralement quelques exécutants, ils se verront répondre qu'ils peuvent toujours changer de métier. C'est pourquoi, dans les bureaucraties, « *le principe de l'efficacité technique prime sur toutes les autres considérations* »²⁸⁴. Instituée en vue d'une finalité déterminée, la bureaucratie organisationnelle se charge de la mise en œuvre des moyens de réalisation de l'objectif. On attend donc de celle-ci qu'elle agisse sur la base d'une rationalité purement instrumentale, c'est-à-dire qu'elle s'évertue à employer les moyens efficaces pour parvenir, à moindre coût, au but qu'on lui a fixé.

*

106. Conclusion de la Sous-section 2. La rationalité instrumentale n'est pas l'apanage des individus. Bien au contraire, la grande masse des actions individuelles, et plus précisément des actions menées par les individus dans leur sphère privée, relève généralement de l'habitude ou de la tradition²⁸⁵. Il est rare que l'action individuelle suive véritablement les exigences de la rationalité instrumentale – la planification de l'action demande du temps dont la plupart des individus, pris dans les contraintes matérielles de la vie, ne disposent pas. En réalité, il semble que le concept de rationalité instrumentale permet avant tout de décrire l'action des organisations bureaucratiques : c'est pour ce type d'action,

²⁸³ V. p. ex. C. SCHMITT, *La dictature*, trad. M. FÖLLER, D. SEGLARD, préf. J.-C. MONOD, Paris, Seuil, coll. « Point Essais », 2015 [1921], p. 76 (« *il est impossible qu'aucune organisation fonctionne bien si les personnes chargées de l'exécution exigent, pour des motifs quelconques, une collaboration ou un contrôle indépendants qui obéissent à un autre point de vue que celui du fonctionnement technique. Le service de transport le plus banal devient impossible si celui qui doit effectuer le transport prend un autre intérêt aux choses à transporter que le fait précisément qu'elles doivent être transportées* »).

²⁸⁴ E. BITTNER, « The Concept of Organization », *op. cit.*, p. 178, n. trad.

²⁸⁵ M. WEBER, *Économie et société I*, *op. cit.*, p. 55 (« *[I]a masse de toutes les activités quotidiennes familiaires se rapproche [de la rationalité habituelle]* »).

collective par définition, que le concept de rationalité instrumentale révèle tout son potentiel. En effet, la notion d'organisation semble contenir en elle-même les germes de l'action instrumentale. Par la division du travail entre chefs et exécutants, elle reproduit la distinction entre action télologiquement rationnelle et action instrumentale rationnelle, puisqu'elle fait des exécutants des moyens de réalisation d'objectifs qu'ils n'ont pas définis. Dans un tel contexte actionnel, l'exécutant est chargé d'utiliser de manière économiques et efficiente les moyens disponibles en vue de la réalisation des objectifs fixés par sa hiérarchie. En contrastant de nouveau la rationalité instrumentale et la rationalité axiologique, nous avons vu ce que ceci impliquait en termes pratiques : l'action de l'exécutant est entièrement définie par sa fonction dans l'organisation. Simple « moyen » de réalisation d'une « fin », l'exécutant doit se plier à la logique de la rationalité instrumentale en œuvrant à la réalisation des objectifs de l'organisation. Nous touchons ainsi du doigt une caractéristiques de la rationalité instrumentale, dont le caractère problématique se fait déjà ressentir : la qualité d'« être moral » de l'exécutant est entièrement mise de côté, abandonnée au profit d'une appréciation purement technique de l'efficacité moyens/fins. On attend en effet d'un exécutant qu'il s'évertue à réaliser les objectifs fixés par la hiérarchie en employant des moyens techniquement adéquats, pas qu'il se livre à une introspection sur le bien et le mal et qu'il mette son comportement en adéquation avec ses découvertes métaphysiques.

*

107. Conclusion de la Section 1. La rationalité instrumentale renvoie à l'action par laquelle un individu recherche et emploie de manière économique les moyens efficaces pour parvenir à un objectif donné. Afin de bien saisir ce qui caractérise en propre la logique actionnelle de la rationalité instrumentale, l'action instrumentalement rationnelle fut contrastée avec l'action axiologiquement rationnelle, que l'on peut considérer à bien des égards comme étant le miroir inversé de la rationalité instrumentale. Nous avons ensuite cherché à donner corps à cette notion, à la rendre plus substantielle en montrant tout l'intérêt qu'elle revêtait pour l'action des organisations bureaucratiques. Tout ce travail préalable de définition des concepts étant effectué, il convient désormais de se tourner vers le cœur de notre démonstration : comprendre la logique qui gouverne l'action des combattants. Quel intérêt la notion de « rationalité instrumentale » revêt-elle vis-à-vis de cette sphère particulière de l'agir humain qu'est l'action guerrière ? Retrouve-t-on, au cœur de l'action militaire, la même logique actionnelle que celle qui caractérise la rationalité instrumentale ?

Section 2. – La rationalité militaire, ou l'action visant à vaincre la résistance de l'ennemi par l'emploi de moyens violents efficaces

108. Après avoir posé un certain nombre de concepts-clés relatifs à l'agir humain dans la section précédente, il faut désormais confronter ceux-ci à un domaine spécifique de l'action humaine, à savoir l'action militaire²⁸⁶. Rappelons que le but de notre réflexion, à ce stade, est d'identifier la logique propre de l'action militaire, c'est-à-dire le principe qui se trouve au fondement de l'action armée et qui confère à celle-ci son caractère d'action proprement « militaire ». Ces réflexions permettront ensuite d'offrir une critique de cette logique²⁸⁷.

109. L'ambition de la présente section est donc de parvenir à démontrer que l'action militaire est gouvernée par la rationalité instrumentale. Ceci revient à démontrer que, de même que l'action instrumentalement rationnelle de l'individu abstrait ou de l'exécutant d'une organisation bureaucratique, l'action guerrière se caractérise par la recherche et l'emploi de moyens efficaces en vue de la réalisation, à moindre coût, d'une finalité donnée²⁸⁸. Alors que nous pénétrons dans ce qui constitue véritablement le cœur de ce chapitre, une question préalable, de nature méthodologique, se pose. Comment démontrer que, dans les faits, l'action militaire se déploie à partir de la rationalité instrumentale ? Comment prouver que l'action militaire est effectivement déterminée par un calcul d'adéquation des moyens aux fins ? Afin de répondre à cette question, il conviendra de formuler quelques remarques méthodologiques préliminaires (**Sous-section 1**). Une fois la méthode établie, il s'agira de montrer que la rationalité militaire n'est rien d'autre qu'une déclinaison, dans une sphère d'activité spécifique (l'agir guerrier), de la rationalité instrumentale. Nous verrons alors que, de même que l'action instrumentalement rationnelle, l'action militaire est une action finalisée, poursuivant la réalisation d'une finalité déterminée : vaincre la résistance de l'ennemi pour lui imposer sa volonté (**Sous-section 2**). De plus, comme l'action instrumentalement rationnelle, l'action militaire opère à partir d'un calcul centré sur l'adéquation des moyens aux fins : l'action armée se caractérise

²⁸⁶ Pour des raisons stylistiques visant à éviter les répétitions, les expressions « action militaire », « action armée », « action guerrière » ou parfois « agir guerrier » sont utilisées de manière interchangeables.

²⁸⁷ V. *infra*, Chapitre 2.

²⁸⁸ Il faut préciser à ce stade que le fait que la rationalité instrumentale gouverne l'action militaire n'a rien de naturel. Au c'est au terme d'un processus historique complexe, ayant trait aux transformations structurelles de nos sociétés vers ce que l'on appelle parfois la « modernité », que la rationalité instrumentale s'est imposée comme le principe moteur de l'appareil militaire. Dans cette section, il ne sera cependant pas nécessaire d'étudier ce processus historique, qui fera l'objet de développements dans le chapitre suivant.

effectivement par la recherche et l'emploi de moyens violents efficaces pour vaincre la résistance de l'ennemi à moindre coût (**Sous-section 3**).

Sous-section 1. – Remarques préliminaires sur la méthode

110. Afin de démontrer que l'action militaire est effectivement déterminée par la rationalité instrumentale, deux voies méthodologiques s'ouvrent à la recherche.

111. Premièrement, il est possible d'emprunter la voie de *l'empirisme*. Elle consisterait à partir d'une étude systématique des faits pour chercher à confirmer (ou, le cas échéant, à infirmer) l'hypothèse. Du point de vue méthodologique, il s'agirait alors de constituer un corpus factuel pertinent et le plus complet possible, composé de faits historiques datés et situés, à partir duquel il serait possible d'induire par voie d'observation le principe selon lequel l'action militaire se déploie effectivement à partir d'un calcul d'efficacité moyens/fins. Cependant, de nombreux obstacles s'opposent à l'emploi de cette méthode. En plus du fait que la formation de chercheur en droit ne pousse pas à se familiariser avec les méthodes empiriques, une telle méthode impliquerait un travail gigantesque. En effet, la méthode empirique exigerait d'observer minutieusement le comportement des militaires dans la guerre, et donc de compiler un nombre extraordinaire de données : il faudrait étudier toutes les guerres du passé (ou au moins toutes les guerres de l'époque moderne) et toutes les actions militaires qui se déroulent dans chaque guerre particulière pour vérifier si, à chaque fois, le comportement militaire trouve bien son origine dans une rationalité de type instrumentale. Un tel travail est bien évidemment impossible à réaliser de la cadre de la présente thèse.

112. Deuxièmement, il est possible d'emprunter une autre voie, qui ne procède pas exactement du *rationalisme*, même si elle y ressemble. Cette voie consiste à étudier non pas les faits historiques eux-mêmes, mais plutôt les principes d'action formulés dans la littérature militaire. En effet, il existe toute une littérature, que l'on nommera génériquement la « littérature stratégique », dans laquelle les « stratégités »²⁸⁹ livrent leurs réflexions sur l'action militaire. Dans cette littérature, praticiens et théoriciens de la guerre cherchent à

²⁸⁹ Sur la distinction entre « stratèges » et « stratégités », v. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, 7^{ème} éd., Paris, Economica, coll. « Bibliothèque Stratégique », 2011, pp. 36-39.

saisir ce qui se trouve au fondement de « [l’]*agir guerrier* »²⁹⁰, c'est-à-dire de l'action militaire. Leurs réflexions sont donc particulièrement intéressantes au regard de la présente démonstration. De plus, les réflexions des stratégistes sont pertinentes puisqu’elles se situent sur un double plan descriptif et prescriptif, rarement séparé de manière claire par les auteurs : les stratégistes s’attachent à la fois à décrire l’agir guerrier et à prescrire aux guerriers la manière dont ils doivent agir²⁹¹. Opérant une boucle rétroactive que l’on qualifierait volontiers de « *virtueuse* » si elle ne portait pas sur une activité aussi funeste que la guerre, la pensée stratégique s’attache à connaître l’action militaire passée (dimension descriptive) et, par le fruit de cette connaissance, à orienter l’action militaire future (dimension prescriptive)²⁹².

113. Cette littérature a donc une grande valeur probante, car en cherchant à identifier ce qui définit en propre « l’art de la guerre » et en s’évertuant à formuler des directives d’action à destination des militaires (et notamment des officiers en formation), des voix autorisées s’attachent à décrire la manière dont les militaires agissent et doivent agir. Ainsi, du point de vue méthodologique, il est possible de s’appuyer sur cette littérature pour comprendre les ressorts de l’action militaire et confirmer (ou infirmer) le fait que celle-ci obéit bel et bien à une logique d’efficacité moyens/fins. Contrairement à la méthode empirique, cette seconde méthode est à notre portée : il est bien plus simple de prendre appui sur la littérature secondaire plutôt que d’étudier les sources primaires, c'est-à-dire l’histoire et l’épaisse multitude des faits qui la composent²⁹³. C’est donc cette seconde méthode que la présente recherche privilégiera. Pour ce qui nous intéresse, cette méthode révèle deux choses primordiales.

114. En premier lieu, il apparaît que la littérature stratégique rejette en bloc trois des quatre déterminants de l’action sociale identifiés par Max Weber, à savoir la rationalité affective, la rationalité habituelle et la rationalité axiologique.

²⁹⁰ L’expression est de J. BAECHLER, « Présentation », *op. cit.*, p. 8.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 9.

²⁹² La pensée stratégique « *traite de la connaissance de l’action, et de l’action inspirée par cette connaissance* » (F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, *op. cit.*, introduction).

²⁹³ Cependant, cette seconde voie méthodologique a un écueil : elle invite à mettre l’accent seulement sur les principes d’action des armées des grandes puissances contemporaines. Néanmoins, les principes sont formulés à un tel degré de généralité qu’ils valent en réalité pour l’action militaire en général, que celle-ci soit le fait d’armées étatiques hautement organisées ou de groupes insurgés plus informels.

115. Tout d'abord, si les stratégistes reconnaissent à l'unanimité que la guerre est un domaine marqué par « *l'ardeur des passions* »²⁹⁴, ils rejettent tout aussi unanimement l'idée que la **rationalité affective** puisse se trouver au principe de l'action militaire. Bien au contraire, ils insistent sur le fait que « *l'intelligence* » (qu'ils opposent aux passions) occupe une place primordiale dans la « *conduite de la guerre* », puisqu'elle a appris aux hommes « *un emploi de la violence plus efficace que [la] manifestation sauvage de l'instinct* »²⁹⁵. Dans la guerre plus que dans tout autre domaine d'activité humaine, l'homme doit « *opérer une rupture avec ce qui le "pousse" dans sa nature, autrement dit raisonner ses affects, ses émotions, ses envies, ses désirs débridés guidés par la satisfaction, leur imposer renoncements et limites afin de les maîtriser* »²⁹⁶.

116. De même, les stratégistes rejettent l'idée que la **rationalité habituelle** puisse se trouver au principe de l'action militaire. Bien évidemment, il est clair que le monde militaire se distingue du monde civil par tout un ensemble d'éléments, et notamment par ses traditions et ses coutumes²⁹⁷. Mais il est tout aussi clair que l'action militaire ne saurait être déterminée par l'habitude ou la tradition, pour une raison bien simple : la guerre étant « *un vrai caméléon, changeant de nature dans chaque cas concret* »²⁹⁸, les militaires doivent toujours s'adapter à des contextes nouveaux, changeants, fluctuants et incertains. La conduite de la guerre ne peut donc « *être ramenée à l'application d'une recette* » ou à « *la maîtrise d'une technique à usage répété* »²⁹⁹ que l'on pourrait se contenter d'appliquer par habitude. D'où un thème récurrent de cette littérature, consistant pour les militaires à critiquer les choix stratégiques de leurs prédécesseurs sur le fondement que ceux-ci furent « *guidés par*

²⁹⁴ F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., préface. V. ég. C. von CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 22, qui souligne que « [s]i la guerre est un acte de violence, la passion en fait aussi nécessairement partie » et qu'il est vain d'imaginer que celle-ci puisse « se lib[érer] toujours davantage des passions ».

²⁹⁵ C. von CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 22. V. ég. M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force. Traité de stratégie de l'École de guerre*, 3^{ème} éd., Paris, Tallandier, coll. « Texto », 2018, p. 20 (« [I] 'intelligence intervient comme une instance de contrôle par rapport aux emballlements de la volonté : dans la mythologie grecque, elle est incarnée par Athéna, qui est également la déesse de la stratégie, alors que son frère Arès, dieu des combats, personifie la violence débridée et irrationnelle »).

²⁹⁶ A. HUET, « Rationalité éthique et maîtrise de la violence armée », *Inflections*, vol. 36, n°3, 2017, p. 46. De ce point de vue, l'art de la guerre est finalement « *l'art de dompter la violence armée par les moyens de l'intelligence* » pour transformer la violence aveugle en « *force maîtrisée et efficace* » (J.-V. HOLEINDRE, *La ruse et la force. Une autre histoire de la stratégie*, Paris, Perrin, 2017, p. 13). V. ég. M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 68 (« [d]ans un univers guerrier dominé par la force brute, le stratège introduit l'action de l'intelligence, et par là même l'intelligence de l'action. Celle-ci lui permet de diriger les forces en fonction d'un dessein politique servant les intérêts de la tribu, du royaume, de la nation ou de l'empire »).

²⁹⁷ E. IRASTORZA, « Éditorial », *Inflections*, vol. 11, n°2, 2009, p. 7.

²⁹⁸ C. von CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 46.

²⁹⁹ J. BAECHLER, « Le raisonnement stratégique et la guerre », in J. BAECHLER, J.-V. HOLEINDRE, (dir.), *Penseurs de la stratégie*, Paris, Hermann, coll. « L'Homme et la Guerre », 2014, p. 284.

l'habitude »³⁰⁰ et ne surent dès lors pas s'adapter aux changements³⁰¹. D'où également un avertissement récurrent vis-à-vis des « *précédents historiques* », dont la reprise pure et simple menace de conduire le stratège à « *préparer une guerre du passé et d'être démenti par celle du présent* »³⁰².

117. Enfin, la littérature stratégique rejette l'idée que l'action militaire soit déterminée par la **rationalité axiologique**, c'est-à-dire une recherche de conformité à des valeurs supérieures, s'imposant de l'extérieur aux spécialistes de la violence. Non pas que les valeurs soient étrangères à l'action militaire. Bien au contraire, les militaires chérissent certaines valeurs, telles que l'obéissance aux ordres, l'honneur, le courage, le sens du sacrifice, la discipline, le patriotisme, la loyauté envers l'institution, etc.³⁰³ Mais pour autant, le respect des valeurs ne se trouve pas au fondement de l'action de l'appareil militaire. Contrairement à l'action axiologiquement rationnelle, par laquelle l'individu cherche à se conformer à des exigences supérieures indépendamment du contexte factuel, l'action militaire trouve sa source dans une analyse du contexte factuel. En effet, la première dimension de l'action militaire consiste en un « *examen de la situation* »³⁰⁴, donc des faits. Après examen des faits, les militaires établissent un plan, qu'ils se chargent ensuite d'exécuter³⁰⁵. Ainsi, contrairement à la rationalité axiologique, ce sont les faits qui déterminent l'action militaire, non les valeurs. Là où l'individu axiologiquement rationnel est aveugle vis-à-vis du contexte, celui-ci étant obnubilé par l'impératif de se conformer à des valeurs supérieures quelles que soient les circonstances et les conséquences de ses actes, le militaire est immergé dans le monde des faits, dont il est entièrement dépendant : ce sont les faits qui définissent le champ des actions possibles et qui poussent le militaire à agir ou à réagir³⁰⁶.

³⁰⁰ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 44.

³⁰¹ En ce sens, John F. C. FULLER cite avec approbation le Maréchal DE SAXE, qui se lamentait du fait que « *our present practice is nothing more than a passive compliance with customs, the grounds of which we are absolute strangers to* » (J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, Londres, Hutchinson & Co, 1923, p. 76).

³⁰² M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 28. Les auteurs ajoutent que « [l]'*histoire n'est pas utilisable telle quelle, elle constitue une matière première que l'on doit épurer de ses scories pour en extraire l'essence* » (*ibid.*). V. ég. *ibid.*, p. 94 (l'*histoire* est « *un réservoir d'inspiration* », mais ne contient pas de « *modèles au sens propre* » ; elle « *ne saurait certainement pas constituer une table des lois stratégiques* ») ; H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 295 (« *la méthode historique induit le risque permanent de transposer au présent les "recettes" du passé sans tenir compte des bouleversements intervenus* »).

³⁰³ V. p. ex. FRANCE, MINISTÈRE DES ARMEES, *Le Code d'honneur du soldat français*, 2020 (« 1. Soldat français, je m'engage à servir mon pays. 2. En toutes circonstances, je me conduis avec honneur, courage et dignité. 3. Toujours disponible et discipliné, je suis exemplaire dans mon comportement comme dans ma tenue. (...) 5. Loyal à mes chefs et dévoué à mes subordonnés, j'obéis avec confiance et je commande avec exigence et bienveillance »).

³⁰⁴ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 15.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Ce point fera l'objet d'une démonstration *infra*, Chapitre 2.

118. La littérature stratégique révèle donc que l'action militaire ne repose et ne doit reposer ni sur les affects, ni sur les passions, ni sur les valeurs. Aucun de ces trois déterminants de l'action ne se trouve (et ne doit se trouver) au principe de l'agir guerrier. Ceci ne signifie pas que, dans les faits, le comportement individuel de certains militaires ne soit jamais déterminé par l'habitude, les passions ou bien les valeurs : l'histoire témoigne que tel est parfois le cas³⁰⁷. Mais la littérature stratégique indique explicitement que ces trois déterminants de l'action sociale ne *doivent pas* se trouver au cœur de l'agir guerrier : ils constituent une déviation par rapport à la manière normale d'agir.

119. En second lieu, la littérature stratégique révèle que l'action militaire trouve (et doit trouver) son principe dans une appréciation de l'efficacité de moyens spécifique pour réaliser une fin donnée. Cette idée, dont on mesure la proximité avec le concept de rationalité instrumentale par la simple évocation des termes clés d'« efficacité », de « moyens » et de « fin », se retrouve de manière transversale dans toute la littérature stratégique au moins depuis Clausewitz³⁰⁸. À tel point que l'affirmation selon laquelle l'action militaire est gouvernée par la rationalité instrumentale n'a en réalité rien de révolutionnaire ni de controversée : cette affirmation traverse, à l'état plus ou moins explicite, l'ensemble de la littérature stratégique. Entrant dans le vif du sujet, cette prétention sera démontrée en disjoignant les finalités de l'action militaire d'une part, et les moyens de l'action militaire de l'autre. Nous verrons tout d'abord que l'action militaire a pour objectif de vaincre la résistance de l'ennemi afin de lui imposer sa volonté, ce qui nous permettra ensuite de voir que l'action militaire se déploie à partir d'une recherche d'adéquation des moyens aux fins, c'est-à-dire d'efficacité.

Sous-section 2. – L'action militaire, une action visant la réalisation d'une finalité spécifique : vaincre la résistance de l'ennemi afin de lui imposer sa volonté

120. Toute discussion sur la finalité de l'action militaire doit partir de la « *contradiction flagrante qui semble exister entre deux affirmations (...) centrales* »³⁰⁹ dans l'œuvre de Carl

³⁰⁷ Sur le fait que les combattants agissent parfois sur le fondement de la rationalité axiologique, en refusant d'employer certains moyens d'action qui pourraient pourtant paraître efficaces, v. *infra*, Chapitre 2, § 216.

³⁰⁸ Sur ce point, v. p. ex. E. WEIL, « Guerre et Politique selon Clausewitz », *Revue française de science politique*, vol. 5, n°2, 1955, p. 296.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 297.

von Clausewitz. Cette contradiction peut se formuler comme suit : la guerre est à la fois un phénomène qui possède sa nature propre, et donc sa finalité intrinsèque, mais également un instrument au service de la politique, qui doit donc servir une finalité extrinsèque³¹⁰. L'action militaire possède donc deux finalités : une finalité proprement militaire qui est comprise dans le concept même de « guerre » (que Clausewitz nomme le « but » – *Ziel* – de la guerre), et une finalité politique qui résulte du fait que, dans nos sociétés modernes, l'action militaire est subordonnée aux directives imposées par le pouvoir politique (que Clausewitz nomme la « fin » – *Zweck* – de la guerre). Depuis Clausewitz, les stratégistes distinguent donc la finalité militaire de la guerre d'une part, qui consiste à vaincre la résistance de l'ennemi (**§ I**), et la finalité politique de la guerre de l'autre, qui consiste à imposer à l'ennemi une volonté politique (**§ II**)³¹¹.

§ I. – La finalité militaire de la guerre : vaincre la résistance de l'ennemi

121. La finalité proprement militaire de l'action armée est conditionnée par la nature du phénomène guerrier : cette finalité est comprise dans le concept même de la guerre, qui vaut par conséquent de manière générique pour toutes les guerres. Saisir la finalité spécifiquement militaire de la guerre suppose donc de se poser la question préliminaire suivante, fondamentale s'il en est : quelle est l'essence de la guerre ?

122. Si l'on suit Clausewitz, généralement considéré comme le théoricien militaire majeur de l'époque moderne, l'*« élément essentiel »* de la guerre est qu'elle s'apparente au *« duel »*³¹². La guerre n'est pour lui *« rien d'autre qu'un duel amplifié »*, qui se compose d'une *« infinité [de] duels particuliers »*³¹³. En effet, au principe de toute guerre se trouve *« une divergence de propos, d'intérêts, d'opinions... entre deux acteurs »*³¹⁴ qui choisissent de résoudre ce différend en recourant à la violence armée. On peut donc se représenter métaphoriquement la guerre comme un duel, c'est-à-dire comme un *« [a]ffrontement*

³¹⁰ V. p. ex. *ibid.*, p. 298 (la guerre « possède sa nature propre », mais qu'elle est aussi « un moyen de la politique »).

³¹¹ V. p. ex. B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, 2^{ème} éd., Londres, Meridian, 1991 [1967], p. 338 (« [i]t would be better to speak of "the object" when dealing with the purpose of policy, and of "the military aim" when dealing with the way that forces are directed in the service of policy »).

³¹² C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 19. V. également M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 254 (« si les guerres changent effectivement de couleur et de forme, la guerre, elle ne saurait changer de nature. Quel que soit le champ de bataille où elle s'actualise en un moment donné du temps, elle demeure un duel de volontés politiques (...) entre deux adversaires usant de la force pour parvenir à leurs fins »).

³¹³ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 19.

³¹⁴ J. BAECHLER, « Le raisonnement stratégique et la guerre », *op. cit.*, p. 276.

(physique et moral) violent de deux individus ou de deux groupes »³¹⁵ qui cherchent, « en employant [leur] force physique, à ce que l'autre exécute sa volonté »³¹⁶.

123. D'où il ressort que, dans la guerre, le « *but immédiat* » de chaque belligérant est « *de terrasser l'adversaire et de le rendre ainsi incapable de toute résistance* »³¹⁷. En effet, en tant que la guerre « *est un acte de violence engagé pour contraindre l'adversaire à se soumettre à notre volonté* »³¹⁸, le but immédiat de la guerre, compris dans son concept même, est logiquement de vaincre la résistance de l'ennemi, de détruire sa détermination à continuer le combat³¹⁹. Il faut préciser que, contrairement à ce que l'on pourrait croire, cette finalité militaire de la guerre n'est pas d'ordre matériel, mais « *psychologique* »³²⁰. En effet, les combattants cherchent à provoquer la « *désintégration morale de l'ennemi* », c'est-à-dire à « *le convaincre qu'engager ou poursuivre la lutte est inutile* »³²¹. Il ne s'agit donc pas tant de vaincre physiquement l'ennemi que de le vaincre psychologiquement : il est tout à fait possible de parvenir à briser la volonté de résistance de l'ennemi sans être parvenu à détruire sa capacité physique et matérielle à résister³²².

124. La finalité proprement militaire de l'action armée consiste donc à vaincre la résistance de l'ennemi. Dans la perspective des raisonnements qui suivent, il est important de noter que cette finalité proprement militaire de la guerre vaut à la fois sur le plan stratégique et sur le plan tactique.

125. Les penseurs militaires et les doctrines nationales d'emploi de la force armée distinguent plusieurs « *niveaux de l'action armée* »³²³. Si le découpage de la guerre en différents niveaux d'action varie en fonction de chaque culture militaire et donne lieu à des « *controverses infinies* »³²⁴, l'on distingue généralement au moins deux niveaux : le niveau

³¹⁵ F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « duel ».

³¹⁶ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 19. Ainsi que l'écrit François Géré, la notion de duel « *fournit une représentation commode de l'affrontement que constitue la bataille et, au-delà, de l'ensemble de l'activité stratégique* ». Il fournit néanmoins une critique de cette métaphore (v. F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « duel »). V. également A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 16 (qui parle de la guerre comme d'une « *dialectique des volontés* »).

³¹⁷ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 19.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 21.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 23 (« *l'objectif de l'acte militaire* » sera toujours de « *désarmer ou terrasser l'adversaire* »).

³²⁰ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 35.

³²¹ *Ibid.*, pp. 35 et 36.

³²² Sur ce point, v. *infra*, note 360.

³²³ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 70.

³²⁴ *Ibid.*

stratégique et le niveau tactique³²⁵. L'identification d'un critère de distinction clair entre ces deux niveaux d'action donne lieu à de grands débats³²⁶. Pour ce qui nous intéresse, il suffit de voir qu'opérer une différence entre ces deux niveaux revient à distinguer entre un point de vue macroscopique sur la guerre, qui est celui de la stratégie, et un point de vue microscopique, qui est celui de la tactique. Depuis la perspective stratégique, la guerre apparaît dans son ensemble, comme « *un phénomène multidimensionnel et interactionnel total* »³²⁷, qui englobe l'ensemble des opérations spécifiques et des batailles particulières qui composent chaque guerre. Ainsi, contrairement au tacticien, « [l]e stratège ne raisonne pas en fonction de la tâche immédiate, de la bataille ou de l'opération à venir, mais en fonction de la guerre dans son ensemble »³²⁸. À l'inverse, le plan tactique se situe à un niveau inférieur, celui de l'opération concrète³²⁹ : le tacticien « *visualise un problème purement militaire : l'adversaire me fait face, constate[-t-il]; je dois l'emporter sur lui* »³³⁰. Ainsi, le niveau stratégique s'occupe de la planification générale des opérations militaires en vue de gagner la guerre, alors que le niveau tactique s'occupe de l'exécution des opérations militaires particulières en vue de vaincre l'ennemi sur le terrain³³¹.

126. Or, quel que soit le niveau d'action considéré, la finalité militaire de l'action est identique. Au niveau stratégique, il convient de concevoir l'ensemble des opérations militaires afin de briser la résistance de l'ennemi par la force, en s'évertuant à disloquer son centre de gravité³³². Mais tout ceci vaut également sur le plan tactique. Dans chaque bataille particulière opposant des unités ennemis sur le champ de bataille, le but militaire de l'action armée est ici encore de « *bris[er] [la] volonté [de l'ennemi] par la force* »³³³. Ainsi, de

³²⁵ V. p. ex. A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 33 (« *il est traditionnel de subdiviser [l'art stratégique] en stratégie et tactique* »).

³²⁶ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., pp. 135-138.

³²⁷ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 71.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, op. cit., p. 321 (la tactique est « *an application of strategy on a lower plane* ») ; H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 132 (« *[l]a tactique est du ressort des échelons inférieurs qui vont conduire et exécuter les (...) pour atteindre les objectifs fixés par la stratégie générale* »). V. ég. A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 16.

³³⁰ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 70.

³³¹ En ce sens, v. R. CASTEX, *Théories Stratégiques*, vol. 1, préf. J. CHIRAC, Paris, Economica, coll. « Bibliothèque Stratégique », 1997, p. 7 (« *[l]a stratégie est l'art de concevoir ; la tactique est la science de l'exécution* »), cité in F. GERE, L. WEDIN, *L'Homme, la Politique et la Guerre*, Paris, Nuvis, 2017, p. 47. Cette distinction est caricaturale, car aux deux niveaux stratégique et tactique se retrouve la double nécessité de planifier et d'exécuter (en ce sens, v. F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « *plan* » : « *Un plan s'impose à plusieurs niveaux de l'action militaire. On peut ainsi distinguer le plan de guerre, ou plan stratégique, qui se situe à l'articulation du politique et du stratégique, le plan de campagne, à l'articulation du stratégique et de l'opératif, et, à l'échelle tactique, le plan de bataille* »). Pour des exemples qui illustrent la distinction entre le raisonnement stratégique et le raisonnement tactique, v. M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., pp. 73-75. V. ég. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., pp. 135-136.

³³² Sur la notion de centre de gravité, v. *infra*, § 144.

³³³ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 70.

l'échelle la plus microscopique (celle d'une bataille particulière) à l'échelle la plus macroscopique (celle de la guerre comprise dans son ensemble), l'action armée est guidée par la même finalité : vaincre la résistance de l'ennemi.

127. Il ressort de ceci que, considérée en elle-même et pour elle-même, la guerre apparaît comme « *violence pure* »³³⁴. Cette expression ne vise aucunement à représenter la guerre comme un phénomène irrationnel, une simple affaire de pulsions et d'affects, le terrain d'une violence débridée³³⁵. Cette expression signifie plutôt que, considérée à l'aune de sa seule finalité intrinsèque, la guerre est une affaire intégralement violente : les belligérants se font face, évaluent leurs forces respectives, recherchent les faiblesses de leur ennemi, et frappent ce dernier jusqu'à briser sa volonté, le soumettre, le rendre incapable de résister. La guerre est pieds et poings liés à l'usage de la violence – non pas un usage irrationnel et chaotique de la violence, mais un emploi rationnel d'une violence visant à atteindre un but précis : vaincre l'ennemi, à la fois dans sa détermination générale à continuer la guerre (plan stratégique) et sur le terrain (plan tactique)³³⁶.

128. Si l'on ajoute à cela que la guerre est un phénomène fondamentalement dialectique car elle n'est pas « *l'action d'une force vive sur une masse morte* » mais « *toujours le choc de deux forces vives l'une contre l'autre* »³³⁷, on comprend que la logique intrinsèquement violente de la guerre risque de donner lieu à un emballement de la violence, à une montée aux extrêmes³³⁸. En effet, si chaque belligérant poursuit le même objectif consistant à briser la résistance de son ennemi, alors on voit mal comment la guerre pourrait être modérée dans ses effets. C'est la conclusion à laquelle est parvenu Clausewitz, pour qui la logique propre de la guerre conduit naturellement les belligérants à un emploi extrême de la force³³⁹.

³³⁴ E. WEIL, « Guerre et Politique selon Clausewitz », *op. cit.*, p. 297.

³³⁵ V. *supra*, § 115.

³³⁶ L'idée selon laquelle la guerre est une affaire intégralement violente traverse toute la littérature militaire. Le maréchal BUGEAUD pouvait ainsi résumer l'art de la guerre à « *l'art de s'arranger pour être le plus fort et quand on ne l'est pas, pour f... le camp sans dommage !* » (cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 22). Dans la même veine, pour le général américain Curtis LEMAY, la guerre se résume à « *tuер des gens, et quand vous en avez assez tué, ils s'arrêtent de se battre* » (cité in R. RHODES, *The Making of the Atom Bomb*, 2^{ème} éd., New York, Simon & Schuster, 2012, p. 586). Finalement, dit le commandant des forces unionistes Ulysses GRANT, « *l'art de la guerre est assez simple : savoir où est votre ennemi, engager le combat avec lui dès que possible, le frapper aussi durement que vous le pouvez et continuer à aller de l'avant* » (cité in J. C. BARRY, « La finalité de la guerre est-elle la paix ? Plaidoyer pour la politique », *Inflexions*, vol. 36, n°3, 2017, p. 55).

³³⁷ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 23

³³⁸ *Ibid.*, pp. 24-26.

³³⁹ *Ibid.*, pp. 20-21 (« [p]uisque l'utilisation de la violence physique dans toute son ampleur n'exclut en aucune manière la coopération de l'intelligence, celui qui se sert de cette violence avec brutalité, sans épargner le sang, l'emportera forcément sur l'adversaire qui n'agit pas de même. Il dicte par là sa loi à l'autre. Tous deux se poussent ainsi mutuellement jusqu'à une extrémité qui ne connaît d'autre limite que le contrepoids exercé par l'adversaire »).

Cependant, dans la réalité, cette montée aux extrêmes est tempérée par de nombreux facteurs, et notamment « *par les "frictions" de toute nature (défaillances humaines, problèmes logistiques, imprévis météorologiques, etc.)* »³⁴⁰ qui sont l'apanage de toute guerre. Mais surtout, cette montée aux extrêmes est généralement tempérée par le fait que la guerre n'est pas en elle-même sa propre finalité³⁴¹. En effet, vaincre la résistance de l'ennemi n'est jamais un but en soi, mais toujours un but au service d'une finalité extrinsèque, de nature politique : imposer sa volonté à l'ennemi.

§ II. – La finalité politique de la guerre : imposer sa volonté à l'ennemi

129. En tant qu'opposition violente entre deux volontés antagonistes, la guerre possède sa finalité propre : briser la résistance de l'ennemi, vaincre sa détermination à continuer le combat. Telle est la finalité proprement militaire de la guerre, qui apparaît lorsqu'on appréhende la guerre depuis la perspective du soldat³⁴². Cependant, on ne saurait s'arrêter à cette perspective car, comme l'écrit Liddell Hart, les hommes « *ne font pas la guerre pour le plaisir de faire la guerre* »³⁴³. Autre manière de dire que vaincre la résistance de l'ennemi n'est jamais « *une fin en soi* », de même que « *la gloire ultime des faits d'armes ne constitue jamais l'objectif ultime d'une stratégie* »³⁴⁴. En effet, la finalité militaire de la guerre est toujours subordonnée à une « *finalité supérieure* »³⁴⁵, qui se révèle dès lors que l'on se pose la question suivante : vaincre l'ennemi, mais pourquoi ? Dans quel but ?

130. Pour saisir ce point, il faut partir du constat que les hommes se font la guerre dans le but de résoudre un différend politique, qui naît d'une divergence d'intérêts, de désirs ou de valeurs³⁴⁶. Toute guerre, dit Clausewitz, « *surgit toujours d'une situation politique et*

³⁴⁰ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, op. cit., p. 80.

³⁴¹ Sur l'idée que la subordination de la guerre à la politique ne va pas nécessairement dans le sens d'une plus grande modération de la violence, v. *infra*, § 268.

³⁴² J. BAECHLER, « *Le raisonnement stratégique et la guerre* », op. cit., p. 285 (« *pour le soldat, la fin d'une guerre* », c'est « *la victoire sur l'ennemi* »).

³⁴³ B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, op. cit., p. 338, n. trad.. L'homme, ainsi que le disait Aristote, ne désire généralement pas « *être un buveur de sang accompli (...) choisissant de faire la guerre pour la guerre* » (ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre X, chap. 7, cité in J. C. BARRY, « *La finalité de la guerre est-elle la paix ?* », op. cit., p. 55).

³⁴⁴ T. DE MONTBRIAL, « *Avant-propos* », in A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 9. V. ég. J. A. WARDEN III, « *The Enemy as a System* », *Airpower Journal*, vol. 9, n°1, 1995, p. 43 (« *[a]fter all, we don't go to war merely to have a nice fight; rather, we go to war to attain something of political value to our organization* »).

³⁴⁵ F. GÈRE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « *guerre* ».

³⁴⁶ J. BAECHLER, « *Le raisonnement stratégique et la guerre* », op. cit., p. 276.

n'éclatera que pour un motif politique »³⁴⁷. En tant que « *mobile initial* »³⁴⁸ de la guerre, ce différend politique est antérieur à la guerre et s'en trouve au principe : le conflit politique précède donc logiquement le déclenchement des hostilités et l'irruption de la finalité proprement militaire de la guerre, qui ne naît évidemment qu'une fois que la guerre est déclenchée et que les spécialistes de la violence entrent en action³⁴⁹. Par-delà les hostilités, la violence, les combats, se trouve donc une autre finalité, extrinsèque au phénomène guerrier lui-même et proprement politique : en recourant à la guerre et donc à la violence, chaque « *collectivité en lutte* » cherche à « *imposer à l'autre une forme de pouvoir dont cette dernière ne veut pas* »³⁵⁰. Ainsi, le but final de la guerre n'est pas tant de vaincre l'ennemi que de l'amener à réaliser une volonté, de le plier à des désirs ou à des intérêts.

131. Or, dans les sociétés démocratiques³⁵¹, les militaires ne décident ni de la « forme de pouvoir » qu'un groupement politique cherche à imposer à son ou ses adversaire(s) par la violence, ni plus généralement de l'engagement des forces armées. Ainsi le veut le célèbre adage cicéronien *cedant arma togae* (« les armes cèdent devant la toge »)³⁵² : c'est l'autorité civile, et donc les détenteurs du pouvoir politique, qui décident de l'engagement des forces armées et des objectifs que l'on cherche à réaliser par la guerre.

132. Ceci transparaît notamment du fait que, du point de vue du droit constitutionnel, la décision d'engager les forces armées revient toujours au pouvoir politique (qu'il s'agisse du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif ou bien d'une compétence partagée entre ces deux pouvoirs)³⁵³. Par cette subordination de l'action militaire au pouvoir civil, l'action armée

³⁴⁷ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 42.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 30.

³⁴⁹ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 17 (« [I]a politique existe avant la guerre, elle se poursuit à travers la guerre dans la décision d'engagement des forces armées et continue après la guerre ; à aucun moment son cours n'est interrompu »).

³⁵⁰ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, op. cit., p. 18.

³⁵¹ Ici, le qualificatif « *démocratique* » est simplement employé dans un sens volontairement vague pour opposer certaines sociétés aux sociétés militaristes décrites notamment par Alfred Vagts (v. A. VAGTS, *A History of Militarism: Civilian and Military*, 2^{ème} éd., New York, The Free Press, 1959, p. 17).

³⁵² Mao Zedong disait quant à lui que « *la politique guide le fusil* » (cité in F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « *politique* »). Sur la maxime *cedant arma togae*, v. G. DAHO, L. KLEIN (dir.), *Les armes cèdent-elles toujours à la toge ? Regards interdisciplinaires sur les relations civilo-militaires en démocratie*, Paris, Mare & Martin, coll. « Droit de la sécurité et de la défense », 2023.

³⁵³ V. not. S. DIETRICH, H. HUMMEL, et S. MARSCHALL, « Parliamentary War Powers: A Survey of 25 European Parliaments », *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces*, Occasional Paper No. 21, 2010 ; W. WAGNER, D. PETERS et C. GLAHN, « Parliamentary War Powers Around the World, 1999-2004. A New Dataset », *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces*, Occasional Paper No. 22, 2010 ; K. S. ZIEGLER, « Executive Powers in Foreign Policy. The Decision to Dispatch the Military », in K. S. ZIEGLER, D. BARANGER, A. W. BRADLEY (dir.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford/Portland, Hart, coll. « Studies of the Oxford Institution of European and Comparative Law », 2007, pp. 141-166. Par exemple, la Constitution française de 1958 pose le principe selon lequel les armées françaises sont subordonnées à un « *chef* », qui n'est autre que le Président de la République (FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 15). C'est par ailleurs au Gouvernement que revient

révèle sa finalité extrinsèque, proprement politique : la guerre n'est qu'un moyen d'action au service d'une finalité politique. C'est bien le pouvoir politique qui décide en dernière instance du pourquoi de la guerre, du but dans lequel les forces armées sont déployées. Dès lors, briser la résistance de l'ennemi (la finalité militaire de la guerre) n'est qu'un moyen de réalisation d'une finalité « *irrévocablement politique* »³⁵⁴, supérieure et extérieure à la guerre elle-même. Ou, pour reprendre le célèbre aphorisme clausewitzien, la guerre n'est qu'*« une continuation des relations politiques, un accomplissement de celles-ci par d'autres moyens »*³⁵⁵.

133. Du point de vue politique, la violence n'est donc qu'un moyen d'action parmi d'autres, auquel les décideurs politiques recourent lorsqu'ils jugent que les moyens « normaux » de la politique (négociation, diplomatie, commerce, etc.) ne permettront pas d'atteindre certains objectifs. Ces objectifs sont de nature diverse. Il peut s'agir, pour le pouvoir politique, de défendre l'intégrité territoriale face à une invasion étrangère, de récupérer un territoire perdu au cours d'un conflit précédent, de s'interposer dans un conflit opposant des forces tierces, de mettre fin à des crimes de masse, d'assurer la survie de la nation face à un ennemi qui cherche à l'éradiquer, de protéger ses ressortissants situés en territoire étranger, de conquérir un territoire, de venir en aide à un allié en détresse, de défendre ou de s'accaparer des ressources naturelles... Les buts politiques de la guerre ne sont pas limités *a priori*, et la valeur de l'enjeu pour les sociétés concernées peut varier du tout au tout, ce qui aura un effet sur le niveau de violence déployée dans la guerre.

134. Si, du point de vue militaire (celui du soldat), le but de la guerre est la victoire sur l'ennemi, lequel est atteinte dès lors qu'un belligérant est parvenu à briser la détermination de l'ennemi à combattre, du point de vue politique (celui des détenteurs du pouvoir civil), le

la « *décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger* » et de fixer « *les objectifs poursuivis* » (*ibid.*, art. 35, al. 2) par le déploiement des forces armées. Nous voyons déjà poindre la distinction, esquissée *supra*, §§ 95 ss., entre les chefs de l'organisation, qui définissent les buts, et les exécutants, qui se chargent de mettre en œuvre les moyens propres à la réalisation des buts de l'organisation. C'est avec cette distinction à l'esprit qu'il faut aborder les développements qui suivent.

³⁵⁴ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 75

³⁵⁵ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, pp. 43-44. V. également H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, p. 95 (l'action militaire n'est qu'une « *action instrumentale au service de la politique* ») ; A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, *op. cit.*, p. 15 (l'action militaire vise à « *atteindre les résultats fixés par la politique* ») ; R. E. OSGOOD, *Limited War. The Challenge to American Strategy*, Chicago, Chicago University Press, 1957, p. 7 (le but de la stratégie militaire est de « (...) achieve the objectives of national policy (...) ») ; C.-P. DAVID, O. SCHMITT, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 63 (citant François GERET, pour qui l'action militaire a pour objectif de « *servir la réalisation, en milieu conflictuel, des buts particuliers recherchés par l'autorité politique* »). Cependant, certains stratégistes nient cette idée et estiment qu'en temps de guerre, c'est le pouvoir politique qui doit être subordonné au pouvoir militaire. V. p. ex. E. LUDENDORFF, *La guerre totale*, Paris, Perrin, préf. B. LEMAY, 2010 [1937], not. pp. 57-65. Sur ce renversement de l'aphorisme clausewitzien, voir H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, pp. 108-110.

but de la guerre est – aussi contre-intuitif que cela puisse paraître – de parvenir à la paix³⁵⁶. En effet, s'il est parfaitement exact que la guerre rompt la situation de paix qui régnait jusqu'alors, il n'en demeure pas moins que sa véritable finalité (politique) est l'instauration de la paix, mais d'une paix nouvelle, plus conforme aux désirs, intérêts, opinions ou valeurs de l'un des groupements politiques en lutte. Du point de vue politique, la guerre vise donc à réinstaurer un nouvel ordre pacifié, lavé du différend politique ayant donné lieu à la guerre – ce qui n'adviendra que lorsqu'un belligérant aura effectivement imposé sa volonté à son adversaire³⁵⁷.

*

135. Conclusion de la Sous-section 2. L'action armée poursuit deux finalités. Considérée du point de vue militaire, la finalité de l'action militaire est de briser la résistance de l'ennemi, de le rendre incapable de continuer le combat. Considérée du point de vue politique, la finalité de l'action armée est de réaliser une volonté politique, d'imposer à l'ennemi une décision dont il ne veut pas. Or, ces deux finalités ne peuvent être mises sur le même plan. En raison de la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil, la finalité militaire de la guerre n'est jamais la finalité ultime de la guerre ; elle n'est qu'une finalité subordonnée à cette finalité supérieure qu'est la réalisation d'une volonté politique. Que la guerre poursuive simultanément ces deux finalités ne donne *a priori* lieu à aucune contradiction. Comme l'écrit Jean Baechler, ce « *décentrage de finalité ne change rien à l'ordre objectif des fins* », car « *la victoire sert la paix* »³⁵⁸ – la finalité militaire de la guerre *sert la finalité politique de la guerre*. C'est pourquoi il est possible de ramener les deux finalités de la guerre à une finalité unique, inséparablement politique et militaire³⁵⁹, qui consiste à vaincre la résistance de l'ennemi (finalité militaire) pour lui imposer sa volonté

³⁵⁶ Ainsi que le dit le célèbre stratège britannique John. F. C. Fuller, « *le but de la guerre* [entendu ici au sens de but politique de la guerre] est de rechercher une meilleure paix » (cité in F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « paix »). V. ég. J. BAECHLER, « Le raisonnement stratégique et la guerre », op. cit., pp. 277-278 ; B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, op. cit., p. 338 (« [t]he object in war is a better state of peace – even if only from our own point of view »). Pour une réflexion plus globale, v. J. C. BARRY, « La finalité de la guerre est-elle la paix ? », op. cit., pp. 55-65.

³⁵⁷ Ainsi, la paix visée par la guerre est toujours la *paix impériale*, c'est-à-dire la paix qui résulte de l'imposition par la violence d'un ordre nouveau. Sur le concept de paix impériale, voir M. LAFFEY, T. BARKAWI, « The Imperial Peace: Democracy, Force and Globalization », *European Journal of International Relations*, vol. 5, n°4, pp. 403-434.

³⁵⁸ J. BAECHLER, « Le raisonnement stratégique et la guerre », op. cit., p. 285. V. ég. H. LIDDELL HART, *Strategy*, op. cit., p. 338 (« *the military objective should be governed by the political objective* »).

³⁵⁹ Le général André BEAUFRE reprend cette double finalité lorsqu'il dit que le but de la guerre est d'« *atteindre la décision en créant et en exploitant une situation entraînant une désintégration morale de l'adversaire suffisante pour lui faire accepter les conditions qu'on veut lui imposer* » (A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 36). On retrouve ici la finalité militaire de l'action armée, qui consiste à vaincre la résistance de l'ennemi (provoquer une « désintégration morale de l'adversaire »), et la finalité politique de l'action militaire, qui consiste à imposer une décision à l'adversaire (« lui faire accepter les conditions qu'on veut lui imposer »).

(finalité politique)³⁶⁰. Il est donc clair donc que, de même que l'action instrumentalement rationnelle, l'action militaire est une action finalisée, en ce sens qu'elle vise à réaliser une fin particulière, à atteindre un objectif spécifique. De plus, exactement comme toute action bureaucratique, les militaires ne sont pas maîtres des finalités de l'action qu'ils entreprennent : c'est le pouvoir politique qui détermine le « pourquoi » de la guerre³⁶¹. Cependant, ceci ne suffit pas à démontrer que l'action militaire est gouvernée par la rationalité instrumentale. En effet, encore faut-il que, dans leur action, les spécialistes de la violence s'évertuent à rechercher et à employer les moyens les plus efficaces pour parvenir à leur fin à moindre coût.

Sous-section 3. – L'action militaire, une action déterminée par une recherche d'adéquation moyens/fins

136. La coexistence de deux finalités à l'action armée révèle la présence, dans les sociétés démocratiques³⁶², d'une division du travail guerrier, dont les deux figures centrales sont l'homme d'État et le militaire. Dans cette division du travail, le domaine de l'homme d'État est celui des fins de l'action militaire : c'est à lui qu'il revient de fixer les objectifs politiques de la guerre. Le rôle du militaire est quant à lui cantonné à l'ordre des *moyens* : dans cette division du travail guerrier, il n'est qu'un spécialiste des moyens de guerre, qu'un pur « *technicien de la violence* »³⁶³ (**§ I**). D'où le fait que ce qui se trouve au principe de l'action

³⁶⁰ Cela dit, il se peut parfaitement que, dans les faits, l'une des deux finalités de l'action militaire soit réalisée alors que l'autre non. Il est tout à fait possible, par exemple, qu'un groupement politique vainc son ennemi sur le plan militaire sans pour autant parvenir à lui imposer sa volonté sur le plan politique et donc à instaurer un nouvel ordre conforme à ses valeurs, désirs ou intérêts. Ainsi que l'écrivent les auteurs du *Traité de stratégie de l'École de guerre*, il peut arriver que, sur le plan militaire, le vaincu « [ait] bien posé un genou à terre de l'autre côté de l'arène » et qu'il ait ainsi « *ressenti sa défaite* », mais qu'il n'en ait « *pas forcément déduit qu'il devait reconnaître la victoire de celui qui vient de le dominer* » (M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 82). Ainsi, la victoire militaire « *n'a de valeur que si elle est proclamée, c'est-à-dire reconnue* » (*ibid.*) par le vaincu, et ainsi transformée en victoire politique. Un exemple serait l'invasion par les États-Unis d'Amérique et ses alliés de l'Irak en 2003 : bien que la coalition menée par Washington ait vaincu l'Irak sur le plan militaire, il s'agit *in fine* « *d'une victoire militaire dont on ne sait que faire politiquement* » (F. GERE, L. WEDIN, *L'Homme, la Politique et la Guerre*, op. cit., p. 20). À l'inverse, il se peut parfaitement qu'un belligérant parvienne à imposer sa volonté à son adversaire et à instaurer un nouvel ordre pacifié sans pour autant qu'il soit véritablement parvenu à le vaincre sur le plan militaire.

³⁶¹ Nous reviendrons sur ce point *infra*, §§ 138-139.

³⁶² Sur l'utilisation de ce terme, v. *supra*, note 351.

³⁶³ E. TENENBAUM, *Partisans et centurions. Histoire de la guerre irrégulière au XX^e siècle*, Paris, Perrin, 2018, p. 16 (où l'auteur contraste le « *partisan* », qui dispose d'une « *motivation politique* » particulière, du « *soldat moderne* » qui, en tant qu'il est « *soumis à l'autorité civile* », remplit la fonction de « *technicien de la violence* »). Dans le même sens, Samuel P. HUNTINGTON, reprenant à son compte l'idée d'Harold LASSWELL (H. D. LASSWELL, « *The Garrison State* », *American Journal of Sociology*, vol. 46, n°4, 1941, pp. 455-468), qualifie les militaires de « *specialists in the management of violence* » (S. P. HUNTINGTON, *The Soldier and the State. The Theory and Politics of Civil-Military Relations*, Harvard, Harvard University Press, 1959, p. 12). Ceux-ci jouissent en effet d'une « *technical competence* » : le spécialiste de la violence est celui qui est « *expert at directing the application of violence under certain prescribed conditions* » (*ibid.*). Les motivations du soldat moderne ne sont pas tant à trouver dans une motivation politique particulière (comme c'est le cas pour les partisans) que dans un « *technical love for his craft* » (*ibid.*, p. 15). Cette

militaire, c'est un calcul utilitariste d'efficacité moyens/fins : l'action militaire se caractérise par la recherche et l'emploi des moyens les plus à même de briser la résistance de l'ennemi à moindre coût, dans le but ultime de réaliser les buts fixés par l'homme d'État (§ II).

§ I. – La place du militaire dans la division du travail guerrier : le militaire comme technicien de la violence

137. Dans les sociétés démocratiques, le « travail guerrier » est normalement réparti entre deux acteurs agissant chacun à leur niveau, le chef d'État et le militaire, et dont le travail respectif constitue « *les deux aspects complémentaires d'une activité collective unique* »³⁶⁴ – à savoir, la guerre. À un certain niveau de généralité, il est possible de dire que le travail guerrier se divise entre le chef d'État et le militaire de la manière suivante : là où le domaine du décideur politique est celui des fins, le domaine propre du militaire est celui des moyens. C'est le sens de la maxime *cedant arma togae*, qui constitue la règle dans les sociétés modernes : « *le civil ordonne, le militaire exécute* »³⁶⁵.

138. Avant d'étudier le rôle de « technicien de la violence » du militaire dans la division du travail guerrier, il convient de définir le domaine réservé du chef politique dans cette division du travail. Ce n'est qu'à l'aune de ce premier rôle que celui, subsidiaire, du militaire, devient compréhensible. Dans la division du travail guerrier, il revient au pouvoir civil, c'est-à-dire aux détenteurs du pouvoir politique, de définir le ou les objectif(s) politique(s) de la guerre, qui à la fois déterminent et justifient l'engagement des forces armées. Par rapport à la guerre, le domaine propre de la politique est donc bien celui des *fins*. Les questions auxquelles doit répondre l'homme d'État sont les suivantes : que cherche-t-on à réaliser en

qualification du soldat moderne comme « technicien de la violence » n'est pas acceptée par tout le monde, à commencer par les militaires eux-mêmes qui y voient parfois un qualificatif dégradant. Ainsi, le *Concept d'emploi des forces* de l'armée française rejette la « *réduction du militaire au statut de simple technicien de la violence* », puisque ceci « *distendrait son lien avec notre société, tout comme les sociétés au contact desquelles les opérations militaires sont menées* » (FRANCE, MINISTÈRE DES ARMEES, *Concept d'emploi des forces*, CIA 01, 2020, p. 17). De plus, « *la technicité ne constitue qu'une composante du combat* » : vaincre suppose de « *résoudre une équation équilibrée entre les forces morales, physiques et intellectuelles collectives et individuelles, la performance des équipements, l'adresse des manœuvres et la dimension éthique* » (*ibid.*, pp. 17-18 ; dans le même sens, v. J. G. STAVRIDIS, E. J. ROKKE, T. C. PIERCE, « Crafting and Managing Effects. The Evolution of the Profession of Arms », *Joint Force Quarterly*, n°81, avril 2016, pp. 4-9). Cela étant, il semble que ce qualificatif décrit de manière adéquate la fonction du combattant. En effet, le rôle social du soldat ne consiste-t-il pas à développer une compétence technique relative à l'utilisation de la violence ? Ce que l'on demande au soldat, ce n'est pas de philosopher sur la guerre (même si certains le font), mais d'être en mesure, dans l'hypothèse d'une guerre, de mettre la violence au service du pouvoir politique. C'est en ce sens qu'il est un « technicien de la violence ». Ce qualificatif n'est pas utilisé ici de manière dépréciative.

³⁶⁴ Lucien POIRIER, cité in F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, *op. cit.*, entrée « Poirier ».

³⁶⁵ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 88.

employant la force armée ? Quelle volonté, quelle décision cherche-t-on à imposer par la violence à l'adversaire ? Quel nouvel ordre pacifié cherche-t-on à instaurer par la force ? En plus de constituer le domaine réservé de l'homme d'État, répondre à ces questions relève de sa responsabilité et de son devoir³⁶⁶. En effet, le décideur politique *doit* au militaire de définir précisément l'objectif de l'action militaire en répondant à ces questions : il se doit de lui « *indiquer clairement la nature de sa tâche* »³⁶⁷, afin que ce dernier soit en mesure de mener une action dans laquelle les moyens employés puissent correspondre aux fins recherchées³⁶⁸.

139. Dans la division du travail guerrier, le rôle de l'homme d'État est donc de définir clairement la ou les finalité(s) de l'action militaire. Et, subordination de la puissance politique au pouvoir civil oblige, le militaire n'a pas son mot à dire sur cette question des finalités de l'action militaire. Ainsi, dans son monumental *Vom Kriege*, Clausewitz n'aborde et ne discute jamais la question des finalités politiques de l'action armée ; il ne s'aventure tout simplement pas dans le domaine réservé de l'homme d'État. En effet, Clausewitz, « *voulant s'en tenir à son rôle de militaire, refuse de se prononcer sur les buts que l'homme d'État doit assigner à son action* » : de son point de vue, ce n'est pas au militaire de dire quand la guerre « *est à sa place – ou si jamais [elle] est à sa place* »³⁶⁹. Et s'il est compréhensible que, dans le contexte de l'émergence de guerres menées sans objectifs politiques clairs³⁷⁰, certains stratégistes appellent les chefs militaires à se positionner sur la question « *du but [de la guerre] lui-même* »³⁷¹, il n'en demeure pas moins qu'aux yeux du soldat, toutes les décisions politiques – y compris la décision suprême, celle d'engager les

³⁶⁶ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 16 (« [I]l a le droit du politique à conduire la guerre lui confère des devoirs et des responsabilités : au premier chef, ceux de définir [les] finalités (...) de la guerre »).

³⁶⁷ B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, op. cit., p. 320, n. trad.

³⁶⁸ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 25 (« [I]ls sont les chefs militaires (...) qui cherchent des objectifs clairs, et concrets si possibles, nécessaires à la planification comme à la conduite des opérations »). À ce titre, de nombreuses guerres récentes menées par les États occidentaux l'ont été sans objectif politique clairement défini par les hommes d'État, de sorte que l'action militaire manquait de la boussole nécessaire pour lui permettre d'opérer correctement. Cette idée est notamment défendue par les auteurs du *Traité de stratégie de l'École de guerre*, qui jugent que dans le monde de l'après-guerre froide de nombreuses guerres – on pense particulièrement aux guerres d'Irak et d'Afghanistan menées par les États-Unis d'Amérique et leurs alliés – furent menées sans « *but à atteindre* », c'est-à-dire sans « *fins politiques en mesure de réconcilier le désirable et le possible et – surtout – de limiter temporellement l'intervention* » (M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 271). On a cru que ces guerres « *irrégulières* » pourraient « *faire l'économie d'un cadre politique réaliste et limité temporellement* » (*ibid.*, p. 273), et que les considérations technico-opérationnelles pourraient se substituer aux finalités politiques de la guerre, en « *renvoyant toujours à plus tard la question essentielle de l'objectif des projections extérieures* » (*ibid.*, p. 268). La guerre fut donc réduite à l'état de simple entreprise technique, oblitérant par-là même son caractère éminemment politique. Or, comme l'écrit Olivier ZAJEC, « *il n'existe pas de mécanique compensatoire à l'absence de sens politique* » (*Ibid.*, p. 273) : les moyens ne peuvent se substituer à la fin et, plus encore, ne peuvent être conçus sans la fin. Dans le ce sens, v. ég. C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 44 (« *le dessein politique est la fin, la guerre est le moyen, et jamais le moyen ne peut être conçu sans la fin* »).

³⁶⁹ E. WEIL, « Guerre et Politique selon Clausewitz », op. cit., p. 297.

³⁷⁰ V. supra, note 389.

³⁷¹ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., pp. 87-90.

forces armées – apparaissent « *comme des données* »³⁷², c'est-à-dire comme des décisions qui lui sont imposés de l'extérieur et qu'il doit accepter comme tels³⁷³. Par conséquent, en vertu de cette division du travail guerrier, le militaire doit « *prendre ses responsabilités dans un cadre que, sauf exception, il n'a pas créé ni ne saurait modifier* »³⁷⁴, et doit se contenter d'« *incarner sur le terrain la politique décidée par le pouvoir civil* »³⁷⁵.

140. Pour saisir le domaine réservé du militaire dans cette division du travail guerrier, il faut partir du fait que si la guerre n'est qu'un instrument de la politique, qu'un moyen en vue d'une fin, alors tout ce qui « *demeure propre à la guerre* » – et donc aux spécialistes de la violence – « *relève purement de la nature singulière de ses moyens* »³⁷⁶. La tâche du militaire consiste donc à « *exposer la nature du moyen* », c'est-à-dire de la guerre ; il doit « *en pénétrer la structure afin d'être à même de lui faire rendre les services que la politique attend de lui* »³⁷⁷. Le militaire est donc un spécialiste de ce moyen violent de réalisation des désirs politiques qu'est la guerre : il est celui qui met en œuvre, qui exécute, qui réalise la guerre³⁷⁸.

141. Dans la division du travail guerrier, les militaires ne sont donc que des « *exécutants techniques* »³⁷⁹, dont le domaine réservé est celui de « *[l]a préparation et la conduite des opérations de guerre* »³⁸⁰. Là où le rôle de l'homme d'État est de définir le « pourquoi » de la guerre, c'est-à-dire la finalité de l'action armée, le rôle du militaire est de passer du « pourquoi » au « comment », en recherchant et en mettant en œuvre les moyens militaires permettant de réaliser les fins politiques de la guerre. La question fondamentale qui se pose

³⁷² E. WEIL, « Guerre et Politique selon Clausewitz », *op. cit.*, p. 300.

³⁷³ Se révèle ici encore la proximité entre l'action militaire et l'action bureaucratique : en tant qu'exécutant d'une volonté politique, ce fonctionnaire d'un genre particulier qu'est le militaire n'a pas son mot à dire sur les finalités de l'action ; on devine déjà que son domaine n'est pas celui des fins, mais des moyens.

³⁷⁴ E. WEIL, « Guerre et Politique selon Clausewitz », *op. cit.*, p. 300.

³⁷⁵ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 87. V. ég. B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, *op. cit.*, p. 319 (« [La sphère de la politique] must necessarily be the responsibility of the government and not of the military leaders it employs as its agents in the executive control of operations »). Ceci peut bien évidemment donner lieu à des tensions, comme dans le cas où le pouvoir politique exige des militaires « *what is militarily – that is, practically – impossible* » (*ibid.*, p. 338). Ainsi par exemple lorsque le pouvoir politique fixe des objectifs qui ne peuvent tout simplement pas être accomplis au regard des moyens militaires dont la collectivité dispose, ou bien au regard des moyens que le pouvoir politique est prêt à affecter aux opérations militaires. Dans ce cas, on peut s'attendre à ce que le chef militaire remplisse son « *devoir de contradiction argumentée* » (M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 87). Sur ce dernier point, v. ég. B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, *op. cit.*, p. 320.

³⁷⁶ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 44.

³⁷⁷ E. WEIL, « Guerre et Politique selon Clausewitz », *op. cit.*, p. 297.

³⁷⁸ C.-P. DAVID, O. SCHMITT, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 62 (le militaire est celui dont le « *métier consiste in fine à réaliser le combat* »).

³⁷⁹ F. GERE, L. WEDIN, *L'Homme, la Politique et la Guerre*, *op. cit.*, p. 46.

³⁸⁰ F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, *op. cit.*, entrée « *politique* ».

au militaire est dès lors la suivante : « *quels sont les moyens dont on dispose, ou les moyens dont on doit pouvoir disposer, pour atteindre le but qu'on s'est fixé ?* »³⁸¹ Et, partant, « [c]omment faire en sorte que la réussite l'emporte autant que possible sur l'échec »³⁸² ? Ainsi, le « travail militaire » relève de la *technique*, c'est-à-dire de ce « *domaine des activités humaines poursuivant une fin par des moyens appropriés* »³⁸³. Le travail militaire consiste fondamentalement à identifier et mettre en œuvre les moyens qui permettront de vaincre la résistance de l'ennemi (finalité militaire de la guerre), étape préliminaire qui permettra, en cas de victoire, à l'homme d'État d'imposer à l'ennemi sa volonté politique (finalité politique de la guerre).

142. L'ensemble de ces développements permet de saisir toute la proximité qui existe entre l'action militaire et l'action bureaucratique, telle qu'elle a été définie plus haut³⁸⁴. De même que les travailleurs de l'entreprise capitaliste privée ou les fonctionnaires des administrations civiles, les militaires (qui ne sont que « *fonctionnaires (...) d'un genre particulier* »³⁸⁵) appartiennent à une organisation instituée dans le but de réaliser une finalité déterminée – en l'occurrence, assurer la défense armée des intérêts de la communauté politique³⁸⁶. Les militaires, y compris les plus hauts gradés, n'ont pas de prise sur la définition des finalités que doivent poursuivre l'action militaire : ils se trouvent exactement dans la même situation que les exécutants des bureaucraties organisationnelles, qui doivent se contenter de mettre en œuvre les moyens permettant de réaliser des objectifs (tout en étant eux-mêmes fondamentalement des moyens humains de réalisation de ces objectifs) – objectifs à propos desquels ils n'ont tout simplement par leur mot à dire. Les finalités poursuivies par l'organisation militaire sont déterminées par les chefs politiques, et leurs décisions s'imposent aux militaires. Ces derniers se contentent donc, pour reprendre l'heureuse expression d'Éric Weil³⁸⁷, d'« *administrer* » la guerre.

³⁸¹ E. WEIL, « Guerre et Politique selon Clausewitz », *op. cit.*, p. 297.

³⁸² J. BAECHLER, *Guerre, histoire et société. Éléments de polémologie*, Paris, Hermann, coll. « Philosophie, Politique et Économie », 2019, p. 186.

³⁸³ *Ibid.*, p. 185.

³⁸⁴ V. *supra*, §§ 93-106.

³⁸⁵ M. WEBER, *Économie et société 1*, *op. cit.*, p. 295.

³⁸⁶ Dans le même sens, v. D. CUMIN, *Stratégies militaires contemporaines*, Paris, Ellipses, 2020, p. 9 (l'institution militaire désigne « *l'administration spécialisée d'une Puissance dont la mission est d'assurer sa défense vis-à-vis de l'étranger* »).

³⁸⁷ E. WEIL, « Guerre et Politique selon Clausewitz », *op. cit.*, p. 297

143. Dans cette perspective, l'art de la guerre apparaît donc comme un art purement technique et instrumental, au service de la réalisation des désirs politiques³⁸⁸. En raison de la division du travail à l'œuvre dans les sociétés démocratiques, l'action armée n'apparaît, aux yeux du soldat, que comme « *un acte technique, une équation à résoudre* »³⁸⁹. Cette équation, dans laquelle la finalité proprement militaire de la guerre retrouve toute sa suprématie, peut se formuler comme suit : considérant toutes les données factuelles, et notamment les forces et faiblesses respectives des deux belligérants, comment parvenir à briser la résistance de l'ennemi ? Quels moyens doivent être mis en œuvre afin de provoquer la désintégration morale de l'adversaire ? L'art de la guerre consistera alors « *à choisir parmi les moyens disponibles et à combiner leur action pour les faire concourir à un même résultat psychologique assez efficace pour produire l'effet moral décisif* »³⁹⁰. L'art de la guerre est donc un art du « comment », par lequel les hommes s'évertuent à réaliser des finalités imposées au travers de la mise en œuvre d'un savoir-faire technique.

144. Dans cette division du travail guerrier qui caractérise nos sociétés modernes, le militaire apparaît donc comme un pur technicien de la violence³⁹¹. Pour bien mettre en lumière cette qualité de technicien, il est possible de se référer à la notion clausewitzienne de centre de gravité (*Schwerpunkt*). L'idée sous-jacente à la notion de centre de gravité est la suivante³⁹². Dans la guerre, tout belligérant possède ses caractéristiques propres en termes de composition des forces, d'équipement, d'armement, de géographie du territoire, de culture militaire, de structures sociales et politiques, etc. De ces caractéristiques naît un certain centre de gravité, soit « *le noyau de tout pouvoir et de tout mouvement, duquel tout le reste dépend* »³⁹³. Ainsi, le centre de gravité d'un adversaire désigne « *cette chose qui*

³⁸⁸ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 15 (l'art de la guerre renvoie simplement à « *l'art d'employer les forces militaires pour atteindre les résultats fixés par la politique* »). V. également les propos du général Georgelin, ancien chef d'état-major des armées de 2006 à 2010, qui définit la stratégie comme « [I]l'art et la manière de réaliser les buts politiques fixés par l'État » (cité in F. GERE, L. WEDIN, *L'Homme, la Politique et la Guerre*, op. cit., p. 46). Dans la même veine, Raymond Aron définissait la stratégie comme « *l'art d'employer la force militaire pour atteindre les buts fixés par la politique* » (cité in D. CUMIN, *Stratégies militaires contemporaines*, op. cit., p. 11).

³⁸⁹ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 89.

³⁹⁰ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 36.

³⁹¹ En ce sens, Ernst Jünger faisait le constant, au cours de la Seconde Guerre mondiale, que « *ancient chivalry is dead; wars are waged by technicians* » (E. JÜNGER, *A German Officer in Occupied Paris. The War Journals, 1941-1945*, trad. T. S. HANSEN et A. J. HANSEN, préf. E. NEAMAN, New York, Columbia University Press, coll. « European Perspectives », 2019 [1979], p. 152).

³⁹² Cette notion est comprise de manière assez variée par les interprètes de la pensée de Clausewitz. Sur les différentes interprétations du concept, v. J. L. STRANGE, R. IRON, « Center of Gravity. What Clausewitz Really Meant », *Joint Forces Quarterly*, vol. 35, 2004, pp. 20-27 ; A. J. ECHEVARRIA II, « Clausewitz's Center of Gravity: Changing Our Warfighting Doctrine – Again! », *U.S. Army War College Press*, 1er septembre 2002 ; M. KRAUSE, « Clausewitz & Centres of Gravity Open to Interpretation », *The Forge*, 11 août 2021 ; A. J. ECHEVARRIA II, *Clausewitz and Contemporary War*, Oxford, O.U.P., 2007, pp. 177-180

³⁹³ C. VON CLAUSEWITZ, *On War*, trad. M. HOWARD, P. PARET, Princeton, Princeton University Press, 1976 [1832], pp. 595-596, n. trad.

maintient l'unité de la force de l'ennemi, lui permettant d'agir comme une seule entité »³⁹⁴. Conformément à ce concept, l'action militaire doit, au niveau de la planification stratégique, « *rechercher des liens entre les différentes parties d'un adversaire (...) afin de déterminer ce qui les unit* »³⁹⁵ et, au niveau de l'exécution tactique, s'attacher à disloquer le centre de gravité afin de provoquer « *l'effondrement de l'ennemi* »³⁹⁶. Cette « méthode » vaut donc à la fois sur le plan stratégique et sur le plan tactique³⁹⁷. Sur le plan stratégique, l'action militaire doit donc identifier ce qui fait la force de l'adversaire (la qualité de ses soldats ou de leur équipement, sa détermination à se battre, sa connaissance du terrain, les ressources qu'il peut injecter dans la lutte, le soutien de la population locale, etc.) et agir en conséquence afin de priver celui-ci des éléments desquels il tire sa force, si nécessaire en procédant à leur destruction physique³⁹⁸. Sur le plan tactique, cette notion suppose que, lorsqu'une unité fait face à une autre sur le champ de bataille, elle doit chercher comment « *désarticul[er] son dispositif* »³⁹⁹, comment briser ce qui fait la cohérence de son dispositif et détermine sa capacité à se mouvoir et à agir. Cette notion s'infiltre jusque dans les plus petits détails opérationnels. L'unité ennemie s'est réfugiée dans un bunker : comment l'en déloger ? Des snipers tirent depuis un bâtiment d'habitation dans une ville peuplée de civils : comment les neutraliser ?

145. Ainsi, la qualité de technicien de la violence n'est pas réservée au stratège ; elle vaut en vérité pour tout combattant qui se retrouve pris dans ce duel de volontés qu'est la guerre et qui doit, à chaque fois, rechercher comment briser la volonté de l'ennemi, comment le rendre incapable de continuer le combat. Sur ce point, il n'existe pas de recette miracle. En effet, si l'essence même de la guerre est immuable⁴⁰⁰, celle-ci, « *vrai caméléon* »⁴⁰¹, change d'apparence dans chaque cas concret. Ainsi, le problème technique qui se pose au militaire est sans cesse renouvelé à l'aune des circonstances nouvelles. Et c'est dans ce jeu existant entre l'essence intemporelle de la guerre, affrontement violent de volontés opposées, et les variations innombrables de la guerre en fonction des situations historiques dans lesquelles

³⁹⁴ A. J. ECHEVARRIA II, « Clausewitz's Center of Gravity », *op. cit.*, p. 11, n. trad. V. ég. M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 38 (pour qui la méthode militaire consiste à « *frapper à la tête pour provoquer la paralysie des membres* »).

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 10, n. trad.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 12, n. trad.

³⁹⁷ Sur la distinction entre le plan stratégique de la guerre et la plan tactique, v. *supra*, § 125.

³⁹⁸ Pour une application de ce concept sur le plan stratégique, v. p. ex. J. A. WARDEN III, « The Enemy as a System », *op. cit.*

³⁹⁹ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 70

⁴⁰⁰ Sur ce point, v. la définition abstraite de la guerre *supra*, § 122.

⁴⁰¹ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 46.

celle-ci se matérialise, que le combattant peut développer une intelligence pratique de la guerre. En effet, dans chaque situation historique donnée, obtenir la victoire sur l'ennemi exige à la fois de comprendre ce qui fait la force de cet ennemi et les moyens qu'il faudra mettre en œuvre pour le terrasser. Tout le génie militaire gît dans le fait de parvenir à résoudre ce problème technique éternel à l'aune de situations historiques singulières.

146. Dans la division du travail guerrier, le rôle du militaire se cantonne donc à celui de technicien de la violence. Là où l'homme d'État a pour fonction de définir le « pourquoi » de la guerre, c'est-à-dire les finalités qu'elle poursuit, le militaire ne s'occupe que du « comment ». De cette qualité de technicien de la violence se déduit le fondement de l'action militaire, ce qui la détermine en propre : la tâche du militaire consiste à mettre en œuvre les moyens efficaces pour parvenir à ses fins à moindre coût.

§ II. – Au principe de l'action militaire : la recherche d'une efficacité moyens/fins

147. Après avoir constaté que l'action militaire était une action finalisée, poursuivant la réalisation d'un objectif déterminé, et après avoir situé la place du militaire au sein de la division du travail guerrier, il est désormais possible de comprendre le déterminant de l'action militaire. Suivant la méthodologie exposée plus haut⁴⁰², il conviendra d'ancrer la réflexion de la littérature stratégique pour montrer que l'action militaire trouve bel et bien son fondement dans la recherche d'une efficacité moyens/fins, ce qui constitue le cœur de l'action instrumentalement rationnelle.

148. La littérature stratégique s'accorde généralement pour dire que l'action militaire relève (et doit relever) de la stratégie⁴⁰³. Or, l'action stratégique entretient une proximité

⁴⁰² V. *supra*, §§ 110-113.

⁴⁰³ Si le concept de stratégie fut initialement forgé en vue de décrire l'action proprement militaire – la stratégie désignait initialement « *la science et l'art du commandant en chef* » (A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 29) –, un élargissement progressif de la notion en est venu à faire de celle-ci un outil conceptuel valable pour rendre compte des actions humaines au-delà de la sphère militaire. Sous l'impulsion d'auteurs tels que le général André BEAUFRE (v. A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., not. pp. 24-27), on considère désormais que, puisque la stratégie ne se cantonne pas à la sphère de l'agir guerrier mais qu'elle est « *consubstantielle au monde social et à ses acteurs* » (C.-P. DAVID, O. SCHMITT, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 62), ce concept peut être utilisé pour rendre compte de l'agir humain en général (v. not. F. GERE, L. WEDIN, *L'Homme, la Politique et la Guerre*, op. cit., p. 48 ; F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « *stratégie* » : « *En son acception la plus générale, la stratégie tend à s'identifier à la conception et à la conduite de toute action. C'est pourquoi, dans Paix et guerre entre les nations, Raymond Aron l'identifie à la praxéologie, domaine qui englobe toutes les formes d'action, de toute nature entreprises* »).

évidente avec l'action instrumentalement rationnelle, au point que l'on peine à distinguer ces deux concepts. Selon les stratégies, qui sont unanimes sur ce point, la stratégie est « *une dialectique (...) par laquelle s'articulent fins et moyens* »⁴⁰⁴. Ainsi, une action relève de la stratégie dès lors qu'un individu fait « *l'application d'un raisonnement moyen/fin (quelle voie ou méthode pour atteindre un but) en vue de l'emporter dans un conflit ou une compétition* »⁴⁰⁵. Pour montrer la proximité (pour ne pas dire l'identité) entre ces deux concepts, il suffit de rappeler que nous obéissons à la rationalité instrumentale lorsque « *nous employons les moyens nécessaires et efficaces pour parvenir à nos fins* »⁴⁰⁶. Le concept de stratégie vise donc à décrire exactement le même type d'action, la même manière de penser et d'agir, que le concept de rationalité instrumentale.

149. Les théoriciens militaires vont ensuite utiliser le concept de stratégie, jusqu'alors défini *in abstracto* pour rendre compte des actions humaines en général, à la fois comme un outil descriptif de l'action militaire (la stratégie permet de décrire la manière dont les militaires agissent dans les faits) mais également comme une directive d'action à destination des militaires (la stratégie permet d'indiquer aux militaires comment ils *doivent agir*)⁴⁰⁷. Appliquée à l'agir militaire, la stratégie devient *stratégie militaire*. Or, le concept de stratégie étant homologue à celui de rationalité instrumentale, il n'est pas bien étonnant que l'on retrouve, derrière le concept de stratégie militaire, la même logique actionnelle que celle qui gouverne l'action instrumentalement rationnelle. Pour démontrer ce point important, il convient de décortiquer étape par étape l'action militaire.

150. Le point de départ de l'action militaire, c'est une décision politique : celle de recourir à la force armée pour imposer par la violence une décision à un ennemi qui n'en veut pas.

par l'homme »). Par un retournement dont l'histoire des idées a le secret, les théoriciens militaires en sont donc venus à recourir au concept *général* de stratégie pour rendre compte de l'action *spécifiquement* militaire, alors même que ce concept visait initialement à rendre compte de l'action militaire elle-même.

⁴⁰⁴ F. GERE, L. WEDIN, *L'Homme, la Politique et la Guerre*, op. cit., p. 47. V. également T. DE MONTBRIAL, « Stratégie », in T. DE MONTBRIAL, J. KLEIN (dir.), *Dictionnaire de stratégie*, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige – Dicos Poche », 2000, p. 527 (qui définit la stratégie comme « [I]l y a dialectique des fins et des moyens ») ; L. BARDIES, « Le raisonnement stratégique », in J. HENROTIN, O. SCHMITT, S. TAILLAT (dir.), *Guerre et stratégie. Approches, concepts*, Paris, P.U.F., 2015, p. 44 (« la stratégie relève, de façon très large, de l'ajustement des fins et moyens dans l'action ») ; J. BAECHLER, « Présentation », op. cit., p. 7 (qui donne au concept de stratégie, dans sa « définition la plus large », le sens suivant : « l'appropriation de moyens à une fin ») ; C.-P. DAVID, O. SCHMITT, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 62 (« [d]ès lors que les êtres humains ont des préférences, et tentent d'optimiser les moyens disponibles afin d'assouvir ces préférences », il est possible de dire qu'« ils ont une stratégie », c'est-à-dire qu'ils agissent de manière stratégique) ; F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « stratégie » (« la stratégie est la conception, le développement et la mise en œuvre de tous les moyens concevables et disponibles pour atteindre toutes sortes de fins »).

⁴⁰⁵ D. CUMIN, *Stratégies militaires contemporaines*, op. cit., p. 13.

⁴⁰⁶ J. WAY, « Instrumental Rationality », op. cit., n. trad.

⁴⁰⁷ Sur la double dimension descriptive et prescriptive du concept de stratégie, v. *supra*, § 112.

L'appareil militaire se voit donc missionné par l'autorité politique, laquelle se sert de son appareil militaire comme d'un outil, pour réaliser sa volonté. Pour vaincre la résistance de l'ennemi et permettre aux décideurs politiques d'imposer leur volonté, l'appareil militaire dispose de moyens. Il faut distinguer, à ce stade, les moyens proprement militaires des moyens non-militaires. En effet, s'il est parfaitement exact que des moyens tels que « *la propagande* » ou la conclusion d'un « *traité de commerce* »⁴⁰⁸ peuvent concourir à briser la résistance de l'ennemi, ces moyens ne relèvent pas à proprement parler des moyens militaires et donc de la stratégie militaire⁴⁰⁹. En effet, ce qui caractérise la stratégie militaire comme telle (et, par extension, ses moyens), c'est qu'elle est « *irréductible à l'usage de la violence physique* »⁴¹⁰. Pour le dire de manière directe, la guerre consiste fondamentalement à « *tuer des gens et à casser des choses* »⁴¹¹ – le meurtre et la destruction constituent le cœur du métier militaire⁴¹². Ainsi, à un certain degré d'abstraction, il est possible de dire avec Clausewitz que la violence physique, constitue le moyen essentiel de l'action guerrière⁴¹³ : les soldats, les armes, les véhicules de transport, les moyens de communication sont utilisés en vue de produire de la violence. L'action militaire produit nécessairement « *violence, mort et désolation* »⁴¹⁴ – sinon l'action n'est pas à proprement parler « militaire ».

151. Bien évidemment, dire que la violence constitue *le* moyen de l'action militaire relève de la métaphore. Dans les faits, l'appareil militaire emploie des hommes, qui eux-mêmes emploient des armes, pour produire de la violence. Derrière la violence se trouve donc tout un appareil militaire, toute une administration de la violence, que l'on appelle généralement « l'armée », soit l'institution qui concentre tous les moyens de l'action militaire en vue de l'usage de la violence en temps de guerre⁴¹⁵. Selon François Géré, l'appareil militaire dispose fondamentalement de quatre types de moyens lui permettant d'agir concrètement :

⁴⁰⁸ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 36.

⁴⁰⁹ Ceci est discutable pour la propagande. Pour un exemple d'emploi de la propagande par des militaires dans un conflit contemporain, v. F.-R. DABAS, *Septentrion. Récit de guerre*, Paris, Mareuil Éditions, 2023.

⁴¹⁰ Général Lucien POIRIER, cité in F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « Poirier ». V. également ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE NAVY, U.S. MARINE CORPS, *Warfighting*, FMFM-1, 1989, pp. 8-9 (« [v]iolence is an essential element of war, and its immediate result is bloodshed, destruction and suffering. While the magnitude of violence may vary with the object and means of war, the violent essence of war will never change »).

⁴¹¹ J. C. ROAT, *Class-29: The Making of U.S. Navy SEALs*, New York, Ballantine Books, 2000, p. xi (« killing people and breaking things »), cité in J. DILL, « The 21st-Century Belligerent's Trilemma », *E.J.I.L.*, vol. 26, n°1, 2015, p. 84, note 4.

⁴¹² J. RUBENSTEIN, *Terreur et séduction. Une histoire de la doctrine de la « guerre révolutionnaire »*, Paris, La Découverte, 2022, pp. 79 (qui relève que le fait de dire qu'« un soldat doit être violent » est un « truisme », puisque « c'est sa fonction ») et 86 (le « cœur de métier » des militaires est « l'exercice de la violence »).

⁴¹³ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 20.

⁴¹⁴ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 14.

⁴¹⁵ F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « armée » (l'armée est l'*« [e]nsemble organisé de moyens humains et matériels conçu pour atteindre (...) des objectifs stratégiques fixés par l'autorité politique »*).

les moyens humains, les moyens psychologiques, les moyens techniques et les moyens structurels et organisationnel⁴¹⁶. Sans entrer dans une recension exhaustive des moyens militaires, relevons que tout appareil militaire dispose *a minima* de soldats⁴¹⁷, d'armes, de moyens de communication et de moyens de transport. C'est en premier lieu grâce à ces quatre moyens concrets que l'appareil militaire produit de la violence⁴¹⁸.

152. Sous cet angle, l'action guerrière consiste simplement à mettre en œuvre les moyens dont elle dispose de manière à vaincre la résistance de l'ennemi, et par-delà à réaliser les objectifs politiques de la guerre. En effet, les stratégistes définissent généralement l'art de la guerre comme « *l'art de mettre en œuvre les moyens militaires pour accomplir les fins de la politique* »⁴¹⁹. Ainsi, la « *logique militaire* » suit les « *pures règles de l'efficacité militaire* » : elle conduit les combattants à « *utiliser tous les moyens à leur disposition* » qu'ils jugent à même de produire des effets permettant de « *parvenir aux buts qui leur sont fixés* »⁴²⁰. À chaque fois, ces stratégistes mettent en avant le caractère *instrumental* de l'action militaire. Fondamentalement, celle-ci se caractérise par l'utilisation d'instruments (de moyens) que le militaire juge, eu égard aux circonstances de fait, efficaces pour atteindre la finalité politico-militaire de la guerre. Une fois prise la décision de recourir à la guerre, le militaire doit donc employer les soldats sous son commandement, les armes dont ceux-ci sont équipés, les moyens de transport et de communication dont il dispose, pour vaincre la résistance de l'ennemi⁴²¹. Ce qui implique qu'il fasse un usage rationnel de ces moyens :

⁴¹⁶ F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « armée ». Pour une autre classification des moyens, v. p. ex. T. DE MONTBRIAL, « Stratégie », op. cit., p. 528 (les « ressources » de la stratégie militaire se divisent en « trois grandes catégories : humaines, morales et matérielles »).

⁴¹⁷ En effet, quelles que soient les évolution technologiques, l'homme demeure l'*« instrument premier du combat* » (C. ARDANT DU PICQ, *Études sur le combat*, Paris, Hachette, 1880, p. 1, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 5).

⁴¹⁸ Notons en passant que, dans les sociétés démocratiques, l'appareil militaire n'a pas la mainmise sur les moyens dont il dispose pour mener les guerres. C'est en effet le pouvoir politique qui dote l'appareil militaire de ses moyens, au travers de la conscription, de l'achat et de la production d'armes ou de l'octroi de crédits, notamment.

⁴¹⁹ Basil H. LIDDELL HART, cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, op. cit., p. 178. V. également H. VON MOLTKE, cité in B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, op. cit., p. 320 (« *strategy [is] "the practical adaptation of the means placed at the general's disposal to the attainment of the object in view"* ») ; A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 34 (le but de l'action militaire est « *d'atteindre les objectifs fixés par la politique en utilisant au mieux les moyens dont on dispose* ») ; H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 110 l'art militaire consiste à « *défini[r] et met[tre] en œuvre les moyens d'obtenir la victoire dans la guerre* ») ; R. E. OSGOOD, *Limited War*, op. cit., p. 7 (la stratégie militaire renvoie à « *the over-all plan for co-ordinating the nation's total resources of power, both military and non-military, so as to achieve the objectives of national policy most effectively* ») ; F. GERE, cité in C.-P. DAVID, O. SCHMITT, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 63 (la stratégie conciste « *à concevoir, organiser et mettre en œuvre les forces physiques et psychologiques destinées à servir la réalisation, en milieu conflictuel, des buts particuliers recherchés par l'autorité politique pour servir les fins générales d'acquisition et de conservation* »).

⁴²⁰ V. Desportes, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 29.

⁴²¹ Comme l'écrivit François Géré, du point de vue du combattant, « *[I]l e passage à l'action correspond à la mise en œuvre des moyens de destruction physique pour transformer la situation matérielle dans le sens recherché par celui qui agit* » (F. Géré, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « action »).

le bon militaire sera celui qui emploiera les moyens dont il dispose de manière efficace, c'est-à-dire de manière à provoquer l'effet recherché⁴²².

153. L'action militaire est donc, comme l'action instrumentalement rationnelle, « *gouvernée par l'efficacité* »⁴²³. Ceci signifie que le soldat est pris dans une œuvre pragmatique : il doit « *faire en sorte* » que ses actions « *produisent les effets recherchés* » – qu'elles soient, « *en un mot, efficaces* »⁴²⁴. Chaque belligérant doit donc employer les moyens disponibles (soldats, armes, moyens de transports, moyens de communication, etc.) de manière à de transformer par la violence la situation dans un sens favorable à la réalisation de ses objectifs. Ainsi que le relèvent les doctrines nationales d'emploi de la force, l'action militaire doit faire en sorte que « *les moyens engagés [permettent] de répondre aux impératifs (...) dictés par la situation* »⁴²⁵, afin de « *créer le bon effet, au bon endroit, au bon moment* »⁴²⁶. On peut donc dire de l'action militaire exactement ce que certains auteurs disent de l'action instrumentalement rationnelle : gouvernée par la rationalité instrumentale, l'action militaire repose sur un « *calcul rationnel des moyens spécifiques pour atteindre des objectifs définis* »⁴²⁷. Elle se réduit à un calcul utilitariste.

154. Ceci vaut à tous les niveaux de l'action militaire, de la plus grande planification stratégique à la plus petite exécution tactique. En effet, du chef d'état-major des armées au simple soldat du rang, *toute* la hiérarchie militaire ne se préoccupe que d'une chose : utiliser de la manière la plus efficace les moyens de l'appareil militaire pour parvenir à vaincre l'ennemi⁴²⁸. Le principe d'économie des forces, qui dicte au soldat d'« [e]mployer toute la puissance de combat disponible de la manière la plus efficace possible »⁴²⁹, s'applique à tous les échelons de la hiérarchie militaire : de même que le chef d'État-major des armées doit employer les moyens terrestres, maritimes et aériens dont il dispose « de la manière la

⁴²² Sur ce point, v. N. HAYASHI, *Military Necessity: The Art, Morality and Law of War*, Cambridge, C.U.P., 2020, pp. 19-36.

⁴²³ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPOINOS *et al.*, *La mesure de la force*, op. cit., p. 97.

⁴²⁴ J. BAECHLER, *Guerre, histoire et société*, op. cit., p. 186.

⁴²⁵ FRANCE, MINISTÈRE DES ARMEES, *Concept d'emploi des forces*, op. cit., p. 33.

⁴²⁶ ROYAUME-UNI, MINISTRY OF DEFENSE, *UK Defence Doctrine*, Joint Doctrine Publication 0-01, 6^{ème} éd., 2022, p. 22, n. trad.

⁴²⁷ K. ALLEN, *Max Weber...*, op. cit., p. 78, n. trad.

⁴²⁸ En ce sens, v. Y. BEER, « Humanity Considerations Cannot Reduce War's Hazards Alone: Revitalizing the Concept of Military Necessity », *E.J.I.L.*, vol. 26, n°4, 2016, pp. 805-806 (« [e]ffectiveness and efficiency in operation is a recognized professional military requirement », et ceci à tous les niveaux de l'action armée : « *tactical, operational and strategic* »).

⁴²⁹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE ARMY, *Operations*, FM 100-5, 1993, p. 2-5 (« [e]mploy all combat power available in the most effective way possible »). Dans le même sens, v. A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 10 (« [l']économie des forces, c'est l'emploi efficace, réel ou virtuel, de tous les moyens disponibles »).

plus efficace possible », le chef d'un régiment de l'armée de terre doit utiliser ses bataillons « de la manière la plus efficace possible », de même que le chef de section ou que le soldat de rang doit utiliser, lorsqu'il est affecté à une opération déterminée, ses hommes et ses armes « de la manière la plus efficace possible » pour réaliser les objectifs qui lui sont assignés.

155. De plus, cette quête de l'efficacité dans l'action militaire se double d'une recherche d'efficience. Les combattants doivent faire un emploi *économique* des moyens disponibles. En effet, comme toute organisation bureaucratique, l'appareil militaire opère dans un contexte de contrainte : le commandant, pas plus que le soldat du rang d'ailleurs, n'a jamais à sa disposition des ressources illimitées⁴³⁰. Le soldat doit donc se livrer à « *une analyse coût-avantage* » et rechercher « *la meilleure allocation de ressources rares* »⁴³¹ ; il se doit, pour reprendre les termes du *Concept d'emploi des forces* de l'armée française, d'« *optimiser les moyens* » afin d'« *obtenir la décision à moindre coût* »⁴³². De leur côté, les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni ont toujours considéré que les soldats devaient œuvrer en vue de la soumission de l'ennemi « *en dépensant le moins possible de temps, de vies et d'argent* »⁴³³. En application de ce principe, le *Field Manual* étatsuniens affirme par exemple que dans les opérations offensives, les commandants des théâtres d'opération doivent « *tenter de provoquer l'effondrement des défenses ennemis aussi rapidement que possible en dépensant le moins de ressources possible* »⁴³⁴. Ainsi, ce qui caractérise en propre la « *logique militaire* », et ce *quel que soit le niveau d'action considéré*, c'est la recherche de « *l'efficacité maximum au coût minimum* »⁴³⁵.

*

156. Conclusion de la Sous-section 3. Fondamentalement, la place du militaire dans la division du travail guerrier est celle de l'exécutant de n'importe quelle

⁴³⁰ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Operations*, op. cit., p. 2-10 (« [u]nlimited resources are seldom, if ever, available to the commander »).

⁴³¹ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 323.

⁴³² FRANCE, MINISTÈRE DES ARMEES, *Concept d'emploi des forces*, op. cit., p. 33. V. ég. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE ARMY, *Operations*, op. cit., p. 1-2 (en tant qu'elle organise en amont l'emploi de la force armée, la doctrine d'emploi de la force « optimizes the use of all available resources ») ; M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, op. cit., p. 143 (l'action armée doit se donner pour but d'« *obtenir la décision au moindre coût humain, matériel et financier* »).

⁴³³ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, OFFICE OF GENERAL COUNSEL, *Law of War Manual*, 2015, p. 52, note 13 (avec les différentes citations des manuels américains et britanniques).

⁴³⁴ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Operations*, op. cit., p. 6-19, n. trad.

⁴³⁵ P. DELMAS, *Le bel avenir de la guerre*, Paris, Gallimard, 1995, p. 209, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 153.

organisation bureaucratique. En effet, l'action militaire vise à réaliser certaines finalités politiques sur lesquelles les militaires n'ont pas la main – c'est au chef politique qu'il revient d'énoncer ce pour quoi les forces armées sont engagées. À partir de là, le rôle du militaire se réduit à une œuvre technique, consistant à employer les moyens disponibles de manière économique et efficace pour vaincre l'ennemi et permettre aux décideurs politiques d'imposer leur volonté.

*

157. Conclusion de la Section 2. Les développements qui précèdent ont cherché à montrer que le concept de rationalité instrumentale était pertinent pour décrire la manière dont les combattants pensent et agissent dans la guerre. D'une part, l'action militaire est bien une action finalisée, au sens où elle vise la réalisation d'une fin donnée. Cette finalité de l'action militaire est à la fois militaire (vaincre la résistance de l'ennemi) et politique (imposer une volonté à l'ennemi contre son gré). D'autre part, l'action militaire est gouvernée par une recherche d'efficacité moyens/fins : dans son action, l'appareil militaire cherche à employer les moyens disponibles de manière efficace et efficiente, afin de permettre de réaliser la finalité politico-militaire de la guerre à moindre coût humain, matériel et financier. Dès lors, le concept de rationalité instrumentale se trouve bien au cœur de l'action guerrière.

Conclusion du chapitre 1

158. Contrairement à ce que laisse croire une vision assez répandue de la guerre comme entreprise chaotique, lieu de déchaînement des passions et règne du désordre, la guerre apparaît au terme des développements qui précédent comme un univers marqué par « *la froideur des calculs* »⁴³⁶. À tout le moins, c'est ce qui apparaît lorsque l'on se penche sur les déterminants de l'action militaire, sur la logique propre qui préside à l'action des spécialistes de la violence. En effet, ceux-ci n'agissent pas de manière irrationnelle ou pulsionnelle – l'action militaire ne trouve pas son principe dans la poursuite de passions meurtrières ou dans la volonté d'épancher une soif de sang⁴³⁷. Au contraire, dans la guerre, la violence n'est considérée que comme un *moyen* mobilisé en vue d'une *fin*. Par conséquent, l'action militaire trouve son fondement dans un calcul strictement utilitariste consistant à rechercher les moyens les plus efficaces pour vaincre la résistance de l'ennemi à moindre coût humain, matériel et financier. On pourrait ainsi être tenté de dire, avec Jean-Vincent Holeindre, que « [l]a guerre (...) ne charrie pas que violence, mort et désolation », car « [l] 'ingéniosité humaine s'y déploie aussi dans toute son ampleur »⁴³⁸. En effet, le spécialiste de la violence doit trouver le moyen de vaincre l'ennemi, de le plier à sa volonté, ce qui suppose de sa part de maîtriser un savoir-faire technique, de faire preuve d'astuce, de créativité, de sens de l'improvisation et de nombreuses autres qualités intellectuelles. La guerre apparaît ainsi, à l'issue ce premier chapitre, comme une affaire hautement rationnelle, consistant à mettre les moyens de la guerre en adéquation avec les finalités de la guerre.

159. Mais pour autant, ce constat doit-il amener à conclure qu'il serait *souhaitable* de laisser la rationalité militaire opérer librement ? Que, l'action militaire se caractérisant par un emploi rationnel de la force plutôt qu'un déchaînement aveugle de la violence, la perspective d'une guerre menée hors du droit constituerait une perspective désirable ? Et, *in fine*, qu'il serait superflu d'opposer à l'action militaire des normes juridiques contraignant les spécialistes de la violence dans leur action, en leur imposant d'adopter (ou de ne pas adopter) certaines lignes de conduite ? Le temps est venu de passer du constat à la critique.

⁴³⁶ F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., préface.

⁴³⁷ Il se peut néanmoins que certains combattants soient motivés par la « soif de sang ». Ceci constitue néanmoins une déviation par rapport à la manière « normale » d'agir dans la guerre, qui exige des combattants qu'ils soient efficaces au combat, ce qui est incompatible avec un rapport pulsionnel à la violence. V. *supra*, § 115.

⁴³⁸ J.-V. HOLEINDRE, *La ruse et la force*, op. cit., p. 13.

Chapitre 2. – La rationalité militaire, une menace pour la survie de l'ordre moral en temps de guerre

[L]a pensée stratégique suppose une tournure d'esprit gouvernée par le principe d'efficacité. Comme la science économique, la science stratégique postule le comportement rationnel d'un acteur entièrement tourné vers un but unique : l'*homo strategicus* ne cherche que la victoire sur l'ennemi. Tout ce qui peut y contribuer sera recommandé, sans égard pour de quelconques considérations éthiques (...). La pensée stratégique n'a pu se développer qu'en transformant un idéal sacré ou héroïque en technique d'annihilation de l'ennemi.

Hervé COUTAU-BEGARIE⁴³⁹

160. Appliquée au domaine de l'action militaire, la rationalité instrumentale pose problème. En effet, la rationalité instrumentale consacre une logique actionnelle purement utilitariste, consistant à employer les moyens les plus efficaces pour parvenir à réaliser les objectifs visés à moindre coût humain, matériel et financier. Du point de vue militaire, la violence n'est donc rien d'autre qu'un moyen mobilisé en vue d'une fin. Or, n'est-il pas problématique d'appréhender la violence sous cet angle purement technique ? Quelles sont les limites d'une action dont la maxime fondamentale commande de briser la résistance de l'ennemi en employant une violence efficace et économique ? Une telle maxime tolère-t-elle même qu'on lui impose des limites ? Car, au fond, si l'efficacité est la seule boussole de l'action militaire, cela ne justifie-t-il pas le déploiement de *toute violence*, même profondément immorale, pourvu qu'elle permette de vaincre la résistance de l'ennemi à moindre coût ? Ainsi se trouve posée la question des limites de l'action militaire. Cette question recouvre en réalité deux aspects.

161. Premièrement, il est possible de s'interroger sur les limites *intrinsèques* de l'action militaire, c'est-à-dire sur la question de savoir si la rationalité militaire pose elle-même des

⁴³⁹ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., pp. 153-154.

limites, même théoriques, à ce que les militaires peuvent faire dans la guerre. Étudier les limites intrinsèques de l'action guerrière suppose de voir que la logique d'efficacité moyens/fins propre à la rationalité militaire ouvre un champ d'actions potentielles, recouvrant l'ensemble des moyens d'action que l'appareil militaire est susceptible d'employer dans la guerre au motif de leur efficacité et de leur efficience. Or, jusqu'où ce champ d'action s'étend-il ? Quels sont les moyens d'action qu'il recouvre ? Existe-t-il des stratégies, des tactiques, des armes ou des procédés que la rationalité militaire s'interdit *a priori* d'employer ? Ou bien tout est-il toujours envisageable pour parvenir à vaincre l'ennemi ?

162. Deuxièmement, il est possible d'aborder cette question sous l'angle des limites *extrinsèques* de l'action militaire. Ceci suppose d'appréhender l'action militaire depuis la perspective d'un ordre normatif extérieur, de manière à voir si l'action militaire excède ou non les limites tracées par celui-ci. Or, il existe bien un ordre normatif auquel est naturellement confronté la rationalité militaire : la morale. En effet, la rationalité militaire n'opère pas dans un espace vide ; elle coexiste avec tout un ensemble d'idées, de principes et de valeurs définissant ce que constitue « bien » ou « mal » se comporter en temps de guerre. Dès lors, la logique d'efficacité moyens/fins qui préside à l'action armée est-elle susceptible d'outrepasser le cadre dessiné par l'ordre moral ? Plus spécifiquement, la rationalité militaire est-elle susceptible de recommander et de justifier, sur le fondement de l'efficacité militaire, l'emploi de moyens d'action que la conscience réprouve ? Ou bien s'arrête-t-elle, comme par magie, aux limites tracées par la morale ?

163. La question des limites de l'action militaire est d'une grande importance pour la démonstration générale de l'étude, car de celle-ci dépend la nécessité d'un droit dans la guerre. En effet, s'il s'avère que la rationalité militaire s'auto-limite dans son action et ne risque pas de conduire à l'emploi de procédés immoraux, on voit difficilement sur quel fondement on pourrait justifier la nécessité du *jus in bello* : à quoi bon édicter des normes encadrant l'action militaire si celle-ci se maintient d'elle-même dans les bornes fixées par notre morale commune ? À l'inverse, s'il ressort de cette investigation que la rationalité militaire est susceptible de recommander et de justifier l'emploi de moyens d'action qui heurtent les exigences de la conscience morale, alors la nécessité d'encadrer l'action militaire par la voie du droit tombe sous le sens : le droit devient nécessaire pour défendre l'ordre moral face aux excès de la rationalité militaire.

164. Reprenant la distinction entre les limites intrinsèques et extrinsèques de l'action guerrière, ce second chapitre s'attachera à fournir une critique de la rationalité militaire et de la logique instrumentale qu'elle déploie. Tout d'abord, l'analyse montrera que la rationalité militaire ouvre un champ d'actions potentielles qui n'est pas seulement *trop vaste*. En effet, la rationalité militaire ouvre un champ d'actions potentielles qu'il est plus fondamentalement impossible de circonscrire *a priori*, car la rationalité militaire ne tolère tout simplement aucune limite de principe à son action (**Section 1**). Ce constat, problématique en soi, ne fait que s'aggraver dès lors que l'on confronte les moyens d'action que l'appareil militaire est susceptible d'employer aux limites extrinsèques tracées par l'ordre moral. En effet, c'est là que le danger que représente la rationalité militaire pour la survie de l'ordre moral apparaît clairement : la rationalité militaire est susceptible de justifier – et, dans les faits, justifie – l'emploi de moyens profondément immoraux au nom de l'efficacité militaire (**Section 2**).

Section 1. – L'impossibilité de circonscire *a priori* le champ d'action ouvert par la rationalité militaire

165. Prendre la mesure du danger que représente la rationalité militaire pour l'ordre moral suppose tout d'abord de parvenir à se figurer ce dont les militaires sont capables dans la guerre. Il faut donc chercher à identifier les limites intrinsèques de l'action militaire. Quels sont les moyens d'action – tactiques, stratégies, armes, procédés, etc. – que l'appareil militaire est susceptible d'employer ? Répondre à cette question implique de creuser le rapport spécifique que la rationalité militaire, et par extension les spécialistes de la guerre, entretiennent avec la violence. Dans un premier temps, il s'agira de retracer l'évolution historique qui a conduit l'appareil militaire à développer un rapport froidement instrumental à la violence : à l'issue de cette évolution, la violence en vint à être appréhendée par le seul prisme de l'efficacité (**Sous-section 1**). Ayant dégagé le critère central de l'action militaire – l'efficacité –, nous pourrons ensuite chercher à déterminer les limites du champ d'action militaire. Un critère tel que l'efficacité impose-t-il des limites concrètes, fixes, déterminées à l'action militaire ? Il ressort de l'analyse que tel n'est pas le cas. En effet, l'efficacité revêt un caractère toujours circonstanciel, ce qui a pour conséquence une ouverture infinie du champ d'action militaire (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – Le rapport instrumental à la violence, ou l’appréhension de la violence de guerre par le prisme de l’efficacité

166. À part pour ceux qui considèrent que la violence relève des sciences de la nature et qu’elle ne peut qu’être expliquée que par les attributs biologiques ou neurobiologiques de l’espèce humaine, il est généralement admis que le rapport des hommes à la violence est directement lié à ce que l’on peut appeler, par opposition à la nature, la culture⁴⁴⁰. En effet, les recherches en sociologie historique ont montré que ce rapport à la violence avait changé au cours de l’histoire, l’époque moderne constituant de ce point de vue le véritable point de rupture⁴⁴¹. Plus spécifiquement, ces recherches ont mis en évidence le fait que nos sociétés modernes étaient travaillées de l’intérieur par un processus de rationalisation de l’action sociale, et notamment de l’action militaire, duquel a émergé un rapport froidement instrumental à la violence plaçant en son cœur le concept d’efficacité (§ I). Or, en érigéant l’efficacité en unique critère de l’action militaire, la révolution moderne a fait de l’action armée une entreprise éthiquement problématique, celle-ci rejetant la morale comme critère d’action (§ II).

§ I. – La rationalisation de l’action militaire et l’émergence d’un rapport froidement instrumental à la violence centré sur l’efficacité

167. Dans sa quête de compréhension de l’évolution du rapport des hommes à la violence, la sociologie historique trouve son point de départ dans un constat pour le moins paradoxal : alors que les normes de tolérance vis-à-vis de la violence sont devenues de plus en plus strictes au cours de l’histoire, les guerres sont dans le même temps devenues de plus en plus meurtrières. À ce titre, l’époque prémoderne est généralement perçue comme une époque éminemment violente⁴⁴². Ceci est tout particulièrement vrai pour le Moyen Âge, généralement qualifié d’« *Âge des Ténèbres* »⁴⁴³, renvoyant ainsi à l’image d’une époque

⁴⁴⁰ Sur cette distinction, v. P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005, pp. 114-165.

⁴⁴¹ L’époque moderne correspond à la période historique qui s’ouvre au XVII^{ème} siècle avec la révolution scientifique opérée notamment par René DESCARTES et la naissance de l’État moderne. Sur ce point, v. not. S. TOULMIN, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, Chicago, Chicago University Press, 1992, pp. 5-44.

⁴⁴² Cet exposé historique est réalisé par S. MALESEVIC, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., pp. 89-145. V. également S. MALEŠEVIĆ, *The Rise of Organised Brutality. A Historical Sociology of Violence*, Cambridge, C.U.P., 2017.

⁴⁴³ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 108, n. trad.

marquée par la cruauté, la violence et la souffrance⁴⁴⁴. En effet, il semblerait que « *l'univers moral du Moyen Âge [ait toléré] des formes de violence plus excessives que les époques ultérieures* »⁴⁴⁵. Et pourtant, les guerres de l'Europe médiévale se caractérisaient par « *la faible intensité de leur efficacité meurtrière* »⁴⁴⁶. En effet, ces guerres prémodernes étaient des guerres de « *petite échelle, caractérisées par un faible nombre de victimes et peu de véritables batailles* »⁴⁴⁷. Composées principalement de chevaliers, les armées médiévales étaient petites, coûteuses, peu disciplinées et les affrontements directs évités autant que possible⁴⁴⁸. En bref, les guerres médiévales n'étaient généralement que des expéditions de pillage, et les morts étaient davantage causées par la maladie, la faim, la fatigue ou le meurtre délibéré de civils et de prisonniers que par l'affrontement militaire⁴⁴⁹.

168. Dès lors, comment expliquer que, malgré des normes de tolérance à la violence plus relâchées que celles de notre époque moderne, les guerres médiévales aient été relativement peu meurtrières ? Si les auteurs s'accordent sur le fait que le XVII^{ème} siècle constitue un point de rupture dans l'histoire européenne, le nombre de morts causées par la guerre ayant plus que doublé par rapport au siècle précédent⁴⁵⁰, ils divergent quant à l'origine de cette « révolution dans les affaires militaires ». La thèse la plus répandue chez les spécialistes de l'histoire militaire consiste à expliquer cette révolution par le facteur technologique⁴⁵¹. La période allant du milieu du XVI^{ème} siècle au milieu du XVII^{ème} siècle aurait été le théâtre d'avancées technologiques majeures, qui feront de la guerre une activité bien plus meurtrière qu'au Moyen Âge⁴⁵². Cependant, la sociologie historique refuse de réduire ce bouleversement à sa simple dimension technologique. Pour elle, « *[c]e fut la discipline, et*

⁴⁴⁴ *Ibid.* (« [t]he images of crucified prisoners, women burned alive as witches, enemy soldiers boiled to death and the invention and application of elaborate techniques of torture such as thumbscrews, impalement, hanging upside down, scalping, roasting alive and castration are all firmly associated with this period of European history »).

⁴⁴⁵ *Ibid.*, n. trad. Sur la cruauté des guerres de l'époque, v. p. ex. R. C. STACEY, « The Age of Chivalry », in M. HOWARD, G. J. ANDREOPoulos, M. R. SHULMAN (dir.), *The Laws of War. Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1994, pp. 27-39.

⁴⁴⁶ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 108, n. trad.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, pp. 106-107, n. trad.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 107.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, pp. 106-107.

⁴⁵⁰ Q. WRIGHT, *A Study of War*, vol. 2, Chicago, Chicago University Press, 1942, pp. 655-656.

⁴⁵¹ Ce débat est initié par M. ROBERTS, « The Military Revolution, 1560-1660 », in C. J. RODGERS (dir.), *The Military Revolution Debate. Readings on the Military Transformation of Early Modern Europe*, New York/Londres, Routledge, coll. « History and Warfare », 1995, pp. 13-35. L'historique du débat est retracé par J. CHILDS, « The Military Revolution I: The Transition to Modern Warfare », in C. TOWNSHEND (dir.), *The Oxford History of Modern War*, Oxford, O.U.P., 2000, pp. 20-39. V. ég. G. PARKER, *La révolution militaire. La guerre et l'essor de l'Occident, 1500-1800*, trad. J. JOBA, Paris, Folio, coll. « Histoire », 2013 [1988].

⁴⁵² En effet, cette période voit l'utilisation à des fins militaires de nouvelles découvertes, telles que la poudre à canon, adoptée par les Européens à cette époque mais découverte en Chine au VII^{ème} ou VIII^{ème} siècle. Ces découvertes donneront lieu à l'invention et l'utilisation des fusils (arquebuse et mousquet, notamment) et des canons, qui équipieront désormais la marine et l'infanterie. Sur ce point, v. p. ex. J. CHILDS, « The Military Revolution I: The Transition to Modern Warfare », op. cit., pp. 20 ss. ; S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 109.

non la poudre à canon, qui initia cette transformation »⁴⁵³. La réponse serait donc à trouver du côté des bouleversements en termes d’organisation sociale⁴⁵⁴.

169. À ce titre, la sociologie historique met en évidence l’existence d’un « *lien clair entre le manque d’organisation sociale et le faible nombre de victimes militaires dans les guerres médiévales* »⁴⁵⁵. Sous cet angle, les guerres du Moyen Âge étaient peu meurtrières en raison non pas de la performance des armes⁴⁵⁶, mais de l’absence d’organisation sociale permettant, basiquement, de « *contraindre les soldats à attaquer d’autres soldats* »⁴⁵⁷. L’appareil militaire n’avait pas encore subi les influences du processus de rationalisation de l’action sociale et n’était pas encore passé au crible du redoutable concept d’efficacité qui, appliqué à la sphère militaire, permettra de développer une organisation dotée d’une « *capacité structurelle à mobiliser de grands groupes de personnes pour qu’elles tuent et meurent en vue d’atteindre un objectif politique/militaire particulier* »⁴⁵⁸.

170. De plus, la sociologie historique met en évidence le fait que le monde féodal n’avait pas besoin d’une telle organisation parce qu’il entretenait un rapport à la guerre et à la violence qui nous est aujourd’hui largement étranger. En effet, avant l’ère moderne, la violence et la guerre apparaissaient comme « *un moyen symbolique [permittant] de renforcer les structures sociales hiérarchiques existant dans ces sociétés, parmi les plus stratifiées à avoir jamais existé* »⁴⁵⁹. La rationalisation de l’action sociale va bouleverser ce régime antérieur et donner naissance à « *l’armée bureaucratique moderne* »⁴⁶⁰, entretenant

⁴⁵³ M. WEBER, « The Meaning of Discipline », in M. WEBER, *From Max Weber: Essays in Sociology*, trad. et préf. H. H. GERTH et C. WRIGHT MILLS, New York, O.U.P., 1946, p. 256, n. trad.

⁴⁵⁴ Ibid. Parmi les auteurs défendant l’idée que l’expansion de l’État bureaucratique moderne, avec toute la discipline et l’organisation sociale qu’il impose, est à l’origine des formes de violence les plus extrêmes de la modernité, v. S. MALESEVIC, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., not. pp. 89-145 ; S. MALESEVIC, *The Rise of Organised Brutality*, op. cit. ; Z. BAUMAN, *Modernité et holocauste*, trad. P. GIVARCHE, Paris, La Fabrique, 2002 ; M. MANN, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge, C.U.P., 2005.

⁴⁵⁵ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 108, n. trad.

⁴⁵⁶ Pour la sociologie historique, ceci n’a rien non plus à voir avec les valeurs chevaleresques et aristocratiques de la noblesse d’épée, qui se serait battue à la manière de duellistes et dans le respect des règles de l’art. Cette idée est pourtant un lieu commun de la littérature. V. p. ex. G. BEST, *War and Society in Revolutionary Europe. 1770-1870*, New York, St. Martin’s Press, 1982, pp. 22-28 ; D. A. BELL, *The First Total War: Napoleon’s Europe and the Birth of Warfare as We Know It*, New York, Mariner, 2007, pp. 50-51. Un démontage en règle de cette thèse est fourni par J. Q. WHITMAN, *The Verdict of Battle. The Law and Victory and the Making of Modern War*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2012, pp. 98 ss.

⁴⁵⁷ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 108, n. trad. L’organisation sociale est aussi ce qui permettra de mettre la science et la technique au service de l’armée. L’explication par le prisme de l’organisation sociale comprend donc le facteur technologique, sur lequel elle ne ferme pas les yeux.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 109, n. trad.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 108, n. trad.

⁴⁶⁰ M. WEBER, *Économie et société 1*, op. cit., p. 295.

un rapport spécifiquement moderne – car instrumental, centré sur l’efficacité – à la guerre et à la violence.

171. Selon Max Weber, la modernité émerge au cours d’un processus par lequel les formes traditionnelles d’autorité et d’organisation sociales, basées sur les liens personnels, l’autorité charismatique et le népotisme, furent remplacées par des organisations bureaucratiques spécialisées dans un domaine particulier (l’impôt, la guerre, la police, etc.)⁴⁶¹. Les organisations bureaucratiques qui émergent avec la modernité se caractérisent par une division du travail stricte, dans laquelle chaque personne se voit assigner une tâche précise en fonction de ses compétences, et une structure hiérarchique impersonnelle, distinguant les supérieurs des subordonnés sur le fondement de leur place objective dans la hiérarchie⁴⁶². De plus, les agents agissent sur la base de règles abstraites et de procédures appliquées mécaniquement⁴⁶³. L’ensemble de ces caractéristiques, auxquelles il faut ajouter que l’organisation bureaucratique fonde son action sur la connaissance et le savoir⁴⁶⁴, rend cette forme d’organisation sociale terriblement efficace – en vérité, « *beaucoup plus efficace et productive que toutes celles qui l’ont précédée dans l’histoire* »⁴⁶⁵. Or, le premier domaine dans lequel s’est imposée cette forme d’organisation bureaucratique fut précisément le domaine militaire⁴⁶⁶. Cette révolution va bouleverser la manière d’appréhender la violence de guerre et faire naître un rapport purement *instrumental*, froidement dépassionné à la violence. Pour le sociologue Siniša Malešević, cette rationalisation de la violence de guerre découle d’une double transformation, qui se déploie à la fois sur le plan des idées et sur le plan de l’organisation sociale.

⁴⁶¹ *Ibid.*, not. pp. 289-301

⁴⁶² *Ibid.*, pp. 294-301.

⁴⁶³ *Ibid.* Sébastien JAKUBOWSKI résume le concept wébérien de bureaucratie dans les termes suivants : « [c]ette forme d’organisation vise à l’instauration d’une hiérarchie de statut qui assigne à chaque participant une place conforme à sa tâche et correspondante à sa contribution. Cette structure est impersonnelle puisque les critères sont définis objectivement : les positions hiérarchiques correspondent à des qualifications, examens, anciennetés, âges précis et préalablement établis. Ce côté impersonnel est la garantie du processus de rationalisation de l’organisation. Ainsi, chaque individu se positionne selon sa fonction, son grade de telle sorte qu’il dépende toujours d’un autre individu. Chaque membre de l’organisation exécute les directives d’un supérieur chargé de le contrôler et à qui il doit rendre les comptes de son action ; chaque membre délègue en partie sa tâche aux subordonnés sur lesquels il exerce une domination. La bureaucratie se fonde sur les compétences des individus auxquels l’organisation confère une position hiérarchique » (S. JAKUBOWSKI, « Le commandement de l’armée : professionnalisation et changement », *Les champs de mars*, vol. 13, n°1, 2003, p. 127). Sur ce point, v. également S. MALEŠEVIĆ, *The Rise of Organised Brutality*, op. cit., pp. 89 ss.

⁴⁶⁴ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 5.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, n. trad. Pour la sociologie historique, il est clair que le « succès historique phénoménal du mode bureaucratique d’organisation sociale », attesté par son extension (consentie ou forcée) bien au-delà du monde occidental, « doit beaucoup à son efficacité instrumentale », c’est-à-dire au fait que son action soit gouvernée par la rationalité instrumentale (S. MALESEVIC, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 5).

⁴⁶⁶ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., pp. 5-6.

172. Sur le plan des idées, l'innovation majeure de l'époque moderne consiste à avoir purgé la violence guerrière de toute sa dimension sacrée et d'en avoir fait un simple instrument aux mains de l'État⁴⁶⁷. Pour les sociologues wébériens, le protestantisme a joué un rôle clé dans cette émergence d'une « *éthique militaire désacralisée* »⁴⁶⁸. En effet, l'éthique protestante repose sur une stricte séparation du sacré et du profane⁴⁶⁹, qui a participé à « *libérer la vie politique, et donc également l'action militaire, de toute obligation morale et spirituelle* »⁴⁷⁰. Décideurs politiques et exécutants n'ont plus à suivre les commandements divins, puisqu'ils agissent désormais dans la sphère du profane⁴⁷¹. Reprenant à leur compte cette vision désacralisée de l'action étatique, « *les commandants militaires calvinistes, baptistes et luthériens légitimèrent avec succès une conduite scientifique et rationnelle de la guerre* »⁴⁷² : libérée de toute dimension morale ou spirituelle, la violence de guerre peut désormais être appréhendée comme un simple moyen au service des fins de l'État.

173. Cependant, pour faire de la violence de guerre un outil fonctionnel aux mains de l'État, cette révolution dans le monde des idées s'est doublée d'une révolution sur le plan de l'organisation sociale. De ce point de vue, l'innovation majeure de l'époque moderne consiste en l'instauration d'une organisation capable de maîtriser la violence afin d'en faire, dans les faits, un outil efficace. Ici encore, les commandants militaires protestants jouèrent un rôle clé. Ils ravivèrent les « *pratiques organisationnelles de l'armée romaine* », en mettant l'accent sur « *la discipline militaire, la flexibilité sur le champ de bataille, la centralisation de l'autorité, un leadership pratique et compétent et l'obéissance inconditionnelle au commandant militaire* »⁴⁷³. De plus, ils introduisirent un entraînement systématique des soldats et instaurèrent des règles strictes, sanctionnées par de lourdes

⁴⁶⁷ Sur ce point, v. la citation d'Hervé COUTAU-BEGARIE placée en épithète de ce chapitre.

⁴⁶⁸ James AHO relève à ce titre que les commandants militaires traditionnellement associés à la révolution militaires des XVI^e-XVII^e siècle, à savoir Maurice de Nassau (1567-1625), Gustave Adolphe (1591-1632), Olivier Cromwell (1599-1658) et Frédéric-Guillaume Ier (1688-1740) furent tous des « *devoted protestants* » (J. AHO, « *The Protestant Ethic and the Spirit of Violence* », *Journal of Political & Military History*, vol. 7, n°1, 1979, p. 104).

⁴⁶⁹ *Ibid.*, pp. 105-108.

⁴⁷⁰ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 111, n. trad. V. ég. J. AHO, « *The Protestant Ethic and the Spirit of Violence* », op. cit., p. 106 (« *Lutheranism by implication (...) liberates the state of all spiritual and private moral obligations. It frees the state from the fetters with which the Church had sought to encompass it for half a millennium. The effect that this had on political thinking and practice was revolutionary* »).

⁴⁷¹ J. AHO, « *The Protestant Ethic and the Spirit of Violence* », op. cit., p. 106 (« *what is natural and rational for the state is to augment and consolidate its own power. In realizing this end neither it nor the public official qua public official need heed the commandment to love his neighbor. For this is appropriate only to the spiritual realm, to the dimension of the sacred; which is to say, to the private individual and to the Church* »).

⁴⁷² S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 111, n. trad.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 112., n. trad.

peines, interdisant par exemple le pillage, l'outrage et la prostitution⁴⁷⁴. Dans le même temps, le domaine militaire se professionnalisa, avec l'instauration des premières académies militaires, la hiérarchisation progressive du corps et la publication des premiers manuels de guerre⁴⁷⁵.

174. Du fait de ce processus de rationalisation, l'armée se transforma en « *incarnation parfaite de la bureaucratie wébérienne* »⁴⁷⁶. En effet, cette révolution organisationnelle conduisit à un abandon progressif des « *caractéristiques extravagantes et essentiellement rituelles de la guerre* », qui reposait jusqu'alors sur « *l'ethos du guerrier individuel, les démonstrations personnelles d'héroïsme* » et « *la bataille traditionnelle avec ses duels* »⁴⁷⁷. On considère désormais que toutes ces caractéristiques opèrent « *au détriment de l'efficacité martiale et de la discipline bureaucratique* »⁴⁷⁸. Au fil de ce processus, l'armée se transforma donc en « *une machine de guerre bureaucratique efficace* »⁴⁷⁹ et la guerre devint moderne – soit « *routinisée, instrumentale et bureaucratique* »⁴⁸⁰.

175. Les juristes voient généralement d'un œil positif ce processus de rationalisation de l'action violente⁴⁸¹. En effet, la transformation de la guerre en simple outil aux mains de

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 127, n. trad.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 126, n. trad.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, n. trad.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 28, n. trad..

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 28., n. trad. Lorsque *Vom Kriege* est publié par la veuve de Carl von Clausewitz dans les années 1830, on peut y lire toute la distance qui sépare le théoricien militaire prussien du rapport prémoderne à la violence guerrière. Il constate que, contrairement à ce que l'on pouvait voir dans l'époque prémoderne, les « *peuples civilisés ne mettent pas leurs prisonniers à mort et ne ravagent pas les villes et campagnes* » (C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 22). Ceci n'est pas lié au fait que la guerre ait perdu son caractère violent (car la violence fait partie de son concept même), mais au fait que « *l'intelligence* » a pris « *une place croissante* » dans la conduite de la guerre, et qu'elle a inculqué aux peuples civilisés « *un emploi de la violence plus efficace que cette manifestation sauvage de l'instinct* » (*ibid.*). C'est qu'en 1830, le processus de rationalisation de l'action militaire est déjà largement entamé : l'activité militaire est déjà soumise à une forme d'organisation de type bureaucratique, qui fait de *l'efficacité* – ce terme-clé est bien utilisé par Clausewitz – la donnée centrale de l'action violente. Cela dit, ce n'est qu'entre la fin du XIX^{ème} siècle et le début du XX^{ème} siècle que le processus de rationalisation et de bureaucratisation de l'action guerrière atteindra son apogée (S. MALESEVIC, *The Sociology of War and Violence*, *op. cit.*, p. 127). À cette époque, l'armée sera définitivement transformée en organisation bureaucratique, « *run by highly specialised professionals that undergo long institutionalised training, that are separated from the rest of society, have a fixed system of promotion based on skill and experience, follow a consistent system of abstract rules, obey an impersonal hierarchical order where authority is derived from one's position in the hierarchy, are separated from the ownership of the means of production and whose professional relationships are regulated by written technical rules* » (*ibid.*).

⁴⁸¹ V. p. ex. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 31-32 (les guerres sont « *devenues plus humaines* », non seulement « *par le développement de principes internationaux sur la matière* », mais également « *par des perfectionnement de fait dans la manière de faire la guerre* » – le processus de rationalisation est expressément visé pp. 32-34) ; F. F. MARTENS, *Traité de droit international*, vol. 3, Paris, A. Marescq, 1887, p. 187 (« [d]ans les temps modernes, chaque gouvernement concentre dans ses mains toute la direction des relations extérieures (...). Les armées nationales et permanentes sont les organes de la volonté des gouvernements et exécutent leurs ordres. C'est la discipline militaire qui a été, sans aucun doute, l'origine du développement du droit moderne relatif à la guerre » ; le processus de rationalisation est expressément visé pp. 191-192) ; L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and*

l'État implique que la violence « *recherche la maîtrise d'elle-même, c'est-à-dire le contrôle de l'interaction conflictuelle pour la faire aboutir au résultat désiré* »⁴⁸². Pour être efficace, la violence doit être « *dompt[ée]* »⁴⁸³. La rationalisation de l'action militaire implique donc « *la domestication de la rage humaine et de l'agression physique* »⁴⁸⁴ et l'abandon de certaines pratiques qui ont accompagné la guerre pendant des siècles, telles que le pillage, le meurtre intentionnel de personnes désarmées ou le viol⁴⁸⁵.

176. Et pourtant, le processus de rationalisation de l'action guerrière semble avoir donné naissance à un rapport extrêmement problématique à la violence. En effet, dépouillée de toute dimension sacrée, la violence n'est plus « *qu'un moyen rationnel (...) d'arriver à ses fins* »⁴⁸⁶. La guerre se transforme en problème purement technique, et les militaires en simples administrateurs de la violence⁴⁸⁷. De la modernité émerge donc un rapport dépassionné, froidement instrumental à la violence de guerre : celle-ci n'est jamais considérée en elle-même et pour elle-même, comme un bien en soi qu'il faudrait louer ou comme un mal en soi qu'il faudrait combattre⁴⁸⁸, mais uniquement comme un outil qu'il s'agit d'employer de manière efficace et efficiente. De là, deux conséquences particulièrement intéressantes.

177. **Premièrement**, la rationalisation de l'action militaire fait que l'appareil guerre est en quête constante d'efficacité dans l'action. L'armée doit constamment chercher à améliorer ses performances, en inventant de nouveaux outils et de nouvelles armes, de nouvelles techniques, de nouvelles théories, de nouveaux procédés et de nouvelles procédures permettant de réaliser plus efficacement ses objectifs. Il faut sans cesse rendre la violence plus performante, en faire un moyen toujours plus efficace de l'action politique⁴⁸⁹.

Armed Conflict, op. cit., p. 50 (sur l'importance, pour l'humanisation de la guerre, du passage des armées de mercenaires aux armées de professionnels).

⁴⁸² L. BARDIES, « Le raisonnement stratégique », op. cit., p. 52.

⁴⁸³ J.-V. HOLEINDRE, *La ruse et la force*, op. cit., p. 13.

⁴⁸⁴ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 183, n. trad.

⁴⁸⁵ La question demeure cependant de savoir si ces pratiques ont été abandonnées pour des motifs *moraux*, simplement parce qu'elles étaient désormais perçues comme intolérables, ou bien pour des motifs ayant trait à l'efficacité de l'action militaire, ces pratiques étant préjudiciables à la conduite effective de la guerre. Si l'on suit Carl VON CLAUSEWITZ, c'est l'impératif d'efficacité qui détermina les combattants à abandonner ces pratiques (v. *supra*, § 115). Cette discussion, importante pour la possibilité même d'un droit de la guerre effectif, sera étudiée *infra*, Chapitre 3.

⁴⁸⁶ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 129, n. trad.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 83 (« [i]n this context, the question of the use of violence is often transformed into a question of mere efficiency »).

⁴⁸⁸ Le rapport moderne à la violence rejette donc à la fois le pacifisme et le militarisme. V. p. ex. FRANCE, MINISTÈRE DES ARMÉES, ÉTAT-MAJOR DE L'ARMEE DE TERRE, *L'alliance du sens et de la force. L'exercice du métier des armes dans l'armée de terre*, 2018, p. 24.

⁴⁸⁹ Sur ce point, v. M. GOYA, *S'adapter pour vaincre. Comment les armées évoluent*, Paris, Perrin, coll. « Tempus », 2023.

Ceci explique que les guerres soient devenues de plus en plus meurtrières en même temps que la machine militaire affûtait ses armes et ses stratégies. D'où une conséquence assez paradoxale : si la rationalisation de l'action militaire conduit à l'abandon progressif de certaines pratiques immorales (viol, viols, meurtres, etc.), elle « *n'est pas forcément synonyme de limitation de la violence* »⁴⁹⁰. En effet, la violence de guerre « *peut être à la fois maîtrisée et extrêmement destructrice* »⁴⁹¹ – et elle est d'ailleurs probablement d'autant plus destructrice qu'elle est maîtrisée. Couplé au fait que les armées modernes possèdent « *une force et une efficacité organisationnelle* » sans précédent dans l'histoire, il ne faut pas s'étonner qu'elles soient bien plus susceptibles « *de générer des meurtres systématiques à grande échelle* »⁴⁹² que les guerres de l'époque prémoderne. Car, contrairement à ce que prétendent certains récits enchanteurs de notre modernité⁴⁹³, la rationalisation de la guerre n'a pas donné lieu à une diminution globale de la violence. C'est même tout l'inverse⁴⁹⁴.

178. Deuxièmement, le rapport froidement instrumental à la violence qui naît du processus de rationalisation de l'action guerrière a donné lieu à une dépersonnalisation de la violence. Dans le monde prémoderne, où la violence était utilisée pour rétablir les hiérarchies sociales, la violence impliquait un « *engagement émotionnel* »⁴⁹⁵ de la part de l'auteur à l'égard de la victime, car la violence était intentionnellement dirigée contre la victime⁴⁹⁶. À l'inverse, le rapport instrumental à la violence qui naît du processus de rationalisation de l'action militaire donne lieu à une violence que Randall Collins qualifie de « *calleuse* »⁴⁹⁷, soit une violence froide, dépassionnée, sans émotion. En effet, celui qui subit la violence n'est plus vu que comme un « *obstacle* »⁴⁹⁸ à la réalisation d'un objectif. En conséquence,

⁴⁹⁰ L. BARDIES, « Le raisonnement stratégique », *op. cit.*, p. 52.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, *op. cit.*, p. 144, n. trad.

⁴⁹³ V. not. S. PINKER, *The Better Angels of Our Nature. A History of Violence and Humanity*, Londres, Penguin, 2012 ; J. MUELLER, *The Remnants of War*, Ithaca, Cornell University Press, coll. « Cornell Studies in Security Affairs », 2007.

⁴⁹⁴ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, *op. cit.*, pp. 79 et 144 (« *modern, democratising, constitutional states have proved to be incomparably vicious and much more efficient as war machines than any of their despotic and non-egalitarian predecessors. Notwithstanding the cruelty of pre-modern rulers, no tyrant of agrarian civilisation could match the brutal efficiency of mass slaughter in concentration camps or the scope and speed of carnage caused by machine guns, aerial bombardment or nerve gas. There is no historical equivalent in terms of numbers to all the revolutions, total wars and genocides of modernity. Yet it is this era more than any previous epoch that proclaims the emancipation and liberation of the human subject as its central and core value. (...) [W]hen it comes to successful mass murder the contemporary nation-state has no historical equivalent. No other political entity has had such potent organisational means at its disposal to coerce individuals to pursue a single military purpose, and has been able to rely on the most sophisticated mechanisms to ideologically justify such a goal*

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 129, n. trad.

⁴⁹⁶ R. COLLINS, « Three Faces of Cruelty: Towards a Comparative Sociology of Violence », *Theory and Society*, vol. 1, n°4, 1974, p. 432 (« *[t]orture, mutilations, and exemplary punishment all involve a certain type of empathy between perpetrator and victim; the victim's subjective life is the target, and his total personality is to be deformed*

⁴⁹⁷ *Ibid.*, n. trad.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 432, n. trad. V. ég. S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, *op. cit.*, p. 129.

s’instaure une distance émotionnelle maximale entre l’auteur et la victime, car « *l’identité et les sentiments de la victime ne sont pas pris en compte* »⁴⁹⁹ – la victime n’est plus visée en tant que telle. Et dans les faits, la forme d’organisation bureaucratique, par « *la délégation réglementée des tâches et des responsabilités, la structure organisationnelle hiérarchique et segmentée de sa machine bureaucratique* », crée les conditions d’une telle « *cruauté sans émotion* »⁵⁰⁰ : tout est fait pour que le bureaucrate n’investisse pas ses émotions dans la réalisation de son travail⁵⁰¹. À ce titre, l’utilisation de catégories langagières euphémisées telles que « *neutraliser* », « *délivrer de l’armement* », « *exercer son savoir-faire* », « *dommages collatéraux* » ou « *faire du bilan* » permet de renforcer cette cruauté sans émotion. Les combattants peuvent « *dire la chose sans la dire* »⁵⁰². Ils se prémunissent ainsi des conséquences humaines et morales de leurs actes⁵⁰³.

179. Le processus de rationalisation de l’action militaire entraîne donc des conséquences notables sur le rapport des hommes à la violence. L’action guerrière étant désormais prise en charge par une organisation bureaucratique, la violence – corrélat essentiel de l’action militaire – n’apparaît plus que par le prisme de « *la rationalité instrumentale de l’appareil administratif* »⁵⁰⁴. Or, tout ceci a pour ultime conséquence de transformer des questions éminemment morales – le fait de tuer et de détruire – en simple affaire d’« *efficacité institutionnelle* »⁵⁰⁵. Ce qui pose évidemment la question du rapport que l’armée bureaucratique moderne entretient à la morale.

⁴⁹⁹ R. COLLINS, « Three Faces of Cruelty », *op. cit.*, p. 433, n. trad.

⁵⁰⁰ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, *op. cit.*, p. 129, n. trad.

⁵⁰¹ R. COLLINS, « Three Faces of Cruelty », *op. cit.*, p. 433 (« *even the application of violence is carried out segmentally; the bureaucrat does not invest his personality and his subjective status in the dominance relationship that results, and the identity and feelings of the victim are not a concern. Bureaucratic violence is the psychological opposite of the ceremonial ferocity of patrimonial society; however painful and terrifying the consequences, they are epiphenomenal to the more general policy being carried out* »). Les souffrances engendrées par l’action militaire ne sont donc que secondaire, l’intention primaire des auteurs de la violence ne consistant qu’à mettre en œuvre les moyens propres à la réalisation d’objectifs définis.

⁵⁰² F. BURBAGE, « L’efficacité militaire: spécificités et paradoxes. Entretien avec le colonel Patrick Destremau », *Cahiers philosophiques*, vol. 121, n°1, 2010, p. 111.

⁵⁰³ R. COLLINS, « Three Faces of Cruelty », *op. cit.*, p. 434.

⁵⁰⁴ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, *op. cit.*, p. 144, n. trad.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, n. trad. (« *[w]hen ends are perceived as ultimate truths, underpinned by unquestioned scientific authority and the ethical certainties of humanism, then all means become valid. In this context the question of the use of violence is often transformed into a question of mere efficiency. A decision to drop a uranium-235 20,000 ton nuclear warhead on a large urban congregation, which will inevitably kill hundreds of thousands of human beings, becomes a matter of precision and effectiveness. The first words of captain William Sterling Parsons after dropping a bomb on Hiroshima reveal this only too well: "Results clear cut successful in all respects. Visible effects greater than any test. Conditions normal in airplane following delivery"* »).

§ II. – *Le rejet de la morale comme critère de l'action militaire*

180. Dans le monde moderne, la violence devient une affaire d'efficacité. Or, en plaçant l'efficacité au cœur de l'action militaire, quelle place la rationalité militaire laisse-t-elle à la morale ? En réalité, aucune. Seule l'efficacité opérationnelle dicte la conduite des militaires en temps de guerre. L'action militaire est donc a-morale, au sens propre du mot : celle-ci se détermine en dehors de toute considération relative à la moralité intrinsèque⁵⁰⁶ de ses actes (**A**). Cependant, la morale peut faire son apparition dans le discours et l'action militaires, mais uniquement comme un supplétif de l'efficacité militaire : les combattants font appel à la morale lorsqu'il apparaît que celle-ci renforce et légitime l'efficacité de l'appareil militaire (**B**).

A. – L'amoralité de l'action militaire

181. Dans *Comprendre la guerre*, le général Vincent Desportes se livre à une confession intéressante. « *La logique technique* [du commandement militaire] », dit-il, « *supporte mal d'être contrainte par des données étrangères à l'efficacité opérationnelle* »⁵⁰⁷. Tout en rappelant que l'efficacité constitue le critère central de l'action militaire, le général Desportes révèle que l'action militaire exclut de son action les « données » qui lui sont « étrangères ». En effet, la logique actionnelle de l'action militaire – soit la recherche d'une efficacité moyens/fins⁵⁰⁸ – est susceptible d'entrer en conflit avec les prescriptions formulées dans d'autres champs sociaux, et en particulier ceux du droit et de la philosophie morale⁵⁰⁹. Or, la rationalité militaire ne se préoccupe pas de la moralité intrinsèque de ses actes, et refuse de conditionner l'action violente au respect d'impératifs éthiques supérieurs. Comme le relèvent les stratégistes eux-mêmes, la rationalité militaire « *échappe à la morale* »⁵¹⁰. En

⁵⁰⁶ L'ajout du qualificatif « intrinsèque » a pour objet de souligner le fait que l'amoralité dont il est question ici doit être entendue comme une indifférence vis-à-vis de la morale déontologique, c'est-à-dire de l'idée que chaque acte doit être jugé en lui-même et pour lui-même, au regard des devoirs moraux de l'homme, plutôt qu'au regard de ses conséquences plus ou moins bonnes ou mauvaises. Dans la suite de l'étude, il est donc entendu que le terme « moral » désigne, sauf indication contraire, la morale déontologique plutôt que la morale conséquentialiste. Je remercie la Pr. Julie Saada pour cette remarque.

⁵⁰⁷ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁰⁸ Sur cette logique, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 147-155.

⁵⁰⁹ Notons que ceci n'est pas propre à l'action militaire. Tout champ social possède sa propre logique interne et voit d'un mauvais œil les ingérences extérieures, par lesquelles d'autres champs sociaux tentent de lui imposer leur propre logique interne. Et face aux ingérences extérieures, tout champ social a tendance à réaffirmer sa logique propre et à rejeter les principes qui lui sont extrinsèques. Sur ce point, v. P. BOURDIEU, *Les règles de l'art*, *op. cit.*, pp. 365-372.

⁵¹⁰ T. DE MONTBRIAL, « Stratégie », *op. cit.*, p. 528.

tant qu'elle est « *rationalisée et gouvernée par l'efficacité* », l'action militaire est même « *nécessairement amorphe* »⁵¹¹ : les moyens d'action ne sont pas évalués au prisme de leur moralité intrinsèque, mais uniquement au regard de leur efficacité, laquelle est toujours extrinsèque, c'est-à-dire fonction de leur capacité à atteindre un but déterminé.

182. Ceci ne signifie pas que l'action militaire soit nécessairement *immorale*, c'est-à-dire qu'elle entre forcément en contradiction avec les prescriptions de l'ordre moral⁵¹². Simplement, la moralité constitue une donnée étrangère à son action – elle est donc *amorphe*. Comme l'écrit Hervé Coutau-Bégarie, le guerrier est un *homo strategicus* qui « *ne cherche que la victoire sur l'ennemi* », et « *[t]out ce qui peut y contribuer sera recommandé, sans égard pour de quelconques considérations éthiques* »⁵¹³. Ou, pour reprendre les propos de Goebbels, qui exprimait de façon parfaitement cynique la logique foncièrement amorphe de la rationalité militaire, « *[l]a question n'est pas de savoir si les méthodes utilisées sont bonnes ou mauvaises, mais si elles conduisent au but* »⁵¹⁴.

183. En réalité, il n'y a rien d'étonnant à ce que l'action militaire se détermine en fonction de sa logique propre, centrée sur l'efficacité, et non en fonction des prescriptions externes (droit ou morale). Les militaires sont des spécialistes de la violence, et leur travail ne consiste pas à disserter sur le bien et le mal, ni à agir en fonction de cette introspection philosophique : ils ne font que se conformer à la place qui leur est assignée dans la division sociale du travail guerrier⁵¹⁵. Il est donc normal qu'ils perçoivent la question de la légitimité des méthodes utilisées par les belligérants comme une problématique ne relevant pas de leur domaine mais de celui « *de la théologie, de la philosophie, de l'éthique ou du droit* »⁵¹⁶. Par conséquent, du point de vue de la rationalité militaire, il n'y a aucune raison pour que l'appareil militaire se réfrène dans la mise en œuvre de certains moyens au nom de la morale. Si ces moyens sont jugés efficaces pour parvenir à vaincre la résistance de l'ennemi à moindre coût, alors la rationalité militaire commande de les utiliser. Clausewitz ne fait que tirer toutes les conséquences de ceci lorsqu'il affirme que « *[l]e fait qu'un massacre soit un spectacle horrible ne nous donne pas d'excuse pour émousser progressivement notre sabre au nom de*

⁵¹¹ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, op. cit., p. 97.

⁵¹² Sur la distinction entre *amoralité* et *immoralité*, v. supra, Chapitre 1, note 263.

⁵¹³ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 153.

⁵¹⁴ Joseph GOEBBELS, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 161.

⁵¹⁵ Sur la division du travail guerrier dans nos sociétés modernes, v. supra, Chapitre 1, §§ 137-146.

⁵¹⁶ D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, vol. 2, op. cit., p. 14.

l'humanité »⁵¹⁷. Si faucher des milliers de vies ennemis, si procéder à des destructions de grande ampleur apparaissent comme des moyens efficaces pour soumettre l'ennemi, alors il faut les employer ; et l'horreur que ces destructions peuvent procurer ne doit pas réfréner les combattants dans leur action⁵¹⁸.

184. L'idée selon laquelle l'action militaire est étrangère aux considérations morales s'infiltra jusque dans l'expérience subjective vécue par les soldats sur le terrain d'opération. Un *staff sergeant* de l'armée de terre étatsunienne ayant servi en Irak témoigne ainsi de ce que, au cours des opérations, il a pu « *entend[re sa] conscience plaider pour la modération* »⁵¹⁹. Ceci n'est pas étonnant, dans la mesure où son activité consiste fondamentalement à tuer et à détruire⁵²⁰. Sa réaction témoigne de son attachement indéfectible à la rationalité militaire et son rejet des considérations morales, perçues comme externes à l'action guerrière : « *[j]e lui ai répondu de fermer sa gueule et de me laisser faire mon boulot* »⁵²¹.

B. – La morale comme supplétif de l'efficacité militaire

185. Malgré l'éviction principielle de la morale, il arrive que l'appareil militaire intègre la morale à son action⁵²². Cependant, dans un tel cas de figure, la morale n'est pas prise en compte en elle-même et pour elle-même, simplement parce qu'il serait bon de se conduire de manière moralement droite, mais parce que se conduire de manière moralement droite va dans le sens de l'efficacité militaire. La morale est donc réfractée au prisme de l'efficacité : là où la philosophie morale fait de l'action moralement droite une fin en soi, le champ militaire met l'action moralement droite au service de la poursuite des buts de guerre. Passée au moule de la rationalité militaire, la morale devient, comme la violence, un moyen mobilisé en vue d'une fin. Il existe deux manières de faire de la morale un supplétif de l'action militaire.

⁵¹⁷ Carl von CLAUSEWITZ, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 164.

⁵¹⁸ Autre manière de dire que les combattants ne doivent pas agir sur le fondement de la rationalité axiologique, mais sur le fondement de la rationalité instrumentale. Sur l'opposition entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique, v. *supra*, Chapitre 1, not. §§ 70-92.

⁵¹⁹ D. BELLAVIA, *Fallouja !*, trad. F. MIRMONT, Paris, Nimrod, 2009 [2007], p. 47.

⁵²⁰ Sur le fait que la violence constitue le moyen fondamental de l'action militaire, v. *supra*, Chapitre 1, § 150.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² Il n'est question ici que des cas où l'appareil guerrier intègre consciemment et délibérément la morale à son action, pas des cas où certains soldats agissent, dans certaines circonstances et à titre individuel, sur la base de considérations morales plutôt que sur celle de l'efficacité. Sur ce second point, v. *infra*, note 645.

186. Premièrement, l'intégration de la morale à l'action militaire peut avoir pour fonction de s'assurer de la discipline des soldats et garantir l'efficacité et la cohésion globale de la machine militaire. En effet, malgré le processus de rationalisation de l'action guerrière, la guerre demeure une « *entreprise humaine extrême qui confronte ceux qui la vivent à la destruction et à la mort* », mais également à la peur, à la privation, au danger, à la souffrance, à l'horreur et « *parfois même [à la] folie* »⁵²³. Pour garantir sa cohésion globale et son efficacité, l'appareil militaire doit donc faire en sorte que les soldats se conforment aux ordres et qu'ils continuent à se battre (et à se battre *efficacement*) dans ce « *bouleversement des sens et de la raison* »⁵²⁴ que la guerre provoque immanquablement. Pour ce faire, il faut mettre en place un « *mécanisme externe de contrôle social* »⁵²⁵ afin de contraindre les soldats à tenir le rang et à obéir aux ordres malgré l'extrémité de la situation. Cependant, l'ordre et la discipline ne suffisent pas. Il faut également convaincre le soldat que son action, aussi destructrice et violente soit-elle, est morale, que ce qu'il fait est légitime⁵²⁶. Car si le soldat prend conscience de l'inanité voire de l'immoralité de ses actes, s'il se voit comme un criminel plutôt que comme le bras armé d'une force vertueuse, pourquoi continuerait-il à se battre ?

187. Ce point peut être illustré au travers d'un livret publié par l'armée de terre française en 2018, intitulé *L'alliance du sens et de la force*⁵²⁷. Rejetant l'idée que l'action militaire serait foncièrement amorphe⁵²⁸, les auteurs du livret insistent sur l'importance de l'éthique au combat. Cependant, les auteurs affirment que si le soldat « *a besoin de se référer à une éthique exigeante* » et d'*« affermir sa conscience morale* », ce n'est pas dans le but de faire coïncider ses actes aux prescriptions éthiques – ce qui pourrait le conduire à rendre les armes (littéralement) ou bien à refuser d'obéir –, mais de pouvoir « *surmonter le traumatisme que peut constituer le fait de tuer ou d'ordonner de tuer* » et, ainsi, de lui permettre de « *causer la destruction et la mort sans perdre son intégrité morale* »⁵²⁹. La morale n'est donc pas mobilisée en elle-même et pour elle-même. Elle sert plutôt à convaincre le soldat que son

⁵²³ FRANCE, MINISTÈRE DES ARMEES, ÉTAT-MAJOR DE L'ARMEE DE TERRE, *L'alliance du sens et de la force*, op. cit., 2018, p. 24.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁵²⁵ S. MALEŠEVIĆ, *The Sociology of War and Violence*, op. cit., p. 113.

⁵²⁶ Comme le relève Raymond ARON, « [r]ien ne contribue plus à l'efficacité du combat que la bonne conscience des combattants » (R. ARON, « Préface », op. cit., p. 54).

⁵²⁷ FRANCE, MINISTÈRE DES ARMEES, ÉTAT-MAJOR DE L'ARMEE DE TERRE, *L'alliance du sens et de la force*, op. cit.

⁵²⁸ Les auteurs se positionnent en effet contre le « *cynisme* », qui consiste à penser que la guerre est « *amorphe, c'est-à-dire qu'elle n'a pas à être décidée et conduite en tenant compte d'impératifs moraux* » (*ibid.*, p. 24).

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 28.

action ne l'amène pas à « *franchir les limites qui feraient de lui un criminel* » et à l'aider, malgré les actes éthiquement douteux qu'il peut être amené à commettre, à « *conserver sa dignité de guerrier* »⁵³⁰. La morale, mobilisée comme un moyen d'autodiscipline des soldats, sert donc de supplétif à l'efficacité militaire : le soldat doit se convaincre que ce qu'il fait est moral, pour qu'il continue à obéir et à combattre efficacement.

188. Deuxièmement, il arrive que l'appareil militaire prenne en compte les considérations morales au niveau opérationnel, lorsqu'il apparaît que se conformer aux prescriptions morales contribue à l'efficacité militaire. En effet, employer des moyens d'action efficaces mais immoraux a un coût : ceci délégitime l'action militaire sur le plan politique et peut mener à des complications sur le plan militaire (renforcement de la détermination de l'ennemi à se battre, facteur de mobilisation de nouvelles forces ennemis, représailles, etc.). À l'inverse, employer des moyens d'action efficaces *et* moraux permet de faire d'une pierre de coup, à savoir atteindre des objectifs militaires tout en couvrant les actes du sceau de la moralité. Cependant, dans un tel cas de figure, la morale n'est pas prise en compte en elle-même et pour elle-même, mais uniquement parce qu'elle va de pair avec une action militaire efficace, voire rend possible une action militaire encore plus efficace qu'elle ne le serait autrement.

189. Cette manière d'intégrer la morale à l'action militaire peut être illustrée au travers de la *Civilian Casualty Mitigation Policy* de l'armée de terre étatsunienne, publiée en juillet 2012⁵³¹. Depuis le déclenchement de la « guerre globale contre le terrorisme », l'armée étatsunienne a dû apprendre à opérer dans des environnements complexes où il est parfois très difficile de distinguer les combattants de la population civile, soit que les combattants se fondent dans la population civile, soit que les civils participent au combat (comme le veut l'image du « *fermier de jour et combattant de nuit* »⁵³²). Dans un tel contexte, il pourrait être tentant de recourir à des stratégies de terrorisation de la population civile⁵³³ ou de relâcher les règles relatives au ciblage afin de permettre aux forces armées d'employer la violence à l'encontre de personnes qui ne sont pas, techniquement, des combattants ennemis prenant

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE ARMY, *Civilian Casualty Mitigation*, ATTP 3-37.31, 2012.

⁵³² *Ibid.*, p. 1-5, n. trad.

⁵³³ Les doctrines de la guerre contre-insurrectionnelle ont pendant longtemps employé cette stratégie. V. *infra*, Chapitre 2, §§ 249-255.

une part directe aux hostilités⁵³⁴. Cependant, l'armée de terre étatsunienne s'y refuse au nom de principes moraux, et en l'occurrence des « *principes d'humanité* »⁵³⁵. Cependant, ce refus ne trouve pas son fondement dans une volonté de respecter les prescriptions morales considérées en elles-mêmes et pour elles-mêmes, mais plutôt parce que « [l']incapacité à limiter les pertes civiles peut compromettre le succès des opérations »⁵³⁶. Le document juge en effet que « la protection des civils soutient les objectifs stratégiques et opérationnels »⁵³⁷ étant donné que, dans les contextes post-11 septembre 2001 dans lesquels l'armée est déployée, le meurtre délibéré ou incident de personnes civiles compliquera la réalisation des objectifs militaires⁵³⁸. Ici encore, la morale est employée comme un supplément de l'efficacité militaire : il s'agit d'un « *investissement* »⁵³⁹ dont l'armée se sert pour renforcer son efficacité dans la guerre.

*

190. Conclusion de la Sous-section 1. Dans l'optique d'identifier les limites intrinsèques de l'action militaire, l'étude du rapport spécifique que l'appareil guerrier entretient à la violence fut placé au centre de l'analyse. Cette analyse a mis en évidence l'évolution socio-historique aux termes de laquelle l'efficacité fut érigée en critère déterminant de l'action militaire. Ceci fut établi dès le premier chapitre, dans lequel il fut établi que l'action militaire reposait sur un calcul d'efficacité moyens/fins⁵⁴⁰. Néanmoins, les développements qui précèdent ont permis à la fois d'asseoir ce constat et de lui donner plus de substance, ainsi qu'une coloration autrement dramatique. En effet, nous avons montré que la rationalisation de l'action militaire avait donné naissance à rapport dépassionné, « calleux » à la violence. De plus, nous avons montré que l'érection du concept d'efficacité en alpha et oméga de l'action militaire avait pour effet d'exclure la morale des déterminants de l'action militaire.

⁵³⁴ Sur la notion de « participation directe aux hostilités », v. CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, 2009. Sur les critiques soulevées par la conception de la notion de participation directe aux hostilités développée par le CICR, v. not. W. HAYS PARKS, « Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n°3, 2012, pp. 769-830.

⁵³⁵ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE ARMY, HEADQUARTERS, *Civilian Casualty Mitigation*, *op. cit.*, p. 1-1, n. trad. Sur le lien entre principe d'humanité et ordre moral, v. *infra*, Chapitre 3, §§ 282-289.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 1-8, n. trad.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 1-1, n. trad.
⁵³⁸ *Ibid.*, p. 1-5 (« [a]rmy units must mitigate CIVCASs [civilian casualties, ndla] because (...) CIVCASs lead to ill will among the host-nation population and political pressure that can limit freedom of action of military forces. If Army units fail to protect civilians, for whatever reason, the legitimacy of U.S. operations is likely to be questioned by the host nation and other partners (...) Focused attention on CIVCAS mitigation is an important investment to maintain legitimacy and ensure eventual success. Failure to prevent CIVCASs will undermine national policy objectives as well as the mission of Army units, while assisting adversaries. Adversaries will exploit CIVCAS incidents. CIVCASs are likely to incite increased opposition to Army units »).

⁵³⁹ *Ibid.*, n. trad.

⁵⁴⁰ V. *supra*, Chapitre 1, not. §§ 147-155.

Celle-ci ne doit être gouvernée que par un froid calcul d'efficacité moyens/fins, auquel la morale peut certes être intégrée, mais uniquement comme supplétif de l'efficacité guerrière. Ainsi, l'efficacité, dans toute sa froideur technique, est devenue le critère axiomatique de l'action militaire : de celle-ci dépend les moyens que les militaires emploieront dans leur action, et donc l'étendue du champ des possibles militaires. Or, l'efficacité permet-elle d'instaurer des limites précises, stables, déterminées au champ d'action militaire ?

Sous-section 2. – Le caractère circonstanciel de l'efficacité, cause de l'ouverture infinie du champ d'action militaire

191. L'efficacité constitue le critère déterminant de l'action des combattants en temps de guerre. C'est en effet à partir de ce critère que l'action violente est évaluée, et donc décidée : si une action apparaît comme étant efficace pour atteindre un objectif tactique ou stratégique à moindre coût, alors elle sera recommandée. À l'inverse si l'on estime que telle action ne permettra pas de réaliser les objectifs, elle apparaîtra comme une dépense inutile de temps, de moyens et d'efforts, et il sera recommandé de ne pas la mener. Par conséquent, c'est ce critère qui détermine les contours du champ des possibles militaires. Or, ce critère permet-il réellement d'identifier des limites concrètes au champ d'action militaire ? En l'espèce, il est clair que tel n'est pas le cas. En effet, l'efficacité est une donnée toujours circonstancielle, de sorte qu'il est impossible d'évaluer *in abstracto* l'efficacité des moyens d'action militaires : seules les circonstances de fait permettent de fonder un tel jugement (**§ I**). Or, les circonstances de la guerre étant toujours changeantes, fluctuantes et incertaines, il n'existe aucune limite de principe à l'action guerrière : les combattants doivent être prêts à tout, pour faire face à n'importe quel ennemi dans n'importe quelles circonstances (**§ II**).

§ I. – L'efficacité, une donnée toujours circonstancielle

192. Dans son *Introduction à la stratégie*, le général André Beaufre dresse une typologie des dix-neuf « types d'actions et de réactions »⁵⁴¹ possibles dans la guerre. Selon cet auteur, ces dix-neuf alternatives « constituent le jeu du clavier stratégique »⁵⁴² : elles composent

⁵⁴¹ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 53.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 55.

l'ensemble des actions-types qui peuvent potentiellement être mises en œuvre dans la guerre. Parmi ces dix-neuf actions et réactions types, huit relèvent de l'offensive. Il est possible tout d'abord d'attaquer, c'est-à-dire de « [c]hercher à atteindre une vulnérabilité adverse »⁵⁴³. L'attaque peut être « préparée ou suivies »⁵⁴⁴ par l'une ou l'autre des sept autres actions ou réactions relevant de l'offensive : il est possible de surprendre⁵⁴⁵ ; de feindre⁵⁴⁶ ; de tromper⁵⁴⁷ ; de forcer⁵⁴⁸ ; de fatiguer⁵⁴⁹ ; et enfin de poursuivre⁵⁵⁰. De plus, six types d'actions et de réactions relèvent de la défense. Il est possible de se garder⁵⁵¹ ; de dégager⁵⁵² ; de parer⁵⁵³ ; de riposter⁵⁵⁴ ; d'esquiver⁵⁵⁵ ; de rompre⁵⁵⁶ et de menacer⁵⁵⁷. Enfin, il est possible d'agir de cinq manières sur ses forces. Il est possible de « concentrer », de « disperser », d'« économiser », d'« augmenter » et enfin de « réduire » ses forces⁵⁵⁸.

193. Toute la question, pour le général André Beaufre, consiste à savoir s'il est possible d'attribuer *in abstracto* de la valeur à ces actions-types et, plus généralement, à l'ensemble des moyens (armes, tactiques, procédés, stratégies, etc.) pouvant être employés dans la guerre. Or, l'efficacité constituant le critère déterminant de l'action militaire, ceci revient à savoir s'il est possible d'identifier, parmi l'ensemble de ces actions, celles qui sont efficaces pour parvenir à vaincre l'ennemi. Par exemple, en ce qui concerne l'offensive, est-il souhaitable d'attaquer l'ennemi frontalement en cherchant à détruire ou à prendre un objectif fortement défendu par ses forces armées ? Ou bien faut-il préférer fatiguer l'adversaire, en mettant en place une « stratégie d'attrition » consistant à obliger l'adversaire à dépenser son énergie, son temps et ses ressources ? De même pour la défense. Par exemple, faut-il préférer parer aux attaques ennemis, en organisant à l'aide de moyens importants la défense d'un objectif que l'ennemi pourrait vouloir prendre ou détruire ? Ou bien faut-il préférer esquiver,

⁵⁴³ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 55.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁴⁵ C'est-à-dire d'« [a]ttaquer une vulnérabilité qui n'est pas protégée » (*ibid.*, p. 55).

⁵⁴⁶ Soit « [m]enacer une vulnérabilité choisie de façon que la parade ennemie découvre celle que l'on veut attaquer » (*ibid.*)

⁵⁴⁷ C'est-à-dire de « paraître menacer une vulnérabilité et en attaquer une autre » (*ibid.*).

⁵⁴⁸ Soit de chercher à « [a]tteindre une vulnérabilité malgré l'opposition adverse » (*ibid.*).

⁵⁴⁹ Ce qui revient à « [f]orcer l'adversaire à dépenser son énergie et ses moyens pour défendre ses vulnérabilités » (*ibid.*, p. 56).

⁵⁵⁰ C'est-à-dire de « [s]e replacer dans des conditions permettant d'atteindre des vulnérabilités adverses » (*ibid.*).

⁵⁵¹ En se plaçant « dans une position permettant de couvrir à temps ses vulnérabilités » (*ibid.*).

⁵⁵² C'est-à-dire de « [c]hanger sa disposition pour amener l'attaque adverse sur des vulnérabilités protégées » (*ibid.*).

⁵⁵³ En « [p]rotéger une vulnérabilité attaquée » (*ibid.*).

⁵⁵⁴ En cherchant à « [a]tteindre une vulnérabilité adverse telle que l'ennemi doive abandonner son attaque » (*ibid.*, p. 57).

⁵⁵⁵ C'est-à-dire de « [p]lacer la vulnérabilité attaquée hors de portée de l'ennemi » (*ibid.*).

⁵⁵⁶ Ce qui constitue une « [e]squive générale abandonnant un enjeu limité » (*ibid.*).

⁵⁵⁷ Soit de « [p]rendre des dispositions permettant d'attaquer une vulnérabilité adverse » (*ibid.*).

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 55.

en déplaçant l'objectif hors de la portée de l'ennemi ? De telles questions, formulées de manière abstraite, n'ont strictement aucun sens car il est impossible d'évaluer l'efficacité d'une action militaire en dehors du contexte factuel dans lequel elle se déroule. En d'autres termes, aucune action militaire n'est efficace ou inefficace en elle-même ; seules les circonstances de l'affrontement permettent d'attribuer de la valeur à une action. Cette affirmation peut être illustrée en reprenant les exemples formulées ci-dessus.

194. Du point de vue de l'offensive, attaquer frontalement un objectif très bien défendu par l'ennemi (« forcer », dans la typologie de Beaufre) peut se justifier si l'on dispose des moyens suffisants pour prendre ou détruire cet objectif, et si la valeur de l'objectif est décisive – car la dépense en termes de ressources humaines et matérielles, en termes de temps et d'énergie, ne doit pas outrepasser l'avantage octroyé par la prise ou la destruction de cet objectif⁵⁵⁹. De même, mettre en place une stratégie d'attrition (« fatiguer ») ne peut se justifier qu'à l'aune d'une évaluation de ses forces propres et de celles de l'ennemi : comme l'écrit André Beaufre, « *le processus d'usure est toujours réciproque* », de sorte que la stratégie d'attrition ne devient intéressante que si l'on dispose de moyens supérieurs à l'ennemi ou que, de toute autre manière, « *le rapport des usures est positif* »⁵⁶⁰. Du point de vue de la défense, « parer » aux attaques ennemis en défendant avec des moyens importants un objectif vulnérable n'est pertinent que si cet objectif revêt une grande importance, car, en déployant ses forces pour la défense d'un objectif, on s'expose nécessairement à « *découvrir d'autres vulnérabilités* »⁵⁶¹. De même, adopter la stratégie de l'esquive (« esquiver »), consistant à déplacer un objectif hors de portée de l'ennemi, n'est pertinente que s'il est possible de déplacer cet objectif – cela n'est pas toujours le cas : on peut déplacer une cache d'armes, mais comment déplacer une capitale ? – et s'il est possible de le placer hors de la portée de l'ennemi⁵⁶².

195. De ce qui précède, il ressort une « *vérité essentielle* »⁵⁶³ : dans la guerre, la décision d'agir doit être « *uniquement guidé par l'étude de la situation particulière* »⁵⁶⁴. En effet ,il

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 55 (pour que qu'une telle attaque se justifie, il faut « *que la vulnérabilité soit décisive partiellement ou totalement et que les moyens soient suffisants* »).

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 56.

⁵⁶² À ce titre, certains appareils militaires disposent d'une force aérienne telle qu'aucun objectif ne peut réellement être placé hors de leur portée.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 62.

est rigoureusement impossible de juger abstrairement de l'efficacité d'une action, car l'efficacité est une donnée toujours circonstancielle : ce qui permet de juger de l'efficacité d'une action, c'est sa capacité à produire, dans des circonstances données, les effets recherchés. Par conséquent, l'action des combattants ne doit être guidée que par une appréciation des circonstances dans lesquelles l'action se déroule – la nature de l'ennemi que l'on affronte, ses forces et ses faiblesses, le contexte politique global, le terrain de l'affrontement, les moyens dont on dispose, etc. Chaque doctrine d'action « *correspond à un jeu qui peut être le meilleur dans certains cas, le plus mauvais dans d'autres* »⁵⁶⁵. Hors de la situation particulière à laquelle le stratège fait face, celui-ci ne dispose d'*« aucune unité de mesure stable »*⁵⁶⁶ qui lui permettrait de déterminer abstrairement comment agir. Au contraire, le stratège est condamné à « *apprécier constamment la valeur d'une réalité changeante* »⁵⁶⁷. La décision militaire est donc entièrement soumise au contexte factuel, et seule l'étude minutieuse de ce contexte permet « *de choisir les procédés les plus efficaces* »⁵⁶⁸. En dernière analyse, aucune stratégie n'est intrinsèquement bonne ou mauvaise ; « *toute stratégie peut être la meilleure dans l'une des conjonctures possibles et détestable dans d'autres conjonctures* »⁵⁶⁹.

196. Cette relativité de l'action militaire vaut même pour les actes dont on pourrait penser qu'ils sont toujours efficaces. Tel serait par exemple, si l'on en croit Clausewitz, la stratégie consistant à détruire les forces armées ennemis, qui serait toujours efficace pour vaincre la résistance de l'adversaire⁵⁷⁰. Cependant, Clausewitz lui-même précise immédiatement que l'anéantissement de l'armée ennemie n'a de sens que si cette armée « *forme une puissance un tant soit peu effective* »⁵⁷¹. Car en effet, si l'armée ennemie est si faible qu'elle ne permet pas une opposition effective, à quoi bon la détruire ? Le centre de gravité de l'ennemi ne se situe-t-il pas ailleurs ?⁵⁷² Et même dans le cas où la force armée ennemie constitue une puissance « un tant soit peu effective », rien n'indique que sa destruction physique soit le

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 64.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre, op. cit.*, p. 330 (« [q]uel que soit le pôle de la puissance adverse contre lequel nous devons diriger nos opérations, vaincre et détruire sa force armée en sont le commencement le plus sûr et en tous les cas un élément essentiel »)

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² En ce sens, la mise en déroute de l'armée française lors de la guerre de 1870-1871 n'a pas permis de « vaincre la résistance de l'ennemi » à continuer le combat, une guerre de partisans s'étant substituée à la guerre conventionnelle, pas plus que la destruction des forces talibanes n'a permis d'obtenir la victoire lors de l'invasion de l'Afghanistan par les forces américaines et leurs alliés en 2001, pour les mêmes raisons.

moyen le plus efficace et le plus économique pour vaincre⁵⁷³. Ici encore, tout dépend des circonstances.

197. De plus, il est important de voir que l'on ne peut véritablement juger de l'efficacité d'une action qu'*ex post facto*, c'est-à-dire une fois qu'elle a été exécutée et que tous ses effets auront pu se faire sentir. Ceci n'est pas propre à l'action militaire, mais a trait au fait que l'agir humain « *est confiné dans la singularité* » et qu'il est de ce fait soumis à « *l'incertitude des circonstances et des conséquences* »⁵⁷⁴ de l'action.

198. Premièrement, l'action militaire est confrontée à l'incertitude des circonstances de l'action. Au moment de la prise de décision, le militaire ne dispose généralement pas de toutes les informations nécessaires pour établir de manière exhaustive les circonstances de fait dans lesquelles il agit. Et ceci vaut d'autant plus que, dans la guerre, les belligérants mettent en place des stratégies de déception pour tromper l'ennemi sur un grand nombre de données factuelles⁵⁷⁵. Les militaires n'ont donc jamais toutes les informations-clés leur permettant d'agir de manière éclairée⁵⁷⁶. Cette « *grande incertitude de toutes les données* »⁵⁷⁷ rend passablement compliqué d'évaluer ce qui serait efficace pour atteindre tel

⁵⁷³ En ce sens, Liddell Hart considère *contra Clausewitz* que les évolutions technologiques, et notamment l'apparition de l'aviation de combat et la mécanisation des forces terrestres, permettent désormais de « *overthrow an opposing "body" – such as an army – by paralysing some of its vital organs instead of having to destroy it physically and as a whole by fighting* » (B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, op. cit., p. 346). Il entrevoit ainsi une « *newly enlarged possibility of producing the collapse of the "enemy's main forces" without a serious battle – by cutting their supply lines, dislocating their control-system, or producing paralysis by the sheer nerve-shock of deep penetration into their rear* » (*ibid.*, p. 345). Pour le stratège britannique, « *[t]o nullify opposition by paralysing the power to oppose is far better economy of force than actual destruction of opposition, which is always a more prolonged process and more costly to the victor* » (*ibid.*, p. 346). Néanmoins, ceci ne doit pas amener à disqualifier radicalement la destruction physique des forces armées ennemis ; simplement, ceci doit permettre de voir que *l'efficacité est une donnée éminemment circonstancielle*. Que la destruction des forces armées de l'ennemi constitue une action efficace, cela se peut – mais seules les circonstances permettent véritablement de le dire.

⁵⁷⁴ J. BAECHLER, « Le raisonnement stratégique et la guerre », op. cit., p. 275. L'homme ne peut donc opérer que dans le cadre d'une « rationalité limitée » (*bounded rationality*). Sur ce concept, v. H. A. SIMON, « *Rationality and Administrative Decision Making* », in H. A. SIMON, *Models of Man: Social and Rational. Mathematical Essays on Rational Human Behavior in Society Setting*, New York, Wiley, 1957, pp. 193-206.

⁵⁷⁵ Pour reprendre l'affirmation bien célèbre de SUN TZU, « *toute la guerre est basée sur la déception* » (cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 213). Sur ce point, v. ég. J.-V. HOLEINDRE, *La ruse et la force*, op. cit. Sur les stratégies de déception, v. R. HEMEZ, *Les opérations de déception. Ruses et stratagèmes de guerre*, Paris, Perrin, 2022.

⁵⁷⁶ En particulier, il est extrêmement difficile de connaître « *le coefficient de mobilisation de la puissance de l'ennemi* » (J. BAECHLER, « Le raisonnement stratégique et la guerre », op. cit., p. 279), c'est-à-dire ses ressources mobilisables dans la guerre, que celles-ci soient matérielles ou morales. En effet, il existe non seulement une incertitude quant à la « *résilience* » de l'ennemi (« *[j]usqu'où porte la résolution de l'ennemi à se battre jusqu'au bout ?* »), mais plus généralement sur « *tous les éléments de la puissance, sur les ressources matérielles mobilisables, immédiatement et à plus ou moins long terme, sur les réserves humaines, car les vieillards, les femmes et les enfants peuvent aussi se battre à leur manière* » (*ibid.*). Quant aux ressources matérielles et morales que l'ennemi est susceptible de mobiliser dans la lutte, « *[i]l est impossible d'atteindre à une certitude avant l'événement* » (*ibid.*).

⁵⁷⁷ Carl VON CLAUSEWITZ, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 211. Vincent DESPORTES ajoute que l'incertitude des circonstances de fait dans lesquelles se déroule l'action est une « *donnée irréductible* » de la guerre (V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 212).

ou tel objectif tactique ou stratégique. Et si le renseignement militaire a pour fonction de dissiper ce brouillard, il est impossible qu'il y parvienne parfaitement⁵⁷⁸, quelles que soient par ailleurs les avancées technologiques en la matière⁵⁷⁹. La maxime du maréchal Foch, formulée en 1903, demeure d'actualité : « *l'inconnu, c'est la loi de la guerre* »⁵⁸⁰.

199. Deuxièmement, l'action guerrière est exposée à l'incertitude des conséquences de l'action. En effet, on ne peut jamais avoir la certitude, au moment où l'on se décide à agir, que les moyens entrepris seront efficaces pour atteindre le but recherché⁵⁸¹. Une telle certitude est impossible car, dans le monde social, « [l]es causes perçues comme identiques ne produisent jamais exactement les mêmes effets et il n'y a pas de relation mécanique entre les causes et les effets »⁵⁸². Il se peut parfaitement que, en théorie, telle ou telle action apparaisse comme un moyen parfaitement ajusté au but que l'on recherche, et tout à fait à même de produire les effets recherchés ; il n'en demeure pas moins que, pour toute une foule de raison, cette action *peut ne pas* provoquer les effets recherchés⁵⁸³. De même, il se peut que l'action projetée puisse produire d'autres effets que ceux recherchés, soit que ceux-ci s'avèrent *in fine* néfastes, soit que des effets produits de manière non-intentionnelle s'avèrent bénéfiques.

⁵⁷⁸ Comme l'écrit CLAUSEWITZ, « [à] la guerre, beaucoup de renseignements sont contradictoires, davantage encore sont faux et la majorité sont incertains ». Dès lors, « les faits sont rarement pleinement connus et leurs motivations le sont encore moins » (Carl VON CLAUSEWITZ, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 212).

⁵⁷⁹ On pourrait penser que les avancées technologiques (moyens aériens et spatiaux d'observation, recueil des données cellulaires, RADAR, etc.) estomperaient progressivement le brouillard de guerre. En réalité, il n'en est rien. D'une part parce que les techniques de déception évoluent en même temps que les techniques de renseignement, de sorte que celles-ci doivent constamment s'adapter à un contexte évolutif. Et d'autre part parce que, si le renseignement permet d'informer le chef militaire sur des données matérielles (géographie du territoire, nombre des forces ennemis, nature de l'armement, emplacement de tel objectif, etc.), il ne permettra jamais de percer les mystères de la psychologie humaine. Ainsi que l'écrit le général Desportes, « [q]uand bien même le chef tactique parviendrait-il à une bonne évaluation quantitative des forces ennemis, que saura-t-il vraiment de la volonté des hommes, que saura-t-il vraiment de la volonté des hommes, que saura-t-il vraiment de leurs réactions, de leur degré de résistance ? Qui peut être sûr des réactions de la population locale et du sens de son soutien ? Si les moyens de renseignement perfectionnés peuvent dérober au chef ennemi quelques uns de ses secrets matériels, aucun ne saurait pénétrer son cerveau » (V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 214). V. ég.. L. SUCHMAN, « Situational Awareness: Deadly Bioconvergence at the Boundaries of Bodies and Machines », *MediaTropes*, vol. 5, n°1, 2015, pp. 1-24.

⁵⁸⁰ Cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 27. Ou, pour reprendre les termes du général Desportes, la guerre « *demeure le royaume de l'incertitude* » (V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 214).

⁵⁸¹ Sur ce point, v. p. ex. V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., pp. 211-245.

⁵⁸² H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 40.

⁵⁸³ Nous pourrions illustrer ce point en recourant à l'exemple du bombardement stratégique. En théorie, le fait de tapisser de bombes les centres urbains de l'État ennemi peut passer pour un moyen efficace de vaincre la résistance de l'ennemi : le bombardement anéantira le moral de la population ennemie, et celle-ci poussera le gouvernement à abandonner la guerre. Cependant, il se peut tout à fait qu'en pratique, cette action ne provoque pas les effets recherchés. Ainsi, selon certains auteurs, non seulement les bombardements stratégiques menés par les forces alliées lors de la Seconde Guerre mondiale ne seraient pas parvenus à démoraliser l'adversaire et à briser sa résistance, mais ces bombardements auraient même renforcé la détermination du pays à continuer la lutte. V. *infra*, Chapitre 3, § 330.

200. En conclusion, il ressort de ce qui précède qu'il est impossible d'évaluer *in abstracto*, c'est-à-dire en dehors de tout contexte factuel, ce que l'efficacité militaire exige en termes d'action. De plus, une telle évaluation ne pourra véritablement avoir lieu qu'*ex post facto*, c'est-à-dire une fois que l'action aura été exécutée et que tous les effets de l'action se seront fait sentir. En ce sens, l'évaluation de l'efficacité d'un moyen d'action militaire « *ne peut avoir qu'un caractère rétrospectif; c'est l'affaire des historiens, non des acteurs de l'histoire* »⁵⁸⁴. Le praticien de la guerre, quant à lui, ne peut s'appuyer sur aucun « *absolu* », aucune « *prétendue mathématique* » pour effectuer « *les calculs de l'art de la guerre* »⁵⁸⁵. Le domaine du certain lui échappe ; il ne peut qu'agir sur la base du probable⁵⁸⁶.

§ II. – L'infinie variété des circonstances de fait et l'absence corrélative de limite de principe à l'action militaire

201. Si l'efficacité constitue le critère déterminant de l'action militaire et qu'il s'agit d'une donnée purement circonstancielle, tributaire du contexte factuel, alors ce sont les circonstances de fait qui déterminent le contenu de l'action. Toute la question, dès lors, est de savoir si les circonstances de fait dans lesquelles se déroule l'action guerrière peuvent être dénombrées et classifiées *a priori*. En effet, si les contextes de guerre sont purement *ad hoc*, irréductibles les uns aux autres, alors tout est toujours envisageable du point de vue des modes d'action : il existe autant d'action efficace que de contextes de guerre. À l'inverse, s'il s'avère que les circonstances dans lesquelles se déroulent l'action guerrière peuvent être découpées, regroupées et catégorisées en un ensemble fini, alors tout n'est pas toujours envisageable du point de vue des modes d'action, puisque dans les faits, certaines circonstances seulement se présentent aux militaires.

202. Au sein de la littérature stratégique, il existe une forte tendance à penser que les circonstances se présentant dans la guerre peuvent être regroupées et classifiées selon un schéma rationnel. En effet, la littérature stratégique considère généralement qu'il est possible

⁵⁸⁴ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 39.

⁵⁸⁵ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit, p. 40.

⁵⁸⁶ Si l'on suit Carl VON CLAUSEWITZ, la « *nature objective de la guerre* » fait de celle-ci « *un calcul de probabilité* » car dans l'action guerrière, « *le hasard, l'imprévisible et la chance* » occupent « *une place considérable* » (*ibid.*, p. 39). Le hasard occupe dès lors une place primordiale dans la guerre : « *Dès le début s'y mêle un jeu de possibilités, de probabilités, de chance et de malchance qui court dans tous les fils fins ou épais de sa trame ; de toutes les ramifications de l'activité humaine, c'est du jeu de carte que la guerre se rapproche le plus* » (*ibid.*, p. 40).

d'identifier des *principes ou des règles d'action militaire*⁵⁸⁷, valables par-delà les contingences historiques⁵⁸⁸. Derrière cette prétention théorique, on retrouve l'idée selon laquelle l'efficacité militaire ne serait pas entièrement fonction des circonstances⁵⁸⁹. Effectivement, si l'efficacité militaire est entièrement *ad hoc* et contingente, s'il n'existe aucune action qui soit intrinsèquement efficace ou inefficace, alors il est logiquement impossible d'identifier quelque règle d'action que ce soit : la seule règle générale que l'on puisse dégager dans une telle configuration, ce serait d'agir selon les circonstances⁵⁹⁰. À l'inverse, la croyance en l'existence de règles d'action suppose forcément que l'efficacité militaire ne soit pas cantonnée au domaine de la contingence pure : elle suppose qu'il existe des « *constantes de l'action militaire* »⁵⁹¹, de sorte qu'il soit possible de distinguer, par-delà l'infine variété des circonstances de fait, des actions généralement efficaces pour produire les effets recherchés⁵⁹².

203. Or, la théorie stratégique « *répugne à reconnaître à l'action de guerre le caractère empirique qu'elle doit revêtir* »⁵⁹³. Au contraire, elle « *aspire à la vérité* », à la formulation de règles qui pourraient prétendre à une « *validité générale* »⁵⁹⁴, par-delà les époques et les circonstances changeantes de la guerre. Suivant cette aspiration, la théorie stratégique s'est mise à la recherche de « *quelques vérités* » qui semblent « *si universelles et si fondamentales qu'on pourrait les qualifier d'axiomes* »⁵⁹⁵. Elle s'est attelée à formuler les principes « *permanent[s] et universel[s]* »⁵⁹⁶ de l'action militaire, qui pourraient servir d'*« étalon de mesure »*⁵⁹⁷ à l'action militaire efficace, de standard à l'aune duquel « *apprécier la validité*

⁵⁸⁷ Nous utilisons indifféremment les termes « règle » et « principe », étant entendu que ce qui nous intéresse ici c'est la recherche et la formulation, par la théorie stratégique, d'énoncés qui prescrivent à l'action militaire d'agir ou de ne pas agir d'une manière déterminée. Que l'on nomme ces énoncés « règles » ou « principes » est sans incidence sur leur nature d'énoncés prescriptifs, qui se situent sur le plan du devoir-être.

⁵⁸⁸ Le baron DE JOMINI pouvait ainsi dire que, par-delà les « *nouvelles inventions* » de son époque, qui témoignent d'une « *grande révolution dans l'organisation, l'armement et même la tactique des armées* », l'action militaire obéit en réalité à des « *principes, qui furent les mêmes sous les Scipion et les César, comme sous Frédéric, Pierre le Grand et Napoléon, car ils sont indépendants de la nature des armes et de l'organisation des troupes* » (Antoi DE Jomini, cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPOINOS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 125).

⁵⁸⁹ Cette idée a fait l'objet d'une réfutation dans le point précédent. V. *supra*, §§ 192-200.

⁵⁹⁰ Une telle maxime, dénuée de tout contenu substantiel, serait bien trop lâche et bien trop vague pour être qualifiée de « règle d'action » : celle-ci ne prescrirait aucun comportement déterminé que l'on puisse identifier *a priori*, c'est-à-dire en dehors des circonstances particulières dans lesquelles l'action se déroule.

⁵⁹¹ F. CARON, « De l'art de la décision stratégique. Comprendre pour prévoir – Prévoir pour décider – Décider pour agir », *Stratégique*, vol. 107, n°4, 2014, p. 119.

⁵⁹² La recherche de règles d'action suppose l'existence d'*« invariants »*, de *« constantes dans l'art de la guerre »* simplement *« formulées différemment selon les époques »* (F. GERE, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, op. cit., entrée « principes »).

⁵⁹³ Charles DE GAULLE, cité in F. CARON, « Principe de la guerre », in T. DE MONTBRIAL, J. KLEIN (dir.), *Dictionnaire de stratégie*, Paris, P.U.F., coll. « Quadrigé – Dicos Poche », 2000, p. 422.

⁵⁹⁴ J. BAECHLER, « Présentation », op. cit., p. 9.

⁵⁹⁵ B. H. LIDDELL HART, *Strategy*, op. cit., p. 334.

⁵⁹⁶ F. CARON, « Principe de la guerre », op. cit., p. 423.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

de la décision stratégique »⁵⁹⁸. De cette quête ont émergé des listes de principes, formulées par différents auteurs qui ne s'accordent généralement pas sur leur nombre, ni parfois sur le sens à leur donner, et dont la coexistence mène souvent à des contradictions⁵⁹⁹.

204. Cependant, de l'aveu même des stratégistes, cette quête des principes universels de l'action militaire s'est soldée par un échec. En effet, personne n'est parvenu à donner aux principes de la guerre « *cette dimension indiscutée sur laquelle pourrait reposer avec certitude la décision* »⁶⁰⁰. Il s'est avéré, finalement, qu'il ne « *suffit [pas] de disposer d'une petite liste de grands principes et de les suivre fidèlement pour remporter la victoire* »⁶⁰¹. La raison d'une telle impossibilité, de nature logique, est plutôt simple à identifier. Pour être à même de formuler des règles prescrivant comment agir, il est nécessaire que les actions se déroulent dans un « *milieu homogène* »⁶⁰², pour reprendre une expression de Carl Schmitt. Il faut que le milieu soit stable, de sorte que l'action puisse « *se répéter à l'identique ou presque* »⁶⁰³ par-delà les contextes particuliers. Ce n'est qu'à cette condition que la formulation de règles devient possible : chaque contexte d'action devient un précédent potentiel pour les autres contextes d'action comparables⁶⁰⁴. Il devient alors possible de voir

⁵⁹⁸ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 307.

⁵⁹⁹ Sans chercher à être exhaustif et sans entrer dans les controverses relatives au contenu de chaque principe, on peut citer parmi ceux-ci :

- le principe de concentration, qui « *commande de réunir le maximum de forces au point choisi de manière à disposer d'une masse de manœuvre ou de choc qui permettra (...)* "de se trouver le plus fort au bon endroit et au bon moment" » (ibid., p. 315) ;
- le principe d'initiative, qui « *commande de ne pas attendre l'action de l'ennemi, mais d'anticiper sur lui de manière à lui ôter sa liberté d'action et à le contraindre à subir notre volonté* » (ibid., p. 323) ;
- son corollaire, le principe de liberté d'action, qui « *commande de ne pas subir la loi de l'ennemi* » (ibid., p. 326) ;
- le principe d'économie des forces, qui prescrit de « *rechercher l'usage maximal des forces* » en « *proportion[ant] les moyens mis en œuvre au but poursuivi* » (ibid., p. 321) ;
- et enfin le principe de sûreté, qui « *commande de prendre toutes les dispositions nécessaires pour permettre l'exécution d'une opération ou d'une campagne sans risquer d'être surpris par un mouvement imprévu de l'ennemi* » (ibid., p. 329).

⁶⁰⁰ F. CARON, « Principe de la guerre », op. cit., p. 427. V. également F. CARON, « De l'art de la décision stratégique », op. cit., pp. 118-119 (« [I]l a réflexion militaire s'est, depuis Sun Tse, en passant par Végèce et Clausewitz, attachée précisément à dissocier dans ce réel vécu dont elle a étudié les réussites et les erreurs, le contingent du permanent. Elle n'a sans doute jamais atteint cet objectif trop ambitieux (...) »).

⁶⁰¹ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 121.

⁶⁰² C. SCHMITT, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, 2^{ème} éd., préf. et trad. G. SCHWAB, Chicago/Londres, Chicago University Press, 2005 [1922, 1934], p. 13.

⁶⁰³ J. BAECHLER, « Le raisonnement stratégique et la guerre », op. cit., pp. 284-285.

⁶⁰⁴ En effet, si les actions se déroulent toujours dans un contexte si singulier qu'il ne ressemble jamais à aucun autre, alors les conditions de possibilité de formulation de règles d'action ne sont pas réunies : il est impossible de dire comment agir en général, puisqu'aucune situation ne correspond jamais exactement à aucune autre. On ne peut donc formuler aucune règle générale qui soit capable de subsumer plusieurs cas particuliers. L'action se trouve dès lors confinée dans la singularité la plus absolue : on ne peut déterminer comment agir qu'au regard des circonstances particulières qui définissent le contexte particulier dans lequel une personne particulière agit. Ainsi, on n'agit que sur la base de règles *ad hoc*, valables uniquement pour le contexte spécifique auquel on fait face, et non sur la base d'une règle générale que l'on pourrait valablement faire valoir et appliquer dans d'autres contextes – et une règle qui n'est pas

ce qui a fonctionné dans un ensemble donné de situations – pourquoi les moyens mis en œuvre ont permis de provoquer l’effet recherché et de réaliser l’objectif poursuivi – et de prescrire d’agir de la même manière dans toutes les situations analogues.

205. Or, voilà : dans la guerre, intervient « *une multitude de variables qui font de chaque situation un cas unique, qui ne ressemble jamais exactement aux précédents connus* »⁶⁰⁵.

Cette infinité de variables et donc de contextes d’action amène le général de Gaulle à conclure que l’action militaire « *revêt essentiellement le caractère de la contingence* »⁶⁰⁶.

En effet,

[l]e résultat qu’elle poursuit est relatif à l’ennemi, variable par excellence : l’ennemi peut se présenter d’une infinité de manières ; il dispose de moyens dont on ignore la force exacte ; ses intentions sont susceptibles de suivre bien des voies. D’ailleurs, le terrain n’est jamais constant ; les événements portent l’action dans telle région, puis dans telle autre ; encore le terrain, tel qu’il est, offre-t-il les conditions les plus diverses, suivant la direction, la vitesse, la façon dont on s’y engage. Les moyens que l’on commande n’ont aucune valeur absolue : le rendement du matériel, la force morale des troupes varient dans d’énormes limites suivant l’occasion. Les circonstances atmosphériques exercent leur influence inconstante. Ceux qui combattent se trouvent donc perpétuellement en face d’une situation nouvelle et, en partie au moins, imprévue. À la guerre comme à la vie, on pourrait appliquer le "πάντα ρεῖ" du philosophe grec ; ce qui a eu lieu n’aura plus lieu, jamais, et l’action, quelle qu’elle soit, aurait fort bien pu ne pas être ou être autrement⁶⁰⁷.

Ainsi, puisqu’il n’existe jamais de « *situations parfaitement de même* »⁶⁰⁸, il est impossible de formuler quelque règle générale, valable au-delà de chaque cas singulier. Le militaire ne

générale, c'est-à-dire valable au-delà du cas singulier qui donne lieu à sa formulation, n'est, précisément, pas une « règle ».

⁶⁰⁵ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 332. Ou, pour reprendre les termes du maréchal Foch, « [à] la guerre, il n'y a que des cas particuliers ; tout y est affaire d'espère, rien ne s'y reproduit » (cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 27.)

⁶⁰⁶ C. DE GAULLE, *Le fil de l'épée*, Paris, Perrin, coll. « Tempus », 2010 [1932], p. 35.

⁶⁰⁷ Ibid., pp. 35-36. L’expression « pantha rei » (πάντα ρεῖ), qui signifie « tout coule », est employée pour traduire la contingence irréductible des choses, qui sont à l’image de l’eau qui coule dans un fleuve : on ne se baigne jamais deux fois dans la même eau.

⁶⁰⁸ À la question de savoir s'il y avait, dans la guerre, des « *situations parfaitement de même* », le Prince DE LIGNE répondait ceci : « *Il en est des combats comme des visages, et lorsqu'ils se ressemblent, c'est déjà beaucoup* » (cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 123).

peut donc « *s'appuyer sûrement sur aucun précédent* »⁶⁰⁹ pour déterminer comment agir. L'idée même donner à l'action militaire des « règles » s'effondre.

206. Ainsi, si les principes de la guerre peuvent utilement guider l'action militaire, ils ne peuvent en aucun cas « *faire l'objet de règles* »⁶¹⁰. Ces principes ne peuvent être appliqués qu'« *en fonction des circonstances* »⁶¹¹. Et puisqu'il est « *impossible de déterminer à l'avance* »⁶¹² ces circonstances, on ne saurait se lier par avance à ces principes. Aucune situation ne ressemblant jamais parfaitement à aucune autre, il est impossible de faire entrer l'infini variété des circonstances de fait dans des « *formes universelles* »⁶¹³. Il faut donc se « *mettre en garde contre le désir de faire de la doctrine de la guerre des lois définitives de l'action et celui de se lier par des règles qui sont faciles à utiliser comme des préceptes aveugles mais enchaînent la liberté d'action* »⁶¹⁴. Car pour le combattant, le danger des règles d'action est précisément celui d'en être « *prisonnier* »⁶¹⁵ et de se rendre ainsi incapable de faire face aux circonstances de son temps⁶¹⁶.

⁶⁰⁹ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, op. cit., p. 64.

⁶¹⁰ John C. FULLER, cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force...*, op. cit., p. 135. Dans la même veine, le maréchal MARMONT disait que « [l]es principes généraux pour la conduite des armées sont peu nombreux, mais leur application fait naître une foule de combinaisons qu'il est impossible de prévoir et de poser comme règles » (*ibid.*, p. 123).

⁶¹¹ Cité in *ibid.*, p. 135. Le maréchal FOCH ne disait pas autre chose : il existe certes des « *principes fixes* », mais ils sont « *à appliquer d'une façon variable suivant les circonstances* » (cité in *ibid.*, p. 27). De même, le général DE GAULLE reconnaît certains principes fondamentaux, mais il « *estime qu'ils relèvent du simple bon sens et n'ont de valeur que relative : elle dépend de "la façon dont ils sont adaptés aux circonstances"* » (cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 372).

⁶¹² M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force...*, op. cit., p. 23.

⁶¹³ Herlmut von MOLTKE, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 368. Ainsi que le dit bien le général de Gaulle, « *l'intelligence, dont la nature est de saisir et de considérer le constant, le fixe, le défini, fuit le mobile, l'instable, le divers* » (C. DE GAULLE, *Le fil de l'épée*, op. cit., p. 36). Il cite ensuite Bergson à l'appui de son propos : « *Nous sentons bien qu'aucune des catégories de notre pensée ne s'applique exactement aux choses de la vie. En vain, nous poussons le vivant dans tel ou tel de nos cadres ; tous les cadres craquent ; ils sont trop étroits, trop rigides surtout pour ce que nous voudrions y mettre. Notre raisonnement, si sûr de lui quand il circule à travers les choses inertes, se sent mal à l'aise sur ce nouveau terrain* » (*ibid.*).

⁶¹⁴ Friedrich von BERNARDI, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 328.

⁶¹⁵ En ce sens, l'amiral Guy LABOUCERIE pouvait dire qu'« *[u]n des gages de la réussite est d'avoir des procédés en mouvement, c'est-à-dire de n'en être jamais prisonnier* » (cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force...*, op. cit., p. 138).

⁶¹⁶ Dès lors, le seul usage que l'on puisse faire des principes de guerre est de nature « *pédagogique* » (F. CARON, « *Principes de la guerre* », op. cit., p. 427) : ils permettent d'éclairer en amont la décision militaire. Ce sont « *des feux de pâtre allumés sur la côte orageuse pour guider le voyageur incertain* » (Maréchal FOCH, cité in *ibid.*). Les principes de la guerre apparaissent alors comme des « *expressions de bon sens qu'il est utile d'avoir à sa portée* » pour déceler les problèmes et aider à y trouver une solution, mais qui ne sauraient en aucun cas déterminer « *la manœuvre* », car une fois de plus, « *celle-ci dépend des circonstances* » (Amiral CASTEX, cité in *ibid.*). Dès l'origine, Carl von Clausewitz avait perçu que la théorie s'enfermait dans une impasse en tentant d'identifier des règles d'action pour la guerre. Lui qui a tant insisté sur le hasard, l'imprévu, l'incertain et les « *frictions* » de la guerre ne pouvait manquer de voir que l'action militaire était insusceptible de se laisser enfermer dans des règles générales posées *a priori*. En effet, les prescriptions de la théorie « *visent des grandeurs certaines, alors qu'en guerre tout est incertain et que tous les calculs se font avec des grandeurs variables* » (cité in M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS et al., *La mesure de la force*, op. cit., p. 125) – les faits changent constamment. Il est donc « *naturel qu'une action comme la guerre, dont le plan bâti sur des circonstances générales est si souvent bouleversé par des phénomènes singuliers imprévus, soit confiée davantage au talent et doive moins que toute autre recourir aux directives théoriques* » (. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 133). De ce fait, il est « *strictement impossible d'exercer l'art de la guerre en ayant recours au système d'une doctrine positive, comme si on l'avait muni d'un échafaudage, d'un soutien extérieur sur lequel le chef pourrait*

207. Force est donc d'en revenir au seul principe, à la seule règle d'action qui puisse véritablement être formulée : « [a]gir selon les circonstances »⁶¹⁷. Cette règle d'action n'en est évidemment pas une, car elle ne prescrit aucun comportement identifiable *a priori*. Au contraire, elle reconnaît le caractère *ad hoc*, contingent et singulier de l'action militaire et commande au soldat de déterminer son comportement uniquement à partir d'une évaluation des circonstances de fait prévalant *hic et nunc* : qui est l'ennemi, quelles sont ses forces, sa détermination, ses faiblesses, etc. Elle reconnaît qu'à la guerre, « *le fait a le pas sur l'idée, l'action sur la parole, l'exécution sur la théorie* »⁶¹⁸. En bref, elle reconnaît que la théorie doit « *s'efface[r] selon les circonstances* » et que l'important est de conserver une « *capacité d'adaptation à l'évènement* »⁶¹⁹. La guerre apparaît dès lors comme une « *situation ouverte* », et celui qui « *tire le meilleur parti de cette situation* » est « *celui qui sait s'adapter sans dogmatisme aux circonstances* »⁶²⁰. Cette affirmation replace au centre de l'action militaire « *l'instinct des situations* », soit la « *faculté de s'affranchir, dans des circonstances nouvelles, des principes jusqu'alors admis* »⁶²¹. Seul cet instinct permet de faire efficacement face « *aux situations sans cesse modifiées* » de la guerre et d'ériger la pratique de la guerre en « *art d'agir sous la pression des circonstances les plus difficiles* »⁶²².

208. En conclusion, il apparaît que l'action militaire est toujours singulière, *ad hoc*, contingente : les situations peuvent se ressembler, mais elles ne sont jamais identiques⁶²³. Le seul principe d'action qu'il est possible de reconnaître est celui commandant aux soldats de s'« *adapt[er] aux circonstances* »⁶²⁴. Car agir en militaire, ce n'est pas suivre des règles, c'est « *[ê]tre en mesure de saisir les occasions et de parer aux surprises* : (...) *se tenir constamment dans un dispositif qui permette la mise en œuvre de tous les moyens dans de bonnes conditions* (...). *Se tenir en mesure d'agir d'après les circonstances* : ouvert,

toujours s'appuyer » (*ibid.*, p. 134). En raison de la singularité irrépressible des contextes et des circonstances de l'action militaire, la théorie a nécessairement vocation à entrer « *en contraction avec la réalité* » (*ibid.*) ; elle ne saurait donc se donner pour fonction d'être « *une méthode qui prescribe comment agir* » (*ibid.*, p. 136). Et s'il s'avère néanmoins que quelques règles « *se dégagent naturellement des observations dont se sert la théorie* », alors il ne faudra pas s'opposer à « *cette loi naturelle de l'esprit* » (*ibid.*, p. 137). Cependant, ces règles ne pourront être formulées que « *pour satisfaire à la loi philosophique de la pensée* », et non « *pour en déduire une formule algébrique à l'usage du champ de bataille* » (*ibid.*).

⁶¹⁷ Gouyon SAINT-CYR, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 371.

⁶¹⁸ Maréchal Foch, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 370.

⁶¹⁹ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 370.

⁶²⁰ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 337.

⁶²¹ Charles DE GAULLE, cité in V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 372.

⁶²² Helmuth VON MOLTKE, cité in H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 344.

⁶²³ En ce sens, le Prince de Ligne affirmait que « *[l] on prendrait toujours plutôt conseil du terrain et de la circonference que d'un principe général. Le moment est le Dieu de la guerre, c'est lui qui y décide de tout* » (cité in H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 337).

⁶²⁴ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 372.

articulé, renseigné en conséquence »⁶²⁵. Autre manière de dire que, dans la guerre, le seul principe qui vaille est « *de n'en pas avoir* »⁶²⁶. L'efficacité militaire requière d'être prêt à tout, tout le temps, pour faire face à n'importe qui et à n'importe quoi. La rationalité militaire apparaît ainsi pour ce qu'elle est : le règne de l'anomie, le royaume de la contingence pure. Le champ d'action qu'elle ouvre ne tolère aucune limite *a priori*⁶²⁷. Tout ce qui est commandé par les circonstances devra être mis en œuvre.

*

209. Conclusion de la Sous-section 2. Le critère central de l'action militaire est le critère de l'efficacité . Agissant sur cette base, le combattant emploiera les moyens qu'il juge efficaces pour atteindre ses objectifs à moindre coût. Or, l'efficacité étant une donnée purement circonstancielle, on ne peut déterminer ce qui doit être accompli qu'à l'aune des circonstances prévalant au moment de l'action, qui englobent un nombre important de variables (matérielles, psychologiques, géographiques, météorologiques, etc.). Par voie de conséquence, ce sont les circonstances de fait qui déterminent l'étendue du champ des possibles militaires. Or, dans la guerre, les circonstances de fait qui se présentent aux militaires sont irréductibles les unes aux autres – l'ennemi n'est jamais le même, les moyens dont il dispose non plus, et encore moins la finalité pour laquelle il se bat, entre autres variables. Dès lors, dans la mesure où le militaire ne peut jamais prévoir la situation à laquelle il fera face, alors il est nécessaire que le champ des possibles demeure indéfiniment ouvert : c'est là le gage de l'efficacité guerrière. L'action militaire ne peut donc répondre à aucune règle ; elle se doit d'être *ad hoc*, adaptée aux circonstances toujours changeantes et incertaines de la guerre. D'où l'ouverture infinie du champ des possibles militaires et l'absence de limite de principe à l'action militaire.

*

210. Conclusion de la Section 1. Cette première section s'est donnée pour objet d'identifier les limites intrinsèques de l'action militaire. Pour ce faire, nous avons mis en évidence le fait que, du point de vue de l'appareil guerrier, la violence n'est appréhendée que par le prisme de l'efficacité, à l'exclusion de la morale. La violence n'est rien d'autre qu'un moyen employé en vue d'une fin. Dès lors, l'efficacité constituant le critère central de

⁶²⁵ Charles DE GAULLE, cité *in ibid.*

⁶²⁶ Prince de Ligne, cité *in* M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 123.

⁶²⁷ Évidemment, dans les faits l'action est limitée pour la simple et bonne raison que, dans la guerre, « *il faut faire avec ce qu'on a* » (H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, p. 339). Mais il est question ici des limites théoriques à l'action, et non des limites matérielles.

l'action militaire, c'est elle qui détermine l'étendue du champ des possibles militaires. Or, nous avons cherché à démontrer que, l'efficacité étant une donnée purement circonstancielle, le champ des possibles militaires doit demeurer indéfiniment ouvert, pour parer à toutes les circonstances susceptibles de se matérialiser dans la guerre. Ainsi, du point de vue militaire, tout est toujours envisageable, pourvu que ceci s'avère efficace pour vaincre l'ennemi dans les circonstances spécifiques de l'affrontement. Cependant, cette absence de limites de principe à l'action militaire pose problème. En effet, si « *la guerre elle-même est rarement limitée sur le plan opérationnel* »⁶²⁸, alors comment peut-on espérer qu'elle ne franchisse pas les limites (extrinsèques) dessinées par l'ordre moral ? Une telle logique d'action, commandant d'employer les moyens d'action susceptibles, au regard des circonstances, de parvenir à la victoire, n'est-elle pas vouée à outrepasser les limites de l'ordre moral ?

Section 2. – La justification de l'emploi de moyens d'action immoraux au nom de l'efficacité militaire

211. Après avoir établi que la rationalité militaire ouvrait un champ d'action – et donc un champ de violence – ne comprenant aucune limite intrinsèque, tout étant toujours envisageable, il faut désormais confronter la rationalité militaire aux limites extrinsèques de l'ordre moral afin de rendre tangible la menace que fait peser la rationalité militaire sur l'ordre moral. Pour ce faire, il faut, à titre liminaire, démontrer qu'un ordre moral persiste même dans la guerre et identifier l'axiome fondamental de cet ordre, à savoir le principe d'immunité des non-combattants (**Sous-section 1**). Il sera alors possible de montrer par l'exemple que la rationalité militaire constitue un danger pour la survie de l'ordre moral parce qu'elle sacrifie la moralité au profit de l'efficacité (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – La persistance d'un ordre moral construit autour de l'immunité des non-combattants

212. Prouver qu'un ordre moral continue d'exister même en temps de guerre et permet de juger moralement les actes humains suppose de mener combat sur deux fronts. Premièrement, il faut démontrer, contre le réalisme, que la morale continue d'être en vigueur

⁶²⁸ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, op. cit., p. 255.

dans la guerre car l'homme est ontologiquement une machine à juger et que la guerre n'efface pas cette qualité (**§ I**). Deuxièmement, il faut démontrer, contre le scepticisme, qu'il est possible d'identifier les normes qui composent l'ordre moral du temps de guerre, en identifiant l'axiome de cet ordre, à savoir le principe d'immunité des non-combattants (**§ II**).

§ I. – Contre le réalisme : l'homme, une machine à juger même en temps de guerre

213. Qu'un ordre moral subsiste dans la guerre, voilà une idée qui ne va pas de soi. En effet, on pourrait légitimement penser que la guerre, situation d'exception s'il en est, déplace la moralité de la même manière qu'elle déplace le droit⁶²⁹, qu'elle ouvre un champ actionnel fonctionnant selon sa logique propre, dans lequel les notions de bien et de mal n'auraient plus cours et où seule la force gouvernerait. Cet argument, selon lequel la guerre « *"constitue un domaine spécifique régi par des lois qui lui sont propres", distinctes et séparées de la morale ordinaire* »⁶³⁰, est celui du *réalisme*. Nous distinguerons deux versions de l'argument réaliste, qui appellent deux réponses légèrement distinctes : une version déterministe et une version non-déterministe⁶³¹.

214. Dans sa **version non-déterministe**, le réalisme soutient que « *[l]a guerre est un monde à part, dans lequel c'est la vie même qui est en jeu* » et que, dans cette condition, « *l'être humain a le devoir d'agir pour sauvegarder sa propre existence et celle de sa communauté, sans considération pour la loi et la morale* »⁶³². En d'autres termes, la morale n'a pas sa place dans la guerre car elle constitue une sphère d'activité autonome, régie par ses lois propres. Ce faisant, le réalisme fait de la guerre un espace moralement neutre, dans lequel « *tous les coups permis* » et où les actions humaines n'appellent, du point de vue moral, « *ni louange ni blâme : il n'y a tout simplement rien à en dire* »⁶³³. Cet argument

⁶²⁹ Sur cet argument, v. *supra*, Introduction, §§ 2-14.

⁶³⁰ Werner JAEGER, cité in M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 38.

⁶³¹ Michael Walzer ne distingue pas explicitement ces deux versions du réalisme, qu'il mélange pourtant au fond de son propos.

⁶³² M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 33.

⁶³³ *Ibid.* Appliqué à notre objet, le réalisme n'est que le pendant de la vision « réaliste » des relations internationales, laquelle croit pouvoir dire que « *les relations entre États, en général, et les relations belliqueuses, en particulier, ne sont pas gouvernées par la moralité mais par la realpolitik* » (D. FISHER, *Morality and War. Can War be Just in the Twenty-first Century ?*, Oxford, O.U.P., 2011, p. 11). Cette pensée se situe donc sur le même plan que la théorie politique protestante, étudiée plus haut : comme elle, elle estime que « *[l]e royaume de la politique est le royaume du pouvoir* », et que « *[l']autonomie de la politique devrait être préservée de la subversion par d'autres modes de pensées, telles que la morale* » (*ibid.*, p. 17).

trouve son point de départ dans l'idée qu'une fois que la guerre est déclenchée, les conditions de possibilité du jugement moral sont suspendues – « [q]uand la guerre commence, la moralité s'arrête »⁶³⁴. Comme le droit⁶³⁵, la morale régirait les consciences individuelles en temps de paix, lorsque les évènements n'atteignent pas une intensité dramatique telle que le jugement moral ne devienne absurde, remplacé par une logique bien plus puissante : celle de la nécessité de survivre, et donc de vaincre, ce qui ne peut se faire sans massacres et sans destructions à grandes échelles.

215. Cette version de l'argument réaliste se retrouve par exemple dans la correspondance du commandant unioniste W. T. Sherman (1820-1891), qui resta dans l'histoire pour avoir incendié la ville d'Atlanta et ordonné à ses troupes de piller et de ravager tout ce qu'ils trouvaient sur leur route vers Savannah. En réponse à une lettre de John B. Hood, un général confédéré dénonçant le sort réservé à Atlanta et ses habitants, Sherman se contenta de répondre que « [l]a guerre est cruauté, et l'on ne peut pas la raffiner »⁶³⁶. Pour lui, « la guerre, c'est tout simplement le pouvoir sans contrainte »⁶³⁷. L'argument du réalisme consiste donc simplement à dire que la guerre possède « une dynamique et une logique propres », qui se caractérisent par la violence, la cruauté et la souffrance, et vis-à-vis desquelles les « contraintes de la morale » ne sont tout simplement « pas pertinentes »⁶³⁸. Le seul impératif qui s'impose au général, c'est de « faire tout ce qu'il faut pour remporter la victoire le plus rapidement possible »⁶³⁹.

216. Cependant, s'il est vrai que la guerre constitue un champ d'activité autonome, régi par sa logique propre⁶⁴⁰, ce champ d'activité n'est jamais parvenu à assurer son autonomie totale vis-à-vis de la morale. En effet, guerre ou pas, les hommes ne cessent jamais de juger moralement leurs actes ou ceux des autres car, comme l'écrit Simon Blackburn, « [l]es êtres humains sont des animaux éthiques »⁶⁴¹. À ce titre, force est de constater que le champ

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 25, n. trad.

⁶³⁵ Sur l'objection sceptique, v. *supra*, Introduction, §§ 6-12.

⁶³⁶ W. T. SHERMAN, cité in D. FISHER, *Morality and War*, op. cit., p. 24, n. trad.

⁶³⁷ W. T. SHERMAN, cité in J. F. WITT, *Lincoln's Code. The Laws of War in American History*, New York, Free Press, 2013, p. 279, n. trad. (« [i]n one way or another, [Sherman] said the same thing in so many words time and time again. "War is barbarism", he said at Jackson in 1863. At Vicksburg in 1864, he wrote that "war is simply power unrestrained by constitution or compact". In Atlanta, he told the Confederates that "war is cruelty". Fifteen years after the end of the Civil War, he told a gathering of veterans what they knew only too well: "Boys, it is all hell" »).

⁶³⁸ D. FISHER, *Morality and War*, op. cit., p. 25, n. trad.

⁶³⁹ *Ibid.*, n. trad.

⁶⁴⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1.

⁶⁴¹ S. BLACKBURN, *Being Good. A Short Introduction to Ethics*, Oxford, O.U.P., 2001, p. 4, n. trad. V. ég. M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 33 (pour qui juger moralement constitue « une activité humaine aussi ordinaire qu'aimer ou se battre »).

lexical de la guerre est extrêmement « *riche en connotation morale* »⁶⁴² : on parle de cruauté, de massacres, de barbarie ou d'atrocités, soit autant de mots qui « *impliquent un jugement [moral]* »⁶⁴³. Ainsi, le véritable réalisme, celui qui se soucie vraiment de « ce qui est », devrait amener à voir que la rationalité militaire coexiste avec les prescriptions morales, et donc avec la rationalité axiologique⁶⁴⁴. Les récits de guerre, réels ou fictifs, témoignent du fait que les combattants n'abandonnent pas leur qualité d'être moraux même en temps de guerre⁶⁴⁵. À ce titre, lorsque le général Hood dénonça l'incendie d'Atlanta par les troupes de Sherman, il ne se contenta pas de dire que cet acte est inutile ou inefficace militairement, il le dénonça sur le plan de la moralité : pour lui, cet acte transcende, « *dans sa cruauté étudiée et ingénieuse, tous les actes jamais portés à [son] attention dans la sombre histoire de la guerre* »⁶⁴⁶. Le réalisme se fonde donc sur une anthropologie qui n'est tout simplement pas réaliste, car démentie empiriquement. De fait, l'être humain, aussi instrumentalement rationnel s'évertue-t-il à être, ne cesse pas d'être un être moral. En conséquence, la guerre n'est pas une « *zone moralement neutre* »⁶⁴⁷.

217. Dans sa **version déterministe**, le réalisme ne se contente pas d'affirmer que la morale n'a pas sa place dans la guerre. Il ajoute que la guerre est « *un espace où règnent la*

⁶⁴² M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 33. V. également Da. KENNEDY, *Of War and Law*, op. cit., p. 109 (« [I]l y a des horreurs de la guerre, les cadavres et les corps mutilés, les vies et les familles déchirées, l'anxiété et la souffrance intenses sur le champ de bataille et en dehors, la douleur d'un seul enfant blessé qui crie - il semble obscène de parler de ces choses dans un langage autre que celui de la clarté morale, du regret et de l'indignation »).

⁶⁴³ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 33.

⁶⁴⁴ Sur la distinction entre la rationalité instrumentale et la rationalité axiologique, v. *supra*, Chapitre 1, note. §§ 70-92.

⁶⁴⁵ Dans son récit de la bataille de Falloujah, le sergent-chef David Bellavia avoue avoir « *fait des choses que même Lui ne pourra jamais pardonner* » (D. BELLAVIA, *Fallouja !*, op. cit., p. 47). Il avoue ainsi avoir commis des actes avec lesquels sa conscience morale n'est pas en paix. Et il arrive même que des soldats se refusent à suivre les prescriptions de la rationalité militaire pour se plier à ce que leur conscience morale leur commande (ce qui montre que des militaires agissent *parfois* sur le fondement de la rationalité axiologique plutôt que sur le fondement de la rationalité instrumentale). Ainsi, David Bellavia rapporte que, au cours d'un affrontement dans le centre-ville de Mouqdadiah (Irak), un enfant surgit d'une maison, se posta à côté du Humvee des fantassins américains, puis fit des signes indiquant sans équivoque aux moudjahidines ennemis le nombre de véhicules et de soldats américains présents. Alors que l'un des fantassins s'apprêtait à tuer cet enfant, le colonel l'arrêta : « *[n]e touchez pas au gamin* » (*ibid.*, p. 15). Et Bellavia de commenter : « *Notre colonel possède un sens moral en noir et blanc. Le gamin, quoi qu'il puisse faire, ne sera jamais pris pour cible. Parfois, la tendance de notre colonel à de telles bontés nous agace franchement, mais je sais qu'à long terme nous lui en serons reconnaissants. Personne ne souhaite avoir la mort d'un gamin sur la conscience* » (*ibid.*). De même, on rapporte que pendant la Seconde Guerre mondiale, Salvatore Todaro, commandant du sous-marin italien *Cappellini*, refusa d'exécuter l'ordre 154 de l'amiral Karl Dönitz, commandant en chef des sous-marins de la *Kriegsmarine*, qui exigeait des équipages de sous-marins ayant coulé un navire qu'ils abandonnent les survivants à leur triste sort – la mort par noyade. Dans *Commandant*, Sandro Veronesi et Edoardo de Angelis s'imaginent ce qu'a pu se dire Salvatore Todaro lorsqu'il fut face à ce dilemme cornélien : « *Nous sommes en guerre, oui, et je le sais pertinemment : mais nous ne sommes pas seulement en guerre. Nous sommes en mer. Nous sommes des hommes. Or la mer aussi a ses lois et notre condition d'hommes les siennes aussi, qu'on soit en guerre ou pas* » (S. VERONESI, E. DE ANGELIS, *Commandant*, trad. D. VITTOZ, Paris, Grasset, coll. « *En lettres d'ancres* », 2023, p. 128). L'histoire de Heinz Drossel, qui refusa d'exécuter des prisonniers de guerre russes alors que ses supérieurs le lui ordonnaient, est également parlante à cet égard. Cette histoire est racontée in ANON., « *2004, Heinz Drossel* », *Wallenberg Legacy*, Université of Michigan, 10 avril 2004.

⁶⁴⁶ Général SHERMAN, cité in D. FISHER, *Morality and War*, op. cit., p. 24, n. trad.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 27, n. trad.

nécessité et la contrainte »⁶⁴⁸, et où l'action humaine, dépossédée de toute autonomie de la volonté, revêt un caractère mécanique. Selon cette version de l'argument réaliste, la guerre « *nous dépouille de nos ornements d'êtres civilisés et révèle notre nudité* » : elle nous fait apparaître comme des êtres « *peureux, préoccupés de notre personne, poussés par nos instincts meurtriers* »⁶⁴⁹. La guerre renvoie ainsi l'homme à sa condition animale : il agit uniquement par nécessité, en suivant la loi naturelle d'autoconservation qui est celle de tous les êtres vivants. Depuis une telle perspective, les hommes n'*agissent* pas dans la guerre – ils *sont agis* par leur propre instinct de conservation. Dès lors, les conditions de possibilité du jugement moral sont absentes, car l'homme est privé de « *la liberté qui conditionne toute décision morale* »⁶⁵⁰. Agissant sous l'empire de la nécessité, nous ne faisons que ce que « *nous sommes programmés à faire* »⁶⁵¹ – en l'occurrence, *survivre*. L'imposition de normes morales dans la guerre apparaît ainsi comme étant « *vaine* », parce que nous ne pouvons tout simplement pas « *lutter contre la nature* »⁶⁵².

218. Cette version de l'argument réaliste peut être illustrée à l'aide de l'exemple suivant⁶⁵³. En mai 2023, Edmond Réveil, un ancien résistant du maquis de Corrèze, révèle que le 12 juin 1944, les maquisards ont exécuté 46 soldats allemands faits prisonniers à la suite de l'attaque de Tulle par les résistants, qui visait à libérer la ville de l'occupation allemande⁶⁵⁴. Cette exécution sera justifiée en recourant à la version déterministe du réalisme : les résistants, dit-on, n'avaient tout simplement « *pas d'autres solutions* »⁶⁵⁵. Tout d'abord, les résistants ne pouvaient pas garder ces prisonniers, car cela posait de trop grandes difficultés : en plus du manque de nourriture et de place, cela aurait supposé l'immobilisation « *d'un détachement entier du cinquième bataillon* »⁶⁵⁶, ce que les maquisards ne pouvaient se permettre à ce moment décisif de la guerre. De plus, les résistants ne pouvaient pas non

⁶⁴⁸ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 34.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Ibid.*, pp. 41-42.

⁶⁵¹ S. BLACKBURN, *Being Good*, op. cit., p. 43, n. trad.

⁶⁵² *Ibid.*, n. trad.

⁶⁵³ La philosophie morale illustre généralement cette version de l'argument réaliste par le dialogue de Mélos, rapporté par Thucydide dans son *Histoire de la guerre du Péloponnèse*. V. M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., pp. 35-45, et D. FISHER, *Morality and War*, op. cit., pp. 11-16.

⁶⁵⁴ P. VIGNAUD, F. LAGIER, « "On n'aurait pas dû les tuer" : un résistant brise l'omerta sur l'exécution des 46 soldats allemands en juin 1944 en Corrèze », *La Montagne*, 15 mai 2023.

⁶⁵⁵ Propos de l'historien Fabrice GRENARD, cité in J. SALLES, C. GAUTHIER, « Exécution de 47 prisonniers allemands en 1944 en Corrèze : "ce n'est pas une surprise, c'est une confirmation", pour l'historien Fabrice Grenard », *France 3 Nouvelle Aquitaine*, 16 mai 2023.

⁶⁵⁶ Propos de Marcel GODEFROY, plus connu sous le pseudonyme de « colonel Rivière », cité in COLL., *Maquis de Corrèze. 150 combattants et témoins*, Paris, Éditions sociales, 1975. Dans l'impossibilité d'accéder à cet ouvrage, nous nous appuyons sur les extraits cités par des associations d'anciens combattants dans leurs communiqués publiés suite aux révélations d'Edmond REVEIL (v. J.-P. COMBE, « À propos de prisonniers allemands de la résistance », *Politique-actu*, 17 mai 2023).

plus relâcher ces prisonniers, car les Allemands auraient eu bien trop d'informations sur le maquis⁶⁵⁷. Par conséquent, exécuter ces prisonniers ne relevait pas d'un choix libre et éclairé, mais d'une nécessité. La survie des résistants, condition *sine qua non* pour obtenir la victoire contre l'occupant, exigeait leur mise à mort⁶⁵⁸.

219. Le problème du réalisme dans sa version déterministe tient au fait qu'il juge « nécessaires » des actes qui ne le sont pas au sens strict. Comme nous l'avons relevé plus haut, les combattants opèrent dans un contexte d'incertitude vis-à-vis des conséquences de leurs actes : il est rigoureusement impossible de savoir par avance si les moyens employés permettront effectivement de créer les effets recherchés⁶⁵⁹. Ainsi, « *des moyens d'actions spécifiques ne seraient nécessaires (...) que s'il n'y en avait absolument aucun autre pour améliorer les chances de l'emporter* »⁶⁶⁰. Or, cette question échappe aux acteurs de l'histoire⁶⁶¹. Dans l'exemple donné ci-dessus, rien ne permet d'affirmer avec certitude que l'exécution des prisonniers allemands était un acte nécessaire dans l'enchaînement causal des événements ayant mené à la défaire de l'occupant⁶⁶². Par conséquent, la fonction stratégique de ce discours n'est pas d'autoriser ce qui nécessaire *stricto sensu*, mais plutôt d'autoriser « *tout ce qui est nécessaire pour réduire les risques de perdre la guerre ou simplement les risques de pertes effectives ou probables (...)* »⁶⁶³. Le réalisme déterministe n'est pas un discours sur le thème de la causalité, mais une hyperbole « *sur le thème du risque et de la probabilité* »⁶⁶⁴. Il n'y a jamais, à proprement parler, de nécessité d'agir, seulement des estimations sur le fait que telle décision a plus de chances d'entraîner tel effet que tel autre. Ainsi, les individus qui se trouvent pris dans la guerre ne sont pas simplement les marionnettes d'un destin qui les manipule. La guerre est « *une action humaine, intentionnelle, prémeditée et dont les effets ont toujours un responsable* »⁶⁶⁵. Tout relève toujours d'un *choix*, même s'il est pris dans le feu de l'action – en dernière analyse, les hommes peuvent toujours choisir de déposer les armes et d'abandonner le combat. Par

⁶⁵⁷ J. SALLES, C. GAUTHIER, « Exécution de 47 prisonniers allemands en 1944 en Corrèze... », *op. cit.*

⁶⁵⁸ Nous reviendrons sur cet exemple sous un angle juridique *infra*, Chapitre 7.

⁶⁵⁹ V. *supra*, § 199.

⁶⁶⁰ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁶¹ V. *supra*, § 200.

⁶⁶² De même, rien ne permet d'affirmer que l'exécution des prisonniers allemands était *nécessaire* dans l'enchaînement causal des événements menant à la survie du groupe de partisans ayant commis cet acte.

⁶⁶³ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, pp. 208-209.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 209.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 47.

conséquent, l'homme demeure soumis aux jugements moraux. Cela étant établi, peut-on identifier les axiomes de cet ordre moral qui persiste même en temps de guerre ?

§ II. – Contre le scepticisme : l'immunité des non-combattants, axiome de l'ordre moral du temps de guerre

220. Si l'homme ne cesse pas de produire des jugements moraux même en temps de guerre, alors la guerre constitue de fait « *une activité soumise à des règles, un monde de choses permises et interdites, un monde régi par la morale au cœur même de l'enfer* »⁶⁶⁶. Il convient désormais de pénétrer la structure de cet ordre moral. Cependant, cette entreprise se heurte à un problème préliminaire de nature épistémologique. En effet les règles morales appartiennent, comme les règles et les principes juridiques, au monde des idées plutôt qu'au monde des faits⁶⁶⁷. Dès lors, comment peut-on décrire les prescriptions dont l'ordre moral se compose ? De quelle « *étrange faculté* »⁶⁶⁸ devrions-nous être dotés pour les percevoir ? N'est-il pas vain d'espérer décrire l'ordre moral de la même manière, par exemple, que les sciences naturelles décrivent le monde physique ou biologique ?⁶⁶⁹

221. De cette objection épistémologique naît le scepticisme⁶⁷⁰. Le scepticisme s'attaque à « *l'affirmation métaphysique selon laquelle les valeurs morales existent dans un domaine factuel objectif, extérieur aux êtres humains* »⁶⁷¹. Pour les sceptiques, la morale échappe au domaine de la vérité objective ; elle n'est affaire que d'opinions subjectives que les hommes projettent hors d'eux-mêmes⁶⁷², souvent pour les imposer aux autres et ainsi légitimer leur

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁶⁷ Sur ce point, v. *supra*, note 135.

⁶⁶⁸ L. P. POJMAN, J. FIESER, *Ethics. Discovering Right and Wrong*, 8^{ème} éd., Boston, Cengage Learning, 2017, p. 236, n. trad.

⁶⁶⁹ B. WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Londres/New York, Routledge, 2006 [1985], p. 136.

⁶⁷⁰ Simon BLACKBURN résume l'argument sceptique de la manière suivante : « (...) the physical world contains only is and not ought. So there is no fact making ethical commitments true. Nor could we detect any such fact. We can have no senses (ears, eyes, touch) for responding to ethical facts, and no instruments for detecting their truth. We respond only to what is true, never to what ought to be true. Thus nihilism, or the doctrine that there are no values, grips us, as well as scepticism, the doctrine that even if there were, we would have no way of knowing about them » (S. BLACKBURN, *Being Good*, op. cit., p. 29). Pour Bernard Williams, le scepticisme repose sur trois énoncés : « (a) A man's moral judgements merely state (or express) his own attitudes. (b) Moral judgements can't be proved, established, shown to be as true as scientific statements can; they are matters of individual opinion. (c) There are no moral facts; there are only the sorts of facts that science or common observation can discover, and the values that men place on those facts » (B. WILLIAMS, *Morality. An Introduction to Ethics*, Cambridge, C.U.P., 1993, p. 14).

⁶⁷¹ L. P. POJMAN, J. FIESER, *Ethics*, op. cit., p. 237, n. trad.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 236 (où les auteurs résument la pensée de John L. Mackie, pour qui « *belief in objective value is the result of psychological tendencies to project subjective beliefs to the outside world* »).

propre manière d'être⁶⁷³. Le scepticisme est donc un subjectivisme radical, dont la maxime fondamentale pourrait être : « [l]a moralité est dans l'œil de celui qui regarde »⁶⁷⁴. Chacun dispose de ses propres conceptions du bien et du mal et, en l'absence de méta-valeur objective dont l'existence puisse être prouvée, toutes les conceptions se valent. Ainsi, si l'on suit la théorie sceptique au bout de ses conclusions logiques, alors « [l]es actions génocidaires d'Hitler (...) sont aussi moralement légitimes que les œuvres de miséricorde de Mère Teresa »⁶⁷⁵. Le scepticisme réduit donc la morale « à quelque chose comme des goûts esthétiques au sujet desquels il ne peut y avoir ni argument ni jugement interpersonnel »⁶⁷⁶ – car les goûts et les couleurs, cela ne se discute pas.

222. La critique du scepticisme qui suit ne se déploie pas sur un plan théorique. Il n'est pas question de chercher à résoudre une bonne fois pour toute le problème de la connaissance du monde intelligible. Il se peut bien, après tout, que l'avènement de la science moderne au XVII^{ème} siècle ait radicalement condamnée toute tentative visant à prouver objectivement l'existence des règles morales⁶⁷⁷. Un auteur tel que Gilbert Harman a peut-être raison d'affirmer qu'« *il n'y a pas de faits moraux, pas de vérités morales, et pas de connaissance morale* »⁶⁷⁸. Cette critique partira plutôt d'un constat empirique difficilement contestable, à savoir que même les plus sceptiques des sceptiques « *sont encore capables d'être révulsés par des actes singuliers de cruauté et de barbarie* »⁶⁷⁹. En effet, si le scepticisme témoigne de la difficulté épistémologique inhérente à l'établissement de quelque vérité vis-à-vis de l'ordre moral, notre indignation spontanée à l'égard des actes perçus comme immoraux témoigne « *de sa réalité et de sa force* »⁶⁸⁰. Cette intuition du bien et du mal, ce « *sens que nous avons de ce qui est juste* »⁶⁸¹, ancre la morale dans la réalité la plus empirique : les réactions humaines *expriment* des règles morales⁶⁸².

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 237.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 15, n. trad.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 20, n. trad.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 16, n. trad.

⁶⁷⁷ Sur ce point, v. N. RENNGER, « On the Just War Tradition in the Twenty-first Century », *International Affairs*, vol. 78, n°2, 2002, p. 360.

⁶⁷⁸ G. HARMAN, *The Nature of Morality. An Introduction to Ethics*, New York, O.U.P., 1977, p. 11. V. ég. G. HARMAN, J. J. THOMSON, *Moral Relativism and Moral Objectivity*, Cambridge/Oxford, Blackwell, coll. « Great Debates in Philosophy », 1996.

⁶⁷⁹ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 88.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 192

⁶⁸² Sur l'intuitionnisme éthique, v. p. ex. P. F. STRAWSON, « Ethical Intuitionism », *Philosophy*, vol. 24, n°88, 1949, pp. 23-33.

223. Or, il apparaît que l'indignation morale que nous pouvons éprouver vis-à-vis de certains actes commis en temps de guerre n'est pas arbitraire. Dans la guerre, *tout* ne nous révolte pas de la même manière. On peut par exemple être sensible au sort de ce soldat de la Première Guerre mondiale qui, surgissant des tranchées pour attaquer les positions adverses sous un déluge de feu, se fait faucher par un tir de mitrailleuse ennemie et meurt au bout de plusieurs longues minutes d'agonie, seul, baignant dans une mare de sang. Mais le sort de ce soldat ne peut être mis sur le même plan que, par exemple, le sort que subirent les docteurs, les infirmières et les patients de l'hôpital de campagne de Stanley College, à Hong Kong, dans la nuit du 25 décembre 1941 :

[d]ans la nuit du 25 décembre, des soldats japonais de la force d'invasion de Hong Kong pénétrèrent de force dans l'hôpital de campagne installé au Stanley College (...). [Selon le rapport d'incident], le Dr Black, directeur britannique de l'hôpital (...), a tenté d'expliquer aux soldats japonais qu'il s'agissait bien d'un hôpital. Il fut abattu à l'entrée. Les Japonais ont ensuite lancé des grenades dans l'hôpital, tuant les soldats blessés. Les patients encore en vie furent tués à la baïonnette⁶⁸³.

De même, on peut être sensible à la souffrance qu'un combattant ressent lorsqu'il comprend, à la vue de l'avancée des troupes ennemis et au son de ses camarades qui tombent un par un sous les coups de l'adversaire, la mort l'attend. Mais cette scène ne révolte pas de la même manière que le traitement réservé aux détenus d'Abou Ghraib, dont certains furent torturés, battus à mort, agressés sexuellement, humiliés, etc.⁶⁸⁴

224. Comment expliquer cette différence dans le ressenti que nous inspirent ces différents événements ? Sur ce point, il n'y a qu'une seule explication : certains des comportements décrits ci-dessus transgressent des règles morales, alors que d'autres (n')invitent (qu')à la compassion. Ainsi, le scepticisme entre en contradiction avec le ressenti différentiel que nous éprouvons lorsque des situations distinctes sont soumises à notre connaissance. Contre l'argument sceptique, notre intuition nous pousse à conclure qu'en matière de morale, « *on*

⁶⁸³ Y. TANAKA, *Hidden Horrors. Japanese War Crimes in World War II*, préf. J. W. DOWER, Londres/New York, Routledge, coll. « Transitions: Asia and Asian America », 2018 [1996], pp. 82-83. Nous avons enlevé de ce récit certains détails particulièrement glaçants.

⁶⁸⁴ Sur ce point, v. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade*, 2004, pp. 71-95. Ici aussi, certains détails particulièrement horribles sont omis du récit.

ne peut pas dire n'importe quoi »⁶⁸⁵ : tout ne se vaut pas. Et même si certaines controverses morales sont particulièrement difficiles à résoudre, il n'en demeure pas moins qu'il y a « *d'innombrables petites choses sans prétention que nous savons avec une parfaite certitude* »⁶⁸⁶ – par exemple, nous *savons* que la torture, le viol et ou l'assassinat de civils innocents sont des actes immoraux. Ils révulsent notre conscience⁶⁸⁷.

225. Ainsi, il est possible de formuler l'hypothèse que l'ordre moral se forme par concrétion, c'est-à-dire par accumulation des jugements que nous portons sur les actes commis en temps de guerre⁶⁸⁸. Au cours de l'histoire, au gré des guerres et des débats auxquels elles donnèrent lieu, les hommes en seraient ainsi « *parvenus à une sorte de consensus approximatif* »⁶⁸⁹ sur ce que constitue bien ou mal se comporter dans la guerre. En témoignerait le fait que la « *structure globale* » de l'ordre moral « *semble perdurer indépendamment des systèmes sociaux et des technologies, comme si ces règles se trouvaient (...) dans un rapport plus étroit avec les notions universelles de bien et de mal* »⁶⁹⁰.

226. Pour identifier la structure de cet ordre moral, l'axiome sur lequel il repose, il est possible de comparer les situations exposées ci-dessus⁶⁹¹. Les situations qui heurtent réellement notre conscience sont celles dans lesquelles la violence est exercée intentionnellement vis-à-vis de personnes qui ne participent pas ou plus à ce qui fait l'essence de la guerre, à savoir le *combat*⁶⁹². Les docteurs et les infirmières de l'hôpital du Stanley College ne combattaient pas. Les blessés ne combattaient plus. Les prisonniers d'Abou Ghraib ne combattaient pas (ou plus, selon les cas). Ainsi, nos jugement moraux sur les actes commis en temps de guerre sont déterminés par « *le statut des personnes dont la vie est en jeu* »⁶⁹³. À ce titre, la révulsion éprouvée face au sort infligé aux détenus d'Abou Ghraib, au personnel médical et aux blessés du Stanley College n'est rien d'autre que

⁶⁸⁵ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 44.

⁶⁸⁶ S. BLACKBURN, *Being Good*, op. cit., p. 134, n. trad.

⁶⁸⁷ En ce sens, v. A. HAQUE, *Law and Morality at War*, Oxford, O.U.P., coll. « Oxford Legal Philosophy », 2017, p. 2 (« [i]n my view, moral theory should aim to identify and analyze the most serious injustices perpetrated in war. Many of these injustices— such as torture, rape, and enslavement— require little theoretical illumination ») ; D. FISHER, *Morality and War*, op. cit., p. 40 (« [m]oral reasoning is difficult, and some cases may be particularly hard to resolve, not least where we are operating at the boundaries of our concepts. But from this it does not follow that all moral decisions are equally difficult, still less that they are all rationally un-decidable. For in our ordinary moral lives we can and do make moral decisions; and we can and do offer valid reasons for so doing. We are able to agree upon an extensive core of shared moral values »)

⁶⁸⁸ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 85.

⁶⁸⁹ Ibid., p. 86.

⁶⁹⁰ Ibid., p. 83.

⁶⁹¹ V. *supra*, § 224.

⁶⁹² Sur le fait que la violence constitue le moyen fondamental de l'action guerrière, v. *supra*, § 150.

⁶⁹³ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 209.

« l'expression d'un principe général qui établit le lien entre l'immunité en temps de guerre et le désengagement militaire »⁶⁹⁴. En effet, cette révulsion révèle le fait que la guerre est inter-subjectivement comprise comme un « combat entre combattants »⁶⁹⁵. Les non-combattants, qu'il s'agisse de civils inoffensifs ou de militaires hors de combat, jouissent d'une immunité : l'ordre moral interdit de les soumettre intentionnellement à la violence, quelle que soit la finalité visée par celle-ci⁶⁹⁶. À l'inverse, les deux autres exemples donnés ci-dessus – les deux soldats mourant au front – n'appellent que de la compassion parce que la violence de guerre est dirigée à l'encontre de soldats qui combattent. L'ordre moral fait ainsi du principe d'immunité des non-combattants son axiome fondamental. Ce principe, que l'on retrouve par-delà les époques et les cultures⁶⁹⁷, se trouve au fondement de nos jugements moraux sur le bien et le mal en temps de guerre.

227. Sur l'ordre moral en vigueur en temps de guerre, il est donc possible de dire quelques petites choses avec certitude⁶⁹⁸. Les soldats, c'est-à-dire les personnes qui « sont entraînées au combat, équipés d'armes et requis de se battre au commandement »⁶⁹⁹, peuvent faire l'objet d'une violence intentionnelle⁷⁰⁰. Cependant, s'ils ne sont plus en capacité ou n'ont plus la volonté de se battre, ils se « désengagent militairement » et recouvrent leur immunité contre la violence intentionnelle. À l'inverse, l'énorme masse « des civils [que le soldat] laisse derrière lui »⁷⁰¹ sont en principe des « innocents » qui « n'ont rien fait et ne font rien qui implique la perte de leurs droits »⁷⁰², et en premier lieu de leur droit à ne pas être sujets à la violence. Néanmoins, ils perdent leur immunité contre la violence s'ils « s'engagent

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 84.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 83.

⁶⁹⁶ V. p. ex. J. T. JOHNSON, *Can Modern War Be Just?*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1984, p. 27. Ainsi, lorsque Jean PICTET écrit que « le respect de l'homme désarmé, c'est tout le secret du droit de la guerre » (CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN *et al.*], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 ...*, *op. cit.*, § 1601, p. 486), il faut y voir l'expression d'un principe moral, et plus précisément de l'axiome fondamental de l'ordre moral valable en temps de guerre.

⁶⁹⁷ V. la littérature citée in CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁶⁹⁸ Parmi une littérature abondante sur le contenu de l'ordre moral valable dans la guerre, v. not. M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*; A. HAQUE, *Law and Morality at War*, *op. cit.*; D. FISHER, *Morality and War*, *op. cit.*; J. T. JOHNSON, *Can Modern War Be Just*, *op. cit.*; B. ORENDS, *The Morality of War*, 2^{ème} éd., Peterborough, Broadview Press, 2013. V. cependant la littérature dite « révisionniste », qui remet l'ensemble des développements qui suivent en cause, et not. J. McMAHAN, *Killing in War*, Oxford, Clarendon Press, coll. « Uehiro Series in Practical Ethics », 2009.

⁶⁹⁹ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 209

⁷⁰⁰ Du point de vue moral, les soldats qui combattent « peuvent (...) être attaqués et tués à volonté par leurs ennemis. Par le simple fait de combattre, quels que soient leurs espoirs et leurs intentions personnels, ils ont perdu leur titre à la vie et à la liberté (...) : "Les soldats sont là pour être tués", comme l'a dit un jour Napoléon » (M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 197). Mais si « les soldats sont là pour être tués », on doit aussi dire avec force que « personne d'autre n'est là pour être tué » (*ibid.*).

⁷⁰¹ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 209

⁷⁰² *Ibid.*, p. 211 (italiques omises).

militairement », c'est-à-dire s'ils prennent les armes et participent à ce qui fait l'essence de la guerre : le combat.

*

228. Conclusion de la Sous-section 1. La guerre ne se déroule pas dans un espace moralement neutre. Non seulement les hommes ne cessent pas de juger les actes des uns et des autres en temps de guerre, ce qui prouve que l'ordre moral continue d'y être en vigueur, mais en plus il est possible d'identifier la structure fondamentale à partir desquelles nous jugeons les actions humaines en temps de guerre. En conséquence, la rationalité militaire n'opère pas dans le vide. Malgré son rejet des considérations morales, celle-ci ne se déploie pas dans un moment où tout jugement moral est suspendu. Il est donc possible de confronter la rationalité militaire aux prescriptions de l'ordre moral.

Sous-section 2. – La rationalité militaire et le sacrifice de la moralité au profit de l'efficacité

229. La menace que fait planer l'action guerrière sur l'ordre moral ne trouve pas son origine dans la complexion psychologique des combattants, qui ne sont généralement pas des « buveur[s] de sang »⁷⁰³, mais dans le fait que la coexistence de la rationalité militaire et des impératifs moraux donne naissance à un conflit entre deux manières de penser et d'agir et, par conséquent, entre deux modes de jugement des actions humaines. En effet, n'importe quel acte militaire peut être appréhendé soit à l'aune de sa moralité intrinsèque (ordre moral), soit à l'aune de son efficacité pour vaincre l'ennemi à moindre coût (rationalité militaire). On retrouve ainsi, dans ce face-à-face qui oppose l'efficacité à la moralité, le conflit entre la rationalité instrumentale et la rationalité axiologique (§ I). Or, le cœur du problème, ce n'est pas tant l'existence de ce conflit entre moralité et efficacité que le fait que les militaires résolvent systématiquement ce conflit en faveur du second terme de l'équation. À ce titre, l'histoire témoigne de ce que, face à ce conflit, la rationalité militaire n'a aucun scrupule à recommander l'emploi de procédés notoirement immoraux au nom de l'efficacité (§ II).

⁷⁰³ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre X, chap. 7, cité in J. C. BARRY, « La finalité de la guerre est-elle la paix ? », *op. cit.*, p. 55.

§ I. – L’efficacité face à la moralité, ou le retour du conflit entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique

230. Comprendre la menace que la rationalité militaire fait peser sur l’ordre moral suppose de voir que les combattants sont soumis à des injonctions contradictoires. D’un côté, leur condition de soldat implique qu’ils agissent sur le fondement de l’efficacité, en recherchant et en employant les moyens les plus à même de parvenir à briser la résistance de l’ennemi à moindre coût. Ceci suppose qu’ils s’affranchissement de tout principe ou dogme posé *a priori* au profit d’une évaluation *ad hoc* des circonstances de l’affrontement, afin d’identifier les moyens qui permettront, dans le contexte auquel ils font face, de vaincre la résistance de l’adversaire. Ainsi, seuls les faits déterminent le contenu de l’action guerrière. Mais d’un autre côté, les soldats n’abandonnent pas leur condition d’homme, même en temps de guerre. Ils demeurent en effet soumis à l’ensemble des idées, valeurs et principes moraux qui se sont développés au cours des siècles, et notamment à l’axiome fondamental voulant que les personnes ne participant pas ou plus au combat ne fassent pas l’objet de violence. Leur conscience morale leur enjoint donc de prendre en compte certains principes et dogmes posés *a priori*, dont la valeur n’est pas tributaire des circonstances de l’affrontement⁷⁰⁴. La morale impose ainsi que le contenu de l’action guerrière soit déterminé par des idées.

231. On retrouve, au travers de ces injonctions contradictoires, la distinction entre l’action instrumentalement rationnelle, par laquelle l’individu met en œuvre les moyens qu’il juge, au regard des circonstances, les plus efficaces pour parvenir à ses fins, et l’action axiologiquement rationnelle, par laquelle l’individu adopte un comportement qu’il juge devoir être impérativement suivi, indépendamment des conséquences concrètes que ce comportement est susceptible d’entraîner⁷⁰⁵. Le conflit entre l’efficacité et la moralité, entre « *vaincre et se battre bien* »⁷⁰⁶, n’est donc qu’une spécification du conflit qui oppose la rationalité instrumentale à la rationalité axiologique.

232. Il se peut que cette coexistence entre deux manières distinctes de penser et d’agir dans le monde social ne donne lieu à aucune contradiction. En effet, un individu peut agir sur la base d’un calcul utilitariste sans employer de moyens immoraux pour réaliser ses fins,

⁷⁰⁴ Sur l’idée que les principes moraux demeurent valides indépendamment des circonstances, v. *infra*, § 236.

⁷⁰⁵ Sur la distinction entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 70-92.

⁷⁰⁶ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 312.

de même qu'un combattant peut employer des moyens qu'il juge efficaces pour vaincre l'ennemi sans que ces moyens ne contreviennent aux prescriptions morales. Dans ce cas, l'action instrumentalement rationnelle ne se heurte pas à la rationalité axiologique. De plus, un individu peut agir sur la base de la croyance dans la valeur inconditionnelle d'un comportement sans se priver de moyens d'action efficaces pour parvenir à ses objectifs, de la même manière qu'un combattant peut se conformer aux prescriptions de l'ordre moral sans que cela ne nuise à l'efficacité de l'action militaire⁷⁰⁷. Dans ce cas, l'action axiologiquement rationnelle ne se heurte pas à la rationalité instrumentale.

233. Néanmoins, la coexistence de ces deux manières de penser et d'agir peut donner lieu à conflit⁷⁰⁸. À ce titre, notre culture est imprégnée de situations dramatiques dans lesquelles un individu est sommé soit de préférer « *l'affirmation intransigeante de ses convictions au succès* », soit de « *sacrifie[r] ses convictions aux nécessités de la réussite* »⁷⁰⁹. Le spectre du conflit entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique plane toujours sur l'action humaine. De ce fait, l'action militaire, au même titre que l'action humaine en général, « *risque à chaque instant d'échouer devant la contradiction de l'obstacle entre la morale universelle et nécessités de la lutte* »⁷¹⁰. Cette possibilité est toujours présente car cette antinomie entre calcul et conviction constitue, comme l'avait vu Max Weber, « *la marque de ce qui constitue authentiquement la condition humaine* »⁷¹¹.

234. Pour ce qui nous intéresse, ce conflit entre efficacité (rationalité instrumentale) et moralité (rationalité axiologique) se matérialise lorsque les seuls moyens d'action efficaces pour vaincre l'ennemi supposent de violer des préceptes moraux. Ainsi par exemple d'un mouvement de libération nationale qui, confronté à un État colonial insusceptible d'être défait militairement au travers d'affrontements conventionnels, celui-ci disposant de forces trop puissantes, se retrouve contraint d'employer des moyens immoraux impliquant

⁷⁰⁷ Sur le fait que la conformité aux prescriptions morale soit susceptible de renforcer l'efficacité militaire, v. *supra*, §§ 185-189.

⁷⁰⁸ Sur ce conflit, v. not. T. NAGEL, « War and Massacre », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n°2, 1972, pp. 123-144 (qui retrace le conflit entre « *two disparate categories of moral reason* », celle qu'il appelle « *utilitarian* », qui correspond à la rationalité instrumentale, et celle qu'il appelle « *absolutist* », qui correspond à la rationalité axiologique) ; R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., pp. 38-55 (qui expose le conflit opposant ce qu'il nomme « *morality of desire* », qui correspond à la rationalité axiologique, et « *morality of reason* », soit la rationalité instrumentale) ; R. ARON, « Préface », op. cit., pp. 49-56 (qui retrace le conflit opposant le « *moraliste de la responsabilité* », qui agit de manière instrumentalement rationnelle, et le « *moraliste de la conviction* », qui opère de manière axiologiquement rationnelle).

⁷⁰⁹ R. ARON, « Préface », op. cit., p. 53.

⁷¹⁰ Ibid., p. 56.

⁷¹¹ Ibid.

d'exercer la violence contre des non-combattants (assassinat de fonctionnaires civils, attentats aveugles, prise d'otages, etc.)⁷¹². Dans une telle situation, que faire ? Le mouvement de résistance doit-il préférer mettre toutes les chances de vaincre l'ennemi de son côté, quitte à subir la flétrissure à laquelle s'expose quiconque enfreint les prescriptions de l'ordre moral ? Ou bien doit-il préférer se conformer aux prescriptions morales, au risque de mettre en péril la victoire militaire ou même d'abandonner la lutte ? Le point nodal est qu'il n'existe aucun moyen de résoudre rationnellement ce conflit. En effet, ces choix sont tous les deux moraux, mais à l'intérieur de conceptions différentes de la moralité⁷¹³.

235. D'un côté, si l'on porte sur cette situation un jugement instrumental, alors la bonne décision consiste à recourir à l'assassinat de fonctionnaires civils, à l'attentat, à la prise d'otage ou à tout autre moyen que l'on peut raisonnablement juger, au regard des circonstances d'espèce, susceptibles de conduire à la victoire sur l'État colonial. Sous l'angle du jugement instrumental, la moralité intrinsèque des moyens employés ne compte pas ; seule l'efficacité compte⁷¹⁴. Plus encore, du point de vue du jugement instrumental, se priver de ces moyens d'action constituerait une faute, puisque ceci revient à s'interdire de réaliser les objectifs poursuivis au nom de considérations extérieures à l'action militaire⁷¹⁵. Ainsi, depuis une perspective instrumentale, il n'y a en réalité ni conflit, ni antagonisme, ni dilemme : l'individu instrumentalement rationnel *doit* employer les moyens lui permettant de réaliser ses objectifs. Tout décision inverse est une mauvaise décision.

236. Mais d'un autre côté, si l'on porte sur cette situation un jugement axiologique, la bonne décision consiste à se conformer strictement aux commandements de l'ordre moral, indépendamment des circonstances de fait et des conséquences potentiellement néfastes d'un tel comportement. Par conséquent, il ne faut pas recourir aux assassinats, attentats et prises d'otages nonobstant l'efficacité potentielle de ces moyens pour parvenir à vaincre la résistance de l'ennemi. Plus encore, employer ces moyens d'action constituerait une faute car, comme le montre Michael Walzer, la morale ne se détermine pas à partir de ce qu'il est

⁷¹² Dans cette phrase, le terme « constraint » est utilisé ici par facilité de langage, un belligérant n'étant jamais « constraint » d'agir – il peut toujours choisir de ne pas livrer bataille. Sur le fait que l'action militaire échappe au domaine de la nécessité, v. *supra*, §§ 185-189.

⁷¹³ R. ARON, « Préface », *op. cit.*, pp. 53 et 55.

⁷¹⁴ Sur l'amoralité de la rationalité militaire, v. *supra*, §§ 181-184.

⁷¹⁵ Cependant, ne pas employer ces moyens d'action pourrait paraître justifié au regard de la rationalité militaire dans le cas où il apparaîtrait que l'emploi de ces moyens nuirait à la réalisation des objectifs. Sur la manière dont la rationalité militaire intègre la morale à son action en faisant de celle-ci un supplétif de l'efficacité militaire, v. *supra*, §§ 181-184

utile ou nécessaire de faire dans la guerre, mais à partir d'idées formulées *a priori* sur ce que constitue bien ou mal agir⁷¹⁶. Ces règles reposent sur « *des critères moraux indépendants, résistant aux exigences de la guerre* »⁷¹⁷ et aux calculs utilitaristes qui en sont le corollaire⁷¹⁸. Il n'y a donc, du point de vue du jugement axiologique, ni antinomie, ni contradiction, ni dilemme : l'individu axiologiquement rationnel *doit* adopter les comportements que l'ordre moral lui impose d'adopter, qu'elles qu'en soient les conséquences. Toute décision inverse est une mauvaise décision.

237. Ainsi, à moins de recourir à un métadiscours qui aurait pour fonction de résoudre ce dilemme⁷¹⁹, celui-ci est insusceptible d'être résolu dans ses propres termes. L'homme se retrouve donc « *livré à l'arbitraire de décisions toutes également justifiables ou injustifiables* »⁷²⁰, selon le point de vue que l'on adopte (instrumental ou axiologique). Or, le problème est que, pour les combattants, il n'existe pas de débat sur le point de vue à adopter. En effet, du point de vue du soldat, rationalité instrumentale et rationalité axiologique ne se trouvent pas sur un pied d'égalité : l'action militaire est déterminée par un calcul efficacité moyens/fins, pas à partir de la rationalité axiologique⁷²¹. Par conséquent – et là se trouve le problème éthique fondamental que pose l'action guerrière –, la rationalité militaire enjoint aux soldats de mettre leurs tergiversations morales de côté et de trancher ce dilemme en faveur de l'efficacité militaire. Ce que l'on attend des militaires, ce n'est pas qu'ils se livrent à une introspection philosophique sur le bien et le mal et qu'ils mènent une vie bonne à partir de leurs découvertes métaphysiques. On attend d'eux une action purement pragmatique – qu'ils mettent en œuvre des moyens efficaces pour gagner la guerre. Telle est leur place dans la division du travail guerrier⁷²². C'est pourquoi la rationalité militaire est si problématique et si dangereuse pour la survie de l'ordre moral : les militaires n'ont aucun scrupule à sanctionner des procédés immoraux au nom de l'efficacité.

⁷¹⁶ Sur ce point, voir M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., pp. 189-199.

⁷¹⁷ Ibid., p. 196.

⁷¹⁸ Comme le dit de nouveau Walzer, l'ordre moral n'autorise les soldats « *à calculer les pertes et profits que jusqu'à un certain point, et c'est à ce point qu'elle fixe une série de règles claires, des fortifications morales (...) qu'on ne peut attaquer sans payer moralement le prix fort* » (ibid., p. 191). Par conséquent, « *un soldat ne peut justifier la violation des règles [morales] en invoquant les nécessités des conditions du combat ou en avançant qu'il ne pouvait agir autrement pour contribuer de manière significative à la victoire* » (ibid.).

⁷¹⁹ Le droit de la guerre prétend être un tel métadiscours. Sur ce point, v. *infra*, Chapitre 3, §§ 290-294.

⁷²⁰ R. ARON, « *Préface* », op. cit., p. 40.

⁷²¹ V. *supra*, §§ 167-179 (sur l'érection de l'efficacité en seul et unique critère de l'action militaire) et §§ 181-184 (sur le rejet de la morale comme critère de l'action militaire).

⁷²² Sur la division du travail guerrier, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 137-146.

§ II. – La sanction de procédés immoraux au nom de l'efficacité : démonstration par l'exemple

238. L'histoire contemporaine offre d'amples témoignages du fait que la rationalité militaire résout le conflit entre moralité et efficacité militaire dans le sens de l'efficacité. Dans les lignes qui suivent, il conviendra de mettre en scène le conflit entre rationalité instrumentale (efficacité) et rationalité axiologique (moralité) et de montrer que les militaires n'hésitent pas à employer et à justifier l'utilisation de moyens moralement répréhensibles sous prétexte de leur efficacité pour vaincre la résistance de l'ennemi à moindre coût. Sans prétendre à l'exhaustivité, ce fait sera illustré par trois exemples historiques : le bombardement de la population civile des villes assiégées (**A**), le bombardement stratégique visant à briser le moral de la population ennemie (**B**) et le recours à la torture et à la terreur dans la guerre contre-insurrectionnelle (**C**).

A. – Le bombardement de la population civile des villes assiégées

239. Dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, une révolution intellectuelle secoua le petit monde du génie militaire européen. Jusqu'à présent, il était admis que la guerre de siège obéissait à des règles strictes, solidement ancrées dans la culture militaire. Les assiégeants creusaient des tranchées parallèles au mur de la place forte qu'ils avaient décidé d'attaquer. La première parallèle était creusée à environ 600 mètres du mur d'enceinte, de manière à ce que celui-ci se trouve à portée des bouches de feu de l'assiégeant. L'artillerie ouvrait alors des brèches dans les murs d'enceinte et, une fois ces brèches ouvertes, les assaillants se frayait un chemin jusqu'à l'ouverture et pénétraient dans la place forte, où un combat acharné les opposaient aux défenseurs pour la prise de la ville⁷²³.

240. Mais en 1865, le général de brigade Étienne de Blois, du génie militaire français, publia un ouvrage qui bouleversa radicalement la manière dont les militaires appréhendaient la guerre de siège⁷²⁴. Dans cet ouvrage, le général de Blois s'appuie sur les évolutions technologiques en matière d'artillerie, dont les tirs ont « *augmenté de puissance et de*

⁷²³ Sur le siège en règle, v. p. ex. B. P. HUGUES, « Siege Artillery in the 19th Century », *Journal of the Society for Army Historical Research*, vol. 60, n°243, 1982, p. 130.

⁷²⁴ E. DE BLOIS, *De la fortification en présence de l'artillerie nouvelle*, vol. 1, Paris, Librairie militaire, 1865.

justesse »⁷²⁵, pour recommander l'adoption d'une nouvelle tactique : le bombardement⁷²⁶. Contre Vauban, qui considérait que les tirs de l'artillerie ne devaient être dirigées que contre les murs d'enceinte et non contre les parties habitées de la ville (« *parce que ce sont autant de coups perdus qui ne contribuent en rien à la prise de la place* »⁷²⁷), le général de Blois recommande de « *diriger les bombes à l'intérieur des villes* »⁷²⁸. Correctement comprise et exécutée, cette tactique permettrait d'obtenir la reddition de la place forte et de ses défenseurs sans que l'assiégeant n'ait « *besoin de sortir de la zone de l'artillerie* »⁷²⁹, et donc sans avoir besoin de donner l'assaut. Pour obtenir la capitulation des assiégés, de Blois compte sur la terreur générée par le bombardement au sein de la population civile. En effet, avec le bombardement des villes, « [l]a mort plane sur toutes les têtes » : « [c]haque individu se sent menacé dans son existence, dans celle de tout ce qu'il a de plus cher au monde, dans la conservation de ses propriétés, que l'incendie peut à tout moment détruire »⁷³⁰. Dès lors, cette situation deviendra rapidement « *intolérable aux masses* », et celles-ci se retourneront contre le gouverneur de la ville assiégée pour « *lui arracher une capitulation immédiate* »⁷³¹.

241. Il va sans dire que l'ordre moral s'oppose absolument à la mise en œuvre d'une telle tactique. En effet, celle-ci consiste prendre la population civile et ses biens pour cible dans le but explicite de répandre la terreur⁷³². De Blois affirme lui-même qu'« [i]l est impossible de ne pas reconnaître ce qu'il y a de cruel à s'en prendre à une population civile, en l'écrasant de bombes, sans distinction d'âge, ni de sexe »⁷³³. Quelques années plus tard,

⁷²⁵ M. COSSERON DE VALMOISY, « Sur la fortification et l'artillerie nouvelle », *Moniteur de l'armée*, 6 mars 1866, p. 2.

⁷²⁶ Nous voyons ainsi que, comme le note Edwards, « [t]he reason why formerly the civil population of fortified towns was often spared the terror and torture of a bombardment, was not because the warriors of the seventeenth and eighteenth centuries were more humane than those of the present day, but because their guns were less powerful » (H. S. EDWARDS, *The Germans in France. Notes on the Method and Conduct of the Invasion; the Relations Between Invaders and Invaded; and the Modern Usages of War*, Londres, E. Stanford, 1874, p. 165).

⁷²⁷ S. DE VAUBAN, *Traité des sièges et de l'attaque des places*, Paris, Librairie pour l'art militaire, 1829, p. 122 (« il faudra simplement tirer aux défenses et batteries de la place, et dans le centre des bastions et demi-lunes où on peut faire des retranchements, et non aux maisons, parce que ce sont autant de coups perdus qui ne contribuent en rien à la prise de la place, bien éloigné de cela, et le dommage qu'on y fait tourne toujours à perte pour le Roi : c'est pourquoi il est nécessaire de bien apprendre aux bombardiers ce qu'ils doivent battre, et leur défendre très-expressément de tirer aux bâtiments »). Il est intéressant de relever que Vauban s'oppose au bombardement des villes et de la population non sur un fondement moral, mais sur le fondement de l'efficacité de l'acte : il s'agit d'une tactique inutile et, en plus, contre-productive, car elle « tourne toujours à perte pour le Roi ».

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 81.

⁷²⁹ E. DE BLOIS, *De la fortification en présence de l'artillerie nouvelle*, *op. cit.*, p. 37.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 37.

⁷³² Or, l'ordre moral repose sur l'idée que la guerre est un *combat entre combattant*, et de cette idée découle la norme fondamentale de l'ordre moral : l'interdiction de prendre délibérément pour cible les non-combattants. V. *supra*, §§ 220-227.

⁷³³ E. DE BLOIS, *De la fortification en présence de l'artillerie nouvelle*, *op. cit.*, p. 61. Henri-Alexis BRIALMONT, célèbre colonel d'état-major belge et fervent défenseur de la tactique prônée par de Blois, reconnaît lui aussi que le bombardement de la population civile retranchée dans des villes assiégées constitue un procédé « *contre lequel le sentiment public s'est élevé à toutes les époques* » et « *un legs des temps barbares* » (H.-A. BRIALMONT, *Traité de*

après que cette tactique eut finalement été mise en œuvre dans la guerre franco-prussienne⁷³⁴, Johan Caspar Bluntschli en dénoncera « *l'immoralité criante* »⁷³⁵, alors que le comte de Chaudordy, ministre français des Affaires étrangères, en parlera comme d'un « *raffinement de violence calculée qui touche à la torture* »⁷³⁶.

242. En tout état de cause, malgré la reconnaissance du caractère immoral du moyen d'action envisagé, de Blois semble n'avoir aucun scrupule à le recommander quand même. C'est que l'action militaire est déterminée par une logique technique d'efficacité, de mise en adéquation des moyens et des fins, et non par la quête d'une vie conforme aux impératifs moraux. Or, si l'on en croit les officiers du génie de l'époque, le bombardement des villes et des populations civiles apparaît comme un moyen d'action particulièrement efficace : il s'agirait de « *l'un des auxiliaires les plus énergiques pour hâter la reddition de la place* »⁷³⁷. Selon eux, cette tactique permettrait une « *rapide conquête* »⁷³⁸ de la place forte, là où le siège en règle mobilise les soldats « *pendant vingt, trente ou quarante jours* »⁷³⁹ dans des conditions difficiles. De plus, cette tactique est présentée comme étant particulièrement efficiente, car elle permet une meilleure économie des moyens de guerre. En effet, le bombardement permet d'éviter de faire monter les troupes à l'assaut, au cours duquel « *la mousqueterie et la mitraille* » faisaient « *un ravage horrible* » parmi les troupes, causant « *en quelques heures des pertes énormes* »⁷⁴⁰. En évitant d'envoyer ses forces au contact de

fortification polygonale, vol. 1, Bruxelles, C. Muquardt, 1869, p. 161). Plus loin, l'auteur réitère qu' « [i]l est sans doute cruel de diriger l'attaque de manière à frapper surtout la population civile » (*ibid.*, p. 162).

⁷³⁴ Cette tactique fut probablement utilisée pour la première fois par le général VON WERDER lors du siège de Strasbourg. Sur ce point, v. not. M. HOWARD, *The Franco-Prussian War*, préf. B. TAITHE, Londres/New York, Routledge, 2021 [1961], coll. « Routledge Classics », pp. 282-285 ; D. GATES, *Warfare in the Nineteenth Century*, Hounds Mills/New York, Palgrave, coll. « European History in Perspective », 2001, p. 167. V. également H. S. EDWARDS, *The Germans in France*, *op. cit.*, pp. 162-187 ; H. VON MOLTKE, *La guerre de 1870*, 8^{ème} éd., trad. E. JAEGLE, Paris, Librairie H. le Soudier, 1891, pp. 163-170.

⁷³⁵ J. C. BLUNTSCHLI, « Du droit international », *Revue politique et littéraire*, 2^{ème} série, 1^{ère} année/1^{er} semestre, juillet-décembre 1871, p. 633. V. également J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 4^{ème} éd., préf. A. RIVIER, trad. M. C. LARDY, Paris, Guillaumin, 1886, p. 323 (qui qualifie cette tactique d'« entièrement immorale »).

⁷³⁶ Comte DE CHAUDORDY, cité in G. ROLIN-JAEQUEMYNS, *Second essai sur la guerre franco-allemande dans ses rapports avec le droit international*, Gand, I.-S. van Dooselaere, 1871, p. 14. Notons en passant que les contre-arguments moraux offerts par DE BLOIS et BRIALMONT n'emportent pas la conviction. Le premier se défend sur le plan moral en incitant les « *personnes qui regardent les bombardements comme des actes de barbarie* » à étudier les souffrances engendrées par les blocus, « *qui occasionnent des maux bien autrement cruels* » (E. DE BLOIS, *De la fortification en présence de l'artillerie nouvelle*, *op. cit.*, pp. 71-74). Le second affirme de but en blanc qu' « [i]l n'est pas plus barbare de tuer les hommes avec des bombes que de les tuer avec des boulets, des biscuiens ou des balles, que de les engloutir vivants au fond des entonnoirs de mine, de les faire sauter en l'air ou de les enfumer comme des bêtes fâvées, avec des fusées puantes » (H.-A. BRIALMONT, *Traité de fortification polygonale*, *op. cit.*, pp. 163-164). Ces contre-arguments manquent leur but, car l'objection morale à un tel procédé repose sur le statut des personnes ciblées (des non-combattants), pas sur la manière de les tuer.

⁷³⁷ Extrait d'une lettre adressée au général de Blois par le capitaine TOUZARD, professeur d'artillerie à l'École d'état-major, cité in E. DE BLOIS, *De la fortification en présence de l'artillerie nouvelle*, *op. cit.*, p. v.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁷³⁹ Propos du colonel VAUVILLIERS, cité in *ibid.*, p. 67.

⁷⁴⁰ Général PREVOT DE VERNOIS, cité avec approbation par de Blois, *ibid.*, p. 66.

l'ennemi, le bombardement permettrait ainsi d'« économiser du temps, de l'argent et le sang des soldats »⁷⁴¹ et, du fait de la soumission rapide de l'ennemi qu'elle permet, de redéployer plus rapidement les unités sur d'autres terrains⁷⁴².

243. Aux yeux des militaires, ces arguments suffisent à résoudre le conflit entre moralité et efficacité dans le sens de l'efficacité militaire. De Blois est explicite sur ce point : il dit en effet que « [s]i nous prouvons que les bombardements contribuent, d'une manière très-active, à hâter le dénouement des sièges », alors « ce [qu'une telle technique] a de cruel pourra être compensé par de précieux avantages militaires »⁷⁴³. Peu importe, donc, la cruauté du procédé : seule son efficacité compte. À bien des égards, l'émergence de cette nouvelle théorie du bombardement des civils témoigne de la naissance d'un « nouvel âge militaire »⁷⁴⁴. En effet, immédiatement après la Première Guerre mondiale, de nombreux stratèges vont défendre l'application par analogie de cette tactique sur le plan stratégique⁷⁴⁵.

B. – Le bombardement stratégique visant à briser le moral de la population ennemie

244. La Première Guerre mondiale provoqua un bouleversement radical dans la manière d'appréhender la guerre. En effet, selon les stratégistes, la guerre n'est plus simplement l'affaire d'armées, mais de peuples entiers⁷⁴⁶. De limitée et circonscrite, la guerre est devenue totale⁷⁴⁷. Or, puisque ce sont désormais des peuples qui s'affrontent, l'idée de prendre pour cible non plus simplement les forces armées mais le peuple dans son ensemble

⁷⁴¹ H.-A. BRIALMONT, *Traité de fortification polygonale*, op. cit., p. 169. De Blois considère que ce moyen d'action doit être recommandé, qu'il en va même du devoir du commandant militaire, puisque « son souverain lui a prescrit de ménager son temps et le sang de ses soldats » (E. DE BLOIS, *De la fortification en présence de l'artillerie nouvelle*, op. cit., p. 74, italiques omises).

⁷⁴² E. DE BLOIS, *De la fortification en présence de l'artillerie nouvelle*, op. cit., p. 58 (par la rapidité à laquelle il parvient à la capitulation, le bombardement permet « la libre disposition de l'armée de siège qui pourra prendre part aux événements ultérieurs de la guerre »).

⁷⁴³ Ibid., pp. 34-35. Il ajoute même, cynique : « [q]u'il importe à l'assiégeant d'avoir détruit ou endommagé quelques établissements publics ou des propriétés privées ? » (ibid., p. 58). Une telle affirmation relève clairement de la mauvaise foi, puisque de Blois réduit les conséquences du bombardements aux biens alors qu'il doit lui-même que le bombardement expose les personnes « dans leur existence », c'est-à-dire dans leur vie (ibid., p. 36).

⁷⁴⁴ M. HOWARD, *The Franco-Prussian War*, op. cit., p. 285, n. trad.

⁷⁴⁵ Sur la distinction entre le plan tactique et le plan stratégique, v. supra, § 125.

⁷⁴⁶ V. not. B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, New York, E. P. Dutton & Company, 1925, pp. 21 et 44. Nous reviendrons sur ce point *infra*, Chapitre 3.

⁷⁴⁷ Ce concept est développé par E. LUDENDORFF, *La guerre totale*, op. cit. On oublie souvent que le concept de guerre totale fut théorisé bien avant par Léon DAUDET, l'une des figures centrales de l'Action française. (L. DAUDET, *La guerre totale*, Paris, Nouvelle Librairie Nationale, 1918).

s’imposa rapidement « comme une évidence »⁷⁴⁸. « Désormais », dit Giulio Douhet, « le but de la guerre apparaît dans toute son ampleur et sa cruelle netteté ; il est devenu la destruction non d’une armée, mais d’une nation »⁷⁴⁹.

245. Le bombardement aérien, employé depuis les années 1910 dans les colonies⁷⁵⁰, va s’imposer comme le moyen le plus adapté pour mener ces nouvelles guerres. En effet, l’aviation a la capacité de « "sauter" par-dessus les armées et les flottes et d’attaquer ce qui se trouve à l’arrière »⁷⁵¹. Or, pour de nombreux stratégies, ce qui se trouve derrière les lignes de défense de l’armée ennemie est plus important, sur le plan stratégique, que l’armée elle-même. On considère désormais que la force d’une nation dépend de deux facteurs : sa puissance industrielle, qui lui permet de produire en grande quantité les biens essentiels à la conduite de la guerre, et sa cohésion politique, qui lui permet de tenir face à l’adversité⁷⁵². L’appareil militaire n’est plus qu’un « épiphénomène »⁷⁵³ de la puissance ennemie. Par conséquent, le centre de gravité s’est déplacé : sur le plan stratégique, vaincre l’ennemi ne suppose plus de détruire ses forces armées, mais de s’attaquer aux sources économiques et morales de sa puissance⁷⁵⁴.

246. Mais comment, du point de vue opérationnel, provoquer un tel effet ? C’est ici que la théorie du bombardement stratégique fait son entrée dans la pensée militaire. Contrairement aux attaques tactiques, qui surviennent en soutien des forces terrestres ou navales, les attaques stratégiques ont pour fonction de réaliser directement l’objectif ultime de la guerre, à savoir vaincre la résistance de l’ennemi⁷⁵⁵. Or, puisque vaincre la résistance de l’ennemi suppose désormais de détruire à la fois son potentiel économique et sa cohésion politique, l’aviation va être employée pour détruire les infrastructures économiques et

⁷⁴⁸ T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel. Histoire globale des bombardements aériens*, Paris, Les Prairies ordinaires, coll. « Essais », 2014, p. 99.

⁷⁴⁹ Giulio DOUHET, cité in *ibid.*, p. 99. Les stratégies de l’entre-deux-guerres critiquent donc le « dogme » clausewitzien, selon lequel l’objectif principal de toute guerre est la destruction des forces armées de l’ennemi, ce qui suppose, sur le plan stratégique, de masser plus de soldats que l’ennemi – c’est la masse qui détermine la victoire (v. not. B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, *op. cit.*, pp. 10-18 ; J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, *op. cit.*, pp. 75-119).

⁷⁵⁰ Sur ce point, v. T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, *op. cit.*, not. pp. 75-91.

⁷⁵¹ J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, *op. cit.*, p. 148, n. trad. V. ég. G. DOUHET, *The Command of the Air*, trad. D. FERRARI, Maxwell Air Force Base, Air University Press, 2019 [1921], p. 8 (« now, it is possible to go far behind the fortified lines of defense without first breaking through them. It is airpower which makes this possible ») ; B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, *op. cit.*, p. 37 (« [a]ircraft enables us to jump over the army which shields the enemy government, industry, and people »).

⁷⁵² T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, *op. cit.*, p. 143 ; B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁵³ T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁵⁴ Sur le concept de centre de gravité, v. *supra*, Chapitre 1, § 144.

⁷⁵⁵ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, pp. 788-790. Sur la distinction entre le plan tactique et le plan stratégique, v. *supra*, § 125.

industrielles de l'ennemi et le moral de l'ennemi lui-même⁷⁵⁶. En effet, pour de nombreux stratégies de l'entre-deux-guerres, le bombardement stratégique doit se donner pour objectif de briser le moral de la nation ennemie. Il s'agit, pour reprendre les mots de John. F. C. Fuller, de « *pétrifier l'esprit humain par la peur* », de sorte à « *réduire le moral de l'ennemi à un niveau si bas qu'il est prêt à mettre de côté son existence ou sa politique nationale et à accepter la volonté de son adversaire* »⁷⁵⁷. Pour ce faire, les stratégies recommandent de bombarder directement la population civile ennemie, en noyant les grands centres urbains sous les bombes. Giulio Douhet recommande ainsi de bombarder « *les centres civils les plus importants* », ce qui permettra de « *répandre la terreur dans la nation et [de] briser rapidement la résistance matérielle et morale de [l'ennemi]* »⁷⁵⁸ ; John F. C. Fuller affirme sans détour que « *les cibles principales de l'attaque morale sont les habitants civils du pays attaqué* »⁷⁵⁹, car c'est sur « *la volonté de la nation* » que « *le pouvoir du gouvernement repose* »⁷⁶⁰ ; et Basil Liddell Hart enjoint aux forces aériennes de prendre pour cible les « *grands centres [urbains]* »⁷⁶¹, de manière à « *rendre la vie si désagréable et difficile pour le peuple qu'il se soumettra à [nos] conditions plutôt que d'endurer cette misère* »⁷⁶². Dans tous les cas, l'effet recherché par le bombardement aérien doit être « *la terrorisation [des] habitants civils* »⁷⁶³. Le raisonnement est essentiellement le même que celui du général de Blois : la pression psychologique mise sur les civils se retournera à terme contre les autorités civiles et militaires, entraînant la capitulation de l'ennemi⁷⁶⁴.

247. Les stratégies de l'entre-deux-guerres sont parfaitement conscients du fait qu'il existe une « *objection éthique* » à la mise en œuvre d'une telle stratégie qui, en tant qu'elle consiste

⁷⁵⁶ Dans son acception large, le bombardement stratégique correspond à « *l'attaque du territoire ennemi au-delà du théâtre d'opération* » (H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 811). Cependant, il faut distinguer différents types de bombardement stratégique en fonction des objectifs visés. En effet, les modalités du bombardement stratégique « *peuvent être fort diverses : il peut viser des objectifs économiques (installations industrielles, voies de communication) ou militaires (bases militaires de l'arrière, infrastructures logistiques, centres de commandement...), mais il inclut aussi des objectifs que les spécialistes appellent pudiquement "démographiques"* », dont le « *but est de provoquer, par des effets autant matériels que psychologiques, une désagrégation du potentiel ennemi au point de le rendre incapable de poursuivre la guerre, alors même que ses forces militaires n'auraient pas été détruites sur le champ de bataille* » (*ibid.*).

⁷⁵⁷ J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., pp. 104-105, n. trad. Dans le même sens, Hart recommande de mener une « *moral attack* » visant à réduire la volonté du peuple ennemi « *to such a degree that they will sue for peace rather than face a continuation of the struggle* » (B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., p. 28).

⁷⁵⁸ G. DOUHET, *The Command of the Air*, op. cit., p. 52, n. trad.

⁷⁵⁹ J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., p. 105, n. trad.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 112, n. trad.

⁷⁶¹ B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., p. 41, n. trad.

⁷⁶² *Ibid.*, pp. 29-30.

⁷⁶³ J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., p. 112, n. trad. Douhet parle de la « *terror from the air* » (G. DOUHET, *The Command of the Air*, op. cit., p. 53), et Hart parle de « *panic and demoralization* » (B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., p. 41), ce qui revient essentiellement au même.

⁷⁶⁴ V. not. Hugh TRENCHARD, cité in T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, op. cit., p. 104. Cette analogie est explicite chez J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., pp. 104-105. Ce raisonnement se retrouve également dans la stratégie navale défendue par la Jeune École française (v. T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, op. cit., pp. 32-35).

à attaquer directement la population civile, constitue un « *affront aux sentiments humains* »⁷⁶⁵. Il fut même une époque où Giulio Douhet lui-même écartait la possibilité du bombardement de terreur sur le fondement moral, qualifiant un tel procédé « *d'acte d'une telle barbarie qu'il révolterait la conscience du monde civilisé* »⁷⁶⁶. Néanmoins, pour les stratégies, l'objection morale pèse peu au regard de l'efficacité du procédé. Ils s'accordent en effet pour dire que le bombardement moral constitue un moyen « *très efficace* »⁷⁶⁷ de vaincre l'ennemi, puisqu'il permet de « *gagner une guerre plus rapidement (...) en provoquant un état d'incrédulité ou de démoralisation* »⁷⁶⁸. Et comme le bombardement de terreur s'attaque à des éléments particulièrement vulnérables du dispositif ennemi (les centres urbains), il évite de « *s'écraser contre une résistance plus solide* »⁷⁶⁹, et permet donc d'éviter « *un grand gâchis de temps, d'argent et d'hommes* »⁷⁷⁰. Le bombardement stratégique est donc également justifié sur le plan de l'efficience : il constitue un « *moyen d'attaque plus économique* »⁷⁷¹ que tous ceux mis au point par le passé. Ainsi, en recommandant l'adoption de ce procédé, les militaires ne font que se plier aux diktats de la rationalité instrumentale. En effet, ils se contentent de rechercher les moyens « *les plus adaptés, les plus rapides, et les plus économiques* »⁷⁷² d'atteindre l'objectif ultime de toute guerre : vaincre l'ennemi. Ils n'ont donc aucun scrupule à recommander, au nom de l'efficacité militaire, un procédé dont ils reconnaissent eux-mêmes l'immoralité.

⁷⁶⁵ B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., p. 43, n. trad. De même, Fuller reconnaît que dans la guerre traditionnelle, « *it was the rule that armies attacked armies and not non-combatants* » (J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., p. 107).

⁷⁶⁶ Giulio DOUHET, cité in T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, op. cit., p. 139. Les stratégistes offrent deux contre-arguments moraux particulièrement peu convaincants. Certains, à l'image de Douhet, affirment que la guerre totale a effacé entièrement la distinction entre combattants et non-combattants, puisque « *tous travaillent pour la guerre et que la perte d'un ouvrier est peut-être plus grave que la perte d'un soldat* » (Giulio DOUHET, cité in *ibid.*, p. 100). Il n'en demeure pas moins que la distinction entre « *ouvrier* » et « *soldat* » demeure et que le premier, contrairement au second, est désengagé militairement : il ne participe à l'effort général de guerre, mais pas aux combats. D'autres, comme Hart et Fuller, affirment que le bombardement de terreur constitue une stratégie *plus morale* que celle consistant à détruire les forces armées ennemis, qui réduisait la guerre à n'être qu'un « *appaling slaughter* » (J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., p. 107) : le bombardement de terreur permettrait de vaincre l'ennemi en causant globalement moins de morts que la guerre traditionnelle (*ibid.*, p. 108 ; B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., p. 44). Néanmoins, la moralité n'est pas fonction de la *quantité* de personnes tuées, mais de leur *qualité* (sur ce point, v. *supra*, § 226).

⁷⁶⁷ G. DOUHET, *The Command of the Air*, op. cit., p. 229, n. trad.

⁷⁶⁸ J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., p. 105, n. trad. Sur l'avantage du bombardement aérien par rapport à la famine, v. B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., pp. 32-33.

⁷⁶⁹ G. DOUHET, *The Command of the Air*, op. cit., p. 114, n. trad.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 11, n. trad.

⁷⁷¹ J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., p. 101, n. trad. V. ég. B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., p. 19 (le bombardement stratégique permet de « *subdue the enemy's will to resist, with the least possible human and economic loss to itself* »).

⁷⁷² *Ibid.*, p. 20, n. trad.

248. Le bombardement de terreur sera massivement mis en œuvre au cours de la Seconde Guerre mondiale⁷⁷³, en particulier par la Royal Air Force et l'US Air Force⁷⁷⁴. Et si l'efficacité militaire du bombardement stratégique sera par la suite remise en cause⁷⁷⁵, ses conséquences sont bien établies : le bombardement stratégique causera des centaines de milliers de morts civiles, qui culmineront lors de l'ultime bombardement stratégique des Alliés, à savoir le largage des bombes atomiques sur Hiroshima et Nagasaki⁷⁷⁶.

C. – Le recours à la torture et à la terreur dans les guerres contre-insurrectionnelles

249. Après la Seconde Guerre mondiale, les militaires occidentaux firent face à une toute nouvelle forme de guerre, qui pris « *le contre-pied des scénarios apocalyptiques établis dans le prolongement de la destruction d'Hiroshima et de Nagasaki* »⁷⁷⁷ : la guerre dite « révolutionnaire ». En Indochine (1946-1954), en Algérie (1954-1962) et au Vietnam (1955-1975), les militaires ne firent pas face à des soldats en uniforme servant les intérêts d'un autre État et employant à cette fin les moyens réguliers de la guerre traditionnelle. Dans le contexte de la Guerre froide et de l'opposition entre le « monde communiste » et l'autoproclamé « monde libre », les militaires se retrouvèrent projetés sur des théâtres d'opération lointains et inconnus, dans ce que militaires et hommes d'État occidentaux décriront comme une « *croisade mondiale contre l'expansionnisme communiste* »⁷⁷⁸.

⁷⁷³ Selon certains auteurs, la théorie du bombardement stratégique fut déjà mise en œuvre au cours de la Première Guerre mondiale. V. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., pp. 812-813.

⁷⁷⁴ V. la littérature citée dans la note suivante.

⁷⁷⁵ V. not. R. A. PAPE, *Bombing to Win: Air Power and Coercion in War*, Ithaca, Cornell University Press, coll. « Cornell Studies in Security Affairs », 1996 ; T. BIDDLE, *Rhetoric and Reality in Air Warfare: The Evolution of British and American Ideas about Strategic Bombing, 1914-1945*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, coll. « Princeton Studies in International History and Politics », 2004 ; R. OVERY, *The Bombing War. Europe 1939-1945*, Londres, Penguin, 2014.

⁷⁷⁶ Ibid. Les théories de Giulio Douhet ont récemment fait leur retour, sous une forme édulcorée, au sein de l'US Air Force. Deux noms sont associés au « néo-douhéisme » : John BOYD et John A. WARDEN III. Le premier n'a jamais exposé sa pensée dans un ouvrage systématique (v. cependant J. HENROTIN, *L'Airpower au 21^e siècle. Enjeux et perspectives de la stratégie aérienne*, Bruxelles, Bruylants, 2005). La pensée du second est résumée in J. A. WARDEN III, « The Enemy as a System », op. cit., et J. A. WARDEN III, *The Air Campaign: Planning for Combat*, Potomac, Pickle Partners Publishing, 2014 [1988]. Sur le néo-douhéisme, v. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., pp. 777-784 et T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, op. cit., pp. 195-219. Sur la traduction juridique du « néo-douhéisme », v. not. C. J. DUNLAP, « The End of Innocence: Rethinking Noncombatancy in the Post-Kosovo Era », *Strategic Review*, vol. 28, 2000, pp. 9-17.

⁷⁷⁷ F. DIEU, « La doctrine de la guerre révolutionnaire. Un épisode méconnu de la pensée militaire française », *Res Militaris*, vol. 6, n°2, 2016, p. 2.

⁷⁷⁸ Ibid., p. 8.

250. Pour affronter cet ennemi d'un genre nouveau, naquit en France une nouvelle doctrine militaire, la doctrine de la guerre révolutionnaire (DGR), qui s'exportera aux États-Unis sous le nom de doctrine de la contre-insurrection (COIN)⁷⁷⁹. Selon les théoriciens, la guerre révolutionnaire se caractérise par le fait que les militaires font face à « *un ennemi invisible, fluide, insaisissable* »⁷⁸⁰, contre lequel « *les blindés comme les avions de chasses sont le plus souvent inopérant* »⁷⁸¹ et dont la tactique consiste à « *se disperser devant une opposition supérieure, puis à se reformer pour frapper de nouveau* »⁷⁸². Cet « *ennemi sans visage* »⁷⁸³ évite la confrontation directe et mène un « *combat souterrain sous forme d'attentats, d'embuscades ou de sabotages* »⁷⁸⁴. Dans la guerre révolutionnaire, il est donc particulièrement difficile d'identifier l'ennemi et de distinguer les insurgés de la population civile, d'autant plus que les insurgés sont « *généralement soutenus par des individus et des petits groupes* » qui, tout en n'étant pas des « *membres formels* » de l'organisation ennemie, fournissent néanmoins « *une aide en matière de renseignement, d'évasion et de fuite, et d'approvisionnement* »⁷⁸⁵. En conséquence, le soutien de la population civile représente un objectif stratégique déterminant⁷⁸⁶. Pour les contre-révolutionnaires, il convient donc d'agir sur la population civile de manière à ce qu'elle cesse de soutenir les insurgés⁷⁸⁷. Pour faire face à cette nouvelle forme de guerre, les théoriciens de la contre-insurrection vont faire table-rase des procédés traditionnels⁷⁸⁸. Parmi les nouveaux procédés imaginés, deux vont retenir notre attention.

⁷⁷⁹ Sur la doctrine de la guerre révolutionnaire et son exportation aux États-Unis d'Amérique, v. not. J. RUBENSTEIN, *Terreur et séduction*, op. cit. ; M.-M. ROBIN, *Escadrons de la mort, l'école française*, Paris, La Découverte, coll. « Essais », 2008.

⁷⁸⁰ R. TRINQUIER, *La guerre moderne*, Paris, La Table Ronde, coll. « L'ordre du jour », p. 157.

⁷⁸¹ F. DIEU, « La doctrine de la guerre révolutionnaire », op. cit., p. 12.

⁷⁸² ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Operations Against Irregular Forces*, FM 31-15, 1961, p. 6, n. trad.

⁷⁸³ F. DIEU, « La doctrine de la guerre révolutionnaire », op. cit., p. 12.

⁷⁸⁴ Ibid. V. ég. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Operations Against Irregular Forces*, op. cit., pp. 6-7.

⁷⁸⁵ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Operations Against Irregular Forces*, op. cit., p. 5, n. trad. Pour reprendre le célèbre slogan de MAO ZEDONG, la guerre révolutionnaire ne peut être gagné que si « le rebelle vit dans la population comme un poisson dans l'eau ».

⁷⁸⁶ M. MEISSONNIER, « De Clausewitz à Galula, la singularité de la guerre contre-insurrectionnelle », *Revue Défense Nationale*, n°723, 2009, p. 101 (« [l]e contrôle de la population est la force principale de l'insurgé. C'est cet atout qui lui permet d'être volatile, d'esquiver une opération militaire classique, de refuser le combat et de revenir affirmer son emprise la nuit puis le jour »).

⁷⁸⁷ Comme le dit le colonel LACHEROY, dans la guerre révolutionnaire, le « *problème n°1, c'est la prise en main des populations qui servent de support à cette guerre et au milieu desquelles elle se passe. Celui qui les prend ou qui les tient a déjà gagné* » (cité in F. DIEU, « La doctrine de la guerre révolutionnaire », op. cit., p. 14). Sur le colonel LACHEROY, v. M.-C. VILLATOUX, P. VILLATOUX, « Aux origines de la "guerre révolutionnaire" : le colonel Lacheroy parle », *Revue historique des armées*, vol. 268, 2012, pp. 43-53.

⁷⁸⁸ Ainsi que le résume bien un manuel des forces spéciales américaines de 1960, « *[n]o rote, drill or other rigidly defined tactics or techniques can be prescribed in the conduct of suppression operations* » (cité in M. MCCLINTOCK, *Instruments of Statecraft. U.S. Guerilla Warfare, Counter-Insurgency and Counter-Terrorism, 1940-1990*, New York, Pantheon Books, 1992, p. 216). V. ég. R. TRINQUIER, *La guerre moderne*, op. cit., p. 187 (il est une « *nécessité absolue d'employer toutes les armes dont se servent nos adversaires* »). Comme le note McClintock, c'est une « *no-holds-barred*

251. Premièrement, certains théoriciens de la contre-insurrection recommandent de recourir à la torture contre les insurgés capturés pour obtenir des renseignements⁷⁸⁹. En effet, pour parvenir à supprimer une organisation insurrectionnelle, le renseignement est clé : il faut savoir qui compose cette organisation. Or, les insurgés opèrent dans la clandestinité la plus complète et la population civile, soit par adhésion, soit par peur des représailles, refusera le plus souvent de donner des noms. L'un des moyens d'obtenir des renseignements consiste donc à interroger directement les insurgés faits prisonniers, car « *chaque homme a un chef qu'il connaît* »⁷⁹⁰. On pourrait donc remonter la structure hiérarchique de l'organisation clandestine par ce moyen. Or, au cours de l'interrogatoire, de deux choses l'une : soit le prisonnier « *donne sans difficulté les renseignements demandés* » et l'interrogatoire sera alors « *rapidement terminé* » ; soit il refuse de donner des renseignement, et « *des spécialistes devront, par tous les moyens, lui arracher son secret. Il devra alors (...) affronter la souffrance et peut-être la mort qu'il a su éviter jusqu'alors* »⁷⁹¹. S'il est rare de trouver des écrits aussi explicites sur l'utilisation de la torture, il ne fait aucun doute que celle-ci a été théorisée dans l'ombre⁷⁹² et utilisée à des échelles industrielles dans de très nombreuses guerres contre-insurrectionnelles⁷⁹³.

252. Cette « discrétion » des théoriciens sur l'usage de la torture peut s'expliquer par le fait que ceux-là même qui en recommandent l'emploi savent, par intuition, ce qu'un tel procédé a d'immoral⁷⁹⁴. Cependant, les considérations morales ne sont pas ce qui détermine le militaire à agir – et c'est là tout le problème. En tant que techniciens de la violence, les

approach » qui prévaut dans la doctrine contre-insurrectionnelle (M. MCCLINTOCK, *Instruments of Statecraft*, *op. cit.*, p. 217).

⁷⁸⁹ La torture peut revêtir plusieurs fonctions, parmi lesquelles la collecte de renseignements et la propagation de la terreur (J. RUBENSTEIN, *Terreur et séduction*, *op. cit.*, pp. 147-148). Il ne sera question ici que de la torture comme mode de collecte de renseignements.

⁷⁹⁰ R. TRINQUIER, *La guerre moderne*, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁹² F. DIEU, « La doctrine de la guerre révolutionnaire », *op. cit.*, p. 21 (où l'auteur se demande « *si le colonel Trinquier n'a pas écrit noir sur blanc ce que les autres officiers n'ont pas été en mesure de publier dans les colonnes de la presse militaire, mais que, d'une certaine façon, ils ont suggéré par leurs écrits* »).

⁷⁹³ Sur ce point, v. not. J. RUBENSTEIN, *Terreur et séduction*, *op. cit.*

⁷⁹⁴ Ainsi par exemple du général Paul Aussaresses, ancien coordinateur des services de renseignement à Alger et tortionnaire notaire : interrogé sur la question de savoir s'il relève de « *l'honneur d'une armée que (...) de torturer* », Aussaresses répond « *non* » sans l'ombre d'une hésitation (« Ali Boumendjel : Les aveux du Général Aussaresses », *Archives INA*, 3 mai 2001). Dans une interview au monde, le général Aussaresses reconnaît d'ailleurs, comme pour soulager sa conscience, que torturer ne lui faisant pas « *plaisir* » (F. BEAUGE, « Les aveux du général Aussaresses : « Je me suis résolu à la torture » », *Le Monde*, 4 déc. 2013). De même pour le général Massu, un autre tortionnaire ayant sévi en Algérie, qui affirme que « *[m]oralement, la torture est quelque chose de moche* » (ANON., « Torture en Algérie : l'aveu des généraux », *Le Monde*, 23 nov. 2000). Et, suite au scandale d'Abou Ghraib, il n'est pas rare de lire dans la presse tel agent de la CIA affirmer que la torture est une « *atteinte à l'honneur* » (J. VEST, « CIA Veterans Speak Out Against Torture », *Government Executive*, 23 nov. 2005, n. trad.), ou tel militaire juger que la torture « *est un mal* » (C. ROSENBERG, « Foreman Says Military Jury Was Distusted by C.I.A. Torture », *The New York Times*, 6 nov. 2021, n. trad.).

militaires doivent employer « *tous les moyens nécessaires pour vaincre* » dans les guerres contre-insurrectionnelles, exactement comme ils l'ont « *toujours fait dans les guerres classiques du passé* »⁷⁹⁵. Et il s'avère que, pour eux, la torture constitue un moyen de guerre efficace, comme pourrait l'être n'importe quel autre moyen⁷⁹⁶. Ainsi, durant la Guerre d'Algérie, « *l'utilisation de la torture* » se justifiait par « *l'impression d'une grande efficacité de cette violence, présentée simplement comme une méthode adaptée à la nature de la lutte* »⁷⁹⁷. De même, si les forces étatsuniennes recourent à la torture dans leur *Global War on Terror*, c'est parce qu'elles « *croyaient en son efficacité* »⁷⁹⁸.

253. Deuxièmement, les théoriciens de la contre-insurrection prescrivent l'utilisation de procédés visant à répandre la terreur au sein de la population civile⁷⁹⁹. En effet, « *la bataille pour la population est la caractéristique majeure de la guerre révolutionnaire* »⁸⁰⁰. L'action contre-insurrectionnelle ne peut parvenir à ses fins que si elle parvient à faire en sorte que la population civile se range de son côté plutôt que de celui des insurgés. Or, pour obtenir ce résultat, il n'existe fondamentalement que deux modes d'action : la séduction ou la terreur⁸⁰¹. Et la doctrine contre-insurrectionnelle a longtemps penché en faveur de la seconde option.

254. À ce titre, Michael McClintock montre comment la pensée insurrectionnelle s'est construite à partir des années 1960 autour de l'idée que « *la terreur est une arme légitime et (lorsqu'elle est utilisée correctement) efficace de la guerre (...) contre-insurrectionnelle* »⁸⁰². Pour les adeptes de la contre-insurrection, « *[q]uand deux forces luttent pour la loyauté et le contrôle de la population civile, le camp qui recourt le plus agressivement aux représailles violentes dominera la plupart des gens, même si leurs*

⁷⁹⁵ R. TRINQUIER, *La guerre moderne*, op. cit., p. 189.

⁷⁹⁶ En ce sens, le colonel Antoine ARGOUD, un officier ayant participé à la guerre d'Algérie, affirme sans ambages que si la torture a « *mauvaise presse* », elle n'en est pas moins « *un acte de violence au même titre que la balle du fusil, l'obus, le lance-flammes, la bombe, le napalm ou les gaz* » (A. ARGOUD, *La décadence, l'imposture et la tragédie*, Paris, Fayard, 1974, p. 147, cité in F. DIEU, « *La doctrine de la guerre révolutionnaire* », op. cit., p. 20). V. ég. S. THENAULT, *Algérie : des « événements » à la guerre. Idées reçues sur la guerre d'indépendance algérienne*, Paris, Le Cavalier Bleu, coll. « *Idées reçues* », 2012, pp. 73-79.

⁷⁹⁷ R. BRANCHE, « *La torture pendant la guerre d'Algérie* », in M. HARBI, B. STORA (dir.), *La guerre d'Algérie, 1954-2004. La fin de l'amnésie*, Paris, Laffont, 2004, p. 388.

⁷⁹⁸ J. BELL, « *"Behind this Mortal Bone": the (In)Effectiveness of Torture* », *Indiana Law Journal*, vol. 83, n°1, 2008, p. 350, n. trad.

⁷⁹⁹ La torture, qu'elle soit utilisée pour collecter des renseignements ou non, peut figurer parmi ces procédé.

⁸⁰⁰ D. GALULA, *Counterinsurgency Warfare: Theory and Practice*, préf. J. A. NAGL, Westport/Londres, Praeger Security International, coll. « *PSI Classics of the Counterinsurgency Era* », 2006 [1964], p. 4, n. trad. V. ég. *ibid.* (« *[i]f the insurgent manages to dissociate the population from the counterinsurgent, to control it physically, to get its active support, he will win the war because, in the final analysis, the exercise of political power depends on the tacit or explicit agreement of the population or, at worst, on its submissiveness* »).

⁸⁰¹ Pour reprendre le titre de l'ouvrage de J. RUBENSTEIN, *Terreur et séduction*, op. cit.

⁸⁰² M. MCCLINTOCK, *Instruments of Statecraft*, op. cit., p. 229, n. trad.

*sympathies peuvent aller dans l'autre sens »⁸⁰³. Ceux-ci recommandent donc de soumettre la population civile à un « *traitement rigoureux* », comprenant assassinats, enlèvements, actes d'intimidation, attentats, torture, etc., afin d'« *affaiblir la croyance des collaborateurs dans la force et le pouvoir* [des insurgés] »⁸⁰⁴. Tout ceci n'en restera évidemment pas au stade de la théorie : ces « *opérations de terreur* » furent mises en œuvre « *dans de nombreux pays au cours des décennies suivantes, et resteront une caractéristique de l'État contre-insurrectionnel dans les années 1980* »⁸⁰⁵ – et bien au-delà⁸⁰⁶.*

255. Nul besoin de s'attarder sur le caractère immoral d'un tel procédé, qui consiste à employer la violence à l'encontre de non-combattants⁸⁰⁷. Même Sir Robert G. K. Thompson, l'un des principaux théoriciens britanniques de la contre-insurrection, reconnaît que cette tactique est « *moralement répréhensible* »⁸⁰⁸. Mais la morale est étrangère au logiciel de ses défenseurs de cette tactique : tout ce qui importe à leurs yeux, c'est que celle-ci se justifie sur le fondement de l'efficacité. Or, ceux-ci estiment que « *[I]es représailles les plus violentes sont en fait l'arme la plus efficace pour gagner le contrôle de la population* »⁸⁰⁹. Réduisant une fois de plus la violence à un simple « *moyen en vue d'une fin* »⁸¹⁰, la rationalité militaire sanctionne de nouveau l'utilisation d'un procédé immoral⁸¹¹.

*

256. Conclusion de la Sous-section 2. Par sa double nature d'être instrumentalement rationnel et d'être moral, le combattant est condamné, au gré des événements, à faire face au dilemme suivant : faut-il préférer suivre la rationalité instrumentale et employer les moyens efficaces et efficents pour parvenir à ses fins, quitte à contrevenir aux prescriptions morales

⁸⁰³ F. A. LINDSAY, « Unconventional Warfare », *Foreign Affairs*, vol. 40, n°2, 1962, p. 268, n. trad.

⁸⁰⁴ Cité in M. MCCLINTOCK, *Instruments of Statecraft*, op. cit., p. 232, n. trad. Dans les pages de la *Military Review*, un officier du renseignement militaire suggère ainsi d'« *intimider, kidnapper ou assassiner des membres de l'opposition soigneusement sélectionnés de manière à en tirer un maximum de bénéfices psychologiques* » (A. L. FISHER, « To Beat the Guerrillas at their Own Game », *Military Review*, vol. 85, 1963, p. 33, cité in M. MCCLINTOCK, *Instruments of Statecraft*, op. cit., p. 234, n. trad.). Des manuels militaires étatsuniens proposent également d'exécuter des attentats dont la responsabilité sera imputée aux insurgés, afin « *d'inciter la population civile à rechercher la protection du gouvernement* » (M. MCCLINTOCK, *Instruments of Statecraft*, op. cit., p. 235, n. trad.).

⁸⁰⁵ Ibid., p. 217

⁸⁰⁶ J. RUBENSTEIN, *Terreur et séduction*, op. cit. ; M.-M. ROBIN, *Escadrons de la mort, l'école française*, op. cit.

⁸⁰⁷ Sur le principe moral d'immunité des non-combattants, v. supra, §§ 220-227.

⁸⁰⁸ R. THOMPSON, *Defeating Communist Insurgency, Experiences from Malaya and Vietnam*, Londres, Chatto & Windus, coll. « Studies in International Security », 1966, p. 53, n. trad.

⁸⁰⁹ M. MCCLINTOCK, *Instruments of Statecraft*, op. cit., p. 238, n. trad.

⁸¹⁰ Ibid., n. trad.

⁸¹¹ Ces deux modes d'action (la torture et la terreur), théorisés dès le début des années 1960, finiront par être abandonnés à la fin des années 2000. Non pas que les spécialistes de la contre-insurrection aient finalement décidé de calquer leur action sur les impératifs moraux ; simplement, un nouveau consensus a émergé au sein de la doctrine contre-insurrectionnelle : on considère désormais que ces deux moyens d'action sont inefficaces. V. *infra*, Chapitre 3, §§ 239-330.

les plus essentielles ? Ou bien faut-il préférer suivre la rationalité axiologique et se plier aux prescriptions de l'ordre moral, quitte à mettre en danger la possibilité de vaincre militairement l'ennemi ? Or, pour les militaires, ce dilemme n'en est pas réellement un. En effet, le militaire n'est qu'un technicien de la violence ; sa place dans la division du travail guerrier lui enjoint de choisir l'efficacité au détriment de la morale, et, s'il le faut, de sacrifier la moralité sur l'autel de l'efficacité⁸¹².

*

257. Conclusion de la Section 2. La rationalité militaire n'opère pas dans un *vacuum* moral. Non seulement l'homme continue de juger moralement de ses actes et de ceux des autres même en temps de guerre, mais il est en plus possible d'identifier l'axiome fondamental de cet ordre moral : celui-ci s'organise autour du principe d'immunité des non-combattants. Or, il apparaît clairement que la rationalité militaire constitue une menace pour la survie de l'ordre moral. Opérant à partir d'une logique instrumentale et technique, consistant à ajuster les moyens aux fins, les combattants n'ont aucun scrupule à recommander et à mettre en œuvre des procédés résolument immoraux, tant que ceux-ci leurs permettent d'atteindre leurs fins avec un coût minimum de temps, d'argent et d'hommes. Par conséquent, les conséquences d'un libre déploiement de la rationalité instrumentale sont claires et connues ; elles portent le nom de Dresde et de Hambourg, d'Hiroshima et de Nagasaki, d'Alger et de Guantánamo, et de bien d'autres terrains encore qui ont connu dans leur chair le déploiement de la rationalité militaire.

⁸¹² Sur la place du militaire au sein de la division du travail guerrier, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 137-146.

Conclusion du chapitre 2

258. À l’orée de ce chapitre, ancrant notre réflexion dans le constat selon laquelle l’action militaire trouvait son fondement dans une rationalité de type instrumentale, centrée sur l’adéquation des moyens aux fins, nous posons la question des limites de l’action militaire. Limites intrinsèques, tout d’abord. La rationalité militaire s’autolimite-t-elle dans son action ? Le critère central de l’action militaire, celui d’efficacité, permet-il de poser des limites de principe à l’action militaire ? Limites extrinsèques, ensuite. La rationalité militaire est-elle susceptible de franchir les limites tracées par l’ordre moral ? Est-elle susceptible de conduire, au nom de l’efficacité militaire à l’emploi de moyen qui révoltent la conscience morale ? Le traitement de ces deux questions révèle, dans toute son ampleur, le danger que la rationalité militaire constitue pour la survie de l’ordre moral en temps de guerre.

259. D’une part, les combattants rejettent toute limite de principe à leur action. En effet, ils refusent que l’action militaire soit déterminée par quelque règle, principe ou doctrine posée *a priori*. Le propre de l’action militaire, c’est d’être capable de réagir à n’importe quelle situation, de faire face à n’importe quel contexte, bref : de se maintenir dans une disposition suffisamment ouverte pour réagir face aux nécessités de l’instant. Ainsi, l’action militaire et la violence qui en est le corrélat essentiel ne souffrent aucune limite de principe ; les combattants feront ce qu’il faut pour vaincre l’ennemi dans les circonstances toujours changeantes de la guerre.

260. D’autre part, il est clair que, parmi l’infinité des moyens que les guerriers sont susceptibles d’employer pour mener leur tâche à bien, certains heurtent les principes moraux les plus essentiels – à commencer par l’immunité des non-combattants. Or, ceci ne serait pas un problème si la rationalité militaire exigeait de faire prévaloir la moralité sur l’efficacité. Mais tel n’est pas le cas. Par leur fonction même, les militaires cherchent à atteindre un résultat pragmatique : vaincre la détermination de l’ennemi à continuer le combat. Par conséquent, l’action militaire se détermine uniquement au regard de l’efficacité des moyens disponibles. Et s’il arrive que la morale entre en conflit avec l’impératif d’efficacité, les militaires n’ont aucun scrupule à résoudre ce conflit dans le sens de l’efficacité militaire. Le bombardement des villes fortifiées pour effrayer la population assiégée, le bombardement des grands centres urbains pour briser le moral de l’ennemi, l’emploi de la torture et de la terreur dans les guerres contre-insurrectionnelles : toutes ces techniques furent utilisées

parce que les militaires jugèrent, dans les circonstances particulières auxquelles ils faisaient face, qu'il s'agissait de moyens efficaces pour vaincre la résistance de l'ennemi à moindre coût pour eux-mêmes.

261. Ainsi, à la question de savoir si la rationalité militaire constitue une menace pour la survie de l'ordre moral en temps de guerre, force est de répondre par l'affirmative. La logique et l'histoire confirment ici l'intuition commune : tout nous montre que les militaires ne se laisseront pas réfréner dans leur action par quelques objections morales. Quelles conclusions tirer de ce constat ?

Conclusion du titre 1

262. La guerre est décidément une affaire trop grave pour être laissée aux militaires. Certes, la guerre n'est pas ce phénomène de chaos absolu, de déchaînement de violence tous azimuts que l'on décrit parfois. La guerre est en effet une affaire hautement rationnelle, dans laquelle l'intelligence pratique a toute sa place : les militaires ne sont pas guidés par la soif de sang, mais par une mise en adéquation technique des moyens et des fins. Pour autant, cette rationalité de l'action militaire pose problème. En effet, elle instaure un rapport froidement instrumental à la violence de guerre. Réduite à n'être qu'un moyen mobilisé en vue d'une fin, qu'il s'agit d'utiliser de manière efficace et économique, la violence est dépouillée de toute dimension morale. Elle devient une affaire exclusivement bureaucratique et technique. Dès lors, il n'existe aucune raison pour que l'appareil militaire se réfrène dans son action. Par sa fonction même, l'appareil guerrier doit s'adapter aux circonstances présentes et aux nécessités de l'instant, ce qui implique qu'il rejette toute limite *a priori* à l'action – seul le contexte définit ce qu'il faut faire pour vaincre. De plus, l'efficacité constituant le critère unique de l'action militaire, il ne faut pas s'attendre à ce que les militaires s'empêchent d'employer tel ou tel procédé, même parfaitement immoral, dès lors qu'ils le jugent à même de soumettre l'ennemi. En effet, la rationalité instrumentale postule que « *rien dans ce monde n'est absolument bon ou absolument mauvais* »⁸¹³ : les moyens de l'action militaire n'ont de valeur qu'au regard de leur efficacité probable pour vaincre l'ennemi. L'action militaire ne tolère donc aucune autre limite que celles imposées par les circonstances – et c'est pourquoi elle est si problématique du point de vue moral.

263. Mais du danger que la rationalité militaire pose pour l'ordre moral, ce sont encore les militaires qui en parlent le mieux. Que penser, par exemple, des propos de tel stratège pour qui le moyen le plus rapide et le plus efficace de vaincre l'ennemi consiste à le bombarder jusqu'à le renvoyer « *à l'âge de pierre* »⁸¹⁴ ? Ou bien des propos de tel amiral pour qui la victoire exigerait de « *frapper [l']ennemi au ventre, de lui donner des coups de pied lorsqu'il est à terre, de faire bouillir [les] prisonniers dans l'huile (si [on] en [fait]) et de torturer [l']es femmes et [l']es enfants* »⁸¹⁵ ? Après tout, le terrorisme n'est-il pas l'arme de guerre la plus efficace et la plus économique ? Finalement, vaincre l'ennemi ne suppose-t-il pas

⁸¹³ J. F. C. FULLER, *The Reformation of War*, op. cit., p. 56, n. trad.

⁸¹⁴ Général Curtis LEMAY, cité in T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, op. cit., p. 178.

⁸¹⁵ Amiral John FISHER, cité in W. R. HAWKINS « Captain Mahan, Admiral Fisher and Arms Control at The Hague, 1899 », *Naval War College Review*, vol. 39, n°1, 1986, p. 82, n. trad.

d'« *anéantir tout ce qui ne ramp[e] pas à nos pieds comme des chiens* »⁸¹⁶ ? La logique intrinsèque de la guerre n'exige-t-elle pas, pour les soldats, « *d'abandonner [leur] humanité* », de « *plonger dans cette folie qui [les] entoure et surfer sur cette vague, quel que soit l'endroit où elle [les] mènera* »⁸¹⁷ ? En dernière analyse, l'impératif de vaincre l'ennemi par l'emploi d'une violence efficace ne rend-t-il pas « *tout le reste négociable* »⁸¹⁸ ?

264. À l'aune de ce qui précède, il devient possible de se figurer ce à quoi pourrait ressembler une guerre menée hors du droit. En l'absence d'un ordre normatif extérieur posant des limites prédéterminées à l'action des belligérants, la rationalité militaire serait libre de se déployer sans entrave. Or, nous savons que celle-ci ne tolère aucune limite, ni intrinsèque, ni extrinsèque – et c'est pourquoi la guerre elle-même est « *rarement limitée sur le plan opérationnel* »⁸¹⁹. Comment, eu égard aux conséquences néfastes qui découlent d'une telle manière de penser et d'agir, ne pas conclure que la rationalité militaire doit absolument être enrayée ? Comment ne pas vouloir contrecarrer ce rapport purement instrumental, bureaucratique et technique à la violence ? Ne pas le faire, cela revient à laisser la rationalité militaire opérer librement. Et laisser la rationalité militaire opérer librement, cela revient à donner les pleins pouvoirs à une manière de penser et d'agir éthiquement problématique – car l'emploi de la violence la plus extrême et la plus immorale *peut* apparaître comme le moyen d'action le plus efficace et donc le plus recommandable pour vaincre l'ennemi. Pour les juristes, une telle perspective est parfaitement inacceptable. On ne saurait laisser les militaires libres de déterminer eux-mêmes ce qu'ils peuvent faire pour vaincre. Tout n'est pas négociable. Il est donc nécessaire d'encadrer l'action militaire de manière à ce que la guerre ne dégénère pas en horreur sans nom. C'est à ce stade que le droit fait son entrée.

⁸¹⁶ Lieutenant-colonel Lucien-François DE MONTAGNAC, cité in Ch.-A. JULIEN, *Histoire de l'Algérie contemporaine*, vol. 1, Paris, P.U.F., 1964, p. 323 (la citation complète, plus choquante encore, est la suivante : « [t]uer tous les hommes jusqu'à l'âge de quinze ans, prendre toutes les femmes et les enfants, en charger les bâtiments, les envoyer aux îles Marquises ou ailleurs ; en un mot, anéantir tout ce qui ne rampera pas à nos pieds comme des chiens »).

⁸¹⁷ D. BELLAVIA, *Fallouja !*, op. cit., p. 110, n. trad.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, op. cit., p. 255.

TITRE 2. – L’ENCADREMENT DE LA RATIONALITE MILITAIRE PAR LA VOIE FORMELLE DU DROIT, UNE NECESSITE POUR LA SURVIE DE L’ORDRE MORAL DANS LA GUERRE

265. Les juristes sont fondés à voir, dans la perspective d'une guerre hors-droit, une menace pour la survie des préceptes d'humanité, voire de l'humanité elle-même. Une telle conclusion s'impose au regard de l'amoralité dont la rationalité militaire fait preuve⁸²⁰. Si l'on adopte le point de vue de l'ordre moral, il est donc effectivement nécessaire de poser des limites à l'action des belligérants, ainsi que le prétendent les juristes⁸²¹. Cependant, il n'est pas évident *prima facie* que « le droit » soit nécessaire à cette fin. En effet, il existe plusieurs moyens de limiter la liberté d'action des belligérants, et le droit n'est qu'un moyen parmi d'autres.

266. En premier lieu, certains auteurs estiment que **la rationalité militaire** elle-même est susceptible de limiter la liberté d'action des belligérants et, par extension, les effets destructeurs de la guerre⁸²². Il est vrai que la rationalité militaire exige une certaine économie dans l'emploi de la force, ce qui a pour effet de limiter la violence aux seuls actes jugés efficaces pour vaincre l'ennemi à moindre coût. Du point de vue de la rationalité militaire, toute violence qui ne concourt pas à la victoire s'analyse comme une dépense inutile de temps, de moyens et d'énergie et doit donc être prohibée⁸²³. On comprendra, au regard des développements qui précèdent, que le simple fait que les belligérants ajustent les moyens aux fins et ne tendent à déployer « que » la violence nécessaire pour vaincre ne constitue pas

⁸²⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2.

⁸²¹ Sur cette prétention des juristes, v. *supra*, Introduction, §§ 22-25.

⁸²² V. p. ex. C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., p. 22 (« [I]orsque nous voyons que les peuples civilisés ne mettent pas leurs prisonniers à mort et ne ravagent pas villes et campagnes, cela est dû à la place croissante que prend l'intelligence dans leur conduite de la guerre. Elle leur a appris un emploi de la violence plus efficace que cette manifestation sauvage de l'instinct ») ; M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order: the General Principles of the Law of War », *Yale Law Journal*, vol. 67, n°5, 1958, p. 812 (où les auteurs soutiennent que les belligérants se restreignent dans la guerre du fait de l'intérêt qu'ils auraient à faire un usage économique de la force) ; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE AIR FORCE, *International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, AF Pamphlet 110-31, 19 nov. 1976, p. 1-11 (où les auteurs soutiennent que le respect des principes de l'action militaire, au premier rang desquels l'économie des forces, constitue un frein effectif à l'action militaire) ; Y. BEER, « Humanity Considerations Cannot Reduce War's Hazards Alone », *E.J.I.L.*, op. cit., pp. 801-828 (où l'auteur affirme que l'efficacité opérationnelle constitue une marque de la compétence professionnelle des militaires en même temps qu'une contrainte effective à l'action militaire).

⁸²³ V. par ex. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE AIR FORCE, *International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, op. cit., p. 1-11 (« [u]se of excessive force is not only costly and highly inefficient – and to be avoided for those reasons – it may also be a waste of scarce resources »).

une limite réelle à l'action militaire⁸²⁴. En ce sens, Henri Meyrowitz rappelle que la rationalité militaire se définit par son caractère « *anomique* » et « *relatif* »⁸²⁵ : le type et le niveau de violence qu'elle permet n'est pas déterminé *a priori*, mais dépend des circonstances de fait, et notamment de la valeur qu'on accorde aux objectifs visés⁸²⁶. La rationalité militaire peut donc justifier tout et n'importe quoi, même des « *actes barbares* », tant que ceux-ci s'inscrivent dans « *le calcul de la ratio de rentabilité militaire* »⁸²⁷. Principe d'action par définition « *unilatéral et variable* »⁸²⁸, la rationalité militaire ne saurait servir de critère de modération à la violence de guerre⁸²⁹.

267. D'autres auteurs jugent que **la morale** pourrait servir de critère de limitation de l'action guerrière. À la fin du XIX^{ème} siècle, Julius von Hartmann soutenait en ce sens que la morale, la conscience et le devoir suffisent à introduire de la modération dans la guerre – nul besoin de droit pour cela⁸³⁰. Plus implicite, Michel Goya voit dans « *l'éthique des armes nourrie par le professionnalisme* », plutôt que dans le droit (qui n'est pas mentionné), le « *verrou* »⁸³¹ face au déchaînement aveugle de la violence. Or, il est clair que la morale ne constitue pas un outil effectif de limitation de l'action guerrière. Certes, il arrive que des militaires se plient aux injonctions de l'ordre moral et refusent, sur ce fondement, de suivre les exigences de la rationalité militaire⁸³². Néanmoins, un tel comportement constitue une déviation par rapport à la manière normale d'agir, les combattants se devant d'agir à partir de la rationalité instrumentale (efficacité) plutôt que de la rationalité axiologique (moralité)⁸³³. Ainsi, sauf à ce que la morale pointe dans la même direction que l'efficacité militaire⁸³⁴, la rationalité instrumentale enjoint aux soldats de privilégier l'efficacité sur la

⁸²⁴ En ce sens, v. p. ex. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., pp. 313-314 (« *la violence même réduite aux seules nécessités militaires peut aller bien au-delà de ce que le droit admet. Ce sont en effet les exigences de la guerre telles que les stratégies les comprennent qui peuvent conduire aux pires aberrations : c'est "le but de la guerre" qui a conduit les Etats-Unis à utiliser les armes atomiques à Hiroshima et Nagasaki !*

⁸²⁵ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », op. cit., p. 382.

⁸²⁶ Ibid. (le niveau de violence déployée dépend « *de l'importance stratégique ou tactique attribuée par l'attaquant, dans les circonstances données, à un objectif déterminé* »).

⁸²⁷ Ibid., p. 383. Sur ce point, v. les exemples donnés *supra*, Chapitre 2, §§ 238-255.

⁸²⁸ Ibid.

⁸²⁹ Dès l'émergence du droit de la guerre moderne, les juristes se méfient de la prétention des militaires à s'auto-restreindre dans l'exercice de leur action. En ce sens, v. not. P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public européen et américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, vol. 6, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1894, p. 525 (où l'auteur dit avoir « *très peu de confiance dans la modération éclairée et réfléchie des combattants, au milieu du déchaînement des passions brutales* », car il semble « *bien difficile de faire en sorte que l'épée s'arrête d'elle-même juste à la limite du droit* »).

⁸³⁰ J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2*, op. cit., p. 2.

⁸³¹ M. GOYA, *Sous le feu*, op. cit., p. 110.

⁸³² V. p. ex. *supra*, Chapitre 2, note 688.

⁸³³ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 118.

⁸³⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 185-189.

moralité. On ne saurait donc faire reposer la limitation de l'action guerrière sur un critère (la moralité intrinsèque des actes) auquel les combattants n'accordent qu'un poids très marginal.

268. Enfin, certains estiment que **la politique** peut constituer un outil efficace de limitation de la violence⁸³⁵. En effet, dans les sociétés démocratiques, l'appareil militaire est subordonné au pouvoir politique⁸³⁶. Or, dans les faits, il arrive régulièrement que le pouvoir politique s'immisce dans la conduite de la guerre et fixe, pour des raisons de politique intérieure (pressions de l'opinion publique, élections à venir, etc.) ou extérieure (pressions d'États alliés ou d'organisations internationales, ménagement de l'opinion publique de pays proches, etc.), des limites à l'action militaire en interdisant l'emploi de telle arme ou de telle stratégie⁸³⁷. Certes, les limitations imposées par le pouvoir politique pour des raisons d'opportunité peuvent limiter l'emploi de la violence et forcer les militaires à opérer dans un cadre plus respectueux des considérations morales⁸³⁸. Néanmoins, il se peut également que le pouvoir politique autorise les militaires à employer la violence de manière débridée pour atteindre les buts de guerre le plus rapidement et le plus économiquement possible, sans aucun égard pour les considérations juridiques ou éthiques⁸³⁹. Ainsi, si le pouvoir politique peut entreprendre des guerres limitées tant dans les buts poursuivis que dans les moyens employés, il peut également ordonner aux militaires de mener des guerres illimitées ou totales contre ses ennemis. On ne saurait donc se reposer sur les injonctions politiques pour restreindre effectivement l'action militaire.

269. Au fond, le problème principal de l'encadrement de l'action militaire par la voie de la rationalité militaire, de la morale ou de la politique tient au fait que ces trois outils laissent une trop grande part à l'appréciation subjective des belligérants, et ouvrent ainsi la porte à l'arbitraire. Opter pour une réglementation de la guerre par la voie de la rationalité militaire revient à s'en remettre entièrement au pouvoir des stratégies et à espérer que leur vision de

⁸³⁵ V. not. W. O'BRIEN, *The Conduct of Just and Limited War*, New York, Praeger, coll. « Praeger Scientific », 1981, pp. 301-328

⁸³⁶ V. *supra*, Chapitre 1, §§ 137-146.

⁸³⁷ V. DESPORTES, *Comprendre la guerre*, op. cit., p. 29 (« [I]l logique militaire conduit les commandants de théâtre à utiliser tous les moyens à leur disposition pour parvenir aux buts qui leur sont fixés ; ils recherchent en particulier à tirer le meilleur parti des avantages comparatifs conférés par leurs systèmes d'armes. En revanche, pour des raisons étrangères à toute stratégie militaire, les responsables politiques peuvent être conduits à restreindre la panoplie des armements utilisables. La nature de la guerre fait de celle-ci l'otage de considérations politiques qui s'opposent souvent aux pures règles de l'efficacité militaire »). L'auteur donne plusieurs exemples (v. *ibid.*, pp. 29-30).

⁸³⁸ Et ceci même lorsque les limitations émanant du pouvoir politique visent non pas à respecter la morale en elle-même et pour elle-même, mais uniquement à poursuivre les intérêts politiques de l'État.

⁸³⁹ Par exemple, il est établi qu'après les attentats du 11 septembre 2001, le président américain Georges W. Bush a donné le feu vert aux forces armées étatsuniennes pour faire « *whatever is necessary* » dans le cadre de la « guerre globale contre la terreur » (B. WOODWARD, « CIA Told to Do "Whatever Necessary" to Kill Bin Laden », op. cit.).

l'efficacité coïncide avec les valeurs morales. De même, espérer que la morale puisse servir de frein à l'action militaire revient à s'en remettre au sens moral des soldats et à espérer que ceux-ci se plieront au respect des valeurs supérieures, y compris lorsqu'elles entrent en conflit avec l'exigence d'efficacité. Enfin, imaginer que la politique puisse servir de cadre limitatif à la conduite de la guerre revient à s'en remettre au bon vouloir des décideurs politiques et à espérer que leurs intérêts coïncideront avec un emploi raisonnable de la force armée.

270. Si l'on suit la doctrine juridique, le droit constitue le seul outil d'encadrement effectif de l'action militaire. En effet, le droit se distinguerait de la rationalité militaire, de la morale et de la politique par son objectivité ; sa force obligatoire ne serait tributaire ni des considérations d'efficacité, ni du sens moral des soldats, ni du bon vouloir des hommes d'État. Une fois en vigueur, le droit devrait être respecté en lui-même et pour lui-même, simplement parce qu'il est le droit. Il échapperait donc « *à la volonté discrétionnaire des (...) belligérants* »⁸⁴⁰. Ceux-ci ne sauraient écarter l'application du droit au motif que l'efficacité militaire l'exige, que la morale pointe dans une autre direction ou que ceci est nécessaire politiquement⁸⁴¹. Même dans les cas les plus extrêmes, les juristes affirment que le droit conserve son caractère obligatoire : celui-ci doit être respectées « *même si cela entraîne la perte d'une bataille, voire d'une guerre* »⁸⁴². Ainsi, une fois en vigueur, les règles de droit doivent être respectées indépendamment de ce qu'en pensent les soldats et les décideurs politiques⁸⁴³. De plus, il est possible d'attribuer deux autres qualités au droit, notamment lorsqu'on le compare à la morale.

271. Premièrement, le droit revêt une *certitude* dont ne jouit pas la morale quant au contenu de ses normes. En effet, là où les prescriptions morales sont à rechercher dans la vague intuition qu'ont les hommes de la manière de bien se comporter dans la guerre⁸⁴⁴, les règles du droit de la guerre figurent dans des traités internationaux ratifiés par les États, qui

⁸⁴⁰ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 105.

⁸⁴¹ V. p. ex. Y. DINSTEIN, « Military Necessity », in R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1981, vol. 3, pp. 274-275 (« [t]he hallmark of legal norms is that they cannot be disregarded at will. They have to be observed not only when it is expedient to do so, but even when compliance runs counter to the interests of the party concerned. Being legal norms, the laws of war must be obeyed irrespective of needs and interests »).

⁸⁴² ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, arrêt du 19 fév. 1948, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 8, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, p. 67, n. trad. Cette théorie fera l'objet d'une discussion détaillée *infra*, Chapitre 8.

⁸⁴³ La dénonciation des traités demeure cependant une option ouverte aux États. V. not. CG I, art. 63 ; CG II, art. 62 ; CG III, art. 142 ; CG IV, art. 158 ; PA I, art. 99 ; PA II, art. 25.

⁸⁴⁴ V. *supra*, Chapitre 2, not. § 222.

sont ensuite incorporés dans le droit national au travers des manuels et des réglementations militaires⁸⁴⁵. Il existe donc un consensus international sur les règles applicables en temps de guerre. On ne peut en dire autant des règles morales, à l'exception de certains principes évidents⁸⁴⁶. Ceci ne signifie pas que le contenu des règles juridiques ne fasse jamais l'objet de controverses – au contraire, les règles de droit font toujours l'objet d'interprétations divergentes⁸⁴⁷. Il n'en demeure pas moins que, du fait de leur caractère écrit et de leur acceptation par les États, les règles du droit jouissent d'une certitude dont ne jouissent pas les règles morales.

272. Deuxièmement, l'ordre juridique se distingue de l'ordre moral par le fait qu'il prévoit des sanctions autrement plus fermes que celles résultant de la violation de préceptes moraux⁸⁴⁸. En effet, là où la violation des préceptes moraux expose celui qui les commet à la culpabilité individuelle ou à la réprobation collective⁸⁴⁹, la violation des règles juridiques peut donner lieu à des sanctions disciplinaires, voire à des poursuites pénales sur le plan national ou international.

273. Pour ces raisons, le droit constituerait le meilleur moyen de limiter l'action guerrière. Cependant, l'ensemble des propriétés du droit suscitées – le fait qu'il soit obligatoire, que ses règles soient relativement certaines et assorties de sanctions – sont de nature formelle et ne préjugent en rien du contenu substantiel du droit de la guerre. En effet, le droit est axiologiquement neutre, de sorte que ses règles peuvent revêtir n'importe quel contenu⁸⁵⁰. Ainsi, on pourrait parfaitement imaginer que le droit de la guerre – aussi obligatoire, certain et assorti de sanctions soit-il – légitime l'emploi d'une violence immorale. Rien ne s'oppose, en théorie, à ce que le droit de la guerre autorise à massacer des prisonniers de guerre pour faire pression sur l'adversaire ou à propager la terreur au sein de la population civile pour briser le moral de l'ennemi, par exemple.

⁸⁴⁵ Et lorsque ces règles sont d'origine coutumières, il suffit de se tourner vers les études de droit coutumier. L'étude la plus complète à ce jour est celle du CICR : v. CICR [J.-M. HENKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, 2 vol., Bruxelles, Bruylants, 2005.

⁸⁴⁶ Sur la difficulté d'identifier les règles de l'ordre moral au-delà de certains principes évidents tels que le principe d'immunité des non-combattants, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 220-227.

⁸⁴⁷ Sur le caractère agonistique de la pratique du droit de la guerre, v. *supra*, Introduction, note 143.

⁸⁴⁸ On considère généralement que le droit se distingue de la morale par le fait qu'il prévoit des sanctions externes socialement organisées, pouvant aller jusqu'à la « privation de la vie, de la liberté ou des biens », là où les sanctions morales « consistent seulement dans le sentiment de culpabilité ou dans la réprobation sociale » (M. TROPER, « La contrainte en droit », in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 7).

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ Sur ce point, v. H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, 2^{ème} éd., trad. C. EISENMANN, préf. P. RAYNAUD, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004 [1932], pp. 108-114.

274. Ainsi, il est inexact de prétendre, comme le fait la doctrine juridique, que le droit de la guerre est nécessaire pour sauver l’humanité des horreurs de la guerre. Ceci pour la simple et bonne raison qu’il n’existe rien de tel que « le » droit de la guerre. En effet, en tant qu’objet symbolique, le droit de la guerre peut être formulé et représenté de différentes manières en fonction des intérêts, des valeurs et des visées poursuivis par les opérateurs du droit⁸⁵¹. Or, si certains agents ou institutions du champ parvenaient à mettre la droit de la guerre au service des intérêts de l’appareil militaire pour légitimer l’emploi de toute violence efficace, même la plus immorale, il serait absurde de prétendre qu’un tel droit de la guerre soit nécessaire pour contenir l’action militaire et diminuer la souffrance liée à la guerre : un tel droit ferait partie du problème plus que de la solution⁸⁵².

275. Par conséquent, statuer sur la prétendue « nécessité » du droit de la guerre suppose de saisir le droit de la guerre dans son « *mouvement interne* »⁸⁵³. Il faut voir dans le droit de la guerre le produit contradictoire d’un champ de production conflictuel. Seule cette perspective épistémologique⁸⁵⁴ permet de comprendre que ce n’est pas « le » droit de la guerre qui est nécessaire, mais plutôt *une certaine conception du droit de la guerre*. En effet, on ne peut défendre la nécessité du droit de la guerre qu’à la condition qu’il revête deux caractéristiques, à la fois sur le plan macroscopique des représentations et sur le plan microscopique des règles⁸⁵⁵. Sur le plan macroscopique des représentations, le droit de la guerre n’est nécessaire qu’en tant qu’il est construit comme un régime juridique normatif, privilégiant les impératifs d’humanité sur les exigences militaires, plutôt que comme un régime juridique réaliste, simple reflet des nécessités de la guerre (**Chapitre 3**). Sur le plan microscopique des règles, le droit de la guerre n’est véritablement nécessaire qu’en tant qu’il se compose de règles juridiques formelles, soumettent la légalité de la violence à une appréciation objective, plutôt que de règles juridiques instrumentales, soumettant la légalité de la violence à l’évaluation subjective des belligérants (**Chapitre 4**).

⁸⁵¹ Sur le caractère agonistique de la pratique du droit de la guerre, v. *supra*, Introduction, note 143.

⁸⁵² Sur ce point, v. les articles fondateurs de C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *Harvard Journal of International Law*, vol. 35, n°1, 1994, pp. 49-95 ; C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », *Harvard Journal of International Law*, vol. 35, n°2, 1994, pp. 387-416.

⁸⁵³ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 20.

⁸⁵⁴ Sur ce point, v. *supra*, Introduction, §§ 49-50.

⁸⁵⁵ Sur le fait que le droit se compose à la fois de règles juridiques et de représentations du droit, v. *supra*, Introduction, § 32.

Chapitre 3. – La nécessité de soumettre l'action militaire à un régime juridique normatif

[N']y a-t-il pas tout de même un point de vue selon lequel il est juste de dire que le droit de la guerre est idéaliste (...) et qu'il faut qu'il le soit ? Si fait. Il est nécessaire que le droit de la guerre vise haut, puisqu'il est appelé à entrer en action dans une situation où les hommes – et où l'humanité – courrent grand risque d'être attirés par le bas et d'y être engloutis, de se déshumaniser. C'est la conscience, mi-intuitive mi-réfléchie de ce danger mortel qui conduit (...) à se prémunir (...) par le moyen des règles du droit de la guerre. Réalistes en ce qu'elles partent de l'appréciation juste d'un grave risque réel, cette conscience et cette précaution se traduisent par des prescriptions qui vont nécessairement – sinon elles ne rempliraient pas leur but – (...) à l'encontre des réalités intrinsèques de la guerre. C'est dans ce sens que le droit de la guerre est effectivement, par essence, idéaliste.

Henri MEYROWITZ⁸⁵⁶

276. Dans la guerre, les militaires sont pris dans une tension entre deux impératifs opposés. En leur qualité d'êtres moraux, ils demeurent soumis aux exigences de la conscience morale : celle-ci leur rappelle que la guerre n'est pas une zone moralement neutre et que l'on ne saurait méconnaître les prescriptions éthiques sans encourir une « *flétrissure humiliante* »⁸⁵⁷. Mais en leur qualité de combattants, les spécialistes de la violence doivent agir de manière instrumentalement rationnelle : ils doivent employer les moyens qu'ils jugent efficaces pour vaincre la résistance de l'ennemi à moindre coût humain, matériel et financier⁸⁵⁸. Or, si l'on veut véritablement faire du droit un instrument de limitation de la violence, alors il est nécessaire que le droit prenne parti dans ce conflit entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique. Comme l'écrit Henri Meyrowitz, le droit de la guerre doit se composer de règles qui vont « *à l'encontre des réalités intrinsèques de la*

⁸⁵⁶ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, pp. 395-396.

⁸⁵⁷ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, Genève, Ch. Eggimann & C^{ie}, 1895, p. 40.

⁸⁵⁸ Sur ce conflit, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 230-237.

guerre », sinon « *elles ne rempliraient pas leur but* »⁸⁵⁹. En effet, puisqu'il est clair que les combattants sont susceptibles de sacrifier la moralité sur l'autel de l'efficacité⁸⁶⁰, le *jus in bello* devrait avoir pour fonction – si l'on veut vraiment en faire un outil de limitation de la violence guerrière – de forcer les combattants à effectuer le chemin inverse, en réaffirmant le primat de la morale sur l'efficacité.

277. Pourtant, l'idée que le droit de la guerre se devrait de prendre parti dans le conflit qui oppose l'efficacité à la morale est unanimement rejetée par la doctrine juridique. En effet, la doctrine considère que le droit de la guerre doit plutôt à réaliser un compromis, un équilibre entre les nécessités militaires (c'est-à-dire l'impératif d'efficacité) et les considérations humanitaires (c'est-à-dire la morale)⁸⁶¹. Ce faisant, la doctrine juridique représente le droit de la guerre comme un métadiscours qui non seulement se situerait au-delà du conflit entre efficacité et moralité, dans la position neutre et objective du médiateur, mais qui en plus serait parvenu à résoudre ce conflit. Effectivement, si le droit de la guerre parvient à trouver un « *point d'équilibre* »⁸⁶² entre ces deux impératifs en tension, alors la tension disparaît : elle se résorbe, comme par magie, dans le métadiscours du droit.

278. Or, comment les juristes peuvent-ils à la fois prétendre que le droit de la guerre constitue un outil effectif de limitation de la violence de guerre tout en affirmant que le droit de la guerre prend dûment en compte l'exigence d'efficacité qui s'impose aux combattants ? Puisque cette exigence d'efficacité se trouve au cœur du problème⁸⁶³, le fait de la prendre en compte dans la construction du droit de la guerre ne condamne-t-il pas ce régime juridique à reproduire le problème initial ? Et alors, comment pourrait-on sérieusement maintenir que le *jus in bello* est « nécessaire » pour éviter que l'humanité ne sombre dans le chaos ?⁸⁶⁴ En dernière analyse, un droit de la guerre qui prendrait en compte les exigences de la rationalité militaire, à savoir l'impératif d'efficacité et d'efficience dans l'emploi de la violence, ne ferait-il pas partie plus du problème que de la solution ?

⁸⁵⁹ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 396.

⁸⁶⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2.

⁸⁶¹ Le fait que l'opposition entre « nécessités militaires » et « considérations humanitaires » n'est qu'une retranscription, dans le vocabulaire juridique, du conflit entre efficacité (rationalité instrumentale) et morale (rationalité axiologique) sera démontré *infra*, §§ 282-289.

⁸⁶² R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁶³ V. *supra*, Chapitre 2.

⁸⁶⁴ Telle est bien la prétention de la doctrine spécialisée dans le *jus in bello*. V. *supra*, Introduction, §§ 22-25.

279. Ce troisième chapitre a pour objet de se confronter à ce qui apparaît comme une contradiction – on ne peut à la fois soutenir que le droit de la guerre est nécessaire pour s'opposer au rapport éthiquement problématique que les combattants entretiennent à la violence et intégrer ce rapport éthiquement problématique à la violence au cœur du droit de la guerre, sous le nom de « nécessité militaire ». Dans un premier temps, il s'agira de démontrer que le droit de la guerre est constitutivement incapable de résoudre l'antinomie entre efficacité et moralité. En effet, malgré la prétention des juristes au « compromis », le droit de la guerre ne peut demeurer neutre dans le conflit qui oppose la rationalité militaire à l'ordre moral (**Section 1**). Cette impossibilité révèlera que le champ du droit de la guerre est en réalité un champ clivé, dans lequel s'opposent deux conceptions opposées du droit : une conception « réaliste », qui représente le *jus in bello* comme un simple reflet des exigences militaires, et une conception « normative », dans laquelle le droit de la guerre est conçu comme le porte-voix des sentiments d'humanité. Or, si l'on veut que le droit de la guerre puisse réellement contrôler et canaliser l'action guerrière afin de garantir la survie d'un ordre moral minimal dans la guerre, il n'y a qu'une seule option : le *jus in bello* doit faire le choix de la normativité au détriment du réalisme (**Section 2**). Ce n'est qu'ainsi que l'on pourra réellement soutenir que le droit de la guerre est « nécessaire » pour prévenir la descente de l'humanité aux enfers.

Section 1. – L'impossible neutralité du droit de la guerre dans le conflit opposant la rationalité militaire à l'ordre moral

280. Depuis son émergence dans sa forme « moderne » dans le dernier tiers du XIX^e siècle⁸⁶⁵, le droit de la guerre est représenté par la doctrine juridique comme une *instance de médiation* entre la rationalité militaire (les nécessités militaires) et l'ordre moral (les impératifs d'humanité). Le droit de la guerre prétend ainsi à la neutralité : il se situerait au-delà de ce conflit, dans la position neutre et objective du médiateur (**Sous-section 1**). Cependant, pour opérer un véritable dépassement du conflit entre efficacité et moralité, le droit de la guerre doit revêtir deux caractéristiques distinctes : il doit être simultanément « réaliste », de manière à intégrer les exigences de la rationalité militaire, et « normatif », de manière à exprimer les exigences de l'ordre moral. Or, il s'avère que le droit ne pas être en

⁸⁶⁵ V. *supra*, Introduction, § 38.

même temps réaliste et normatif, ces deux exigences étant incompatibles : la prétention au compromis et à la neutralité se révèle ainsi n'être qu'un leurre (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – L'affirmation de la neutralité du droit de la guerre : le droit comme instance de médiation entre rationalité militaire et prescriptions morales

281. L'idée selon laquelle le droit de la guerre se construit et se développe à partir d'un conflit entre deux impératifs opposés est omniprésente dans la littérature spécialisée. Cependant, les juristes utilisent un autre vocabulaire que celui qui fut employé jusqu'alors. Il faut donc montrer, à titre préalable, que les termes employés par les juristes ne sont qu'une retranscription, dans le vocabulaire spécifique du droit de la guerre, du conflit opposant la rationalité militaire à l'ordre moral (**§ I**). Ces précisions terminologiques effectuées, il conviendra de voir que, si la doctrine juridique reconnaît l'existence d'un conflit entre la rationalité militaire et l'ordre moral, elle prétend que le droit de la guerre parvient à demeurer neutre dans ce conflit (**§ II**).

§ I. – Précisions terminologiques préalables : la retranscription du conflit entre rationalité militaire et ordre moral dans le vocabulaire du droit de la guerre

282. Si la doctrine juridique reconnaît que le droit de la guerre se construit sur une opposition entre deux impératifs opposés, les termes de cette opposition ne sont pas ceux de « rationalité militaire » et d'« ordre moral ». Sans prétendre à l'exhaustivité en la matière, nous relèverons les différents mots ou expressions employés dans la littérature juridique spécialisée pour décrire cette opposition, avant de montrer que ces termes renvoient finalement au conflit entre rationalité militaire et ordre moral⁸⁶⁶. La manière la plus communément admise de parler de l'opposition fondamentale sur laquelle se construit le droit de la guerre consiste à parler d'un conflit entre « nécessités militaires » et

⁸⁶⁶ À ce stade, nous ne chercherons pas à identifier le contenu normatif des notions employées par les juristes, et notamment des fameux « principes » de « nécessité militaire » et « d'humanité ». Nous nous contenterons plutôt de déterminer *ce à quoi les juristes* font référence lorsqu'ils parlent de « nécessité militaire », « d'humanité », ou d'un quelconque équivalent de ces deux notions. Le contenu normatif de ces principes sera étudié *infra*, Chapitres 3 et 4.

« *humanité* »⁸⁶⁷. Ces mots et expressions sont parfois érigés au rang de « *principes* », voire même de « *principes fondamentaux* »⁸⁶⁸. Il sera alors question d'une opposition entre le « *principe de nécessité militaire* » et le « *principe d'*humanité** »⁸⁶⁹.

283. Le premier terme de l'équation, celui de nécessité militaire, est parfois complété par d'autres mots, comme dans les expressions « *préceptes de la nécessité militaire* » (*dictates of military necessity*)⁸⁷⁰ ou « *demandes de la nécessités militaires* » (*demands of military necessity*)⁸⁷¹. D'autres fois, le qualificatif « *militaire* » est remplacé par « *guerre* », comme dans les expressions « *exigences de la guerre* » (*exigencies of war*)⁸⁷², « *nécessités de la guerre* » (*necessities of war*)⁸⁷³ ou « *besoins de la guerre* » (*needs of warfare*)⁸⁷⁴. D'autres fois encore, cette expression est remplacée par celle de « *besoins militaires* » (*military needs*)⁸⁷⁵, de « *besoins militaires opérationnels* » (*military operational needs*)⁸⁷⁶, de « *considérations militaires* » (*military considerations*)⁸⁷⁷ ou encore d'« *intérêts militaires* » (*military interests*)⁸⁷⁸.

284. Le second terme de l'équation, celui d'*humanité*, est parfois complété par certains mots, comme dans les expressions « *exigences d'*humanité** » (*requirements of humanity*)⁸⁷⁹ ou « *exigences humanitaires* » (*humanitarian requirements*)⁸⁸⁰, « *préceptes d'*humanité** »

⁸⁶⁷ Parmi de très nombreuses sources pouvant être citées sur ce point, v. R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 43.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ V. p. ex. C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law II », *The George Washington Law Review*, vol. 21, n°4, 1953, p. 397.

⁸⁷¹ V. p. ex. L. NURICK, « The Distinction Between Combatant and Noncombatant in the Law of War », *A.J.I.L.*, vol. 39, n°4, 1945, p. 680 ; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 17 ; L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 648.

⁸⁷² V. p. ex. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 314 ; H. S. MAINE, *Le droit international. La guerre*, Paris, Ernest Thorin, 1890, p. 180.

⁸⁷³ V. p. ex. H. MEYROWITZ, « Le fondement du droit de la guerre », *op. cit.*, p. 428 ; A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, Paris, Arthur Rousseau, 1898, p. 100 ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 8 ; G. SCHWARZENBERGER, « Functions and Foundations of the Laws of War », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 44, n°3, 1958, p. 351.

⁸⁷⁴ V. p. ex. G. I. A. D. DRAPER, « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, vol. 12, n°2, 1973, p. 130.

⁸⁷⁵ V. p. ex. *ibid.*, p. 129 ; L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 353.

⁸⁷⁶ V. p. ex. L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 353.

⁸⁷⁷ G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 112 ; G. I. A. D. DRAPER, « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », *op. cit.*, p. 139.

⁸⁷⁸ V. p. ex. M. W. ROYSE, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, New York, Harold Vinal, 1928, p. 1 ; J. L. KUNZ, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 316 ; C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law II », *op. cit.*, p. 422.

⁸⁷⁹ V. p. ex. C. GREENWOOD, « Historical Development and Legal Basis », *op. cit.*, pp. 17 et 38 ; R. W. TUCKER, « The Law of War and Neutrality at Sea », *International Law Studies*, vol. 50, n°1, 1955, p. 48, note 8.

⁸⁸⁰ V. p. ex. C. GREENWOOD, « Historical Development and Legal Basis », *op. cit.*, pp. 8 et 35.

(*dictates of humanity*)⁸⁸¹, « *besoins d'humanité* » (*needs of humanity*)⁸⁸², « *lois de l'humanité* » (*laws of humanity*)⁸⁸³, « *impératifs humanitaires* » (*humanitarian imperatives*)⁸⁸⁴, « *valeurs humanitaires* » (*humanitarian values*)⁸⁸⁵ ou encore « *considérations humanitaires* » (*humanitarian considerations*)⁸⁸⁶. Quelquefois, le terme « *humanité* » est simplement remplacé par le terme « *humanitarisme* » (*humanitarianism*)⁸⁸⁷. Plus rarement, le terme « *humanité* » est remplacé par des expressions qui renvoient plus explicitement à la morale, telles que « *exigences de la civilisation* » (*requirements of civilisation*)⁸⁸⁸, « *standards de civilisation* » (*standard of civilisation*)⁸⁸⁹, « *préceptes universels de la moralité publique* » (*universal dictates of public morality*)⁸⁹⁰, « *préceptes de la conscience publique* » (*dictates of public conscience*)⁸⁹¹ ou même « *valeurs ultimes d'une communauté démocratique mondiale* » (*ultimate values of a democratic world community*)⁸⁹².

285. Dans le discours juridique, ces expressions sont mobilisées pour rappeler aux opérateurs du droit que le *jus in bello* que le droit n'émerge pas *ex nihilo*, mais qu'il se superpose à une réalité sociale et morale qui lui préexiste et qui doit être prise en compte dans la formulation du droit⁸⁹³.

286. Premièrement, l'expression « nécessité militaire », ainsi que l'ensemble de ses déclinaisons, vise à rappeler que le droit de la guerre se superpose à une réalité sociale préexistante : dans la guerre, l'action humaine répond à une logique et des contraintes que

⁸⁸¹ V. p. ex. J. STONE, *Legal Controls of International Conflict. A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law*, 2^{ème} éd., Londres, Stevens & Sons, 1959, p. 341.

⁸⁸² V. p. ex. G. I. A. D. DRAPER, « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », *op. cit.*, p. 141.

⁸⁸³ V. p. ex. G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 11 ; C. G. FENWICK, *International Law*, 3^{ème} éd., New York, Appleton-Century-Crofts, 1948, p. 547.

⁸⁸⁴ V. p. ex. R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés : essai de clarification conceptuelle », in T. CHRISTAKIS, K. BANNELIER-CHRISTAKIS (dir.), *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 2007, p. 157.

⁸⁸⁵ V. p. ex. C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 50.

⁸⁸⁶ V. p. ex. R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁸⁷ V. p. ex. L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 348 ; M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », *op. cit.*, p. 816.

⁸⁸⁸ V. p. ex. G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, *op. cit.*, pp. 11, 12 et 14.

⁸⁸⁹ V. p. ex. G. SCHWARZENBERGER, « From the Laws of War to the Law of Armed Conflict », *Journal of Public Law*, vol. 17, n°1, 1968, p. 67.

⁸⁹⁰ V. p. ex. C. G. FENWICK, *International Law*, *op. cit.*, p. 547.

⁸⁹¹ V. p. ex. T. MERON, « The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience », *A.J.I.L.*, vol. 94, n°1, 2000, pp. 78-89.

⁸⁹² C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law II », *op. cit.*, p. 397.

⁸⁹³ En ce sens, v. CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, *op. cit.*, p. 81 (les principes de nécessité militaire et d'humanité « sous-tendent et informent tout le cadre normatif du DIH et, par conséquent, délimitent le contexte dans lequel les règles du DIH doivent être interprétées »).

le droit (et les juristes) doit prendre en compte⁸⁹⁴. La nécessité renvoie en effet aux « *conditions concrètes dans lesquelles se déroulent les hostilités* »⁸⁹⁵, c'est-à-dire à la réalité sociale spécifique de la guerre. Henri Meyrowitz a donc raison de dire que « [l]a nécessité militaire, ou les nécessités de la guerre, appartiennent au "donné" de la guerre, c'est-à-dire à la matière que le droit de la guerre a pour fonction de "travailler" »⁸⁹⁶. Et ainsi que le suggèrent des termes tels que « nécessités », « exigences », « besoins », « impératifs », etc., le droit doit accepter le fait que la guerre possède ses propres « *nécessités intrinsèques* », lesquelles déterminent « *la nature des hommes dans la guerre* »⁸⁹⁷, c'est-à-dire la manière dont les combattants pensent et agissent dans la guerre. Or, cette manière de penser et d'agir des combattants est déterminée par la rationalité militaire⁸⁹⁸. Dès lors, le « donné » du droit de la guerre, la « matière » que ce régime juridique a pour fonction de « travailler » n'est autre que la rationalité militaire elle-même. Par conséquent, parler des nécessités de la guerre, des besoins opérationnels, des intérêts militaires, etc., revient *in fine* à se référer aux contraintes spécifiques qui pèsent sur les combattants, et donc à la manière dont ceux-ci pensent et agissent, c'est-à-dire à la rationalité militaire elle-même⁸⁹⁹.

287. Ainsi, il n'est pas étonnant que lorsque les agents et institutions du champ donnent corps à la notion de nécessité militaire, ils ne fassent rien d'autre que décrire la rationalité militaire⁹⁰⁰. Premièrement, on retrouve dans cette notion la dialectique moyens/fins qui définit l'essence même de la rationalité militaire. Comme l'écrit par exemple Charles G.

⁸⁹⁴ V. p. ex. C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law II », *op. cit.*, p. 416 (le droit de la guerre, « *like any other effective law, cannot be codified in a factual vacuum* »).

⁸⁹⁵ D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, vol. 2, *op. cit.*, p. 490.

⁸⁹⁶ H. MEYROWITZ, « Le fondement du droit de la guerre », *op. cit.*, p. 428.

⁸⁹⁷ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 393.

⁸⁹⁸ V. *supra*, Chapitre 1.

⁸⁹⁹ V. par ex. G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 10 (« [The necessities of war] are synonymous with the tactical and strategical requirements of war, both of which serve to attain the ultimate object of war: the imposition of the victor's will on his enemy ») ; W. V. O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », *World Polity*, vol. 1, 1957, p. 117 (la nécessité militaire n'est rien d'autre qu'une « *appreciation of a specific situation from the military point of view, usually accompanied by an indication as to what measures are considered necessary to deal with that situation* ») ; R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 153 (« *dans une signification strictement militaire, [la nécessité militaire] désigne (...) des réalités et des conditions propres à l'action militaire, qu'elles soient stratégiques, opérationnelles, tactiques ou autres* ») ; B. DRAZEWSKA, *Military Necessity in International Cultural Heritage Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, coll. « *International Humanitarian Law Series* », 2022, p. 64 (la nécessité militaire peut être comprise comme « *the strategic or operational requirements of a military mission* »).

⁹⁰⁰ Ce rapprochement est particulièrement évident in N. HAYASHI, « Basic Principles », in R. LIJOVA, T. McCORMACK (dir.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 90 (« *[m]aterial military necessity is a matter of calculating the degree of cogency between the means taken or considered, on the one hand, and the ends sought, on the other, under the circumstances prevailing or anticipated at the relevant time* ») ; N. HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, p. 43 (« *[w]ithin a strictly material context, necessity means no more than what is actually needed to achieve a particular goal. Likewise, in this context, military necessity denotes nothing more than a given course of action required for the accomplishment of a particular military goal* »)

Fenwick, la nécessité militaire renvoie à « *la nécessité d'utiliser des mesures légitimes de coercition pour atteindre le but recherché* »⁹⁰¹. Deuxièmement, on retrouve dans la notion nécessité militaire l'idée que la guerre est une entreprise intrinsèquement violente, et que l'action militaire suppose nécessairement d'employer la violence⁹⁰². Prendre en compte la nécessité militaire, c'est en effet reconnaître que « *pour vaincre un adversaire en temps de guerre, il peut être nécessaire, sur le plan militaire, de tuer, de blesser et de causer des destructions* »⁹⁰³. Troisièmement, la notion de nécessité militaire comprend l'idée que l'action militaire se doit d'être efficiente, c'est-à-dire que les militaires doivent employer les moyens nécessaires « *pour contraindre l'ennemi à se soumettre complètement en dépensant le moins possible de temps, de vies et d'argent* »⁹⁰⁴. Enfin, on s'accorde pour dire qu'il est extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de définir par avance ce que la nécessité militaire exige des combattants⁹⁰⁵. Tout dépend en effet « *des situations de combat* »⁹⁰⁶, que l'on sait complexes et fluctuantes⁹⁰⁷. La nécessité militaire est donc, à l'image des situations de fait dans lesquelles les militaires sont appelés à agir, « *circonstancielle* »⁹⁰⁸ et même « *infiniment variable* »⁹⁰⁹. On retrouve donc, derrière la notion de nécessité militaire, l'ensemble des éléments qui définissent la rationalité militaire.

288. Deuxièmement, des expressions telles que « considérations humanitaires » ou « impératifs d'humanités » visent à rappeler que le droit de la guerre se superpose à une réalité morale préexistante⁹¹⁰ : au-delà du droit se trouve tout un univers d'obligations qui trouvent leur fondement dans « *la constatation et la conscience de l'unité du genre humain, unité affirmée au-dessus de l'appartenance des hommes à des nations, des races ou des idéologies ennemis* »⁹¹¹. Il existe donc, avant même l'intervention du droit, tout un univers

⁹⁰¹ C. G. FENWICK, *International Law*, op. cit., p. 547 (« "[m]ilitary necessity" technically mean[s] the necessity of using legitimate measures of coercion to attain the desired end »). V. ég. R. KOLB, *Ius in bello*, op. cit., p. 116 (la nécessité militaire renvoie à « *la nécessité (...) de faire tous les actes tenus pour indispensables (= "nécessaires") en relation avec le but de vaincre l'adversaire* »).

⁹⁰² Sur le fait que la violence constitue l'outil fondamental de l'action militaire, v. *supra*, Chapitre 1, § 150.

⁹⁰³ CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 22.

⁹⁰⁴ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, op. cit., p. 66.

⁹⁰⁵ V. p. ex. R. BAXTER, « Modernizing the Law of War », *Military Law Review*, vol. 78, 1977, p. 166 (« *[w]hat is necessary in war and what conduct can be prohibited as unnecessarily destructive and unnecessarily productive of human suffering are not easy to define, and reasonable minds may well differ about such questions* »).

⁹⁰⁶ W. M. REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », *A.J.I.L.*, vol. 100, n°4, 2006, p. 852.

⁹⁰⁷ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 238-260.

⁹⁰⁸ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », op. cit., p. 154.

⁹⁰⁹ J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche* 2, op. cit., p. 45, n. trad. V. ég. la littérature citée *infra*, Chapitre 2, §§ 201-209.

⁹¹⁰ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 76 (« *[l]e droit (...) ne vient qu'après [la morale]* »)

⁹¹¹ H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970, pp. 253-254. V. ég. N. HAYASHI, « Basic Principles », op. cit., p. 94.

moral, tout un ensemble de « *préceptes d'humanité, de morale et de civilisation* » qui doivent être « *pris en compte* »⁹¹², notamment lorsque le droit est silencieux⁹¹³. Ainsi, même pour les juristes, la guerre n'est pas une zone moralement neutre⁹¹⁴. Même dans les situations les plus extrêmes, il subsistera toujours « *ce dénominateur commun résiduel de la moralité que même la plus totale des guerres totales ne parvient jamais à effacer* »⁹¹⁵. Ainsi, il est clair que la notion d'humanité et l'ensemble de ses équivalents visent à rappeler aux opérateurs du droit de la guerre que celui-ci ne se développe donc pas dans un *vacuum* normatif : il « *occupe un domaine (...) voisin de celui de la morale* », bien qu'il en soit « *distinct* »⁹¹⁶.

289. Au regard de ce qui précède, il apparaît que l'opposition entre nécessités militaires et impératifs d'humanité (ou n'importe quelle expression équivalente) n'est qu'une retranscription, dans le vocabulaire du droit de la guerre, de l'opposition entre efficacité (rationalité instrumentale) et ordre moral (rationalité axiologique). En effet, la fonction de ces expressions dans le discours juridique consiste à rappeler que d'un côté, la nature même de la guerre pousse les combattants à employer les moyens qu'ils jugent efficaces pour vaincre l'ennemi à moindre coût (rationalité instrumentale), alors que de l'autre, les combattants doivent respecter tout un ensemble de préceptes moraux qui restent valables même en temps de guerre (rationalité axiologique). Le droit se situe ainsi au croisement des exigences de l'efficacité militaire et des prescriptions de la morale humanitaire. Or, tout en reconnaissant que ces impératifs sont susceptibles d'entrer en conflit, la doctrine juridique prétend que le droit de la guerre parvient à demeurer neutre dans ce conflit.

⁹¹² ROYAUME-UNI, MINISTRY OF DEFENSE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, JSP 383, 2004, p. 102, n. trad.

⁹¹³ PA I, art. 1, § 2, n. s. (« [d]ans les cas non prévus par le présent protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique »).

⁹¹⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 213-219. V. ég. Code Lieber, art. 15, trad. CICR (« [c]eux qui prennent les armes l'un contre l'autre dans une guerre publique ne cessent pas d'être, pour autant, des êtres moraux, responsables vis-à-vis l'un de l'autre et de Dieu »)

⁹¹⁵ C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law II », *op. cit.*, p. 422. V. ég. A. PILLET, *Le Droit de la guerre. Conférences faites aux officiers de la garnison de Grenoble*, vol. 1, Paris, Rousseau, 1892, pp. 137-138 (« [j]amais, on peut le dire, on n'a considéré la guerre comme un état de désordre complet où tout fut permis à la force assez sûre d'elle-même pour pouvoir tout entreprendre. Jamais non plus on n'est allé jusqu'à prétendre que toute ruse soit légitime par cela seul que l'on peut en espérer quelque avantage marqué. Aussi loin que l'histoire parvient à remonter, elle constate la présence de certaines maximes, véritables règles destinées à entraver la liberté d'action du soldat là où son exercice paraissait décidément condamnable »).

⁹¹⁶ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 75.

§ II. – L'affirmation doctrinale de la neutralité du droit de la guerre dans le conflit opposant rationalité militaire et prescriptions morales

290. La doctrine juridique reconnaît que la coexistence de la rationalité militaire (des nécessités militaires) et de l'ordre moral (des considérations d'humanité) est susceptible de déboucher sur un conflit, en exigeant des combattants des comportements distincts voire contradictoires⁹¹⁷. En effet, lorsqu'il s'agit de décrire la relation que les nécessités de la guerre entretiennent avec les exigences d'humanité, c'est le champ lexical du conflit qui domine. La doctrine décrit les impératifs militaires et les exigences humanitaires comme « *deux forces agissant en sens contraire* »⁹¹⁸, comme « *deux impulsions diamétralement opposées* »⁹¹⁹, comme des « *politiques opposées* » qui « *luttent pour la reconnaissance et la domination* »⁹²⁰; elle parle de « *tensions opposées* »⁹²¹, d'une « *opposition fondamentale entre humanité et nécessité* »⁹²², du fait que ces exigences « *se contredisent largement l'une et l'autre* »⁹²³, qu'elles « *servent des buts opposés* »⁹²⁴, des « *intérêts contradictoires* »⁹²⁵, des « *objectifs irréconciliables* »⁹²⁶, etc.

291. Ce constat est parfaitement fondé. En effet, la coexistence de ces deux impératifs opposés, qui sont autant de manières contradictoires de penser et d'agir, est susceptible de donner lieu à contradiction. Les nécessités de la guerre (la rationalité militaire) exigent que les belligérants emploient les moyens les plus efficaces pour atteindre leurs objectifs militaires à moindre coût humain, matériel et financier. À l'inverse, les impératifs d'humanité (l'ordre moral) imposent aux militaires de respecter certains principes, et

⁹¹⁷ Certains auteurs estiment en revanche que les nécessités militaires et les impératifs d'humanité peuvent pointer dans la même direction. En effet, comme nous l'avons vu plus haut, il arrive que le respect des exigences morales concorde avec les exigences de l'efficacité militaire, ce qui permet à l'appareil combattant de réaliser un « coup double » : tout en étant efficace, leur action apparaît légitime sur le plan moral (v. *supra*, Chapitre 2, §§ 185-189). Nous reviendrons sur ce point sous l'angle du droit de la guerre *infra*, §§ 230-237.

⁹¹⁸ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 39. V. également M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », *Virginia Journal of International Law*, vol. 5, n°4, 2010, p. 798 (« *two opposing forces* »).

⁹¹⁹ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 16, n. trad.

⁹²⁰ M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », *op. cit.*, p. 826, n. trad.

⁹²¹ G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 8, n. trad. V. également Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, 17 (qui parle d'une « *built-in tension between the relentless demands of military necessity and humanitarian considerations* »); F. KALSHOVEN, E. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, *op. cit.*, p. 280 (qui fait état d'une « *tension* » entre ces deux notions).

⁹²² J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 76.

⁹²³ R. W. TUCKER, « The Law of War », *op. cit.*, p. 239, n. trad.

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ J. L. KUNZ, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 316, n. trad.

⁹²⁶ W. T. MALLISON, « The Humanitarian Law of Armed Conflict Concerning the Protection of Civilians », *The International Lawyer*, vol. 11, n°1, 1977, p. 103, n. trad.

notamment l'immunité contre la violence dont jouissent les non-combattants⁹²⁷. Or, il est établi que ces exigences opposées peuvent entrer en conflit, notamment dans le cas où prendre pour cible des personnes jouissant d'une immunité contre la violence apparaît comme un procédé efficace et économique pour atteindre des objectifs sur le plan militaire⁹²⁸. Plus généralement, il est possible de dire que l'impératif d'efficacité militaire exige une action rapide et incisive, ce qui n'est pas toujours compatible avec le respect dû aux personnes jouissant d'une immunité contre la violence. Inversement, l'exigence de respect vis-à-vis des personnes immunisées contre la violence implique une attention et des précautions qui peuvent jouer à l'encontre de l'efficacité militaire⁹²⁹.

292. Or, si l'on suit la doctrine juridique, le droit de la guerre parviendrait à dépasser ce conflit, en intégrant dans un même ensemble cohérent les exigences de la rationalité militaire et de l'ordre moral. En effet, la doctrine affirme que le droit de la guerre parvient à réaliser un « compromis » entre les nécessités militaires et les considérations d'humanité⁹³⁰. Le droit de la guerre ne pencherait donc ni en faveur des nécessités qui s'imposent aux militaires dans la guerre, ni en faveur des impératifs d'humanité qui s'imposent aux hommes en tant qu'hommes. Au contraire, il serait l'expression d'un « *équilibre judicieux entre les besoins militaires opérationnels et l'humanitarisme* »⁹³¹. Se hissant au-dessus de la mêlée et du conflit, le *jus in bello* parviendrait à une « *réconciliation entre ces intérêts*

⁹²⁷ Sur ce principe moral, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 220-227.

⁹²⁸ Sur ce point, v. les exemples donnés *supra*, Chapitre 2, §§ 239-255.

⁹²⁹ Ceci provoque parfois une grande incompréhension chez les soldats. V. p. ex. M. LUTTRELL, *Retour au combat*, trad. F. MIRMONT, Paris, Nimrod, 2013 [2012], pp. 98-99.

⁹³⁰ Cette idée est omniprésente dans la littérature. V. p. ex. CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 22 (« [I]l est fondé sur *l'équilibre entre les considérations relevant de la nécessité militaire, d'une part, et du principe d'humanité, d'autre part* ») ; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{re} éd., op. cit., p. 16 (« *LOIAC in its entirety is predicated on a subtle equilibrium between (...) military necessity and humanitarian considerations* ») ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, op. cit., pp. 43-44 (« *LOAC is (...) a compromise between the principles of military necessity and humanity* ») ; M. SASSOLI, « *The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges* », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 10, 2007, p. 50 (« *IHL is a compromise between humanity and military necessity, a compromise which cannot always satisfy humanitarian agendas, but which has the immense advantage that it has been accepted by states as law which can be respected, even in war* ») ; L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 353 (« *the law of armed conflict rests upon a judicious balance between military operational needs and humanitarianism* ») ; L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and Armed Conflict*, op. cit., p. 43 (« *LOAC (...) constitutes a careful balancing between military necessity and humanity, between the needs of the military force to defeat the enemy and the humanitarian considerations of minimizing suffering during wartime* ») ; C. GREENWOOD, « *Historical Development and Legal Basis* », op. cit., p. 38 (« *the rules of humanitarian law (...) are intended to achieve a balance between military necessity and the requirements of humanity* ») ; F. KALSHOVEN, E. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, op. cit., p. 280 (« *[Le droit de la guerre] is dominated by the perennial problem of balancing humanity against military necessity* ») ; J. KLEFFNER, « *Sources of the Law of Armed Conflict* », in R. LIJOVA, T. MCCORMACK (dir.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, préf. F. BENSOUDA, Londres, New York, Routledge, 2016, p. 75 (« *LOAC treaties have in common the broader object and purpose of striking a reasonable balance between humanitarian considerations, on the one hand, and considerations of military necessity, on the other hand* ») ; D. THÜRER, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 68 (« *international humanitarian law as a whole demands that a balance be struck between the "necessities of war" and the "requirements of humanity"* »).

⁹³¹ L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 353, n. trad.

contradictoires »⁹³², à une « *formule de compromis* »⁹³³, à un « *point d'équilibre* »⁹³⁴ entre ces exigences antagonistes. Ceci vaudrait à la fois à l'échelle macroscopique du droit de la guerre en général, mais également à l'échelle microscopique, chaque règle spécifique opérant une « *subtile mise en balance des nécessités militaires et des impératifs humanitaires* »⁹³⁵. Ainsi, considéré de manière globale ou dans chacun de ses aspects particuliers, le droit de la guerre est présenté par la doctrine comme une instance de médiation entre les exigences opposées de la rationalité militaire et de l'ordre moral, dont il serait en quelque sorte la synthèse non-contradictoire.

293. Plus spécifiquement, la doctrine juridique prétend que le droit de la guerre parviendrait à ce compromis non pas en *dépassant les termes de l'opposition*, mais en parvenant à *les exprimer simultanément*. D'un côté, le *jus in bello* ferait droit aux exigences de la guerre, en prenant en compte le fait que les combattants doivent vaincre par la violence la résistance de l'ennemi, ce qui implique un usage froidement rationnel des moyens de guerre et donc des meurtres, des blessures et des destructions⁹³⁶. Mais le *jus in bello* ferait également droit aux impératifs humanitaires, en empêchant que « *tout ce qui apparaîtrait (...) nécessaire ou utile pour assurer la victoire [soit] autorisé* » et que toute guerre ne dégénère par conséquent en « *guerre totale, sans limitation de la conduite des parties* »⁹³⁷. Le droit de la guerre emprunterait donc une « *voie médiane* »⁹³⁸ lui permettant de refléter la rationalité militaire, en acceptant l'impératif proprement militaire de rechercher et d'employer des moyens efficaces et économiques pour vaincre l'ennemi, tout en s'opposant

⁹³² J. L. KUNZ, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 316, n. trad.

⁹³³ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 17, n. trad.

⁹³⁴ R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, p. 43, n. trad.

⁹³⁵ R. KOLB, *Ius in bello*, *op. cit.*, p. 118. V. également C. GREENWOOD, « Historical Development and Legal Basis », *op. cit.*, p. 38 (« [t]he existence of these rules shows that considerations of military necessity have already been taken into account in framing the rules of humanitarian law which are intended to achieve a balance between military necessity and the requirements of humanity ») ; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 17 (« [t]he outlines of the compromise vary from one LOIAC norm to another. Still, in general terms, it can be stated categorically that no part of LOIAC overlooks military requirements, just as no part of LOIAC loses sight of humanitarian considerations ») ; M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity... », *op. cit.*, p. 798 (« [e]very one of its rules constitutes a dialectical compromise between these two opposing forces »).

⁹³⁶ CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 22 (« [Le DIH] reconnaît que pour vaincre un adversaire en temps de guerre, il peut être nécessaire, sur le plan militaire, de tuer, de blesser et de causer des destructions, et d'imposer des mesures de sécurité plus sévères que ce qui serait admissible en temps de paix »).

⁹³⁷ R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, p. 43, n. trad. L'idée que le droit de la guerre se construit en opposition à la guerre totale fut défendue avec force par le TMI de Nuremberg, qui énonça que la conception totale de la guerre « dénie toute valeur aux principes moraux qui inspirèrent les conventions destinées à rendre les conflits armés plus humains » (TMI DE NUREMBERG, jugement du 1^{er} oct. 1946, *in Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg*, vol. 1, Nuremberg, [éditeur inconnu], 1947, p. 238).

⁹³⁸ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 17, n. trad.

à la rationalité militaire, en fixant des limites quant aux moyens d'action que les belligérants peuvent employer dans la guerre⁹³⁹.

294. En réalisant ce « coup double », le droit se hisserait dans la position neutre et objective du médiateur. D'une part, le droit de la guerre ne pourrait être taxé de prendre le parti de l'efficacité militaire au détriment des prescriptions morales, puisqu'il condamnerait « *l'usage illimité de la force* »⁹⁴⁰ et instaurerait certaines règles « *dans le but de contrôler la guerre* »⁹⁴¹. Le droit de la guerre serait donc *normatif*. D'autre part, le droit de la guerre ne pourrait être accusé de défendre l'ordre moral au détriment des exigences de la rationalité militaire, puisqu'il reconnaîtrait « *que la guerre possède une certaine nature qui ne peut être ignorée* »⁹⁴², et rejeterait en conséquence l'idéal d'une « *suppression complète de la souffrance dans la guerre* »⁹⁴³. Le droit de la guerre serait donc *réaliste*. Par cette double opération, le droit résoudrait le dilemme auquel les militaires font face dans la guerre : il garantirait la possibilité de vaincre l'ennemi (puisque le droit reflète les nécessités de la guerre) tout en se battant bien (puisque le droit exprime les impératifs moraux)⁹⁴⁴.

*

295. Conclusion de la Sous-section 1. Toute guerre met en scène l'opposition entre la rationalité instrumentale, qui enjoint aux spécialistes de la violence d'employer les moyens efficaces pour parvenir à vaincre la résistance de l'ennemi avec un minimum de dépenses humaines, financières et matérielles, et la rationalité axiologique, qui commande aux militaires de respecter les impératifs moraux même si cela implique d'abandonner certains moyens d'action jugés efficaces ou efficients. Dans le vocabulaire du droit de la guerre, cette opposition est retranscrite dans des termes spécifiques : le droit se bâtit sur un conflit entre

⁹³⁹ *Ibid.* (« LOAIC takes a middle road, allowing belligerent States much leeway (in keeping with the demands of military necessity) and yet circumscribing their freedom of action (in the name of humanitarianism) »).

⁹⁴⁰ R. R. BAXTER, « The Role of Law in Modern War », *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 47, 1953, p. 92, n. trad.

⁹⁴¹ R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, p. 43, n. trad.

⁹⁴² *Ibid.*, n. trad.

⁹⁴³ R. R. BAXTER, « The Role of Law in Modern War », *op. cit.*, p. 92, n. trad.

⁹⁴⁴ Cette prétention doit se doubler d'une lecture sociologique. En effet, cette prétention au « compromis » et à la « neutralité » n'est qu'une *stratégie professionnelle* permettant de positionner le droit de la guerre en *méta-discipline* et les juristes en *méta-experts*. Les juristes prétendent que le droit de la guerre englobe les considérations de stratégie et de tactique militaires ainsi que les considérations morales, tout en conservant une identité propre, puisqu'il n'est réductible ni à la théorie militaire ni à la philosophie morale. Le droit de la guerre est donc justifié d'exister en tant que *discipline autonome*. Mais surtout, cette stratégie professionnelle permet aux juristes de se positionner en métiers experts, disposant en dernière instance du savoir ultime sur la manière dont les hommes doivent se comporter dans la guerre. En effet, les juristes sont à la fois les médiateurs du conflit opposant les militaires d'une part et les moralistes de l'autre, tout en retranscrivant ce conflit dans un vocabulaire proprement juridique qui ne peut donc être compris, maîtrisé et pratiqué que par des juristes. Ainsi, les juristes se positionnent comme les véritables maîtres de l'agir militaire, capables de comprendre et d'intégrer dans une discipline *englobante mais autonome* les exigences contradictoires de la pratique militaire et de la philosophie morale.

les « nécessités militaires » et les « impératifs d’humanité ». Or, la doctrine prétend que le droit est capable de dépasser ce conflit, en réalisant un compromis, un équilibre entre ces exigences opposées. Cependant, il douteux que le droit de la guerre puisse réellement demeurer neutre dans le conflit opposant les nécessités de la guerre (la rationalité militaire) aux impératifs humanitaires (les prescriptions de l’ordre moral). En effet, on voit difficilement comment le droit pourrait parvenir à exprimer ces exigences antagonistes tout en ne reproduisant pas, à un niveau supérieur, la contradiction entre la rationalité instrumentale et la rationalité axiologique. Si les exigences de la guerre et les considérations humanitaires sont *en elles-mêmes contradictoires* – ce que les juristes reconnaissent volontiers –, comment le droit de la guerre pourrait-il faire disparaître la contradiction ? En réalité, le droit de la guerre ne peut pas faire disparaître cette contradiction. Ceci est logiquement impossible.

Sous-section 2. – La contradiction entre réalisme et normativité du droit, ou l'impossible neutralité du droit de la guerre

296. La doctrine juridique prétend résoudre le dilemme du soldat (vaincre ou se battre bien⁹⁴⁵) en réalisant un compromis entre les exigences opposées de la morale et de l’efficacité militaire. Au fond, cette prétention au compromis repose sur l’idée qu’il soit possible de produire un droit simultanément réaliste et normatif, c’est-à-dire un droit qui soit en même temps le reflet de la manière dont les militaires se comportent en fait et l’expression de la manière dont les militaires doivent se comporter pour se conformer aux exigences morales (**§ I**). Or, il ressort d’une analyse scrupuleuse de cette prétention que ces deux exigences sont mutuellement exclusives : le droit de la guerre est donc constitutivement incapable de réaliser un quelconque « compromis » entre les nécessités de la guerre et les prescriptions humanitaires (**§ II**).

⁹⁴⁵ Sur ce dilemme, v. Chapitre 2, §§ 230-237.

§ I. – La production d'un droit simultanément réaliste et normatif, condition de possibilité de la neutralité du droit de la guerre

297. Démontrer que le droit de la guerre est incapable de réaliser un quelconque « compromis » entre les nécessités militaires et les considérations d'humanité suppose d'analyser les conditions de possibilité d'un tel compromis. En d'autres termes, il faut identifier les qualités que le droit de la guerre doit revêtir pour demeurer « neutre » dans le conflit opposant les impératifs de la guerre et les exigences de l'action moralement droite. Pour révéler ces conditions de possibilité, il est nécessaire de décortiquer la structure argumentative du discours juridique⁹⁴⁶. Cette quête trouvera son point de départ dans le fait que, depuis son émergence dans sa forme « moderne » dans les années 1860⁹⁴⁷, le droit de la guerre fait continuellement l'objet de deux critiques, qui remettent toutes les deux en cause l'idée que le droit de la guerre réalise un compromis équilibré entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité⁹⁴⁸.

298. Premièrement, le droit de la guerre est régulièrement accusé de n'être qu'une vaine utopie humanitaire, qu'un « *songe creux des savants de cabinets* »⁹⁴⁹. Le droit de la guerre trouverait son origine dans les rêves d'humanitaires en quête d'une diminution drastique de la souffrance humaine, voire dans le rêve inavoué d'un monde sans guerre⁹⁵⁰. Selon cette critique, le droit de la guerre se composerait de règles qui ne prendraient pas « *en considération suffisante les nécessités impérieuses des opérations militaires* »⁹⁵¹. Le droit de la guerre chercherait à faire advenir un monde idéal, dans lequel la violence de guerre

⁹⁴⁶ Les développements qui suivent sont très largement inspirés de la méthode structurale mise en œuvre dans M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, not. pp. 1-70 et 563-589. Car, comme le relève Frédéric Mégret, le champ du droit de la guerre est lui-même structuré par la dialectique de l'apologie et de l'utopie (v. F. MEGRET, « Thinking about What International Humanitarian Lawyers "Do" », *op. cit.*, pp. 269-272).

⁹⁴⁷ Sur l'émergence du droit de la guerre « moderne », v. *supra*, Introduction, § 38.

⁹⁴⁸ Le plus souvent, ce n'est pas le droit de la guerre en tant que tel qui fait l'objet de ces critiques, mais certaines de ses règles prises individuellement. Ces deux critiques peuvent donc se déployer au niveau macroscopique des représentations du régime juridique ou au niveau microscopique des règles individuelles dont il se compose (sur la distinction entre représentations du droit et règles juridiques, v. *supra*, Introduction, § 32). Dans les lignes qui suivent, les références seront réduites à leur strict minimum, étant donné que nous reviendrons longuement sur ces deux critiques dans des contextes plus spécifiques par la suite.

⁹⁴⁹ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 22. L'expression la plus complète de cette critique demeure à ce jour J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2*, *op. cit.*

⁹⁵⁰ V. p. ex. W. HAYS PARKS, « The 1977 Protocols to the Geneva Convention of 1949 », *International Law Studies*, vol. 68, 1995, p. 476 (où l'auteur critique les « *perennial efforts by moralists and idealists who, realizing the futility of any attempt to outlaw war, endeavored to interject language into the Protocols that could be interpreted as making the law governing combat operations so restrictive as to make the waging of war impossible* », et qui remarque que « *the pages of history are strewn with moralistic documents which failed in their usefulness because they attempted to establish an unattainable standard of conduct* »).

⁹⁵¹ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 21, n. trad.

serait contenue dans des limites trop strictes, au mépris de ce que la guerre exige concrètement des militaires en termes d'action, de violence et donc de souffrance. Un tel droit ne pourrait être que « *l'expression irréaliste d'un vœu pieux* »⁹⁵², voué à l'insignifiance – il « *s'effondrera rapidement face à la dure réalité du combat* »⁹⁵³. En effet, les combattants ne respecteront jamais des règles irréalistes, entièrement détachées des nécessités que la guerre leur impose : ceux-ci « *fouler[ont] aux pieds sans hésitation* » toutes les « *entraves* » qui « *diminu[eraient] leurs chances de succès* »⁹⁵⁴. En somme, cette critique affirme que le droit de la guerre pêche par excès d'idéalisme : tourné vers le ciel des idées morales, le droit de la guerre exprimerait *ce qui doit être* au mépris de *ce qui est*. Derrière cette critique de l'utopie humanitaire, on retrouve l'idée que le droit de la guerre n'est pas *neutre* dans le conflit opposant les nécessités de la guerre aux impératifs moraux. En effet, cette critique suggère que le droit de la guerre prend indûment la défense des prescriptions morales au détriment des nécessités militaires. Le droit de la guerre ne réalisera donc aucun compromis : en se faisant l'expression du désir humanitaire de voir advenir un monde où la vie humaine serait davantage respectée, le droit se contenterait de refléter les vœux pieux des moralistes au détriment des réalités intrinsèques de la guerre.

299. Deuxièmement, le droit de la guerre est régulièrement accusé, le plus souvent par des pacifistes et des théoriciens critiques, de n'être qu'une gigantesque entreprise d'apologie de la violence de guerre⁹⁵⁵. Selon cette critique, le *jus in bello* se contenterait de « *prendre pour acquis la nature de la guerre moderne* »⁹⁵⁶, sans chercher à la réformer pour la mettre en conformité avec les exigences de la morale. En d'autres termes, le droit ne ferait rien d'autre que refléter les pratiques contemporaines de la guerre, éminemment violentes, destructrices et productrices de souffrances, sans chercher à s'y opposer : il percevrait la nature de la guerre contemporaine comme étant « *immuable* »⁹⁵⁷ et exprimerait les « *besoins des*

⁹⁵² C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law I », *The George Washington Law Review*, vol. 21, n°3, 1953, p. 327, n. trad.

⁹⁵³ G. S. PRUGH, « Current Initiatives to Reaffirm and Develop International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict », *The International Lawyer*, vol. 8, n°2, 1974, p. 264, n. trad. V. ég. M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 75 (les soldats ne respecteront les règles du droit de la guerre que si celles-ci « *are not simply the philanthropic wishes of professional do-gooders* »).

⁹⁵⁴ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 41. V. ég. W. L. RODGERS, « Suggestions as to Changes in the International for Maritime War », *A.J.I.L.*, vol. 17, n°1, 1923, p. 8 (« *[a] rule formulated to be rigid (...) will be broken for want of elasticity* ») ; J. M. SPAIGHT, « Air Bombardment », *B.Y.I.L.*, vol. 21, 1923-1924, p. 23 (« *[a] rule which is either unacceptable ab initio or bound to break down in practice is useless* »).

⁹⁵⁵ La meilleure exposition de cette critique est celle de C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.* ; C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », *op. cit.*

⁹⁵⁶ R. WASSERSTROM, « The Laws of War », *Philosophy and Public Policy*, vol. 56, n°1, 1972, p. 19, n. trad.

⁹⁵⁷ *Ibid.*

belligérants »⁹⁵⁸ plutôt que de ceux de l’humanité entière. Dès lors, loin de restreindre la violence de guerre au nom d’impératifs transcendants les intérêts militaires des belligérants, le droit de la guerre faciliterait l’emploi d’une violence débridée⁹⁵⁹ : il permettrait « *virtuellement toutes les formes de comportement militaire tant que ce comportement vise à atteindre les objectifs militaires clairs* »⁹⁶⁰. Le droit de la guerre revêtirait ainsi une « *fonction de légitimation de la guerre* »⁹⁶¹ : en se contentant d’enregistrer passivement *ce qui est* plutôt que d’indiquer *ce qui doit être*, le droit de la guerre octroierait une « *façade de légitimité aux pratiques militaires existantes* »⁹⁶². En bref, le « *défaut fatal* » dans la conception du droit de la guerre consisterait en ce que le droit de la guerre se plierait aux exigences de la guerre moderne plutôt que d’imposer « *que la guerre elle-même change pour se conformer aux exigences de la moralité* »⁹⁶³. On retrouve également, derrière cette critique de l’apologie de la violence militaire, l’idée que le droit de la guerre n’est pas neutre dans le conflit opposant la rationalité militaire à l’ordre moral. Effectivement, cette critique sous-entend que le droit de la guerre prendrait le parti de l’efficacité militaire au détriment des exigences morales fondamentales. Le *jus in bello* ne parviendrait donc pas à réaliser le compromis souhaité : il ne serait qu’une retranscription, dans l’ordre du droit, des exigences de la rationalité militaire. Il légitimerait son rapport éthiquement problématique à la violence.

300. Si l’on suit la doctrine juridique traditionnelle, ces deux accusations sont infondées, en plus d’être contradictoires⁹⁶⁴. Le droit de la guerre n’est ni le fruit de vaines élucubrations philosophiques, ni un simple reflet des pratiques militaires existantes. Pour faire face à ces critiques, la doctrine juridique opère un mouvement argumentatif en deux temps.

301. Afin de répondre à la critique de l’utopie humanitaire, la doctrine juridique affirme que le droit de la guerre se distingue de la simple morale humanitaire par son caractère réaliste. En effet, la doctrine s’évertue à montrer que le droit de la guerre émane non pas

⁹⁵⁸ P. M. BROWN, « War and Law », *op. cit.* p. 163.

⁹⁵⁹ C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 50.

⁹⁶⁰ C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », *op. cit.*, p. 389, n. trad.

⁹⁶¹ J.-P. COLIN, « Guerres et luttes armées ou : le droit introuvable », *R.B.D.I.*, 1981-1982, n°1 p. 216. V. ég. C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », *op. cit.*, p. 387 (« *the laws of war were carefully drafted to subordinate humanitarian obligations to military necessities and, as a result, have served to legitimize, rather than to restrain, wartime violence during the Gulf War* »).

⁹⁶² C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 51, n. trad.

⁹⁶³ R. WASSERSTROM, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 19, n. trad.

⁹⁶⁴ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 394.

d'une image idéalisée de ce qui *devrait être* selon de vagues idéaux humanitaires, mais de ce qui *est* : il trouve son ancrage, dit-on, dans « *les conditions de fait des hostilités* »⁹⁶⁵, comme en témoigne le fait que les militaires soient partie prenante au processus de rédaction des traités. Ainsi, contrairement à la morale⁹⁶⁶, le droit de la guerre est une « *science pratique* »⁹⁶⁷ qui « *prend en compte la nature de la guerre* »⁹⁶⁸. Les règles du *jus in bello* sont formulées à partir de la réalité intrinsèque de la guerre et non pas contre la réalité intrinsèque de la guerre. Or, cette réalité concrète de la guerre est organisée par la rationalité militaire, car c'est elle qui détermine la manière dont les militaires se comportent dans la guerre. Par conséquent, répondre à la critique de l'utopie humanitaire revient à *rapprocher le droit des exigences de la rationalité militaire*. En effet, pour ne pas entrer en contradiction avec la manière dont les militaires conduisent la guerre dans les faits, le droit se doit d'être « *compatible avec l'utilisation économique et efficace de la force armée* » et ne pas « *inhiber les activités militaires [des belligérants] dans leur effort pour parvenir à la victoire avec un coût minimal pour eux-mêmes* »⁹⁶⁹. Autre manière de dire que le droit de la guerre ne doit pas entrer en conflit avec les exigences de la rationalité militaire.

302. Afin de répondre à la critique de l'apologie de la violence, la doctrine juridique affirme que le droit de la guerre se distingue de la rationalité militaire par son caractère normatif⁹⁷⁰. En effet, les juristes cherchent à démontrer que le droit de la guerre ne se contente pas d'enregistrer passivement ce qui est, c'est-à-dire la manière dont les militaires se comportent déjà dans les faits, mais qu'il exprime *ce qui doit être* : il s'agit d'un régime juridique « *essentiellement prohibitif* » qui « *vous dit ce que vous ne pouvez pas faire* »⁹⁷¹. À l'inverse de la rationalité militaire, le droit de la guerre « *ne donne pas aux belligérants carte blanche pour mener la guerre sans aucune contrainte* »⁹⁷² ; il trouve au contraire son fondement dans l'idée que les belligérants ne sont pas libres d'agir comme ils l'entendent et qu'ils n'ont par conséquent pas « *un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à*

⁹⁶⁵ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, op. cit., p. 12.

⁹⁶⁶ Sur le fait que les prescriptions morales doivent être suivies indépendamment des circonstances de fait et des conséquences de l'action, v. *supra*, Chapitre 2, § 236.

⁹⁶⁷ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, op. cit., p. 162.

⁹⁶⁸ G. I. A. D. DRAPER, « *Military Necessity and Humanitarian Imperatives* », op. cit., p. 130, n. trad.

⁹⁶⁹ L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 348, n. trad.

⁹⁷⁰ Sur le fait que la rationalité militaire rejette toute tentative visant à « *normer* » l'action militaire en lui imposant *a priori* des règles à suivre, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 201-209.

⁹⁷¹ R. R. BAXTER, « *The Laws of War: A Lecture Delivered at the Naval War College on 13 September 1956* », *Naval War College Review*, vol. 9, n°5, 1957, p. 46, n. trad. Dans le même sens, v. R. KOLB, « *Le droit international comme corps de "droit privé" et de "droit public"* », *R.C.A.D.I.*, vol. 419, 2021, p. 492 ; P. HEILBORN, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den Völkerrechtlichens*, Berlin, 1896, p. 334-335 (cité in R. KOLB, « *Le droit international comme corps de "droit privé" et de "droit public"* », op. cit., p. 492).

⁹⁷² CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 22.

l'ennemi »⁹⁷³. Or, où trouver ces impératifs supérieurs si ce n'est dans les « *exigences impérieuses* » de la « *conscience morale de l'humanité* »⁹⁷⁴? Bien se comporter dans la guerre revient en effet à se comporter conformément aux règles morales. Par conséquent, répondre à la critique de l'apologie de la violence revient à *rapprocher le droit des exigences de la moralité*. En effet, pour contrecarrer l'idée qu'« [à] la guerre tous les moyens (...) sont (...) bons à la seule condition d'être efficace »⁹⁷⁵, il faut se référer à « *tout l'acquis de civilisation et des mœurs établies* » qui subsistent « *au-dessus des actes de violence* »⁹⁷⁶, dans le monde des idées morales, et qui prohibent certaines manières d'agir. En d'autres termes, pour contrecarrer le rapport purement instrumental à la violence qui caractérise l'action militaire des armées modernes, le droit de la guerre doit s'appuyer sur la morale afin de formuler des « *prescriptions restrictives de la liberté des belligérants* » visant à empêcher la guerre « *de dégénérer en licence* »⁹⁷⁷.

303. La structure du discours juridique révèle ainsi les conditions que le *jus in bello* doit remplir pour réaliser le prétendu « compromis » entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité. Cette structure discursive peut être résumée schématiquement de la manière suivante. La critique de l'utopie humanitaire accuse le droit de la guerre de refléter *ce qui doit être* plutôt que *ce qui est* : le droit de la guerre n'est pas raccord avec la réalité concrète de la guerre et n'a par conséquent aucune chance d'être respecté par les combattants. En miroir, la critique de l'apologie de la violence accuse le droit de la guerre de refléter *ce qui est* plutôt que *ce qui doit être* : le droit de la guerre n'est donc pas conforme aux exigences morales et légitime ainsi la manière foncièrement problématique dont les militaires se comportent en fait. La doctrine prétend que ces deux accusations sont infondées. En effet, le droit de la guerre n'a rien d'utopique, car il reflète la logique intrinsèque de la guerre, c'est-à-dire *ce qui est* (réalisme du droit). Et le droit de la guerre ne fait aucunement l'apologie de la violence, car il se fait le porte-voix d'idées morales indiquant *ce qui doit être* (normativité du droit).

⁹⁷³ RH 1907, art. 22. V. également PA I, art. 35, § 1 (« [dans tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité] »).

⁹⁷⁴ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 40.

⁹⁷⁵ A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, op. cit., p. 141.

⁹⁷⁶ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 96.

⁹⁷⁷ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 39.

304. Dès lors, l'ensemble des critiques et des défenses du droit de la guerre s'opposent structuralement selon un schéma réalité/idéalité⁹⁷⁸. L'accusation d'excès d'idéalisme est contrecarrée par un discours établissant le réalisme du droit de la guerre ; l'accusation d'excès de réalisme est déjouée par un discours prouvant l'idéalité du droit de la guerre. Pour échapper à ces deux critiques et fonder l'autonomie du droit par rapport à la rationalité militaire d'une part et à l'ordre moral de l'autre, les juristes prétendent que le droit de la guerre est capable d'être simultanément réaliste et normatif : *il reflèterait à la fois ce qui est tout en exprimant ce qui doit être*. En tant que discipline, le droit de la guerre se distinguerait donc à la fois de la stratégie et de la tactique militaire par son caractère normatif et prescriptif⁹⁷⁹, mais également de la philosophie morale par son ancrage dans la manière dont la guerre est conduite en fait⁹⁸⁰.

305. Toute la question, dès lors, est de savoir si le droit de la guerre est véritablement en mesure d'être simultanément réaliste et normatif. Car pour réaliser le compromis espéré, le droit de la guerre doit parvenir à être suffisamment réaliste pour refléter la rationalité militaire tout en ne tombant pas dans le travers d'omettre les considérations morales. Mais il doit également parvenir à être suffisamment normatif pour refléter les exigences morales tout en ne commettant pas l'erreur de mépriser les nécessités intrinsèques de la guerre. Telle est la « *voie médiane* »⁹⁸¹ que le droit de la guerre doit emprunter pour parvenir à un compromis entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité. Or, il s'avère que la prétention de la doctrine est éminemment problématique – en vérité, il fut difficile de présenter celle-ci sans en faire ressortir le caractère fondamentalement contradictoire. En effet, tout se passe comme si la démonstration du réalisme du droit de la guerre, qui a pour objet de répondre à la critique de l'utopie humanitaire, était vouée à donner naissance à la critique de l'apologie de la violence – si le droit de la guerre est réaliste, cela signifie qu'il reflète les exigences de la rationalité militaire, ce qui le rend justiciable de légitimer le rapport éthiquement problématique que les militaires entretiennent à la violence. À l'inverse, il semblerait que la prétention du droit de la guerre à la normativité, qui a pour fonction de répondre à la critique de l'apologie de la violence, doit immanquablement donner lieu à la

⁹⁷⁸ Ce point est librement inspiré de M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 516-532.

⁹⁷⁹ Nous avons vu *supra*, Chapitre 2, §§ 201-209, que la théorie militaire rejetait toute tentative visant à « normer » l'action militaire en imposant *a priori* des règles à suivre.

⁹⁸⁰ Nous avons vu *supra*, Chapitre 2, § 236, que les normes morales étaient indifférentes aux circonstances de fait et aux conséquences provoquées par la conformité aux règles morales.

⁹⁸¹ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 17.

critique de l'utopie humanitaire – si le droit de la guerre est normatif, cela signifie qu'il s'oppose à la rationalité militaire, ce qui l'expose à la critique d'appartenir au domaine de l'idéal et non à celui de l'existant. Par conséquent, il est très difficile de démêler l'ordre logique dans lequel apparaissent la double affirmation réalité/normativité et la double critique apologie/utopie ; tout ce que l'on peut dire, c'est qu'elles sont structuralement liées dans une boucle rétroactive dont on peine à trouver l'origine⁹⁸².

306. Il apparaît déjà, à ce niveau d'abstraction, que la prétention de la doctrine juridique au compromis semble vouée à l'échec. En effet, comment le droit de la guerre pourrait-il établir son caractère « réaliste » sans faire l'objet de la critique de l'apologie de la violence ou son caractère « normatif » sans s'exposer à la critique de l'utopie humanitaire ? Ceci est bien évidemment impossible : le droit de la guerre est constitutivement incapable d'échapper à la double critique de l'utopie et de l'apologie, car il ne peut être simultanément réaliste et normatif.

§ II. – La production d'un droit de la guerre simultanément réaliste et normatif : une impossibilité logique

307. Pour parvenir à réaliser un compromis entre les nécessités de la guerre (la rationalité militaire) et les impératifs d'humanité (l'ordre moral), les juristes doivent résoudre un « véritable problème »⁹⁸³ : parvenir à faire du droit de la guerre un régime juridique simultanément réaliste, de manière à refléter les exigences de la guerre, et normatif, de sorte à exprimer les demandes impératives de l'ordre moral. Or, ceci est impossible. En effet, à chaque fois que le droit de la guerre se conforme à l'exigence de réalisme en reflétant la réalité concrète de la guerre (c'est-à-dire la logique moyens/fins qui caractérise l'action militaire, les nécessités que la guerre impose aux militaires, les procédés ou les armes qu'ils

⁹⁸² Sur ce point, Michel VILLEY situe l'origine de la contradiction interne au droit, qui reproduit à peu près le schéma réalité/idéalité (v. *supra*, § 304), dans la coupure que l'ère moderne opère entre le monde des faits et le monde des idées (M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., pp. 506-509).

⁹⁸³ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., pp. 39-40 (« [c]e sera un véritable problème que les légistes auront à résoudre, car ils se trouveront en présence de deux forces agissant en sens contraire et dont la loi devra être comme la résultante. L'une est le mot d'ordre donné aux troupes : une fois lancées les unes contre les autres, leur choc est fatal, et il serait insensé de leur prescrire une conduite qui diminuerait leurs chances de succès ; elles fouleraient aux pieds sans hésitation de semblables entraves. Mais voici la conscience morale de l'humanité, qui se dresse devant elles et les tient en échec par ses exigences, impérieuses elles aussi, puisque l'armée qui les méconnaît encourt une flétrissure humiliante »). V. ég. F. KALSHOVEN, E. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, op. cit., p. 280 (où les auteurs mentionnent ce « perennial problem »).

utilisent en fait, la manière dont ils appréhendent telle ou telle situation, etc.), il s'expose *ipso facto* à la critique de l'apologie de la violence. À l'inverse, à chaque fois que le droit de la guerre se plie à l'exigence de normativité en imposant les impératifs de l'ordre moral (c'est-à-dire les principes de justice, les valeurs d'humanité, l'idée que les considérations militaires doivent céder devant l'impératif de « bien » se comporter dans la guerre, etc.), il prête immédiatement le flan à la critique de l'utopie humanitaire. Le droit ne peut être simultanément réaliste et normatif, puisque ces deux exigences sont mutuellement exclusives.

308. La démonstration de cette impossibilité peut prendre pour point de départ l'ambivalence que le droit de la guerre entretient à l'égard des règles prescriptives⁹⁸⁴. En effet, là où l'exigence de réalisme implique une grande méfiance vis-à-vis des règles prescriptives, l'exigence de normativité est pieds et poings liée à l'existence de telles règles : elles sont une condition *sine qua non* de la normativité du droit de la guerre (**A**). Toute la question, dès lors, est de savoir si le droit de la guerre peut contenir des règles prescriptives, afin de revêtir une dimension normative, tout en demeurant réaliste, pour échapper à la critique de l'utopie humanitaire. Pour répondre à cette question, il faut distinguer les deux scénarios auxquels les règles prescriptives du droit de la guerre peuvent être confrontées : le scénario de la concordance entre les exigences de la rationalité militaire et celles de l'ordre moral (**B**) et le scénario de la discordance entre ces exigences (**C**)⁹⁸⁵.

A. – L'ambivalence du droit de la guerre vis-à-vis des règles prescriptives

309. Pour échapper à la critique de l'utopie humanitaire et se conformer à l'exigence de réalisme, il est indispensable que le droit de la guerre soit *limité sur le plan des obligations*,

⁹⁸⁴ L'expression « règles prescriptives » renvoie aux énoncés linguistiques contenant une obligation d'agir d'une manière déterminée (obligation positive) ou de ne pas agir d'une manière déterminée (obligation négative).

⁹⁸⁵ Ces scénarios correspondent aux différentes structures d'agencement des rapports entre rationalité militaire et ordre moral. En toute logique, il devrait y avoir quatre scénarios : 1) le scénario dans lequel la rationalité militaire exige *d'agir d'une manière déterminée* et que la morale *ne s'y oppose pas* ; 2) le scénario dans lequel la rationalité militaire exige *de ne pas agir d'une manière déterminée* et que la morale *ne s'y oppose pas* ; 3) le scénario dans lequel la rationalité militaire exige *d'agir d'une manière déterminée* alors que la morale *exige de ne pas agir de cette manière* ; 4) le scénario dans lequel la rationalité *exige d'agir d'une manière déterminée* et que la morale *exige également d'agir de cette manière* (pour une typologie similaire, v. N. HAYASHI, *Military Necessity*, *op. cit.*, p. 66-81). Seuls les deux derniers scénarios, celui de la discordance entre rationalité militaire et ordre moral (scénario 3) et celui de la concordance entre rationalité militaire et ordre moral (scénario 4) intéressent la présente étude, car seuls ces deux scénarios mettent en scène le conflit entre la rationalité instrumentale et la rationalité axiologique (sur ce conflit, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 230-237).

de manière à aménager un certain espace de liberté au profit des militaires. En effet, la guerre, en tant qu’entreprise intrinsèquement violente⁹⁸⁶, suppose forcément l’exercice de la force et de la contrainte, et donc l’infliction d’une certaine souffrance : dans la guerre, les militaires doivent parfois tuer, blesser, détruire et priver de liberté pour atteindre leurs buts⁹⁸⁷. Si le droit de la guerre veut être réaliste de manière à échapper à la critique de l’utopie, il ne peut s’opposer à ce « *minimum irréductible de violence* »⁹⁸⁸, car ceci reviendrait à s’opposer à la nature même de la guerre⁹⁸⁹. Ainsi, le droit de la guerre ne saurait être « *si restrictif qu’il rendrait la conduite de la guerre impossible* »⁹⁹⁰ : il serait immédiatement perçu comme un projet irréaliste, voire comme un « *ersatz du pacifisme* »⁹⁹¹.

310. En pratique, ceci signifie que le droit de la guerre doit être un régime juridique pour partie permisif, qui ne se contente pas d’interdire certains comportements, mais qui permet aux militaires d’employer – ou *n’interdit pas* aux militaires d’employer – certains moyens d’actions violents et coercitifs, sans lesquels la guerre ne serait plus la guerre⁹⁹². On peut soutenir que, par les autorisations qu’il contient – ou par l’absence d’interdictions sur certains points –, le droit de la guerre aménage effectivement un tel espace de liberté au profit des militaires⁹⁹³.

311. À cet égard, le principe de nécessité militaire remplit une fonction axiomatique. Dans son versant permisif⁹⁹⁴, ce principe autorise les militaires à employer les moyens d’action nécessaires à la soumission de l’ennemi à moindre coût humain, matériel et financier⁹⁹⁵.

⁹⁸⁶ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1, § 150.

⁹⁸⁷ CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 22.

⁹⁸⁸ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 44. V. ég. H. MEYROWITZ, « Le fondement du droit de la guerre », op. cit., p. 428 (il existe, malgré « *l’action régulatrice exercée par le droit de la guerre* », un « *résidu irréductible* » de violence).

⁹⁸⁹ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 44.

⁹⁹⁰ W. HAYS PARKS, « The 1977 Protocols to the Geneva Convention of 1949 », op. cit., p. 476, n. trad. V. ég. H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 17 (« *[i]t is not the purpose of international humanitarian law to prohibit war or to adopt rules rendering war impossible* »).

⁹⁹¹ D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, vol. 2, op. cit., p. 465.

⁹⁹² Sur la question de savoir si le *jus in bello* est un régime juridique uniquement prohibitif ou s’il contient une dimension permisive, v. A. QUINTIN, *The Nature of International Humanitarian Law. A Permissive or Restrictive Regime?*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, coll. « Elgar International Law », 2020 ; N. BERMAN, « Privileging Combat? », op. cit. pp. 1-71 ; E. LIEBLICH, « The Facilitative Function of *Jus in Bello* », *E.J.I.L.*, vol. 30, n°1, pp. 321-340 ; R. SCHÄFER, « Ein Grausames Recht? », *APuZ*, 18 juil. 2024.

⁹⁹³ L’important étant, ici, que le droit de la guerre consacre ou, au moins, « *reconnait implicitement la légalité de la violence armée dirigée contre des personnes ou contre des biens pourvu qu’elle respecte certaines limites* » (E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 318).

⁹⁹⁴ Sur ces deux manières de formuler le principe de nécessité militaire, v. *infra*, Chapitre 4, § 461.

⁹⁹⁵ Pour une formulation permisive du principe de nécessité militaire, v. p. ex. Code Lieber, art. 15, n. s. « *Military necessity admits of all direct destruction of life or limb of "armed" enemies, and of other persons whose destruction is incidentally "unavoidable" in the armed contests of the war; it allows of the capturing of every armed enemy, and every enemy of importance to the hostile government, or of peculiar danger to the captor; it allows of all destruction of property, and obstruction of the ways and channels of traffic, travel, or communication, and of all withholding of*

Formulé de la sorte, le principe de nécessité militaire répond parfaitement à l'exigence de réalisme : il atteste du fait que le droit de guerre trouve son fondement dans la réalité intrinsèque de la guerre, dans sa nature même, puisque – par définition – la guerre exige des militaires qu'ils recourent à des moyens d'action violents pour soumettre l'ennemi à leur volonté. En autorisant les militaires à agir comme leur fonction l'impose, le principe de nécessité militaire traduit juridiquement la maxime fondamentale de la rationalité militaire⁹⁹⁶.

312. De plus, le caractère permissif du droit de la guerre se révèle au travers du droit conventionnel et coutumier, qui autorise les militaires à recourir (ou n'interdit pas aux militaires de recourir) à certaines formes de violence et de contrainte spécifiques⁹⁹⁷. Par exemple, le droit de la guerre ne s'oppose pas à ce que des combattants tuent ou blessent d'autres combattants, tant que ceux-ci n'ont pas déposé les armes et ne se trouvent pas hors de combat⁹⁹⁸. Tout en n'étant expressément autorisé par aucune norme du droit de la guerre⁹⁹⁹, la doctrine considère de longue date qu'il s'agit de « [l]a première règle » de ce régime : « *on peut détruire les forces en armes tant qu'elles résistent* », mais le « *droit de*

sustenance or means of life from the enemy; of the appropriation of whatever an enemy's country affords necessary for the subsistence and safety of the army, and of such deception as does not involve the breaking of good faith (...) ».

⁹⁹⁶ Sur l'idée que le principe de nécessité militaire reformule les exigences de la rationalité militaire, v. *supra*, § 287.

⁹⁹⁷ Dans les exemples qui suivent, nous verrons que le droit de la guerre ne s'oppose pas à certaines pratiques. La question de savoir si, du fait que le droit de la guerre n'interdit pas ces pratiques, il les autorise, est hors du cadre de l'étude et peu important pour ce qui nous concerne : tout ce qui importe, c'est de voir que, conformément à l'exigence de réalisme, le droit de la guerre tolère certains comportements consubstantiels à la guerre. Sur le point de savoir si ce qui n'est pas interdit est automatiquement autorisé, v. not. A. QUINTIN, *The Nature of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 70-81 ; R. KOLB, « La règle résiduelle de liberté en droit international public ("Tout ce qui n'est pas interdit est permis") : aspects théoriques », *R.B.D.I.*, vol. 34, n°1, 2001, pp. 100-127. Pour l'énoncé du principe, v. CPJI, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, arrêt du 7 sept. 1927, Recueil, Série A, n°10, p. 19 (« [...]oin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables »).

⁹⁹⁸ Pour les CAI, le droit de la guerre exige simplement que les attaques ne soient pas intentionnellement dirigées contre la population civile et ses biens (PA I, art. 48), sauf dans le cas où les personnes civiles « participent directement aux hostilités » (PA I, art. 51 § 3) et dans le cas où les biens civils sont utilisés à des fins militaires (PA I, art. 52 § 2). Par contre, les attaques peuvent être intentionnellement dirigées à l'encontre des forces armées de l'ennemi, puisque les membres de ces forces armées, à l'exception du personnel sanitaire et religieux, « *sont des combattants* » qui ont de ce fait « *le droit de participer directement aux hostilités* » (PA I, art. 43 § 2). Une fois capturés, les combattants ne peuvent donc être poursuivis pénalement pour le simple fait d'avoir commis des actes de violence au cours des hostilités, tant que ces actes sont conformes aux règles du droit de la guerre. Ils jouissent du « *privilège du combattant* » (v. N. BERMAN, « *Privileging Combat?* », *op. cit.*). Ainsi, aucune disposition conventionnelle ne s'oppose à ce que les forces armées d'une Partie au conflit tuent les forces armées d'une autre Partie au conflit (v. cependant *infra*, Chapitre 4, § 516). Pour les CANI, le droit de la guerre exige également que les attaques ne soient pas dirigées à l'encontre des personnes civiles (PA II, art. 13, § 2), sauf si celles-ci participent directement aux hostilités (PA II, art. 13, § 3). Aucune norme n'interdit aux forces d'un belligérant d'exercer la force létale contre les forces d'un autre belligérant. Cependant, dans les CANI, les combattants des groupes armés non-étatiques ne jouissent pas du privilège du combattant, et peuvent donc être poursuivis pour le meurtre de soldats d'une force étatique ou même pour le simple fait d'avoir pris les armes (sur ce point, v. A. GODEFROY, « *Le fondement...* », *op. cit.*, pp. 165-167).

⁹⁹⁹ *Ibid.*

*tuer l'homme sous les armes ne dure qu'autant qu'il résiste »¹⁰⁰⁰. Plus généralement, le droit de la guerre autorise l'emploi de la violence à l'encontre des objectifs militaires de l'ennemi¹⁰⁰¹. Si le contenu de la notion d'objectif militaire fait l'objet de controverses¹⁰⁰², on s'accorde généralement pour dire que celle-ci inclut au moins « *les unités des forces armées de l'ennemi, leurs véhicules blindés et leur artillerie mobile, ainsi que les installations militaires telles que les emplacements de canons fixes et les dépôts de munition* »¹⁰⁰³. Tous ces objectifs militaires peuvent légalement être détruits. De même, le droit de la guerre admet, sous certaines conditions¹⁰⁰⁴, que les belligérants « *cause[nt] incidemment* »¹⁰⁰⁵ des dommages à la population civile et à ses biens. En effet, si le droit de la guerre interdit le fait d'attaquer directement et intentionnellement la population civile¹⁰⁰⁶ et les biens civils¹⁰⁰⁷, par exemple dans le but de répandre la terreur¹⁰⁰⁸, il reconnaît que « *les opérations de guerre peuvent, par la force des choses, causer des dommages directs aux populations civiles et à leurs biens* »¹⁰⁰⁹. Tel est par exemple le cas lorsque des*

¹⁰⁰⁰ H. S. MAINE, *Le droit international*, op. cit., p. 200, n. trad. V. ég. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 34 (« [l]e droit de tuer l'ennemi dure aussi longtemps que la lutte, mais pas davantage ») ; C. PHILLIPSON, *Wheaton's Elements of International Law*, 5^{ème} éd., préf. F. POLLOCK, New York, Stevens & Sons, 1916, p. 469 (« Those who are actually in arms, and continue to resist, may be lawfully killed ») ; H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, vol. 2, Londres, Longmans, Green & Co, 1940, p. 270 (« Every combatant may be killed or wounded. (...) But combatants may only be killed or wounded if they are able and willing to fight or to resist capture ») ; CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, op. cit., § 2017, p. 651, (« [l'article 43 (...) définit les forces armées et stipule que les membres de ces forces sont des combattants, c'est-à-dire qu'ils ont le droit de participer directement aux hostilités; le corollaire est qu'ils peuvent être l'objet d'actes d'hostilité ») ; CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, op. cit., p. 4 (« les combattants d'une partie [peuvent] tuer ceux de l'autre camp ») ; M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 350 (« it is uncontroversial that combatants may be targeted as long as they do not surrender, are not wounded, sick or shipwrecked or are not otherwise hors de combat »).

¹⁰⁰¹ L'article 48 du PA I commande aux forces armées de « faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires » et leur enjoint de « ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires ». Dès lors, cette disposition admet en creux qu'il est « légitime d'attaquer » (CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, op. cit., § 2015, p. 651) les objectifs militaires ennemis.

¹⁰⁰² V. *infra*, §§ 367-371.

¹⁰⁰³ F. KALSHOVEN, E. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, op. cit., p. 38, n. trad. V. ég. CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, op. cit., § 1874, p. 610.

¹⁰⁰⁴ Sur les principes de précaution et de proportionnalité, v. *infra*, §§ 484-486 (proportionnalité) et §§ 872-873 (précaution).

¹⁰⁰⁵ PA I, art. 57, § 2, b) ; PA II, art. 13, § 2;

¹⁰⁰⁶ PA I, art. 51 § 1 (« [n]i la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques »). Pour les CANI, v. CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 34-39 (règle 7).

¹⁰⁰⁷ PA I, art. 52, § 1 (« [l]es biens de caractère civil ne doivent être l'objet d'attaques ni de représailles »).

¹⁰⁰⁸ PA I, art. 51, § 2 ; PA II, art. 13, § 2.

¹⁰⁰⁹ E. CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakemia, coll. « Annales Academiae scientiarum fennicae », 1954, p. 174, n. trad. V. ég. Code Lieber, art. 15 (« [m]ilitary necessity admits of all direct destruction of life or limb of "armed" enemies, and of other persons whose destruction is incidentally "unavoidable" in the armed contests of the war ») ; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, op. cit., p. 66 (le droit de la guerre « permits the destruction of life of armed enemies and other persons whose destruction is incidentally unavoidable by the armed conflicts of the war ») ; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Otto Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen Case)*, arrêt du 25 mars 1949, in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 4, Londres, Government Printing Office, 1951, p. 467 (« [a] city is bombed for tactical purposes; communications are to be destroyed, railroads wrecked, ammunition plants demolished, factories razed, all for the purpose of impeding the military. In these operations it inevitably happens that nonmilitary persons

civils sont blessés ou tués accidentellement lorsqu'ils se trouvent dans la zone de combat alors que les hostilités sont en cours, ou lorsque des biens civils sont détruits au cours d'un bombardement visant un objectif militaire licite¹⁰¹⁰. Enfin, le droit de la guerre autorise des privations de liberté exceptionnelles par rapport à celles tolérées en temps de paix¹⁰¹¹, à la fois dans les CAI¹⁰¹², dans les situations d'occupation militaire¹⁰¹³, et dans les CANI¹⁰¹⁴.

313. Il apparaît donc que, conformément à l'exigence de réalisme, le droit de la guerre préserve un certain espace de liberté au profit des militaires. Le droit se prémunit donc de tout reproche d'utopie : il reconnaît que faire la guerre suppose nécessairement de tuer des combattants ennemis et de détruire des objectifs militaires, ce qui ne peut parfois se faire sans causer de dommages aux personnes et aux biens civils, ainsi que de priver de liberté des combattants ennemis ou des civils menaçant la sécurité des forces armées. Cependant, le droit de la guerre ne saurait évidemment se contenter de n'être qu'un régime juridique permissif. Si tel était le cas, il se contenterait de *réfléter la réalité de la guerre* sans chercher à la *transformer*. Le droit s'exposerait donc à la critique de l'apologie de la guerre : un droit ne contenant que des autorisations et aucune interdiction ne pourrait être perçu que comme un instrument de légitimation de la violence¹⁰¹⁵.

*are killed. This is an incident, a grave incident to be sure, but an unavoidable corollary of battle action. The civilians are not individualized. The bomb falls, it is aimed at the railroad yards, houses along the tracks are hit and many of their occupants killed ») ; TPIY, *Le Procureur c. Galić*, jugement du 5 déc. 2003, affaire n°IT-98-29, § 44, note 76 (Le droit de la guerre « admet la possibilité de morts et de blessés parmi les civils du fait d'opérations militaires légitimes ») ; W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *Air Force Law Journal*, vol. 32, 1990, p. 149 (« [u]navoidable collateral casualties among the civilian population or other protected persons are an unfortunate but inevitable part of war »).*

¹⁰¹⁰ E. CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, op. cit., p. 174 (« operations of war may by the force of circumstances cause damage directly to the civilian population and their property. This may, in particular, happen to civilians moving near the fighting lines while hostilities are in progress, or who are unable to remove themselves from the area. Important military operations cannot be interrupted or restricted in order to ensure the safety of such people »).

¹⁰¹¹ V. not. E. DEBUF, *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, préf. A. CLAPHAM, Paris/Oxford/Portland, Pedone/Hart, 2013.

¹⁰¹² Dans le cadre d'un CAU, un belligérant peut en principe détenir les combattants ennemis sous le statut de prisonnier de guerre jusqu'à « la fin des hostilités actives » (CG III, art. 118). Certaines exceptions concernent les grands malades et grands blessés (CG III, art. 109-110). Si la détention des prisonniers de guerre s'accompagne de nombreuses garanties, celle-ci n'est limitée par aucun marqueur temporel.

¹⁰¹³ Dans les territoires occupés, la Puissance occupante peut, « pour d'impérieuses raisons de sécurité », prendre « des mesures de sûreté » à l'égard des personnes soumises à l'occupation, ce qui peut se traduire par le fait de leur « imposer une résidence forcée ou [de] procéder à leur internement » (CG IV, art. 78). Si de nombreuses garanties existent au bénéfice des internés (PA I, art. 75), aucune limite temporelle de la détention préventive n'est prévue par les traités.

¹⁰¹⁴ Dans le cadre d'un conflit armé non-international, le droit prévoit l'hypothèse dans laquelle des personnes sont « privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues » (PA II, art. 5), mais ne fixe aucune limite temporelle à cette privation de liberté.

¹⁰¹⁵ C'est la raison pour laquelle les juristes à tendance humanitaire défendent l'idée que le *jus in bello* ne contiendrait aucun « droit » d'exercer la violence, seulement des règles prohibitives. V. p. ex. R. R. BAXTER, « The Laws of War », op. cit., p. 46 (« there is no "right" to injure the enemy, only a limitation on the way that violence can be employed »).

314. Pour échapper à la critique de l’apologie de la violence, le droit de la guerre doit donc prouver son caractère normatif. Or, pour être normatif, le droit de la guerre doit nécessairement se composer de règles prescriptives. En effet, l’exigence de normativité implique que le droit de la guerre s’efforce à changer la manière dont les militaires se comportent en fait, à transformer la réalité intrinsèque de la guerre de manière à la rendre plus conforme aux valeurs d’humanité¹⁰¹⁶. Pour ce faire, le droit de la guerre doit forcément contenir des « *prescriptions restrictives de la liberté des belligérants* »¹⁰¹⁷, afin de limiter « *la manière dont la violence peut être employée* »¹⁰¹⁸. Plus spécifiquement, il faut que le droit de la guerre se compose de règles indiquant aux militaires « *ce [qu’ils] ne peuvent pas faire* »¹⁰¹⁹, c’est-à-dire d’*obligations négatives* (interdictions).

315. Toute la question, dès lors, est de savoir si le droit de la guerre peut se conformer à l’exigence de normativité en contenant des règles prescriptives tout en demeurant suffisamment réaliste pour ne pas s’exposer à la critique de l’utopie humanitaire. En effet, nous avons vu que l’exigence de réalisme impliquait que le droit de la guerre se limite sur le plan des obligations imposées aux militaires – celles-ci ne doivent pas devenir déraisonnables et empêcher les militaires de mener la guerre de manière effective. Pour autant, le droit de la guerre doit imposer aux militaires certaines limites, certaines « *barrières impératives* »¹⁰²⁰ – car autrement, la rationalité militaire opérerait sans contrainte¹⁰²¹. Par conséquent, l’existence de règles interdisant certains modes d’action est-elle compatible avec l’exigence de réalisme du droit ? La réponse à cette question varie en fonction du scénario auquel les règles prescriptives du droit de la guerre se superposent.

¹⁰¹⁶ Il est important de noter que les règles prescriptives du droit de la guerre manqueraient leur but si elles ne portaient pas sur des *pratiques contrevenant à la morale*, c’est-à-dire sur des moyens d’action ou des comportements immoraux, cruels, barbares, atroces, injustes, etc. En effet, l’exigence de normativité vise à transformer la réalité intrinsèque de la guerre pour la rendre plus conformes aux principes supérieurs d’humanité – peu importe, donc, que le droit de la guerre prohibe des comportements conformes, voire exigés par la morale. Cela dit, nous ne connaissons aucune règle du droit de la guerre qui relèverait de cette catégorie.

¹⁰¹⁷ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 39.

¹⁰¹⁸ R. R. BAXTER, « The Laws of War », op. cit., p. 46, n. trad.

¹⁰¹⁹ Ibid., p. 46, n. trad.

¹⁰²⁰ J. L. KUNZ, « The Laws of War », op. cit., p. 335, n. trad.

¹⁰²¹ Sur les conséquences néfastes d’un libre déploiement de la rationalité militaire, v. *supra*, Chapitre 2.

B. – Les règles prescriptives face au scénario de la concordance entre rationalité militaire et ordre moral

316. Le premier scénario est celui de la concordance entre les prescriptions de la rationalité militaire et celles de l'ordre moral : la rationalité militaire recommande aux militaires d'agir d'une manière déterminée, et il s'avère que la morale exige également que les militaires agissent de cette manière. Ainsi, l'efficacité militaire s'aligne sur l'action moralement droite, car les militaires peuvent à la fois suivre les exigences militaires tout en respectant les impératifs moraux. Typiquement, ce scénario se réalise lorsque la rationalité militaire commande, pour des raisons ayant trait à l'efficacité militaire, de *ne pas* adopter un comportement ou un moyen d'action, et que la morale exige également de ne pas adopter ce comportement ou ce moyen d'action. Dans un tel cas de figure, les « *devoir[s] de conscience et d'humanité* » se trouvent, comme par une « *heureuse coïncidence* », en « *harmonie avec l'intérêt bien entendu des belligérants* »¹⁰²².

317. Dans ce scénario, une règle prescriptive pourrait interdire un comportement qui soit à la fois néfaste du point de vue militaire et contraire aux préceptes moraux. Ici, le droit de la guerre semble capable de justifier à la fois son caractère normatif et son caractère réaliste. D'une part, le droit de la guerre serait « normatif », puisqu'il contiendrait des règles prescriptives interdisant certains comportements ou procédés militaires révoltant la conscience morale. D'autre part, le droit de la guerre serait « réaliste », puisqu'il épouserait le jugement militaire, c'est-à-dire la manière dont les militaires perçoivent ce comportement ou ce moyen d'action (celui-ci est néfaste ou inutile). Le droit de la guerre échapperait donc à la fois à la critique de l'utopie et à celle de l'apologie, et parviendrait au compromis espéré.

318. Cependant, cette prétention ne résiste pas à l'analyse. En effet, dans un tel scénario, la normativité du droit de la guerre est purement fictive. Comme nous l'avons vu, l'exigence de normativité implique que le droit de la guerre réforme la manière dont les militaires se comportent en fait, qu'il transforme l'action militaire pour la rendre plus vertueuse¹⁰²³. Ainsi, les règles du *jus in bello* doivent « nécessairement » aller, « *dans une mesure plus ou moins grande, à l'encontre des réalités intrinsèques de la guerre* » – sinon, « *elles ne rempliraient*

¹⁰²² G. MOYNIER, L. APPIA, *La guerre et la charité. Traité théorique et pratique de philanthropie appliquée aux armées en campagne*, Genève/Paris, Cherbuliez, 1867, p. 44.

¹⁰²³ V. *supra*, not. § 303.

pas leur but »¹⁰²⁴. Pour se hisser à la hauteur de ses ambitions, le droit de la guerre doit s'opposer à l'existant au nom de l'idéal. Par conséquent, il ne suffit pas que les règles du droit de la guerre s'opposent à des comportements que les militaires n'ont pas intérêt à adopter dans les faits : pour être véritablement normatif, le droit doit empêcher les militaires de faire la guerre « *comme ils voudraient la faire* » ou « *comme ils [pourraient] avoir unilatéralement intérêt à la faire* »¹⁰²⁵.

319. Or, dans le scénario envisagé ici, les règles du *jus in bello* se contentent d'interdire des pratiques « *laides mais inutiles* », qui sont « *déjà interdites pour des raisons d'utilité militaire* »¹⁰²⁶. En d'autres termes, le droit s'attaque à des pratiques immorales certes, mais que les militaires n'emploient pas car ils les jugent inefficaces, délétères ou contre-productives. Dès lors, le droit de la guerre ne cherche pas à transformer la manière dont les militaires se comportent en fait pour rendre leur action plus respectueuse des valeurs d'humanité ; au contraire, il se contente de refléter la manière dont les militaires agissent déjà en pratique. On peut donc légitimement s'interroger : si les règles prescriptives du droit de la guerre ne limitent pas l'action militaire « *au-delà des restrictions inhérentes* » que dictent « *l'intérêt militaire* », alors « *à quoi servent-elles ?* »¹⁰²⁷

320. Ici, de telles règles légitiment la manière dont les militaires se comportent en pratique. En effet, le droit permet aux belligérants de s'accaparer les profits symboliques consubstantiels à toute action légale, sans en payer aucun coût, car agir de manière légale ne suppose rien d'autre de leur part que de suivre les prescriptions de la rationalité militaire. Autrement dit, les militaires peuvent couvrir leur action du sceau de la légitimité tout en se bornant, en pratique, à suivre leur intérêt. De plus, le droit de la guerre révèle sa faiblesse, voire son hypocrisie. En effet, ne devrait-il pas chercher à interdire autre chose que des procédés inutiles ou des « *moyens de guerre non-vitaux* »¹⁰²⁸ ? Pour se hisser à la hauteur de ses prétentions humanitaires, ne devrait-il pas s'attaquer aux méthodes et aux moyens de guerre les plus efficaces et les plus destructeurs ?

¹⁰²⁴ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 396.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 397.

¹⁰²⁶ C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law I », *op. cit.*, p. 322, n. trad.

¹⁰²⁷ C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 54, n. trad.

¹⁰²⁸ M. W. ROYSE, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, *op. cit.*, p. 144, n. trad.

321. Finalement, en faisant porter les règles du *jus in bello* sur des comportements ou des moyens d'action immoraux mais inefficaces ou nuisibles sur le plan militaire, le droit de la guerre ne parvient pas à réaliser le compromis espéré. Ces règles sont bien réalistes, mais aucunement normatives – en fait, ces règles sont incapables d'être normatives *précisément* parce qu'elles sont réalistes. Cette conclusion peut être illustrée au travers de deux types de règles prescriptives : les règles proscrivant les actes de violence privée (1) et les règles interdisant l'emploi de moyen d'action moralement répréhensibles mais militairement inefficaces (2).

1. – Les règles proscrivant les actes de violence privée

322. Le droit de la guerre contient de nombreuses règles proscrivant les actes de violence privée, c'est-à-dire les actes de violence visant à assouvir les désirs individuels des soldats – cupidité, vengeance, racisme, désir de dominer, de faire souffrir, etc. – plutôt que de réaliser les finalités politico-stratégiques de l'État¹⁰²⁹. La commission de tels actes est interdite de manière absolue par le droit de la guerre, au motif que la violence est employée en elle-même et pour elle-même plutôt que comme un moyen de réalisation de la guerre¹⁰³⁰.

¹⁰²⁹ Relèvent de cette catégorie tous les actes de violence dirigés à l'encontre des personnes (agressions, viols, massacres, meurtres, mutilations, etc.) ou des biens (vols, pillages, dégradations, destructions, etc.), lorsque la violence est employée en elle-même et pour elle-même, plutôt que comme un moyen de réaliser les finalités de la guerre. Il s'agit typiquement d'actes commis par des soldats agissant à titre privé et en dehors des ordres hiérarchiques. Georg SCHWARZENBERGER inclut par exemple dans cette catégorie les « *actes de cruauté sadique, qui ne prétendent même pas avoir pour objet la terrorisation, ou les actes gratuits de destruction de biens, qui ne peuvent même pas prétendre faire partie d'une politique de "terre brûlée"* » (G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, op. cit., p. 10). Néanmoins, si ces mêmes actes sont commis *en vue de la réalisation d'un objectif militaire déterminé*, alors ils entrent dans le régime de justification de la nécessité militaire et relèvent d'une autre catégorie d'actes. Ce n'est donc pas tant le contenu intrinsèque de l'acte qui compte que sa *motivation subjective* : ici, nous n'avons affaire qu'à des démonstration de haine, de désir de vengeance, de volonté de faire souffrir, d'avidité, etc. – en un mot : de *passions individuelles*. V. p. ex. CPI, *Éléments des crimes*, adoptés lors de la première session de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, New York, 3-10 sept. 2002, p. 18, note 47 (l'appropriation de biens d'autrui en temps de conflit n'est constitutif du crime de pillage au sens de l'article 8, 2), b), xvi) que lorsque cette appropriation a eu lieu « à des fins privées ou personnelles » ; à l'inverse, « *les appropriations justifiées par les nécessités militaires ne constituent pas un crime de pillage* »).

¹⁰³⁰ Le raisonnement sous-jacent à l'interdiction absolue et inconditionnelle des actes de violence privée est le suivant. Dans son versant permis, le principe de nécessité militaire *autorise* les belligérants à employer les moyens nécessaires pour vaincre l'ennemi à moindre coût humain, matériel et financier. Mais dans son versant prescriptif, le principe de nécessité militaire *interdit* d'employer la violence lorsque celle-ci n'est pas nécessaire pour vaincre l'ennemi (sur cette distinction, v. *infra*, § 461). Or, les actes de violence privée ne sont même pas « codés » dans le registre de l'efficacité moyens/fins : la violence ne vise pas à vaincre l'ennemi, mais à satisfaire les passions individuelles des soldats. Il s'agit donc d'une violence « gratuite » (*wanton*), qui ne poursuit aucune finalité sur le plan militaire et qui est donc interdite en tant que telle. On retrouve ce raisonnement dès l'origine du droit de la guerre moderne (v. par ex. Code Lieber, art. 16 et 44 ; J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 289-290 et 300).

¹⁰³⁰ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, op. cit., p. 66 (le droit de la guerre « *does not permit the killing of innocent inhabitants for the purpose of revenge or the satisfaction of a lust to kill (...)* Destruction as an end in itself is a violation of international law (...) [La nécessité militaire] does not admit the wanton devastation of a district or the willful infliction of suffering upon its inhabitants for the sake of suffering alone »).

Par ailleurs, certains actes de violence privée font l'objet d'interdictions spécifiques. L'exemple classique est celui du pillage : le fait pour un soldat de s'approprier les biens d'une personne civile pour un « *usage privé ou personnel* »¹⁰³¹ est prohibé de manière absolue par le droit conventionnel¹⁰³² et coutumier¹⁰³³, dans CAI comme dans les CANI¹⁰³⁴, et constitue un crime de guerre¹⁰³⁵. Par ailleurs, le droit de la guerre moderne interdit de manière absolue et inconditionnelle d'autres actes de violence privée tels que la torture¹⁰³⁶, le viol¹⁰³⁷, le meurtre de personnes civiles¹⁰³⁸, les mutilations¹⁰³⁹ ou encore la brutalisation ou le meurtre des prisonniers de guerre¹⁰⁴⁰.

323. Ces règles prescriptives semblent à première vue réaliser l'exigence de normativité : elles obligent les soldats à ne pas commettre des actes de violences profondément immoraux, motivés par les plus bas instincts de l'humanité. De plus, ces règles prescriptives semblent compatibles avec l'exigence de réalisme, puisqu'elles s'alignent sur la rationalité militaire. En effet, du point de vue militaire, les actes de violence privée nuisent à l'efficacité militaire, puisqu'ils ne participent en rien à la victoire sur l'ennemi et ébranlent la discipline des armées¹⁰⁴¹. Il n'y a tout simplement rien de pire pour la hiérarchie militaire qu'une « *troupe sans loi* »¹⁰⁴² qui agit sur la base de ses intérêts égoïstes plutôt qu'en exécution des plans stratégiques¹⁰⁴³. Dès lors, la rationalité militaire commande de ne pas se livrer à des actes de

¹⁰³¹ CPI, *Éléments des crimes*, op. cit., p. 18.

¹⁰³² RH 1907, art. 28 et 47 ; PA II, article 4 § 2 g).

¹⁰³³ CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, op. cit., pp. 242-247 (règle 52).

¹⁰³⁴ Ibid., pp. 243-247.

¹⁰³⁵ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, adopté à Rome le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, art. 8, 2), b), xvi) et art. 8, 2), e), v) [ci-après : « Statut de Rome »].

¹⁰³⁶ CG 1949, art. 3 commun, § 1, a).

¹⁰³⁷ CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, op. cit., p. 427 (règle 93).

¹⁰³⁸ Ibid., p. 3 (règle 1).

¹⁰³⁹ CG 1949, art. 3 commun, § 1, a).

¹⁰⁴⁰ CG III, art. 13.

¹⁰⁴¹ D. STEPHENS, M. W. LEWIS, « The Law of Armed Conflict », op. cit., p. 77 (« [w]anton violence directed towards civilians violates the established military doctrine of economy of force, undermines the morale of a well-disciplined military and wastes political capital ») ; H. R. VAGUE, « The Humanitarian Law of Armed Conflict », *The International Lawyer*, vol. 11, n°1, 1977, p. 102 (« [t]he force that is robbing and murdering innocent civilians is an undisciplined force and is simply a less efficient military force ») ; J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2*, op. cit., p. 14, n. trad. (« [a]ucune influence hostile n'est aussi destructrice et dissolvante que le manque de discipline dans ses propres rangs ; aucune résistance, qu'elle soit locale, qu'elle soit personnelle, ne paralyse aussi fatallement que les frictions qu'une troupe subit dans sa propre structure du fait de l'émergence irrésistible d'intérêts individuels »). Ce constat est particulièrement bien établi dans la littérature à l'égard du pillage. V. p. ex. M. W. ROYSE, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, op. cit., p. 142, note 55 (« looting troops cease to be effective ; that looting turns an organized army into a mob ; that the troops waste time in pillage and looting and burden themselves with unnecessary loads; and that looting is, therefore, prohibited from a military point of view »).

¹⁰⁴² R. KOLB, *Ius in bello*, op. cit., p. 7.

¹⁰⁴³ D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, vol. 2, op. cit., p. 510 (« le pillage, les viols, les massacres, les destructions inutiles ou excessives sont autant d'atrocités qui entament les ressources, le moral et la discipline des combattants, cependant qu'elles délegitiment l'armée qui les commet (d'autant que la presse a accès au théâtre [des opérations, ndla]), renforcent la détermination de l'ennemi [et] entraînent la réprobation des tiers »). V. également C. JOCHNICK, R. NORMAND,

violence privée car, en nuisant à l'« *utilisation complète et efficace des moyens humains et matériels de guerre disponibles* », ils s'opposent à l'instauration d'une « *économie militaire régulée* »¹⁰⁴⁴. On ne saurait donc accuser les règles prohibant les actes de violence privée d'être utopiques ou d'imposer un standard de conduite impossible à respecter pour les militaires, car elles se contentent de refléter les contraintes qui s'imposent aux militaires en matière d'ordre, de discipline et d'efficacité¹⁰⁴⁵.

324. Mais une fois le réalisme de ces règles démontré, que reste-t-il de leur prétention à la normativité ? Ici, il est difficile de ne pas voir que la prétendue « normativité » du droit de la guerre est purement fictive¹⁰⁴⁶. En effet, le droit de la guerre s'attaque à des actes qui sont déjà interdits par tous les codes de justice militaire des armées modernes et qui sont déjà réprimés par les organes disciplinaires desdites armées¹⁰⁴⁷. De ce fait, le droit de la guerre ne cherche en rien à transformer la manière dont les militaires des grandes puissances font la guerre en pratique. Au contraire, le droit se contente de réitérer certaines interdictions qui lui préexistent et qui sont voulues par les militaires eux-mêmes, pour satisfaire l'impératif d'ordre et de discipline¹⁰⁴⁸. Dans une telle situation, à quoi sert le droit de la guerre ?¹⁰⁴⁹

« The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 53 (« [f]orce beyond that point [ce qui est nécessaire, ndlr] - gratuitous violence - wastes resources, provokes retaliation, invites moral condemnation, and impedes post-war relations with the enemy nation »).

¹⁰⁴⁴ J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2*, *op. cit.*, p. 13, n. trad.

¹⁰⁴⁵ E. COLBY, « The Military Value of the Laws of War », *Georgetown Law Journal*, vol. 15, n°1, 1926, p. 24 (pour qui les règles prohibant les actes de violence privée « are not idealistic, or sentimental. Their reasons are practical and military »).

¹⁰⁴⁶ Du moins, pour autant que ces règles prescriptives s'appliquent à des armées organisées et disciplinées. Ces règles peuvent conserver une certaine utilité vis-à-vis des « troupes sans loi ».

¹⁰⁴⁷ Sur ce point, v. les dispositions des manuels militaires et des codes de justice militaires nationaux ainsi que la jurisprudence nationale cité in CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, Bruxelles, Bruylants, 2005, pp. 1078-1101 (pillage), pp. 2112-2136 (viol), pp. 2067-2085 (meurtre de personnes civiles et personnes hors de combat, dont les prisonniers de guerre) et pp. 2171-2187 (mutilations et expériences médicales).

¹⁰⁴⁸ Ceci est particulièrement bien établi à l'égard du pillage. V. p. ex. F. W. RÜSTOW, cité in J.-C. BLUNTSCHLI, « Droit de la guerre et coutume de guerre », *op. cit.*, p. 667 (pour von Rüstow, l'interdiction du pillage ne trouve pas son origine dans « l'injustice du pillage. Elle est [à trouver] uniquement dans des motifs de convenance, "parce qu'une troupe, à laquelle le pillage a été quelquefois permis, perdra bientôt la discipline militaire, parce que les soldats gaspilleront dans le jeu et la débauche le bien pris injustement (...) ou bien aussi parce que, préoccupés de conserver le fruit de leurs rapines, les soldats ne se souvient plus de porter leur peau au marché ») ; J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2*, *op. cit.*, p. 13, n. trad. (« [l']élimination du droit de pillage doit en fait être considérée comme le fruit de cette discipline virile qui est devenue la condition de vie la plus intime de toutes les armées modernes. Il s'agit bien moins d'une question de morale et d'humanité que de l'établissement d'une économie militaire régulée, grâce à laquelle seule il est possible de permettre une utilisation complète et efficace des moyens humains et matériels de guerre disponibles ») ; E. COLBY, « The Military Value of the Laws of War », *op. cit.*, p. 32 (« [t]he days of pillage [are] over (...), not because a group of professors got together and decided they ought to be over, nor because a set of negotiating plenipotentiaries signed certain documents of their own humanitarian initiatives, but because the need of control and discipline had caused the commanders in the field to enforce such principles of repression for their own purposes. To the military men actually belongs the credit, not to the theorists or to the sentimental peace lovers »).

¹⁰⁴⁹ Certains militaires relativisent eux-mêmes l'importance du droit de la guerre vis-à-vis des actes de violence privée. V. p. ex. Y. BEER, « Humanity Considerations Cannot Reduce War's Hazards Alone », *op. cit.*, p. 812 (« a well-trained and disciplined military has, prima facie, only residual need for an external force (that is, the judicial system) to appropriate this inherent task of internalizing professional standards »).

325. Ici, le droit de la guerre sert uniquement à légitimer l'action guerrière¹⁰⁵⁰. Pour s'en convaincre, il suffit de voir comment les militaires perçoivent les règles interdisant les actes de violence privée. Georg Schwarzenberger relève que c'est dans ce domaine que les règles du droit de la guerre sont « *les plus efficaces* »¹⁰⁵¹, car elles ne donnent lieu à aucune résistance de la part des militaires. Ceci n'est pas tout à fait exact : en réalité, les officiers militaires sont entièrement favorables à de telles règles, qu'ils perçoivent à juste titre comme servant leurs intérêts. En ce sens, l'amiral William L. Rodgers encense les règles proscrivant les actes de violence privée puisqu'elles « *favorisent la discipline et l'efficacité* » et « *contribuent à raccourcir la guerre par une victoire plus rapide et plus complète sur l'État hostile* »¹⁰⁵². De même, Elbridge Colby, un juriste militaire peu connu pour ses positions modérées¹⁰⁵³, se félicite de ces règles qui « *empêchent que la colère du moment n'entraîne les troupes dans des excès dont l'exercice effréné serait préjudiciable à l'efficacité militaire* »¹⁰⁵⁴. Et même un auteur aussi prompte à dénoncer le caractère utopique du droit de la guerre que Julius von Hartmann le reconnaît : en ce qui concerne l'interdiction des actes de violence gratuite commis par des soldats à titre individuel, « *le réalisme militaire peut (...) serrer la main de l'idéalisme juridique international en toute confiance* »¹⁰⁵⁵. Le droit n'est aucunement préjudiciable aux intérêts militaires – c'est même tout le contraire. En effet, par l'interdiction des actes de violence privée, le droit de la guerre est *mis au service de l'efficacité militaire*. Tout en interdisant des actes révoltant notre conscience morale – le vol motivé par l'appât du gain, le meurtre de vengeance, etc. – il permet, dans les faits, de maximiser l'emploi de la violence en interdisant des actes qui s'analysent du point de vue militaire comme des dépenses inutiles de temps et d'énergie. Le droit de la guerre, censé rendre la guerre plus humaine et moins destructrice, en vient finalement à permettre aux

¹⁰⁵⁰ Et plus spécifiquement l'action des grandes armées modernes qui s'opposent à la commission de tels actes au nom de l'impératif de discipline et d'efficacité. Dans le cas des « troupes sans loi », le droit de la guerre conserve une certaine utilité.

¹⁰⁵¹ G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, op. cit., p. 11 (« [i]n warfare are most effective; for they can operate on the line of least resistance from the authorities of belligerents »).

¹⁰⁵² W. L. RODGERS, « Suggestions as to Changes in the International for Maritime War », op. cit., p. 4.

¹⁰⁵³ V. not. E. COLBY, « How to Fight Savage Tribes », *A.J.I.L.*, vol. 21, n°2, 1927, pp. 279-288 ; E. COLBY, « Laws of Aerial Warfare I », *Minnesota Law Review*, vol. 10, n°2, 1926, pp. 123-148 ; E. COLBY, « Laws of Aerial Warfare II », *Minnesota Law Review*, vol. 10, n°3, 1926, pp. 207-234.

¹⁰⁵⁴ E. COLBY, « The Military Value of the Laws of War », op. cit., p. 24, n. trad. Colby ajoute que la règle interdisant le pillage se contente de s'opposer à une pratique qui « *disrupts units and disturbs orderly procedure toward the essential end – the correct and efficient conduct of military operations* » (*ibid.*, p. 25).

¹⁰⁵⁵ J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2*, op. cit., p. 14, n. trad. V. ég. R. R. BAXTER, « The Laws of War », op. cit., p. 44 (« *the law of war can have great effectiveness in dealing with the relationships of individuals, whether they be members of the armed forces or civilians. The reason for this is that international law can regulate these matters without imperilling the ultimate military success of the belligerent which adheres to the law* »).

militaires d'optimiser leur capacité de destruction, conformément à ce que leur commande leur vision froidement rationnelle de l'activité guerrière¹⁰⁵⁶.

326. À ce titre, il est particulièrement troublant de constater que certains juristes vont jusqu'à revendiquer cet alignement du droit sur les intérêts militaires, ce qui révèle toute la connivence objective qui peut exister entre les juristes et des militaires aussi radicaux que Rodgers, Colby ou von Hartmann¹⁰⁵⁷. En 1880, l'IDI promeut ainsi son Manuel de droit de la guerre auprès des militaires en présentant l'argument suivant :

(...) une réglementation positive, si elle est judicieuse, loin d'entraver les belligérants sert utilement leurs intérêts, puisqu'en prévenant le déchaînement des passions et des instincts sauvages – que la lutte réveille toujours en même temps que le courage et les vertus viriles, – elle consolide la discipline qui fait la force des armées¹⁰⁵⁸.

Et il n'est pas rare de lire, dans les écrits contemporains, que le respect du droit de la guerre est avant tout « *une question d'efficacité militaire* »¹⁰⁵⁹. Les forces qui respectent l'interdiction des actes de violence privée forment, dit-on, des « *unités disciplinées* » qui seront « *plus effectives au combat* », là où « *le pillage et le viol* » risquent de diminuer les chances de gagner la bataille pour « *"les cœurs et les esprits" de la population civile* »¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁶ Sur la « froideur » de la rationalité militaire, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 167-179. Ici, le droit permet par ailleurs aux combattants de tirer les profits symboliques inhérents à toute action respectueuse de la légalité tout en ne poursuivant, dans les faits, que ce que leur dicte l'intérêt militaire.

¹⁰⁵⁷ Sur ce point, v. *infra*, § 387.

¹⁰⁵⁸ IDI, *Manuel des lois de la guerre sur terre*, adopté au cours de la session d'Oxford, 9 sept. 1880, préambule [ci-après : « *Manuel d'Oxford* »].

¹⁰⁵⁹ M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 75, n. trad. V. ég. CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non-internationaux*, Genève, 2008, pp. 30 (« [I]es parties à un conflit devraient être informées que les dispositions du DIH ont, à l'origine, été mises au point par des commandants militaires qui ont pris en considération l'équilibre nécessaire entre les besoins militaires et les impératifs d'humanité. Les règles visaient en partie à préserver les intérêts militaires (...). De plus, certains affirment que le fait de suivre les règles du DIH apporte des avantages pratiques. (...) Les arguments d'efficacité et de discipline militaires peuvent aider à persuader une partie de respecter le droit unilatéralement, quel que soit le comportement de la partie adverse ») et 31 (« une partie qui a la réputation d'être respectueuse du droit peut plus facilement se prévaloir d'une "autorité morale" et apporter des avantages politiques »); FRANCE, MINISTÈRE DES ARMEES, ÉTAT-MAJOR DES ARMEES, DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Manuel de droit des opérations militaires*, 2022, préface, p. 1 (le droit de la guerre est une « *armure indissociable du succès opérationnel* »); C. GREENWOOD, « *Historical Development and Legal Basis* », op. cit., p. 38 (« [i]t should not be assumed, however, that humanitarian law and military requirements will necessarily be opposed to one another. On the contrary, most rules of humanitarian law reflect good military practice »).

¹⁰⁶⁰ M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 75, n. trad. Pour une illustration centrée sur la pratique du viol, v. p. ex. H. PIERRE, « *Viols et stratégie* », *Inflexions*, vol. 38, n°2, 2018, not. pp. 77 et 79 (la dénonciation de faits de viol est une « *ruse du plus faible pour frapper la source de la puissance du plus fort* », à savoir « *la volonté nationale [des] démocraties* » et offre donc, « *via les médias, (...) une arme de destruction massive [sic] bon marché* ». Il faut donc éradiquer la pratique du viol, non seulement parce qu'elle constitue une faute « *à l'égard de l'éthique que s'est choisie la communauté nationale* », mais aussi – surtout ? – parce qu'il ne faut « *pas donner à celui que l'on combat un "bâton pour se faire battre"* », car la dénonciation du viol peut « *remettre en question les opérations* », ou au moins « *les ralentir de façon conséquente* »).

Difficile de démontrer plus clairement que le droit peut servir d'instrument de légitimation et de renforcement de l'action guerrière.

2. – *Les règles interdisant l'emploi de moyens d'action moralement répréhensibles et militairement inefficaces*

327. Les conclusions qui précèdent valent *mutatis mutandis* pour les règles interdisant aux belligérants d'employer des moyens d'action (armes, tactiques, stratégies, etc.) qui sont à la fois perçus comme moralement répréhensibles et inefficaces voire délétères sur le plan militaire.

328. Quel fut l'intérêt, par exemple, d'interdire l'emploi des balles explosives de type dum dum¹⁰⁶¹, alors que les militaires eux-mêmes estimaient que si ces balles explosives pouvaient être « *utiles pour faire sauter les caissons* [de munitions ou d'armement, *ndla*] », elles ne procuraient aucun avantage lorsqu'elles étaient « *employées contre des êtres vivants* »¹⁰⁶² ? Ici, le droit interdit bien un procédé classé « *au nombre des moyens barbares* »¹⁰⁶³, mais il s'agit d'un moyen que les militaires n'ont aucun intérêt à utiliser. De même, à quoi bon interdire d'attaquer ou de bombarder les « *villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus* »¹⁰⁶⁴, alors que les militaires jugeaient eux-mêmes que ce procédé ne servait « *aucun but militaire direct* »¹⁰⁶⁵ ? En effet, puisque l'artillerie de l'époque ne pouvait bombarder les villes qu'à « *très courte portée* », il était dès lors « *plus logique, d'un point de vue militaire, d'entrer dans ces villes* »¹⁰⁶⁶ que de les bombarder. La normativité de

¹⁰⁶¹ Les balles « Dum Dum », du nom de la ville d'Inde où se trouvait l'usine ayant produit ces projectiles pour la première fois, sont des balles à haut pouvoir vulnérant. Explosant à l'impact, elles créent de grands dommages dans les tissus humains. Les blessures sont donc particulièrement difficiles à soigner et peuvent occasionner de graves lésions. Ces balles font l'objet d'une interdiction dès 1868 : v. *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*, adoptée à Saint-Pétersbourg le 11 décembre 1868 [ci-après : « Déclaration de Saint-Pétersbourg »].

¹⁰⁶² Propos du général MILUTINE, cités in G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, op. cit., p. 315.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ RH 1899, art. 25 ; RH 1907, art. 25. Cette interdiction apparaît pour la première fois dans le *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, adopté à Bruxelles le 27 août 1874 [non-entrée en vigueur] [ci-après : « Déclaration de Bruxelles »], art. 15 (« [I]es places fortes peuvent seules être assiégées. Des villes, agglomérations d'habititations ou villages ouverts qui ne sont pas défendus ne peuvent être ni attaqués ni bombardés »).

¹⁰⁶⁵ M. W. ROYSE, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, op. cit., p. 161. Ceci explique d'ailleurs que ce procédé n'ait probablement jamais été mis en œuvre. Sur ce point, v. ALLEMAGNE, GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, trad. P. CARPENTIER, Paris, Payot, 1916 [1902], p. 50 (« [I]es articles de La Haye ont, à la vérité, édicté au nom du droit des gens une défense de bombarder des villes et localités ouvertes qui ne sont ni défendues, ni occupées par l'ennemi. C'était là une mesure superflue, car l'histoire des guerres modernes enregistre à peine un cas où ce fait se serait produit »).

¹⁰⁶⁶ C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », op. cit., p. 67, n. trad. V. ég. F. E. QUINDRY, « Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives », *Journal of Air Law and Commerce*, vol 2, n°4, 1931, p. 484 (« [u]nfortified cities were not attacked because they were not of sufficient military

ces règles est purement fictive, car celles-ci prohibent l'emploi de moyens qui, aussi moralement répréhensibles soient-ils, sont considérés « *inefficaces militairement* »¹⁰⁶⁷ par les soldats eux-mêmes, qui ne les emploieront donc pas¹⁰⁶⁸.

329. Plus proche de nous, la normativité de la règle interdisant le recours à la torture comme moyen d'obtenir des renseignements peut également être interrogée. En effet, si cette méthode fut défendue par le passé¹⁰⁶⁹, le scandale d'Abou Ghraib a poussé les experts à reconsiderer l'efficacité de ce procédé. À quelques exceptions près¹⁰⁷⁰, les conclusions vont toutes dans le même sens : le recours à la torture conduit dans l'immense majorité des cas à récolter des informations erronées¹⁰⁷¹. Il s'agit donc d'un procédé inefficace et contre-

importance, and all that was necessary to take them was to march in without the necessity of resorting to bombardment »).

¹⁰⁶⁷ M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », *op. cit.*, p. 806, n. trad.

¹⁰⁶⁸ Dans la même veine, interdire l'emploi des gaz asphyxiant comme le fit la *Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiant ou délétères*, adoptée à La Haye le 29 juil. et 1899, entrée en vigueur le 4 sept. 1900, n'a aucun intérêt si l'on estime que l'efficacité de ce procédé est compromise, par exemple parce que les gaz pouvaient difficilement à l'époque être « *directed exclusively at the enemy* » (C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 73 et littérature citée note 102). Pour une réflexion similaire portant sur le *Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques*, adopté à Genève le 17 juin 1925, entré en vigueur le 8 fév. 1928, v. R. R. BAXTER, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 43 (« *the failure of belligerents to use this weapon on any large scale is probably a consequence of its military ineffectiveness and of the probability of retaliation by the enemy rather than of the force of international law* »). De même, pourquoi interdire de lancer des projectiles depuis des dirigeables (v. *Déclaration relative à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons*, adoptée à La Haye le 18 oct. 1907, entrée en vigueur le 27 nov. 1909) si ceux-ci se révèlent « *useless for military purposes* » ? (C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 73, et note 108). V. ég. les propos du capitaine William CROZIER, un officier d'artillerie américain, lors de la Conférence de La Haye de 1899, cité in W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 11 (« [t]he balloon, as we now know it, is not dirigible; it can carry but little; it is capable of hurling, only on points exactly determined and over which it may pass by chance, indecisive quantities of explosives, which would fall, like useless hailstones, on both combatants and non-combatants alike ») ; F. E. QUINDRY, « Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives », *op. cit.*, p. 483 (« [b]alloons had been in existence for over one hundred years but they could not be used for bombing because, being dependent upon the wind, they were uncontrollable and could not be returned to their own forces upon completion of a bombardment mission »).

¹⁰⁶⁹ V. *supra*, Chapitre 2, §§ 251-252.

¹⁰⁷⁰ V. not. J. E. MITCHELL, *Enhanced Interrogation. Inside the Minds and Motives of the Islamic Terrorists Trying to Destroy America*, New York, Crown Forum, 2016.

¹⁰⁷¹ Sur ce point, v. G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 449-452; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, SÉNAT, SELECT COMMITTEE ON INTELLIGENCE, *Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, 9 déc. 2014, « Findings and Conclusions », p. 2 (« [t]he Committee finds, based on a review of CIA interrogation records, that the use of the CIA's enhanced interrogation techniques was not an effective means of obtaining accurate information or gaining detainee cooperation ») ; S. O'MARA, *Why Torture doesn't Work. The Neuroscience of Interrogation*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2015. Lors d'une conférence de presse de présentation du nouveau manuel d'interrogatoires de l'armée états-unienne, le lieutenant-général Jess KIMMONS, *Deputy Chief of Staff for Intelligence*, affirma que : « *No good intelligence is going to come from abusive practices (...). I think the empirical evidence of the last five years, hard years, tells us that. And moreover, any piece of intelligence which is obtained under duress, through the use of abusive techniques, would be of questionable credibility, and additionally it would do more harm than good when it inevitably became known that abusive practices were used (...)* Some of our most significant successes on the battlefield have been – in fact, I would say all of them, almost categorically all of them, have accrued from expert interrogators using mixtures of authorized humane interrogation practices » (G. PACKER, « *Prisoners* », *The New Yorker*, 10 sept. 2006). Même l'ouvrage de J. E. MITCHELL défendant l'usage de la torture fut reçu de manière défavorable au sein de l'appareil militaire étatsunien. V. p. ex. J. G. BREEN, « *Review Essay* », *Military Review*, vol. 97, n°2, 2017, pp. 111-114, not. p. 114 (où l'auteur rejette l'utilisation des *enhanced interrogations techniques* – de la torture – sur le fondement non pas de l'immoralité du procédé, mais de son inefficacité).

productif que les appareils militaires n'emploient vraisemblablement plus¹⁰⁷². Si ceci s'avérait exact, alors la normativité de cette règle serait purement fictive, celle-ci interdisant une technique d'interrogatoire que les militaires n'emploient déjà plus¹⁰⁷³.

330. La même question peut se poser pour la règle interdisant d'attaquer délibérément la population civile¹⁰⁷⁴, qui compte au rang des « *obligations (...) qui sont par nature absolues et auxquelles on ne saurait déroger* »¹⁰⁷⁵, notamment lorsque ces attaques ont pour but de répandre la terreur¹⁰⁷⁶. En effet, si certains militaires ont défendu par le passé les stratégies de terrorisation de la population civile¹⁰⁷⁷, les armées modernes jugent désormais ce procédé inefficace. Comme le résume bien un officier étatsunien, si le but de la guerre est « *d'appliquer une force maximale à l'ennemi et de réduire sa capacité à vous appliquer la force* », alors il n'est « *tout simplement pas rentable de gaspiller des ressources, du temps et du personnel sur des civils innocents* »¹⁰⁷⁸. En ce sens, on regarde rétrospectivement les bombardements stratégiques de la Seconde Guerre mondiale comme des procédés inefficaces, voire même contre-productifs¹⁰⁷⁹. De même, dans les guerres contre-insurrectionnelles, les militaires estiment désormais qu'il est plus efficace de gagner l'adhésion de la population civile par des actions de nature politique, économique, sociale ou culturelle plutôt que par la terreur¹⁰⁸⁰. Les États-Unis d'Amérique, par exemple, se déclarent aujourd'hui « *absolument opposés à l'utilisation de la terreur ou aux tactiques terroristes* »¹⁰⁸¹, car il est devenu évident que le meilleur moyen de gagner le soutien de la

¹⁰⁷² V. cependant la pratique récente de l'armée israélienne vis-à-vis de la torture, qui se rapproche néanmoins plus d'actes de cruauté que d'actes visant à récolter des renseignements. A. CUDDY, « Chemical Burns, Assaults, Electric Shocks – Gazans tell BBC of Torture in Israeli Detention », *BBC News*, 7 avr. 2025

¹⁰⁷³ Que penser, par exemple, de la justification apportée par Hans-Peter GASSER au soutien de l'interdiction absolue de la torture selon laquelle « *torture is forbidden in all circumstances, without exception, because even from the military point of view torture is never necessary* » ? (H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 17). Si la torture est un moyen que les militaires n'emploient pas en fait, à quoi bon l'interdire en droit ?

¹⁰⁷⁴ PA I, art. 48.

¹⁰⁷⁵ TPIY, *Le Procureur c. Kupreškić et al.*, arrêt du 14 janv. 2000, affaire n°IT-95-16, § 511 et § 521 (« *le droit international humanitaire proscrit catégoriquement les attaques délibérées de civils ou de biens de caractère civil* ») ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juil. 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, § 78, p. 257 (« *[...]es principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants. Le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants; les Etats ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires* »).

¹⁰⁷⁶ PA I, art. 51, § 2 ; PA II, art. 13, § 2.

¹⁰⁷⁷ V. *supra*, Chapitre 2, §§ 293-243 et 253-255.

¹⁰⁷⁸ H. R. VAGUE, « *The Humanitarian Law of Armed Conflict* », op. cit., p. 101, n. trad.

¹⁰⁷⁹ V. *supra*, Chapitre 2, § 329. V. également H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., pp. 814-819 ; O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Perrin, coll. « *Synthèses Historiques* », 2023, pp. 411 ss. ; J. A. WARDEN III, « *The Enemy as a System* », op. cit., pp. 50-51.

¹⁰⁸⁰ Sur la remise en cause du terrorisme comme tactique contre-insurrectionnelle sur la base de l'efficacité, v. not. M. MCCLINTOCK, *Instruments of Statecraft*, op. cit., pp. 262-266.

¹⁰⁸¹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Psychological Operations*, FM 33-1, 1979, Annexe « *PsyOp Techniques* », p. I-10, n. trad.

population civile est d'en conquérir « les cœurs et les esprits »¹⁰⁸². Sous ces circonstances, la normativité de la règle prohibant les stratégies de terrorisation est bien fictive : loin de chercher à transformer la réalité guerrière pour la rendre plus vertueuse, cette règle se borne à interdire un procédé que les militaires n'emploient déjà plus pour des motifs d'efficacité.

331. De tout ceci, il ressort que les règles prohibant l'emploi de moyens d'action moralement répréhensibles mais inefficaces sur le plan militaire ne parviennent pas à réaliser le compromis espéré – elles sont bien « réalistes », mais pas « normatives ». *In fine*, ces règles n'exigent qu'une chose : que les belligérants « *agissent en accord avec leur intérêt militaire égoïste* »¹⁰⁸³, qui leur recommande déjà de ne pas employer ces moyens d'action¹⁰⁸⁴. Le droit permet ici de faire passer pour vertueuses des armées qui se contentent en réalité de suivre les commandements de la rationalité militaire. Ainsi, pour être véritablement normatif et échapper définitivement à la critique de l'apologie de la violence, le droit de la guerre doit se confronter au seul « *vrai test* »¹⁰⁸⁵ qui vaille : il doit s'attaquer aux moyens d'action que les militaires jugent efficaces pour vaincre l'ennemi et qu'ils sont de ce fait susceptibles d'employer dans la guerre

C. – Les règles prescriptives face au scénario de la discordance entre rationalité militaire et ordre moral

332. Le second scénario auquel peuvent se superposer les règles prescriptives du droit de la guerre est celui dans lequel il y a discordance entre les prescriptions de la rationalité militaire et celles de l'ordre moral : la rationalité militaire recommande d'employer un moyen d'action, celui-ci étant jugé efficace sur le plan militaire, alors que l'ordre moral s'y

¹⁰⁸² Là où la doctrine contre-insurrectionnelle des années 1960 et suivantes recommandait d'utiliser massivement la violence à l'encontre des populations civiles, on recommande désormais aux forces contre-insurrectionnelles d'éviter l'usage disproportionné et arbitraire de la force. En ce sens, v. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, *Counterinsurgency*, JP 3-24, 25 avr. 2018, p. III-11 (« [a]void excessive collateral damage and disproportionate use of force. The COIN force needs to avoid collective punishment of the population within the contested area and escalating repression. Forces that use coercion and intimidation are placed at an operational disadvantage »). Cependant, malgré cette évolution de la doctrine occidentale, la contre-insurrection demeure fondée sur la force et la coercition. Sur ce point, v. J. L. HAZELTON, « The "Hearts and Minds" Fallacy: Violence, Coercion and Success in Counterinsurgency Warfare », *International Security*, vol. 42, n°1, 2017, pp. 80-113 ; P. DIXON, « "Hearts and Minds"? British Counterinsurgency from Malaya to Iraq », *Journal of Strategic Studies*, vol. 32, n°3, 2009, pp. 353-381.

¹⁰⁸³ C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 54, n. trad.

¹⁰⁸⁴ R. R. BAXTER, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 43 (« the failure of belligerents to use [inefficient means of action] on any large scale is probably a consequence of [their] military ineffectiveness and of the probability of retaliation by the enemy rather than of the force of international law »).

¹⁰⁸⁵ G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 10, n. trad.

oppose au motif de son immoralité intrinsèque. Dans ce scénario, « *les devoirs envers la civilisation entrent en conflit avec les nécessités de la guerre* »¹⁰⁸⁶ : l'action militaire ne peut être efficace et morale.

333. Dans un tel scénario, le droit de la guerre fait face à un dilemme insoluble. D'une part, pour éviter d'être perçu comme une vaine utopie, le *jus in bello* doit épouser la réalité intrinsèque de la guerre, ce qui revient en pratique à épouser le jugement militaire. Le droit de la guerre devrait donc autoriser (ou du moins ne pas s'opposer) à ce que les militaires emploient un moyen d'action qu'ils jugent efficace pour vaincre l'ennemi, aussi destructeur, immoral et producteur de souffrance soit-il. Ainsi le veut l'exigence de réalisme. Cependant, si le droit empruntait cette voie, il s'exposerait immédiatement à la critique de l'apologie de la violence, puisqu'il légitimerait l'emploi d'un moyen d'action moralement répréhensible. Dès lors, pour éviter d'être vu comme un droit faisant l'apologie de la violence, le droit de la guerre doit s'opposer, au nom des impératifs moraux, à ce que les militaires fassent la guerre comme ils l'entendent. Le droit doit donc prouver qu'il est capable de faire respecter l'ordre moral *contre* les prescriptions de la rationalité militaire – il doit s'opposer à l'emploi de moyens d'action moralement répréhensibles même lorsque les militaires les jugent utiles, efficaces ou même indispensables. Mais ce faisant, le droit deviendrait justiciable de la critique de l'utopie humanitaire puisqu'il s'opposerait, au nom d'idéaux humanitaires et contre la logique même de l'action guerrière, à ce que les militaires emploient la violence qu'ils estiment nécessaire pour vaincre l'ennemi. Le droit privilégierait donc la moralité au détriment de l'efficacité militaire – et la prétention au compromis tombe.

334. Par conséquent, lorsqu'il existe une discordance entre les prescriptions de la rationalité militaire et celles de l'ordre moral, il est radicalement impossible que le droit de la guerre soit simultanément réaliste et normatif. Soit le droit de la guerre suit la voie du réalisme, auquel cas il fait droit aux exigences de la guerre contre les impératifs moraux, soit il suit la voie de la normativité, auquel cas il fait droit aux exigences de la morale contre les nécessités de la guerre. Entre ces deux alternatives, il n'existe pas de *via media*. Cette conclusion sera illustrée au travers de l'exemple de l'appréhension du bombardement aérien par le droit.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, n. trad.

335. À partir des années 1910, il apparaît clairement que l'aviation deviendra un moyen de guerre essentiel dans les conflits futurs¹⁰⁸⁷. En effet, l'aviation permet aux belligérants de porter les hostilités au-delà de la ligne de front, et d'attaquer directement n'importe quel point du territoire ennemi¹⁰⁸⁸. Se saisissant de la question dans l'entre-deux-guerres, de nombreux militaires théorisent l'efficacité de l'arme aérienne, et notamment les possibilités immenses qu'offrent les bombardements stratégiques¹⁰⁸⁹. Cependant, ce nouveau procédé interroge du point de vue moral. En effet, l'arme aérienne permet d'élargir le champ de bataille bien au-delà des limites qu'il connaissait jusqu'alors, et la possibilité de bombarder le territoire ennemi depuis les airs menace comme jamais les populations civiles¹⁰⁹⁰. Le bombardement aérien risque de contredire le principe moral fondamental d'immunité des non-combattants¹⁰⁹¹. La Première Guerre mondiale, au cours de laquelle le bombardement stratégique fut mis en œuvre pour la première fois¹⁰⁹², laissera « *dans l'esprit du monde entier une vive horreur des ravages* »¹⁰⁹³ causés par l'arme aérienne¹⁰⁹⁴. Dans l'entre-deux-guerres, l'efficacité du bombardement aérien fait donc consensus chez les militaires. Mais en même temps, ce procédé, par la menace qu'il fait planer sur les populations civiles, révolte la « *conscience de l'humanité* » et fait naître un « *sentiment (...) universel que des limites doivent être imposées* »¹⁰⁹⁵. Ce procédé relève donc bien du second scénario envisagé : il s'agit d'un procédé efficace mais immoral. Le droit de la guerre peut-il encadrer ce moyen

¹⁰⁸⁷ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 753. Faisant l'apologie de ce nouveau moyen de guerre, le maréchal FOCH aurait dit que « [t]he potentialities of aircraft attack on a large scale are almost incalculable, but it is clear that such attack, owing to its crushing moral effect on a nation, may impress public opinion to the point of disarming the Government and thus become decisive » (cité in B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., p. 14).

¹⁰⁸⁸ Sur ce point, v. la littérature citée supra, Chapitre 2, § 329.

¹⁰⁸⁹ Sur la théorie du bombardement stratégique, v. supra, Chapitre 2, §§ 244-248. Sur la naissance de cette théorie, v. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., pp. 759-765.

¹⁰⁹⁰ En ce sens, v. les propos menaçants de G. DOUHET, *The Command of the Air*, op. cit., p. 9 (« [n]o longer can areas exist in which life can be lived in safety and tranquility, nor can the battlefield any longer be limited to actual combatants. On the contrary, the battlefield will be limited only by the boundaries of the nations at war, and all of their citizens will become combatants, since all of them will be exposed to the aerial offensives of the enemy. There will be no distinction any longer between soldiers and civilians »).

¹⁰⁹¹ Sur ce principe moral fondamental, v. supra, Chapitre 2, §§ 220-227.

¹⁰⁹² H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 813.

¹⁰⁹³ COMMISSION DES JURISTES NOMMEE PAR LA CONFERENCE DE WASHINGTON DE 1922 SUR LA LIMITATION DES ARMEMENTS, *General Report of the Commission of Jurists at The Hague*, La Haye, 11 déc. 1922-19 fév. 1923, in A.J.I.L., vol. 17, n°4, Supplément, p. 249, n. trad.

¹⁰⁹⁴ Les souffrances et les destructions inouïes causées par l'aviation lors de la Seconde Guerre mondiale ne feront qu'exacerber ce constat (v. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., pp. 813-817). Par la suite, les destructions causées au cours des guerres ultérieures, et notamment de la Guerre du Golfe de 1990-1991, continueront d'interroger la possibilité de concilier un emploi efficace de l'arme aérienne avec le respect des principes essentiels de l'ordre moral (v. not. C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », op. cit., pp. 399-407 ; MIDDLE EAST WATCH, *Needless Deaths in the Gulf War. Civilian Casualties During the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, nov. 1991 ; GREENPEACE, *On Impact. Modern Warfare the Environment: A Case Study of the Gulf War*, rapport préparé pour une "cinquième Convention de Genève" sur la protection de l'environnement en temps de conflit armé, mai 1991).

¹⁰⁹⁵ COMMISSION DES JURISTES NOMMEE PAR LA CONFERENCE DE WASHINGTON DE 1922 SUR LA LIMITATION DES ARMEMENTS, *General Report of the Commission of Jurists at The Hague*, op. cit., p. 249.

de guerre en réalisant un véritable compromis entre les nécessités militaires et les impératifs d'humanité ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer les deux stratégies juridiques disponibles : celle de l'interdiction des moyens d'action efficaces et immoraux (1) et celle de la réglementation de tels moyens (2).

1. – L'interdiction des moyens d'action efficaces et immoraux

336. Dès l'apparition de la problématique du bombardement aérien, deux options apparaissent intolérables aux yeux des juristes¹⁰⁹⁶. Tout d'abord, le droit de la guerre ne saurait se contenter d'autoriser les militaires à employer le bombardement aérien comme ils l'entendent. Dans cette configuration, le droit serait indubitablement réaliste, puisqu'il renverrait au jugement militaire le soin de déterminer les conditions concrètes d'utilisation du bombardement aérien, mais pas normatif, car il n'imposerait aucune contrainte aux militaires. Dès lors, cette option exposerait le droit à la critique de l'apologie de la violence¹⁰⁹⁷ : le droit donnerait aux militaires « *carte blanche pour mener la guerre sans aucune contrainte* »¹⁰⁹⁸. Pour qu'il ait du sens, le droit de la guerre se doit de s'opposer à la manière dont les militaires agissent – il doit être normatif.

337. La manière la plus « normative » d'appréhender juridiquement le bombardement aérien consisterait à interdire de manière absolue et inconditionnelle aux militaires de recourir à ce procédé. En 1911, plusieurs membres de l'IDI soutinrent cette option. Pour eux, l'usage militaire de l'aviation est en lui-même « *contraire à l'humanité et à la civilisation* », et le droit doit donc « *proscrire d'une manière absolue la guerre aérienne* »¹⁰⁹⁹. Si une telle interdiction absolue voyait le jour, le droit serait assurément normatif, puisqu'il s'opposerait de manière radicale, au nom de l'humanité, à l'emploi d'un moyen d'action efficace. Cependant, on pourra aisément reprocher à une telle règle de ne pas « *tenir compte des désiderata du monde militaire* » et de « *poursuivre[re] des chimères* »¹¹⁰⁰. En effet, une telle

¹⁰⁹⁶ J. M. SPAIGHT, « Air Bombardment », *op. cit.*, p. 23 (« [c]omplete prohibition of air bombardment may be ruled out as an impossible ideal. Unrestricted freedom of air bombardment may similarly be set aside as repugnant to sentiments of humanity »).

¹⁰⁹⁷ À notre connaissance, aucun opérateur du droit n'a soutenu cette option. Celle-ci est néanmoins comprise dans la structure argumentative du droit de la guerre à l'état potentiel.

¹⁰⁹⁸ CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire..., op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁹⁹ Ann. IDI, t. 24, 1911, p. 336. (J. WESTLAKE). V. également V. BEERNAERT, « La prohibition de la guerre des airs », *Revue de droit international*, 2e série, t. XIV, p. 569 (où l'auteur défend une prohibition absolue de la guerre aérienne).

¹¹⁰⁰ *Ibid.* (M. DE BAR, J. WESTLAKE).

règle ne sera jamais respectée dans les faits, car les militaires refuseront évidemment de se priver d'un aussi « puissant engin de guerre »¹¹⁰¹ – croire l'inverse, c'est verser dans l'« utopie »¹¹⁰². Pour avoir une chance d'être respecté, le droit de la guerre doit donc se détacher de ces doux rêves : il doit faire « œuvre pratique »¹¹⁰³, c'est-à-dire être réaliste.

338. Le droit de la guerre ne peut donc ni autoriser purement et simplement les militaires à recourir au bombardement aérien, ni leur interdire absolument d'employer ce moyen. Pour parvenir à une position plus équilibrée, le droit de la guerre pourrait formuler une règle interdisant en principe le bombardement aérien, tout en assortissant cette règle d'une clause de dérogation¹¹⁰⁴. Le *jus in bello* pourrait par exemple contenir la règle suivante : « le bombardement aérien est absolument interdit, sauf dans les cas où les nécessités de la guerre l'exigent absolument ». De cette manière, le droit conserverait son caractère normatif, puisqu'il s'opposerait à l'emploi d'un moyen efficace et destructeur au nom des valeurs morales, tout en assortissant l'interdiction d'une clause dont la fonction est de mieux « prendre la réalité en compte »¹¹⁰⁵. Le droit serait donc davantage réaliste puisque, par le jeu de cette clause, l'interdiction perd son caractère absolu et le droit reconnaît que, dans les faits, certaines circonstances peuvent justifier le recours au bombardement aérien.

339. Cependant, une telle solution n'est pas satisfaisante, puisqu'elle revient *in fine* à soumettre le droit au jugement militaire et à nier toute normativité à l'interdiction de recourir au bombardement aérien¹¹⁰⁶. En effet, ce sont les militaires eux-mêmes qui jugeront si les conditions de dérogation sont remplies ou non. Par conséquent, les clauses de dérogation introduisent dans le droit « *des éléments d'incertitude et des risques de conduite arbitraire* »¹¹⁰⁷. Elles permettent certes de rapprocher le droit de la réalité, mais elles

¹¹⁰¹ COMMISSION DES JURISTES NOMMÉE PAR LA CONFÉRENCE DE WASHINGTON DE 1922 SUR LA LIMITATION DES ARMEMENTS, *General Report of the Commission of Jurists at The Hague*, op. cit., p. 249.

¹¹⁰² Ann. IDI, t. 24, 1911, p. 337 (T. E. HOLLAND). V. également J. M. SPAIGHT, *Aircraft in War*, Londres, MacMillan, 1914, p. 3 (« [t]he jurists who demanded the total prohibition of the new arm, at the Madrid Session of the Institute of International Law in 1911, were treading the same futile path as the Pope who issued the bull against the comet »).

¹¹⁰³ Ann. IDI, t. 24, 1911, p. 337 (M. FAUCHILLE).

¹¹⁰⁴ À notre connaissance, aucun opérateur du droit n'a soutenu cette option. Celle-ci est néanmoins comprise dans la structure argumentative du droit de la guerre à l'état potentiel.

¹¹⁰⁵ G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 269, n. trad. V. également la lettre envoyée par H. VON MOLTKE, chef de l'état-major de l'armée allemande, à J. C. BLUNTSHLICH, reproduite dans R.D.I.L.C., vol. 13, 1881, pp. 79-82, spéc. p. 81 (les clauses de nécessité militaire donnent aux dispositions du droit de la guerre « une élasticité sans laquelle l'inexorable réalité briserait le lien qu'elles lui imposent »).

¹¹⁰⁶ Ceci vaut quel que soit le contenu précis que l'on donne à la clause de dérogation (« autant que possible », « sauf si les nécessités de la guerre l'exigent », « l'exigent absolument », etc.). Car le problème de ces clauses n'est pas leur formulation plus ou moins contraignante, mais le fait qu'elles renvoient au jugement militaire le soin de décider si les conditions d'application du droit sont ou non réunies.

¹¹⁰⁷ G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 269, n. trad.

finissent par dissoudre le droit dans la réalité : elles fonctionnent comme des « *escape clauses* »¹¹⁰⁸ qui permettent aux belligérants de se délier de leurs obligations lorsqu'ils jugent que leur intérêt le commande. En dernière analyse, les règles assorties de clauses de dérogation sont « *purement admonitoires* » ; leur fonction « *n'est pas de sauvegarder le standard minimum de civilisation* », mais de « *masquer l'incapacité ou le refus d'atteindre cet objectif* »¹¹⁰⁹.

340. Ainsi, aucune des options exposées ci-dessus ne permet au droit de réaliser un véritable compromis entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité. L'autorisation pure et simple du bombardement aérien mène à la critique de l'apologie, et l'interdiction absolue du bombardement aérien donne naissance à la critique de l'utopie. La *via media*, consistant à interdire le bombardement aérien en principe mais à autoriser son emploi par exception, n'en est pas une : elle finit par dissoudre toute force normative du droit et conduit à l'accusation d'apologie de la violence.

2. – *La réglementation des moyens d'action efficaces et immoraux*

341. Un moyen de se sortir de cette impasse pourrait consister à réglementer le bombardement aérien plutôt que d'interdire l'usage¹¹¹⁰. Cependant, ceci ne fait que déplacer le problème. En effet, de deux choses l'une : soit on réglemente l'emploi d'un moyen d'action (arme, tactique, stratégie, etc.) d'une manière qui n'entrave pas l'usage effectif de la violence, auquel cas le droit est bien réaliste mais pas normatif, soit la réglementation du moyen d'action entrave l'action militaire au nom des principes d'humanité, auquel cas le droit est bien normatif mais pas réaliste. Ce point sera illustré au travers de diverses propositions juridiques visant à réglementer le bombardement aérien.

¹¹⁰⁸ C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law I », *op. cit.*, p. 322.

¹¹⁰⁹ G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 11, n. trad.

¹¹¹⁰ J. M. SPAIGHT, « Air Bombardment », *op. cit.*, p. 23. Notons d'emblée que cette voie de secours est en elle-même problématique. En effet, l'exigence de normativité exigerait de chercher à *prohiber* un moyen dont on estime qu'il engendre des souffrances et des destructions bien trop importantes. Or, en déplaçant le débat de *l'interdiction* du bombardement aérien à sa *réglementation*, on opère un déplacement qui n'est pas anodin : le droit avoue implicitement qu'il n'est pas assez puissant pour « *foreclose the use of the most powerful weapons of war* » (R. R. BAXTER, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 44), et qu'il ne peut chercher qu'à en réglementer l'emploi. Par conséquent, ce déplacement expose en lui-même le droit à la critique de l'apologie de la violence.

342. Premièrement, il serait possible de réglementer le bombardement aérien en interdisant, par exemple, d'employer ce moyen pour attaquer directement la population civile. Les Règles de La Haye de 1923¹¹¹¹ adoptent cette posture de principe, en énonçant que « [l]e bombardement aérien, dans le but de terroriser la population civile ou de détruire ou d'endommager la propriété privée sans caractère militaire ou de blesser les non-combattants, est interdit »¹¹¹². Le PA I reprend cette interdiction à l'article 51 § 2¹¹¹³. Cette interdiction absolue traduit juridiquement le principe moral fondamental d'immunité des non-combattants. Elle apparaît dès lors comme étant normative, considérant qu'à l'époque, le bombardement de terreur était perçu par les militaires comme un procédé efficace¹¹¹⁴.

343. Mais comment une telle interdiction pourrait-elle être dans le même temps réaliste ? À cette époque, le monde militaire s'accordait pour dire que le véritable objectif de la guerre était de vaincre la détermination de l'ennemi à se battre plutôt que de défaire ses forces armées¹¹¹⁵. Or, par ses effets psychologiques présumés, le bombardement de terreur était perçu par de nombreux militaires comme le moyen le plus à même de parvenir à ce but¹¹¹⁶. À leurs yeux, l'interdiction absolue d'employer cette stratégie ne pouvait donc apparaître que comme une utopie, précisément parce qu'une telle stratégie, « *du fait de son effet moral écrasant sur une nation* », pouvait « *s'avérer décisive* »¹¹¹⁷. Suivant l'exigence de réalisme, le droit devrait donc autoriser (ou ne pas interdire) une telle pratique. Mais ce faisant, le droit de la guerre s'exposerait immédiatement à la critique de l'apologie de la violence, puisqu'il sanctionnerait l'emploi d'un moyen immoral. Cette proposition ne permet donc pas de parvenir au compromis espéré.

344. Deuxièmement, il serait possible de réglementer l'usage du bombardement aérien en obligeant les militaires à ne diriger leurs attaques que contre des objectifs militaires. En ce sens, les Règles de La Haye de 1923 énoncent que le bombardement aérien « *n'est*

¹¹¹¹ Ces règles ne furent ratifiées par aucun État. Seule l'Italie formula une déclaration unilatérale en ce sens.

¹¹¹² Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées par une Commission de Juristes à La Haye, décembre 1922 - février 1923, adoptées le 19 fév. 1923, non-entrée en vigueur, art. 22 [ci-après : « Règles de La Haye »].

¹¹¹³ PA I, art. 51, § 2 (« *[n]i la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile* »).

¹¹¹⁴ Tel n'est plus le cas aujourd'hui (v. *supra*, § 329). L'interdiction corrélative apparaît donc comme une règle réaliste, puisqu'elle suit les recommandations de la rationalité militaire. Cependant, en tant qu'elle se contente de refléter l'état des choses, cette règle ne peut plus être considérée comme normative.

¹¹¹⁵ V. *supra*, Chapitre 2, § 196 et *infra*, § 361.

¹¹¹⁶ V. *supra*, Chapitre 2, §§ 244-248.

¹¹¹⁷ Propos du maréchal FOCH, cité in B. H. LIDDELL HART, *Paris; or, the Future of War*, op. cit., p. 14.

légitime » que s'il est « *dirigé contre* » l'un des « *objectifs* » listés à l'article 24 § 2¹¹¹⁸. Ici, cette règle ne peut être véritablement normative que si la définition des objectifs militaires est suffisamment restreinte pour empêcher que les militaires n'attaquent certains objectifs qu'ils pourraient avoir intérêt à attaquer *et* dont la destruction s'analyserait comme une violation des préceptes moraux. Néanmoins, si cette règle empruntait la voie de la normativité, elle s'exposerait *ipso facto* à la critique de l'utopie, puisqu'elle s'opposerait à l'utilisation effective de la violence. Tel fut le sort de la règle prévue à l'article 24 § 2 des Règles de La Haye. Non seulement la liste des objectifs militaires excluait de nombreuses cibles dont la destruction fut jugée utile lors de la Première Guerre mondiale¹¹¹⁹, mais plus fondamentalement, elle fut perçue comme une réfutation de la nature même de la guerre moderne, laquelle exige des militaires qu'ils s'attaquent à des cibles non-militaires telles que la « *vaste organisation d'approvisionnement en munitions* », la « *vie économique et industrielle de la nation* » ou encore « *le moral national* »¹¹²⁰. Et « [s]’imaginer que, en raison d'une quelconque règle posée sur papier », ces objectifs « *ne seront pas attaqués* » revient à « *habiter un paradis artificiel* »¹¹²¹. Du fait de sa normativité, le droit s'expose donc à la critique de l'utopie humanitaire. Pour y échapper, il faudrait qu'il redevienne réaliste, en reflétant la nature des cibles que les militaires pourraient avoir intérêt à bombarder (en particulier les grands centres urbains de l'ennemi) – mais il s'exposerait alors à la critique de l'apologie de la violence, car il sanctionnerait l'emploi de procédés immoraux (l'attaque de personnes immunisées contre la violence).

345. L'article 52 § 2 du PA I cherche également à limiter le bombardement aérien aux seuls objectifs militaires, tout en empruntant une autre voie. Plutôt que de lister les objectifs militaires pouvant licitement être attaqués, il définit cette catégorie de manière abstraite. Sont des « *objectifs militaires* » pouvant licitement être attaqués les biens qui i) « *par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire* », et ii) « *dont la destruction totale ou partielle, la capture ou*

¹¹¹⁸ Règles de La Haye, art. 24 § 2 : « [Le bombardement aérien] n'est légitime que s'il est dirigé exclusivement contre les objectifs suivants : forces militaires, ouvrages militaires, établissements ou dépôts militaires, usines constituant des centres importants et bien connus employés à la fabrication d'armes, de munitions connues ou de fournitures militaires caractérisées, lignes de communication ou de transport dont il est fait usage pour des buts militaires ».

¹¹¹⁹ J. M. SPAIGHT, *Air Power and War Rights*, Londres, Longmans, Green & Co., 1924, pp. 233-235 ; F. E. QUINDRY, « Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives », *op. cit.*, p. 489.

¹¹²⁰ J. M. SPAIGHT, « The Doctrine of Air-Force Necessity », *B.Y.I.L.*, vol. 6, 1925, p. 4, n. trad. V. ég. H. DESAUSSURE, « The Laws of Air Warfare: Are There Any? », *The International Lawyer*, vol. 5, n°3, 1971, p. 534.

¹¹²¹ J. M. Spaight, « The Doctrine of Air-Force Necessity », *op. cit.*, p. 4.

la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »¹¹²². Ici encore, pour que cette règle soit véritablement normative, elle doit s'opposer à ce que les militaires attaquent des cibles que la logique d'efficacité moyens/fins pourraient leur recommander d'attaquer. Or, dans les faits, le droit de la guerre limite le bombardement aérien sur de nombreux points¹¹²³. Nous n'en retiendrons qu'un ici. Seuls peuvent être détruits les objets qui apportent une contribution effective à « *l'action militaire* » de l'ennemi et dont la destruction offre un « *avantage militaire* »¹¹²⁴ précis. Il est généralement admis que l'ajout de l'adjectif « militaire » a pour effet d'exclure de la liste des objectifs militaires légitimes les cibles qui participent à *l'effort général de guerre*, mais pas à *l'action militaire concrète*¹¹²⁵. Ainsi, on considère généralement qu'il est interdit de prendre pour cible les sources de financement, les moyens de propagande ou encore le moral de l'ennemi, car le lien avec l'action militaire est trop distendu¹¹²⁶.

346. Une fois le caractère normatif de cette disposition établi, deux options sont possibles. Soit les militaires considèrent que, dans tous les cas, il est inutile de s'attaquer aux cibles qui participent seulement à l'effort général de guerre (sources de financement, propagande, moral de l'ennemi, etc.), auquel cas la normativité du droit de la guerre est purement fictive (elle interdit un moyen d'action que les militaires n'emploieront pas dans les faits)¹¹²⁷. Soit les militaires considèrent qu'il faut attaquer tout ce qui peut procurer un avantage non pas seulement militaire, mais également « *stratégique, psychologique ou autre* »¹¹²⁸, auquel cas la normativité du droit de la guerre est réelle. En pratique, la théorie militaire de l'EBO (*Effect-Based Operations*), dominante au sein de l'US Air Force¹¹²⁹,

¹¹²² PA I, art. 52, § 2. Certains estiment que le fait que cette disposition ne s'accompagne d'aucune liste précise tourne à l'avantage des militaires, puisque « *this definition is so sweeping that it can cover practically anything* » (A. CASSESE, *International Law*, 1^{ère} éd., Oxford, O.U.P., 2001, p. 339). Néanmoins, le Commentaire du CICR contient une liste des objectifs militaires que l'organisation juge légitime (CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN *et al.*], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, *op. cit.*, p. 648, note 3).

¹¹²³ W. HAYS PARKS, « *Air War and the Law of War* », *op. cit.*, not. pp. 113-149.

¹¹²⁴ PA I, art. 52, § 2, n. s.

¹¹²⁵ W. HAYS PARKS, « *Air War and the Law of War* », *op. cit.*, p. 138 (« *its intent clearly was to limit legitimate targets to those objectives connected to a nation's military effort rather than its war effort* »). Sur le conflit autour de l'interprétation à donner à l'adjectif « militaire » dans le contexte de l'article 52, § 2 du PA I, v. Y. BEER, « *Military Strategy: The Blind Spot of International Humanitarian Law* », *Harvard National Security Journal*, vol. 8, 2017, pp. 359-366 et 368-377.

¹¹²⁶ Y. BEER, « *Military Strategy* », *op. cit.*, p. 369. Un exemple serait la possibilité de prendre pour cible l'industrie de la drogue des Talibans en Afghanistan, qui finance l'effort général de guerre (v. M. N. SCHMITT, « *Targeting Narcoinsurgents in Afghanistan: The Limits of International Humanitarian Law* », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12, 2009, pp. 301-320).

¹¹²⁷ Sur ce point, v. *supra*, §§ 327-331.

¹¹²⁸ W. HAYS PARKS, « *Air War and the Law of War* », *op. cit.*, p. 415, n. trad.

¹¹²⁹ La théorie de l'EBO a émergé au sein de l'armée de l'air états-unienne à l'occasion de la Guerre du Golfe (1990-1991). Cette théorie est formalisée par D. A. DEPTULA, *Effects-Based Operations: Change in the Nature of Warfare*, Arlington, Aerospace Education Foundation, coll. « *Defense and Airpower* », 2001. Sur les changements de doctrine au sein de l'U.S. Air Force et la généalogie historique de la doctrine de l'EBO, v. T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*,

préconise de prendre pour cible de nombreux objectifs non-militaires qui soutiennent l'effort général de guerre¹¹³⁰. Ainsi, le droit est bien normatif, puisqu'il s'oppose à ce que les militaires emploient une violence qu'ils jugent efficace. Mais comment le droit pourrait-il alors demeurer réaliste ? Ceci est impossible. Les partisans de l'EBO voient d'ailleurs dans l'article 52 § 2 du PA I une disposition qui « *ne tient pas compte du fait que l'effort de guerre d'une nation ne se limite pas aux composantes militaires* », ni du fait que « *la défaite d'un ennemi nécessite souvent l'obtention d'avantages qui ne sont pas nécessairement considérés comme strictement militaires* »¹¹³¹. Cette disposition s'expose alors à la critique de l'utopie, car, plutôt que de « *réfléter les réalités de la guerre* », elle en vient à « *limiter certaines des applications les plus fondamentales et les plus puissantes* »¹¹³² de l'arme aérienne. Pour éviter la critique de l'utopie, le droit devrait donc faire le chemin inverse, en se conformant au jugement militaire et en acceptant que les bombardements puissent viser des objectifs non-militaires (économiques ou psychologiques, par exemple). Mais alors « *il n'y aurait plus aucune limite à la guerre* »¹¹³³, car le droit reconnaîtrait que les belligérants peuvent s'attaquer à des objectifs *non-militaires*, ce qui contrevient au principe d'immunité des non-combattants. Le droit ne saurait sanctionner cette pratique immorale sans s'exposer à la critique de l'apologie de la violence.

op. cit., pp. 195-219 ; M. N. SCHMITT, « Effects-based Operations and the Law of Aerial Warfare », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 5, n°2, 2006, pp. 267-276.

¹¹³⁰ V. not. C. J. DUNLAP, « The End of Innocence », *op. cit.* V. ég. M. N. SCHMITT, « Effects-based Operations and the Law of Aerial Warfare », *op. cit.*, pp. 276-291 ; M. SASSOLI, « Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law », *Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, January 27-29, 2003*, International Humanitarian Law Research Initiative, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, pp. 3-6. Certains manuels américains intègrent une définition large de la notion d'*objectif militaire* pour y inclure des cibles non-militaires. V. not. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE NAVY ET DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M, 2022, p. 5-3, n. s. (« [a]n object is a valid military objective if its nature (e.g., combat ships and military aircraft), location (e.g., bridge on an enemy supply route), purpose (e.g., a civilian airport that is built with a longer than required runway so it can be used for military airlift in time of emergency), or use (e.g., school building being used as an enemy headquarters) makes it an effective contribution to the enemy's warfighting or war-sustaining effort and its total or partial destruction, capture, or neutralization, in the circumstance ruling at the time, offers a definite military advantage »). V. ég. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, *Military Commission Act of 2009*, 10 U.S.C. § 950p(a)(1) (« [t]he term "military objective" means combatants and those objects during hostilities which, by their nature, location, purpose, or use, effectively contribute to the war fighting or war-sustaining capability of an opposing force and whose total or partial destruction, capture, or neutralization would constitute a definite military advantage to the attacker under the circumstances at the time of an attack »). Pour une discussion de ces définitions, v. Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 87 ; S. OETER, « Methods and Means of Combat », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2008, pp. 179-180.

¹¹³¹ J. M. MEYER, « Tearing Down the Facade: A Critical Look at the Current Law on Targeting the Will of the Enemy and Air Force Doctrine », *Air Force Law Review*, vol. 51, 2001, pp. 166-167, n. trad.

¹¹³² *Ibid.*, p. 145, n. trad.

¹¹³³ S. OETER, « Methods and Means of Combat », *op. cit.*, p. 180, n. trad. V. ég. J. E. BAKER, « When Lawyers Advise Presidents in Wartime. Kosovo and the Law of Armed Conflict », *Naval War College Review*, vol. 55, n°1, 2002, p. 22 (qui admet que la théorie de l'EBO et sa conception de l'*objectif militaire* « *sends the law hurtling down the slippery slope toward collateral calamity* »).

347. **Troisièmement**, le droit pourrait chercher à réglementer l'emploi du bombardement aérien en interdisant les attaques qui entraîneraient des dommages trop importants à la population et aux biens civils. Dans l'entre-deux-guerres, cette idée fut inscrite à l'article 24 § 3 des Règles de La Haye, qui dispose que, dans le cas où les objectifs militaires « *ne pourraient être bombardés sans entraîner un bombardement sans discrimination de la population civile, les aéronefs doivent s'abstenir de bombarder* »¹¹³⁴. À l'époque, la normativité de cette règle ne fit aucun doute : en cherchant à restreindre le bombardement aérien aux seuls zones d'opérations militaires, elle exprimait le « *sentiment d'humanité* »¹¹³⁵ et s'opposait à la pratique des belligérants au cours de la Première Guerre mondiale¹¹³⁶ ainsi qu'à la théorie du bombardement stratégique qui fleurissait à l'époque¹¹³⁷.

348. Mais, dès lors, comment une telle règle pourrait-elle être réaliste ? Comme le relèvent certains critiques, cet article se conforme certes aux prescriptions humanitaires, mais « *il ne prend pas en compte les considérations pratiques de la guerre* »¹¹³⁸. Tout d'abord, cet article omet le fait que les usines sont toujours placées dans les grandes agglomérations, puisqu'elles doivent employer « *plusieurs milliers de civils qui doivent nécessairement vivre aux alentours* »¹¹³⁹. Or, dans la guerre totale, la destruction de ces usines « *sera nécessairement vitale* »¹¹⁴⁰ pour la victoire : on peut donc s'attendre à ce que les belligérants procèdent *quand même* à ce type de bombardement¹¹⁴¹. De plus, une telle règle offre la possibilité au défenseur d'obtenir une « *immunité complète pour ses dépôts et usines de guerre* », puisqu'il lui suffirait de « *les placer dans une grande ville* »¹¹⁴² pour qu'ils tombent sous la protection de l'article 24 § 3. Enfin, cette disposition soumet la licéité du bombardement d'objectifs situés au cœur de la population civile à ses « *effets* » ou ses « *résultats* », plutôt qu'à de « *l'intention* »¹¹⁴³ de l'attaquant. En effet, la licéité de l'attaque dépend ainsi de ses conséquences : l'aviateur doit s'abstenir de bombarder lorsqu'il est impossible de ne toucher que l'objectif militaire. Or, en plus des considérations techniques liées à la précision du bombardement, il est impossible de savoir cela avec certitude avant

¹¹³⁴ *Règles de La Haye*, art. 23, § 2.

¹¹³⁵ J. M. SPAIGHT, « Air Bombardment », *op. cit.*, p. 28, n. trad.

¹¹³⁶ V. la littérature citée *supra*, note 776.

¹¹³⁷ Sur la théorie du bombardement stratégique, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 316-331.

¹¹³⁸ F. E. QUINDRY, « Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives », *op. cit.*, p. 489, n. trad.

¹¹³⁹ *Ibid.*, p. 490, n. trad.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, n. trad.

¹¹⁴¹ *Ibid.* (« *no nation will refrain from attacking such objectives merely because they are surrounded by enemy civilian population* »).

¹¹⁴² Hugh TRENCHARD, cité in W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 34, n. trad.

¹¹⁴³ *Ibid.*, n. trad.

d'avoir essayé¹¹⁴⁴. Interprétée strictement, cette disposition aurait donc pour effet radical d'« éliminer le bombardement aérien »¹¹⁴⁵. Pour l'ensemble de ces raisons, les juristes estiment que cette règle ne peut être respectée « sans sacrifier d'importants intérêts militaires »¹¹⁴⁶. En cherchant à interdire une pratique qui est, dans les faits, « inévitable »¹¹⁴⁷, cette règle s'expose à la critique de l'utopie humanitaire.

349. Le PA I, tout en n'interdisant pas expressément le bombardement d'objectifs militaires situés en milieu urbain, interdit les attaques

dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu¹¹⁴⁸.

Lorsqu'il apparaît que des attaques peuvent causer de tels dommages, l'attaque doit être « annulée ou interrompue »¹¹⁴⁹. L'inscription de la règle de proportionnalité dans le droit constitue une véritable révolution, puisque, par le passé, une attaque pouvait donner lieu à n'importe quel degré de « dommages collatéraux » tant qu'elle était dirigée contre un objectif militaire licite¹¹⁵⁰. Cependant, il est bien connu qu'il est très difficile de savoir ce que cette règle exige des militaires en pratique¹¹⁵¹. En effet, la détermination du caractère « excessif » d'une attaque dépend à la fois des circonstances de fait¹¹⁵², mais également de la valeur relative que l'on attribue au succès de l'opération militaire en cause d'une part, et à la diminution des souffrances de la population civile de l'autre¹¹⁵³.

¹¹⁴⁴ J. M. SPAIGHT, « The Doctrine of Air-Force Necessity », *op. cit.*, p. 5 (« [i]t is not cynicism but simply the facing of the facts to say that whether "direct action" is resorted to or not will depend on whether it is likely to be effective; and how can anyone affirm that it will be ineffective until it has been tried? Does anyone really suppose that, if it is likely to be effective, it will not be tried simply because of the existence of a very debatable formula which makes military objectives alone liable to be bombed and these only when they can be bombed without the "indiscriminate" bombing of the civil population? »).

¹¹⁴⁵ M. W. ROYSE, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, *op. cit.*, p. 232, n. trad.

¹¹⁴⁶ J. M. SPAIGHT, « The Doctrine of Air-Force Necessity », *op. cit.*, p. 5, n. trad.

¹¹⁴⁷ F. E. QUINDRY, « Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives », *op. cit.*, p. 490, n. trad.

¹¹⁴⁸ PA I, art. 51, § 5, b).

¹¹⁴⁹ PA I, art. 75, § 2, b).

¹¹⁵⁰ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 119.

¹¹⁵¹ Ce point sera étudié plus en détail *infra*, Chapitre 4.

¹¹⁵² Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 121.

¹¹⁵³ *Ibid.*

350. Dès lors, il existe plusieurs manières d'apprécier cette règle. La plupart des observateurs voient dans cette disposition une règle fortement réaliste, pour deux raisons. Tout d'abord, ce principe reflète les nécessités de la guerre, puisqu'il reconnaît « *la possibilité que des civils soient inévitablement tués ou blessés dans le cadre d'opérations militaires légitimes* »¹¹⁵⁴. Ensuite, ce principe est perçu comme une traduction juridique du principe militaire d'économie des forces¹¹⁵⁵. En effet, cette règle reflète le fait que la rationalité militaire exige, dans un contexte de « *rareté des ressources militaires* », de « *n'utiliser que la force nécessaire à l'accomplissement d'une mission donnée* »¹¹⁵⁶. Le militaire doit donc « *réduire au minimum les dommages collatéraux* », non seulement parce que « *les munitions qui blessent des civils sont des munitions gaspillées* », mais aussi parce que chaque bombe qui manque l'objectif militaire « *augmente la probabilité que l'objectif doive être bombardé à nouveau* »¹¹⁵⁷. Une telle disposition reflèterait donc à la fois nature de la guerre (la possibilité de destructions civiles incidentes) et le « *jugement militaire éclairé* »¹¹⁵⁸ (l'emploi économique de la force). Elle serait ainsi réaliste. Cependant, nous avons vu que dans une telle situation, où « *les considérations d'ordre militaire coïncident avec les objectifs humanitaires* »¹¹⁵⁹, la règle de droit ne peut pas être véritablement normative, car elle se borne à refléter la manière dont les militaires pensent et agissent déjà¹¹⁶⁰. Ce qui l'expose *ipso facto* à la critique de l'apologie de la violence. Certains militaires jugent d'ailleurs que cette règle, loin de leur imposer une ligne de conduite à tenir, renforce l'action guerrière en légitimant les pratiques militaires existantes¹¹⁶¹.

351. Pour éviter que la règle de proportionnalité ne s'expose à la critique de l'apologie de la violence, il faudrait donc qu'il revête un contenu normatif, c'est-à-dire qu'il puisse être opposé à la manière dont les militaires agissent en fait. Or, c'est là que le bât blesse. En effet,

¹¹⁵⁴ J. M. MEYER, « Tearing Down the Façade... », *op. cit.*, p. 147, n. trad.

¹¹⁵⁵ V. p. ex. G. S. PRUGH, « Current Initiatives... », *op. cit.*, p. 263 ; W. HAYS PARKS, « The 1977 Protocols to the Geneva Convention of 1949 », *op. cit.*, p. 21 [édition de l'article dans 2 revues] ; B. M. CARNAHAN, « Linebacker II and Protocol I: The Convergence of Law and Professionalism », *American University Law Review*, vol. 31, n°4, 1982, p. 868 ; C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Laws of War », *op. cit.*, p. 54 ; W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 168 ; G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON *et al* (dir.), *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 114.

¹¹⁵⁶ G. B. ROBERTS, « The New Rules of Waging War: The Case against Ratification of Additional Protocol I », *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, n°1, 1985, p. 119, n. trad.

¹¹⁵⁷ B. M. CARNAHAN, « Linebacker II and Protocol I », *op. cit.*, p. 868.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ R. R. BAXTER, cité in ANON., « Revising the Laws of War: Future Developments », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 69, 1975, p. 253.

¹¹⁶⁰ V. *supra*, §§ 316-331.

¹¹⁶¹ B. M. CARNAHAN, « Protecting Civilians under the Draft Geneva Protocol: A Preliminary Inquiry », *Air Force Law Review*, vol. 18, n°4, 1976, p. 69 (« *for men or nations honestly trying to obey the law, these articles [les dispositions du PA I relatives à la protection de la population civile, ndla] provide important policy guidance and material for justification of their actions to the public* »).

il est possible d'interpréter la règle de proportionnalité de manière à fournir une protection effective contre les effets des opérations militaires, par exemple en restreignant la notion d'*« avantage direct et concret attendu »*¹¹⁶² aux seuls avantages tactiques (plutôt que stratégiques)¹¹⁶³. De la sorte, le caractère excessif d'une attaque ne pourra être évalué qu'au regard de l'objectif tactique visé par l'attaque (la destruction de tel objectif militaire précis), et non au regard de l'objectif stratégique de la guerre en général (vaincre l'ennemi). L'étendue des destructions incidentes licites sera donc forcément moindre. On peut aussi interpréter de manière très restrictive ce qui est vu comme excessif¹¹⁶⁴, octroyer une grande valeur relative à la vie de la population civile¹¹⁶⁵, ou bien faire reposer toute la charge de l'obligation d'éviter les dommages civils sur l'attaquant¹¹⁶⁶. Cependant, quel que soit le moyen argumentatif employé pour rendre la règle de proportionnalité plus normatif, on s'expose nécessairement à l'accusation d'idéalisme. En effet, toute tentative visant à protéger effectivement la population civile contre les effets des bombardements sera perçue comme une « *tentative d'établir une forme irréaliste de responsabilité pour les pertes civiles survenues dans le cadre d'opérations militaires légitimes* », alors que de telles pertes sont

¹¹⁶² PA I, art. 51, § 5, b).

¹¹⁶³ V. p. ex. W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 176.

¹¹⁶⁴ V. p. ex. la position du CICR, qui interprète la règle interdisant de causer des dommages incidents « excessifs » comme prohibant les attaques causant des dommages « étendus » ou « considérables » (« *extensive* » dans la version anglaise) au sein de la population civile : CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN *et al.*], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, *op. cit.*, p. 641, n. s. (« [o]n a aussi avancé l'idée que des pertes et dommages civils, même très étendus, pouvaient être justifiés si l'avantage militaire en jeu présentait une grande importance. Une telle conception va à l'encontre des règles de base du Protocole; en particulier, elle est contraire à l'article 48 ("Règle fondamentale") et aux paragraphes 1 et 2 du présent article [l'article 51, ndlr]. Le Protocole ne fournit aucune justification à des attaques causant des pertes et dommages civils étendus. Les pertes et dommages causés incidemment ne doivent jamais être considérables »). Cette interprétation est jugée trop restrictive par Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 120-121, n. s. (« [l']interprétation du CICR] is a misreading of the text. Even extensive civilian casualties may be acceptable, if they are not excessive in light of the concrete and direct military advantage anticipated. The bombing of an important army or naval installation (like a naval shipyard) where there are hundreds or even thousands of civilian employees need not be abandoned merely because of the risk to those civilians »).

¹¹⁶⁵ V. p. ex. ONU, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés : Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit à Gaza*, 25 sept. 2009, U.N. Doc A/HRC/12/48, § 437, pp. 107-107 (« [à] la lumière des faits dont elle dispose, la Mission juge que le meurtre délibéré de 99 membres de la police au quartier général et dans trois postes de police au cours des premières minutes des opérations militaires alors que les victimes se livraient à des tâches de caractère civil à l'intérieur de bâtiments de la police civile constitue une attaque qui n'a pas tendu à établir une proportionnalité acceptable entre l'avantage militaire direct attendu (tuer les policiers qui pouvaient appartenir à des groupes armés palestiniens) et les pertes en vies humaines parmi la population civile (les autres policiers tués et les membres du public qui, inévitablement, se trouveraient dans les bâtiments attaqués et/ou à proximité). Les attaques contre le quartier général de la police d'Arafat ville, le poste de police de la rue Abbas, le poste de police du quartier al-Tuffah et le poste de police judiciaire de Deir al-Balah ont constitué des attaques disproportionnées en violation du droit international humanitaire coutumier »). Pour une critique de cette interprétation au motif de la trop grande valeur accordée à la protection de la population civile au détriment de l'évaluation de l'avantage militaire, v. p. ex. M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity... », *op. cit.*, pp. 826-827 (« [p]roportionality evaluations require consideration of both the expected incidental civilian casualties and the anticipated military advantage. Only when the former is excessive relative to the latter does an attack violate the proportionality principle. In the absence of any indication as to the number of police at the target area who qualified as "combatants" for targeting purposes, or their role in the conflict, it is impossible to make any such assessment; yet, the report does just that. Seemingly, the element of military advantage (which accounts for military necessity) in the proportionality principle appears to have been discarded altogether »).

¹¹⁶⁶ Pour une critique de cette position, v. W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, pp. 151-156.

« un aspect regrettable mais inévitable de la guerre »¹¹⁶⁷. Faire de la règle de proportionnalité une règle véritablement normative, c'est en effet poursuivre un « rêve impossible » : que « la guerre ne fasse aucune victime »¹¹⁶⁸.

*

352. L'exemple du bombardement aérien permet de démontrer que, dans le cas où les impératifs militaires sont en dissonance avec les impératifs humanitaires, il est absolument impossible que le droit soit simultanément réaliste et normatif. D'une part, le droit ne peut ni interdire de tels moyens d'action sans s'exposer à la critique de l'utopie humanitaire, ni autoriser de tels moyens d'action sans être accusé de faire l'apologie de la violence. La via media consistant à tempérer l'interdiction en l'assortissant d'une clause de dérogation conduit à défaire toute normativité du droit. D'autre part, chercher à réglementer ces moyens d'action plutôt que de les interdire ne fait que déplacer le problème, car de deux choses l'une. Soit la réglementation entrave la liberté d'action militaire au nom des impératifs d'humanité, auquel cas les dispositions juridiques seront vues comme des règles utopiques, contrevenant à la réalité de la guerre et insusceptibles d'être respectées dans les faits. Soit la réglementation reflète la manière dont les militaires souhaiteraient employer la violence, auquel cas les règles se contentent de refléter la logique intrinsèque de l'action militaire et s'exposent à l'accusation d'en faire l'apologie. La double exigence de normativité et de réalisme place le droit de la guerre face à un dilemme insoluble.

*

353. Conclusion de la Sous-section 2. L'idée, propagée par la doctrine juridique, selon laquelle le droit de la guerre serait capable de réaliser un compromis, un équilibre ou une conciliation entre les nécessités militaires et les impératifs humanitaires s'avère fausse. En effet, le droit de la guerre est incapable d'être simultanément réaliste, de manière à faire droit aux exigences de la guerre, et normatif, de sorte à exprimer les impératifs d'humanité. La raison fondamentale d'une telle impossibilité, de nature conceptuelle, peut être expliquée comme suit. La double exigence de réalisme et de normativité suppose que le droit puisse appartenir simultanément au monde de l'idéal (le monde du *Sollen*) et au monde de l'existant (le monde du *Sein*)¹¹⁶⁹. Or, une telle prétention est philosophiquement absurde. Le domaine de l'idéal se définit précisément par le fait qu'il renvoie à autre chose que le monde « tel

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 202 et 149, n. trad.

¹¹⁶⁸ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 1, n. trad.

¹¹⁶⁹ Cette réflexion est inspirée de M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 516-532.

qu'il est » : il indique l'horizon idéal d'un autre monde qui, par définition, n'existe pas encore. Inversement, le domaine de l'existant se définit précisément par le fait qu'il renvoie exactement au monde « tel qu'il est » plutôt qu'à un monde alternatif à venir. Par conséquent, les énoncés normatifs ne peuvent pas indiquer en même temps « ce qui est » et « ce qui doit être ». Soit les énoncés normatifs reflètent l'existant, mais ils n'expriment alors aucun horizon normatif idéal ; soit ils indiquent la manière dont les hommes devraient se comporter en théorie, mais alors ils ne reflètent pas la manière dont les hommes se comportent en pratique. Et dans le cas, envisagé par le scénario de la concordance entre rationalité militaire et prescription morale, où les hommes se comportent en fait comme ils devraient se comporter en droit, alors toute idée de devoir-être perd son sens : le droit n'indique plus l'horizon idéal d'un monde à venir, puisque celui-ci s'identifie au monde tel qu'il est. Exiger que le droit de la guerre soit simultanément réaliste et normatif revient à enfermer le droit dans une double contrainte conceptuellement indépassable¹¹⁷⁰.

*

354. Conclusion de la Section 1. Au-delà de la démonstration qui précède, toute l'histoire du droit de la guerre moderne témoigne de l'impossibilité de réaliser un compromis entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité. En effet, tout se passe comme si le discours juridique était enfermé dans une boucle argumentative sans fin, faisant de l'histoire l'éternelle répétition du même : le droit de la guerre est sommé d'être réaliste, mais ne peut l'être véritablement sans s'exposer à l'apologie de la violence ; pour contrecarrer cette critique, le droit de la guerre est enjoint à devenir normatif, ce qu'il ne peut être sans s'exposer à la critique de l'utopie humanitaire ; le droit de la guerre doit donc redevenir réaliste – et l'on en revient au point de départ. Le discours juridique semble ainsi prisonnier d'une cage qu'il s'est lui-même construite. Ainsi, loin de pouvoir occuper position neutre et objective dans le conflit opposant la rationalité militaire à l'ordre moral, le droit est condamné à prendre parti. Dès lors, une seule question demeure : quel parti le droit de la guerre doit-il épouser ?

¹¹⁷⁰ Le concept de double contrainte désigne la situation dans laquelle une personne est soumise simultanément à deux injonctions contradictoires. Sur ce concept, v. G. BATESON, D. D. JACKSON, J. HALEY, J. WEAKLAND, « Toward a Theory of Schizophrenia », *Behavioral Science*, vol. 1, n°4, pp. 251-264.

Section 2. – Le choix de la normativité au détriment du réalisme, unique option permettant de soumettre l'action militaire au droit

355. Étant dans l'incapacité de réaliser un compromis entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité, le droit de la guerre doit choisir entre deux options et, par-delà, entre deux conceptions du droit de la guerre. Faut-il préférer une conception réaliste du droit faisant l'apologie de l'existant, ou bien une conception normative du droit exprimant l'utopie d'un monde à venir ? Dans l'absolu, aucun critère objectif ne permet de se prononcer sur la direction que le droit de la guerre devrait emprunter – il s'agit d'un choix arbitraire, fonction de ce que l'on souhaite faire du droit de la guerre¹¹⁷¹. Cependant, si on lit cette question à l'aune de l'idée, défendue par la doctrine juridique pour contrer l'objection sceptique, que le droit de la guerre est nécessaire pour éviter que la guerre ne dégénère en guerre totale¹¹⁷², alors la réponse apparaît clairement. En effet, il s'avère que, poussée jusque dans ses ultimes retranchements, l'exigence de réalisme mène au désastre, puisqu'elle conduit à soumettre le droit à la rationalité militaire : il devient impossible de distinguer le droit de la froide logique d'efficacité moyens/fins qui gouverne l'action militaire (**Sous-section 1**). À l'inverse, l'exigence de normativité est porteuse d'espoir : elle seule permet, en pratique, d'obtenir la soumission de la guerre au droit et d'imposer aux combattants le respect de valeurs supérieures (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – La soumission du droit à la rationalité militaire, destination finale de la conception réaliste du droit de la guerre

356. Afin d'échapper à la critique de l'utopie humanitaire, le droit de la guerre se doit d'être réaliste. Si l'on suit cette exigence jusqu'au bout de ses conclusions logiques, elle revient à dissoudre le droit dans les faits : on ne peut tout simplement plus distinguer le droit du fait, puisque le droit n'est rien d'autre qu'une retranscription de l'existant (§ I). Ce constat, problématique en soi, prend une coloration dramatique dès lors que l'on en saisit les

¹¹⁷¹ On peut donc appliquer ici par analogie les réflexions de Hans KELSEN à propos de la controverse entre monisme et dualisme : à la question de savoir s'il faut préférer la conception réaliste ou normative du droit de la guerre, il n'y a pas « de réponse proprement juridique, de réponse étayée sur des raisonnements juridiques, c'est-à-dire sur des arguments de droit positif. On ne peut se décider qu'en considération d'éléments méta-juridiques, – d'idées éthiques et politiques », car il n'y a pas de « nécessité objective » à préférer l'un ou l'autre (H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 14, 1926, pp. 313 et 314).

¹¹⁷² V. *supra*, Introduction, §§ 22-25.

implications. En effet, l'exigence de réalisme enjoint au droit de refléter la réalité concrète de la guerre. Or, qui façonne cette réalité, sinon les combattants eux-mêmes ? Ne sont-ce pas eux qui, par leurs théories et leurs pratiques, déterminent dans les faits ce qu'est la guerre et comment elle doit être menée ? À la fin des fins, l'exigence de réalisme conduit à reconnaître le monopole des militaires sur le droit de la guerre : en tant que maîtres des faits, les militaires deviennent également maîtres du droit (§ II).

§ I. – La dissolution du droit dans le fait, ultime conséquence de la conception réaliste du droit de la guerre

357. L'exigence de réalisme est à l'origine d'un argument, très largement répandu dans le discours juridique, selon lequel le droit de la guerre n'a de valeur que s'il est conforme à la réalité de la guerre¹¹⁷³. Pour être véritablement réaliste, le droit de la guerre ne doit pas s'opposer à « *ce qui est dans la nature des choses* »¹¹⁷⁴. Il doit au contraire entretenir une « *relation à la réalité* », sans laquelle il n'aurait « *plus aucune signification autre que dialectique* »¹¹⁷⁵. En pratique, cet argument permet d'invalider des règles de droit, pourtant valides du point de vue formel, au motif qu'elles ne correspondent plus à la réalité militaire. Le réalisme juridique finit donc par dissoudre le droit dans le fait : le droit étant enjoint à refléter les faits, ce sont *in fine* les faits qui déterminent le contenu substantiel du droit. L'histoire du principe de distinction entre combattants et non-combattants, brossée à grands traits, illustrera les conséquences néfastes de cet argument.

358. Dès l'origine du droit de la guerre moderne, il était généralement admis que le *jus in bello* opérait une distinction entre les combattants, qui pouvaient être attaqués et tués, et les non-combattants, qui devaient être « *exempt[s] des violences de la lutte, tout en restant sujet[s] aux conséquences générales [de la] guerre* »¹¹⁷⁶. On admettait donc que les « *habitants paisibles* »¹¹⁷⁷, c'est-à-dire ceux ne prenant pas une part active aux hostilités, ne

¹¹⁷³ Cet argument est l'équivalent fonctionnel, dans le champ du droit de la guerre, de ce que Martti Koskenniemi désigne sous le nom d'« *ascending pattern of justification* » (v. M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 59-60).

¹¹⁷⁴ J. M. SPAIGHT, « The Doctrine of Air-Force Necessity », op. cit., p. 4, n. trad.

¹¹⁷⁵ L. NURICK, « The Distinction... », op. cit., p. 683, n. trad. V. ég. J. DE LOUTER, « La crise du droit international », op. cit., p. 91 (« [I]l est nécessaire que la régénération du droit international soit possible suivant les données historiques. En proposant des réformes, il faudra se garder de toute illusion, il faudra se laisser guider par la réalité et par la consultation du passé. Les illusions peuvent charmer, mais elles conduisent souvent à la déception cruelle de leurs apôtres dévoués »).

¹¹⁷⁶ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, op. cit., p. 35.

¹¹⁷⁷ H. BONFILS, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, Paris, Arthur Rousseau, 1894, p. 634.

pouvaient être intentionnellement attaqués¹¹⁷⁸. Pour les juristes, cette règle trouvait son ancrage à la fois dans la pratique des belligérants¹¹⁷⁹ et dans des considérations de « *justice élémentaire* »¹¹⁸⁰. Elle passait donc pour valide au regard des sources formelles de l'époque¹¹⁸¹. En toute logique, cette règle devrait gouverner l'ensemble de la conduite de la guerre et amener à considérer que, dans le cas où des villes défendues sont bombardées¹¹⁸², les tirs doivent être dirigés exclusivement contre « *les fortifications, leurs dépendances et les bâtiments militaires des places fortes* »¹¹⁸³, et en aucun cas contre les parties habitées de la ville où loge et vit la population civile. Une telle tactique contreviendrait manifestement à la règle voulant que les non-combattants ne fassent pas l'objet d'attaques intentionnelles.

359. Pourtant, à partir des années 1860, le génie militaire estime qu'il est plus efficace et économique de bombarder l'intérieur des villes assiégées, et donc la population civile elle-même, plutôt que les seules fortifications¹¹⁸⁴. Ce procédé fut mis en œuvre pour la première fois au cours de la guerre franco-prussienne de 1870-1871¹¹⁸⁵, défendu *a posteriori* par l'état-major allemand¹¹⁸⁶ et rapidement intégré dans les réglementations et manuels nationaux des grandes puissances européennes¹¹⁸⁷.

¹¹⁷⁸ En ce sens, v. A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, op. cit., p. 38.

¹¹⁷⁹ V. p. ex. *ibid.*, p. 2 (cette distinction sert « de base au système des pratiques usitées dans les guerres de notre époque ») ; H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 634. Sur la pratique des belligérants au regard du principe de distinction, v. p. ex. E. COLBY, « *Laws of Aerial Warfare II* », op. cit., pp. 213-214.

¹¹⁸⁰ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, op. cit., p. 35.

¹¹⁸¹ Sur les sources formelles de l'époque et le recours simultané au droit positif et au droit naturel, v. M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 130-143.

¹¹⁸² Le droit de la guerre antérieur à la Première Guerre mondiale interdisait le bombardement des villes non-défendues : v. Déclaration de Bruxelles, art. 15 (« [l]es places fortes peuvent seules être assiégées. Des villes, agglomérations d'habitations ou villages ouverts qui ne sont pas défendus ne peuvent être ni attaqués ni bombardés ») ; RH 1899, art. 25 (« [i]l est interdit d'attaquer ou de bombarder des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus ») ; RH 1907, art. 25 (« [i]l est interdit d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus »).

¹¹⁸³ H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 605.

¹¹⁸⁴ Sur l'émergence de ce cette tactique, v. supra, Chapitre 2, §§ 237-243.

¹¹⁸⁵ Sur ce point, v. la littérature citée supra, note 734. Sur la pratique ultérieure à la guerre franco-prussienne de 1870-1871, v. J. M. SPAIGHT, *War Rights on Land*, préf. F. D. ACLAND, Londres, MacMillan, 1911, p. 164.

¹¹⁸⁶ Le grand état-major allemand, dans l'histoire officielle de la guerre franco-prussienne de 1870-1871 qu'il publie après la guerre, affirme que « [a] serious cannonade from the siege batteries upon the closely built town, sparingly provided as it was known to be with bombproof shelters, would overawe to a considerable degree the less trustworthy parts of the garrison, and probably induce the inhabitants to compel the governor to surrender the fortress » (cité in J. M. SPAIGHT, *War Rights on Land*, op. cit., p. 163).

¹¹⁸⁷ **Pour la France**, v. FRANCE, MINISTÈRE DE LA GUERRE, *Manuel de droit international à l'usage des officiers de l'armée de terre*, Paris, Librairie militaire de J. Dumaine, 1877, pp. 21-22 ; FRANCE, MINISTÈRE DE LA GUERRE, *Règlement du 4 février 1899 sur la guerre de siège*, cité in P. BOUDIN, *Les lois de la guerre...*, op. cit., p. 34 ; FRANCE, MINISTÈRE DE LA GUERRE, *Instruction générale du 30 juillet 1909 sur la guerre de siège*, Paris, Imprimerie nationale, p. 16. **Pour l'Allemagne**, v. ALLEMAGNE, GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, op. cit., p. 45. **Pour le Royaume-Uni**, v. ROYAUME-UNI, WAR OFFICE, *Manual of Military Law*, 6^{ème} éd., 1914, Chap. XIV, art. 122, cité in J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 1, New York, Longmans, Green & Co., 1920, p. 422, note 2. Cette position est contraire à la position prise sur ce sujet par le manuel de l'IDI recommandé aux États pour adoption (IDI, *Manuel d'Oxford*, art. 33 et commentaire y relatif).

360. Face à cette pratique nouvelle, la doctrine reconnaît dans un premier temps que le bombardement délibéré des parties habitées des villes assiégées « *heurte de front les premiers principes du droit des gens* », lesquels « *commandent de n'attaquer que ceux qui peuvent se défendre* »¹¹⁸⁸. En effet, cette tactique consiste à diriger « *les pires engins de destruction dont on dispose* » contre la « *population paisible* », c'est-à-dire « *des femmes, des vieillards, des enfants* »¹¹⁸⁹. On pourrait donc s'attendre à ce que les juristes déclarent cette pratique illégale¹¹⁹⁰. Or, il n'en est rien : pour la grande majorité des juristes, cette tactique est licite¹¹⁹¹. Cette conclusion se fonde généralement sur un argument faisant appel

¹¹⁸⁸ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, op. cit., p. 102. V. ég. W. E. HALL, *A Treatise on International Law*, 4^{ème} éd., Oxford, Clarendon Press, 1895, p. 413 (« *the bombardment of a town in the course of a siege, when in strict necessity operations need only be directed against the works, (...) is an act which (...) is a glaring violation of the principle by which custom professes to be governed* »).

¹¹⁸⁹ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, op. cit., p. 102.

¹¹⁹⁰ V. p. ex. P. FIORE, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, 2^{ème} éd., vol. 3, trad. C. ANTOINE, Paris, A. Durand/Pedone-Lauriel, 1886, pp. 139-140 (« [é]tant (...) admis que la guerre est la lutte entre la force publique de l'État et celle de l'État ennemi, et que les citoyens paisibles qui ne prennent pas une part active à l'action doivent être respectés dans leurs personnes et dans leurs biens, comment pourrait-on justifier le bombardement des villes où seraient agglomérés des citoyens paisibles, pour la seule raison que ces villes seraient défendues ? »).

¹¹⁹¹ Sur le plan du **droit conventionnel de la guerre**, aucune conférence diplomatique antérieure à la Première Guerre mondiale n'a jamais conclu à l'adoption d'un traité prohibant le fait de diriger le bombardement contre les parties habitées d'une ville assiégée plutôt que contre les parties fortifiées. C'est même plutôt l'inverse. Au cours de la conférence de Bruxelles de 1874, une pétition des citoyens d'Anvers émit le souhait qu'il soit « *admis comme un principe d'humanité qu'on ne puisse bombarder des quartiers de villes mêmes fortifiées* » (BELGIQUE, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGÈRES, *Conférence de Bruxelles*, La Haye, Les Frères van Cleef, 1890, p. 33), ce à quoi le délégué allemand s'opposa au motif que « *le bombardement étant un des moyens les plus efficaces pour atteindre le but de la guerre* » (*ibid.*). Éludant dans cette question dans le corps du Projet de Déclaration, les délégués se contentèrent d'un document annexe, dans lequel ils firent part de leur « *ferme confiance que tout commandant d'armées civilisées (...) considérera toujours comme un devoir sacré d'employer tous les moyens qui peuvent dépendre de lui, en cas de siège d'une ville fortifiée, afin de respecter la propriété privée appartenant à des citoyens inoffensifs, autant que les circonstances locales et les nécessités de la guerre lui en laisseront la possibilité* » (*ibid.*, p. 212). Et il est intéressant de constater que, dans le texte final, toute référence au principe selon lequel les opérations de guerre doivent toujours être conduites exclusivement contre les forces armées de l'État ennemi fut finalement supprimée en seconde lecture (*ibid.*, pp. 154-162), ce qui peut laisser à penser que la Conférence de Bruxelles adopta finalement la position du délégué allemand (en ce sens, v. E. BENVENISTI, D. LUSTIG, « *Monopolizing War* », op. cit., p. 164). De même, le RH 1899 et le RH 1907 n'interdisent pas aux belligérants de diriger le bombardement contre les villes. Il est même fait obligation aux assiégeants de prendre « *toutes les mesures nécessaires (...) pour épargner, autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire* » (RH 1899, art. 27 ; RH 1907, art. 27), ce qui pourrait amener à conclure que le bombardement des villes est une possibilité implicitement reconnue par le droit conventionnel de la guerre.

En l'absence de disposition conventionnelle, les juristes doivent faire avec les **principes généraux du droit de la guerre**. Avant la guerre franco-prussienne de 1870-1871, il était « *à peu près généralement admis que les effets du bombardement doivent être limités aux fortifications et à leurs dépendances, et qu'on peut tout au plus les étendre aux bâtiments militaires des places fortes (...)* ; aucun [auteur] n'avait écrit et n'aurait osé écrire qu'il est permis à l'assiégeant de diriger son feu directement et intentionnellement sur la partie de la ville habitée par la population civile, afin qu'elle détermine la garnison à se rendre » (G. GRIOLET, « *L'influence de la dernière guerre sur le progrès du droit des gens* », *Bulletin de la Société de législation comparée*, année 1872, n°2, p. 31). Or, la mise en œuvre de ce procédé au cours de la guerre franco-prussienne va déchirer le champ du droit de la guerre. **Certains jugent cette pratique illicite car contraire au principe d'immunité des non-combattants** (v. p. ex. J. C. BLUNTSCHLI, « *Du droit international* », op. cit., p. 633 et J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 2^{ème} éd., préf. E. LABOULAYE et M. DE MOLINARI, trad. M. C. LARDY, Paris, Guillaumin, 1874, p. 312 ; A. MORIN, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, vol. 2, Paris, L.G.D.J., 1872, pp. 184-185 ; T. D. WOOLSEY, *Introduction to the Study of International Law*, 5^{ème} éd., Londres, Sampson Law, Marston, Searle & Rivington, 1879, p. 232) alors que **d'autres jugent cette pratique licite** (v. not. G. ROLIN-JAEQUEMYNS, *Second essai...*, op. cit., pp. 17-18 ; F. DAHN, *Das Kriegsrecht. Kurze volksthümliche Darstellung für jedermann, zumal für den deutschen Soldaten*, Würzburg, Stuber's, 1870 ; C. LUEDER, *Der neueste Codifications-Versuch auf dem Gebiete Völkerrechts. Kritisch Bemerkungen zu den russischen Vorschlägen für den auf den 27. Juli 1874 nach Brüssel einberufenen internationalen Congress*, Erlangen, A. Deichert, 1874, pp. 25-26 et 42-43 ; T. FUNCK-BRENTANO,

au réalisme du droit de la guerre : la pratique consistant à bombarder l'intérieur des villes est « *sanctionnée par l'usage* »¹¹⁹², c'est-à-dire par la pratique militaire, et compte désormais au nombre des moyens de guerre nécessaires¹¹⁹³. Dès lors, sous peine d'être accusé d'utopie

A. SOREL, *Précis du droit des gens*, Paris, Plon, 1877, p. 290). Le changement d'opinion soudain de Gustave ROLIN-JAEQUEMYNS témoigne des bouleversements à l'œuvre dans le champ : quelques mois après son premier article sur la guerre de 1870-1871 où il déclarait le bombardement des villes illicite (G. ROLIN-JAEQUEMYNS, « Chronique du droit international. La guerre actuelle », *R.D.I.L.C.*, vol. 2, 1870, p. 674), il considère désormais que cette pratique est légale (v. G. ROLIN-JAEQUEMYNS, *Second essai...*, *op. cit.*, pp. 17-18). De plus, à peine trois ans après la fin de la guerre franco-prussienne, une majorité des membres de l'IDI juge qu'à la question de savoir s'il y a « *lieu de déclarer, comme règle absolue, que, en cas de bombardement d'une ville fortifiée, le feu de l'artillerie sera exclusivement dirigé contre les forts et non contre les habitations privées appartenant à des citoyens inoffensifs* », il faut répondre que « *cette interdiction [n'est pas] compatible avec les nécessités de la guerre* » (v. *R.D.I.L.C.*, vol. 7, 1875, p. 493). Il faut également noter que, dans les années 1870, la doctrine anglo-saxonne ne mentionne généralement pas cette question (v. p. ex. R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, 2^e éd., vol. 3, Londres, Butterworths, 1873 ; S. AMOS, *Lectures on International Law. Delivered in the Middle Temple Hall to the Students of the Inns Courts*, Londres, Stevens & Sons, 1874 ; W. O. MANNING, S. AMOS, *Commentaries on the Law of Nations*, Londres, H. Sweet, 1875 ; T. TWISS, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*, 2^e éd., vol. 2, Oxford/Londres, Clarendon Press/Longmans, Green & Co., 1875 ; E. S. CREASY, *First Platform of International Law*, Londres, John van Voorst, 1876 ; S. BAKER, *Halleck's International Law*, vol. 2, Londres, C. Kegan Paul & Co., 1878).

C'est véritablement à partir des années 1880 que le renversement de perspective se fera sentir. Si certains auteurs laissent cette question sans réponse (v. p. ex. C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, Paris, A. Rousseau/Pedone-Lauriel *et al.*, 4^e éd., vol. 4, 1888, p. 170 ; T. E. HOLLAND, *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, Clarendon, Oxford, 1908, pp. 46-47) et que **d'autres auteurs considèrent cette pratique illicite** au nom du principe d'immunité des non-combattants (v. p. ex. J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations. A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, vol. 2, Édimbourg/Londres, W. Blackwood, 1884, pp. 83-84 ; P. FIORE, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, 2^e éd., vol. 3, *op. cit.*, pp. 139-141 ; P. FIORE, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, trad. A. CHRETIEN, Paris, Chevalier-Maresq, 1890, p. 334 ; T. J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, 1^e éd., Boston, D. C. Heath & Co., 1895, p. 443 ; A. MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899*, préf. F. F. MARTENS, Paris, Chevalier-Maresq, 1903, p. 182 ; A. MERIGNHAC, *Les théories du grand état-major allemand sur les lois de la guerre continentales*, Paris, Pedone, 1907, pp. 24-25 ; F. DESPAGNET, *Cours de droit international public*, 4^e éd., Paris, Sirey, 1910, pp. 849-850), **de plus en plus de juristes de premier plan jugent cette pratique licite** (v. p. ex. W. E. HALL, *A Treatise on International Law*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 557 ; F. LENTNER, *Das Recht im Kriege. Kompendium des Völkerrechtes im Kriegsfalle. Dargestellt auf Grund der Brüsseler Deklaration vom 27. August 1874 über die Kriegssatzungen und Kriegsgebräuche*, Vienne, L. W. Seidel & Sohn, 1880, pp. 88-89 ; J. GUELLE, *Droit international. La guerre continentale et les personnes*, Paris, Librairie militaire de J. Dumaine, 1881, p. 77 ; J. GUELLE, *Précis des lois de la guerre sur terre. Commentaire pratique à l'usage des officiers de l'armée active, de la réserve et de la territoriale*, Paris, Pedone-Lauriel, 1884, p. 117 ; P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, *op. cit.*, pp. 1048-1049 ; F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, *op. cit.*, pp. 221-222 ; C. LUEDER, « Das Landeskriegsrecht im Besonderen », in F. VON HOLTZENDORF (dir.), *Handbuch des Völkerrechts. Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis*, vol. 4, Hambourg, Verlagsanstalt und Druckerei, 1889, p. 451 ; A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, *op. cit.*, pp. 176-177 ; H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 606 ; J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, C.U.P., 1894, pp. 236-237 ; E. F. GLENN, *Hand-Book of International Law*, Saint Paul, West Publishing, 1895, p. 228 ; A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, vol. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1896, pp. 285 et 286 ; A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, *op. cit.*, pp. 105-106 et 107-108 ; W. E. HALL, *A Treatise on International Law*, 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1904, pp. 536-537 ; L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, 1^e éd., vol. 2, Londres, Longmans, Green & Co., 1906, pp. 158-159 ; P. BORDWELL, *The Law of War between Belligerents. A History and Commentary*, Chicago, Callaghan & Co., 1908, p. 287 ; J. M. SPAIGHT, *War Rights on Land*, *op. cit.*, p. 164 ; H. BONFILS, P. FAUCHILLE, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, 7^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1914, p. 772 ; P. FAUCHILLE, *L'évacuation des territoires occupés par l'Allemagne dans le Nord de la France*, Paris, Sirey, coll. « Pour la défense du droit international », 1917, pp. 57-58 ; P. FAUCHILLE, « Le bombardement aérien », *R.G.D.I.P.*, vol. 24, 1917, pp. 57-58 ; J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 1, *op. cit.*, p. 422 ; C. C. HYDE, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 2, Boston, Little Brown, 1922, p. 305).

¹¹⁹² E. F. GLENN, *Hand-Book of International Law*, *op. cit.*, p. 228, n. trad. Dans le même sens, v. W. E. HALL, *A Treatise on International Law*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 557 ; J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 1, *op. cit.*, p. 422 ; P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, *op. cit.*, pp. 1048-1049 ; F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, *op. cit.*, p. 221.

¹¹⁹³ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, *op. cit.*, p. 103 (il s'agit d'un moyen « *en l'absence duquel on conçoit fort bien qu'il serait impossible ou au moins très difficile à une armée victorieuse de réduire son adversaire à sa discrétion* ») ; P. BORDWELL, *The Law of War between Belligerents*, *op. cit.*, p. 287 (« *[i]t must be admitted (...) that [le*

en promouvant des règles « *matériellement impraticable[s]* »¹¹⁹⁴, le droit de la guerre doit capituler devant cette nouvelle réalité : il s'agit d'un « *fait contre lequel il serait inutile de protester* »¹¹⁹⁵, car « *les chefs d'armée n'ont pas hésité et n'hésiteront pas dans l'avenir* »¹¹⁹⁶ à bombarder l'intérieur même des villes pour hâter la reddition. Les juristes actent donc, bon gré malgré, l'existence d'une exception à la règle fondamentale de l'immunité des non-combattants¹¹⁹⁷ – et ceci alors même qu'ils reconnaissent que la pratique nouvellement sanctionnée « *contrarie [les] idées les plus certaines sur le rôle de la guerre moderne* »¹¹⁹⁸. La règle interdisant de bombarder l'intérieur des villes tombe au simple motif qu'elle « *ne représente plus la pratique réelle des belligérants* »¹¹⁹⁹. Ainsi, par le truchement de l'argument réaliste, la simple évolution des faits permet d'invalider une règle de droit formellement en vigueur.

361. Malgré cette exception, le principe général tint bon. Les juristes estimaient généralement, au moins jusqu'au début de la Première Guerre mondiale, que les belligérants devaient faire la distinction entre les combattants et les non-combattants et ne diriger leurs attaques qu'à l'encontre des premiers. Plus généralement, les juristes tenaient pour acquis que le seul but militaire que les belligérants pouvaient légitimement poursuivre dans la guerre était, pour reprendre les termes de la Déclaration de Saint-Pétersbourg, « *l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi* »¹²⁰⁰. En d'autres mots, la violence ne pouvait être utilisée qu'en vue de vaincre les forces armées de l'ennemi¹²⁰¹, et non en vue de

bombardement des villes] is one of the rigors of war which belligerents have held to be so useful as not to be given up »).

¹¹⁹⁴ F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, *op. cit.*, p. 221.

¹¹⁹⁵ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁹⁶ H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 604.

¹¹⁹⁷ V. p. ex. A. PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, *op. cit.*, pp. 61-62 (« *les actes de violence qui constituent l'essence de l'action hostile ne doivent être dirigés que contre ceux qui font partie de l'armée, à l'exclusion de la population civile, et encore cette restriction n'est-elle pas absolue. Il existe des cas assez nombreux dans lesquels il est matériellement impossible de séparer le sort des combattants de celui des non-combattants et où par suite ces derniers subissent fatallement l'effet des moyens de destruction dirigés contre les premiers. Dans l'attaque de vive force d'un village les habitants qui s'y trouvent recevront une part des coups dirigés contre les soldats, lors du bombardement d'une ville forte les obus ne feront pas de distinction (...). Ce sont de purs malheurs amenés par les nécessités de la guerre* »).

¹¹⁹⁸ A. PILLET, *Les lois actuelles de la guerre*, *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁹⁹ H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, *op. cit.*, p. 328, n. trad.

¹²⁰⁰ *Déclaration de Saint Pétersbourg*, préambule, al. 3.

¹²⁰¹ V. p. ex. IDI, *Manuel d'Oxford*, 1880, art. 1 (« *[I]l'état de guerre ne comporte des actes de violence qu'entre les forces armées des Etats belligérants* ») ; F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, *op. cit.*, p. 210 ; H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 597 ; A. MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre...*, *op. cit.*, p. 69 ; F. VERRAES, *Les lois de la guerre et la neutralité*, vol. 1, Bruxelles, O. Schepens & Cie, 1906, p. 84 (« *[I]la guerre internationale est (...) un état de lutte ouverte entre les forces organisées et armées de deux États. (...) Les opérations de la guerre doivent, dès lors, être dirigées uniquement contre les forces et les moyens de guerre de l'Etat ennemi (...)* ») T. J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, 4ème éd., Boston, D.C. Heath & Co., 1910, p. 497 (« *[I]nternational Law proclaims that the only object of war as such is to overcome the armed forces of the enemy* ») ; J. WESTLAKE, *International Law*, 2^{ème} éd., vol. 2, Cambridge, C.U.P., 1913, p. 58 ; C. PHILLIPSON, *Wheaton's Elements of International Law*, *op. cit.*, p. 497 ; A. PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, *op. cit.*,

réaliser des objectifs plus généraux et plus vagues tels que vaincre la « détermination » ou la « volonté » de l'ennemi¹²⁰². Cette règle reflétait le consensus stratégique de l'époque, formulé par Clausewitz, selon lequel vaincre l'ennemi sur le plan militaire supposait principalement de détruire ses forces armées¹²⁰³.

362. Cependant, cette conception de la guerre fut remise en cause dès le dernier tiers du XIX^{ème} siècle par certains militaires, qui trouvèrent des relais dans le monde académique. Ainsi, dans une lettre à Johann C. Bluntschli, le général von Moltke s'opposa fermement à l'idée selon laquelle l'*« "affaiblissement des forces militaires de l'ennemi" constitue le seul mode légitime de procéder dans la guerre »*¹²⁰⁴. Pour lui, faire la guerre suppose d'*« attaquer toutes les ressources du gouvernement ennemi, ses finances, ses chemins de fer, ses approvisionnements, et même son prestige »*¹²⁰⁵. Cette opinion devint la doctrine officielle de l'armée allemande¹²⁰⁶, et fut reprise par certains militaires écrivant sur le droit de la guerre¹²⁰⁷ ainsi que par plusieurs juristes¹²⁰⁸. Cette opinion demeurait néanmoins minoritaire au sein du champ juridique – jusqu'à la Première Guerre mondiale.

363. La Première Guerre mondiale va conduire les juristes à balayer ces constructions antérieures. Pour eux, la Grande Guerre témoigne d'une transformation radicale de la nature même de la guerre : celles-ci ne sont plus l'affaire des seules forces armées, mais des peuples dans leur ensemble. Antoine Pillet résume bien le sentiment général lorsqu'il affirme que *« [l]e temps a marché et les guerres, qui furent longtemps le fait des hommes d'armes,*

p. 60 (*« l'emploi de la violence est légitime, mais il n'est légitime que contre ceux qui portent les armes et défendent par la force les droits prétendus de leur pays. Ces personnes sont les seules qu'il faille réduire à tout prix, car, elles réduites, l'adversaire tombe fatallement à la discréption de son vainqueur »*) ; P. FAUCHILLE, H. BONFILS, *Traité de droit international public*, 8^{ème} éd., vol. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1921, p. 114.

¹²⁰² V. p. ex. J. WESTLAKE, *International Law*, 2^{ème} éd., *op. cit.*, p. 58 (*« the advance of public opinion has even condemned all action in war the connection of which with the weakening of the enemy's military force is not proximate. (...) [T]he devastation of a territory not necessary for covering the retreat of an army or for any other directly military purpose, but intended to create general terror or distress, may indeed help to break down resistance but are universally condemned »*) ; J. M. SPAIGHT, *War Rights on Land*, *op. cit.*, pp. 111-112 (*« the destruction or seizure [of property] must have as its object "the weakening of the military force of the enemy", that being the sole legitimate end of war. (...) There must be some reasonably close connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy's army. To destroy with the intention of damaging the hostile Government's pocket is illegitimate. (...) It is only to some reactionary minds that devastation as a means of putting pressure on a nation has recommended itself in recent times »*).

¹²⁰³ V. *supra*, Chapitre 2, § 196.

¹²⁰⁴ HELMUTH VON MOLTKE, cité in *R.D.I.L.C.*, vol. 13, 1881, p. 81.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ ALLEMAGNE, GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, *op. cit.*, p. 3 (*« [u]ne guerre énergiquement conduite ne peut pas être uniquement dirigée contre l'ennemi combattant et ses dispositifs de défense, mais elle tendra et devra également tendre à la destruction de ses ressources matérielles et morales »*).

¹²⁰⁷ V. p. ex. P. BOUDIN, *Les lois de la guerre...*, *op. cit.*, pp. 39-42.

¹²⁰⁸ V. not. A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 260 ; T. E. HOLLAND, *The Laws of War on Land*, *op. cit.*, p. 12 ; P. BORDWELL, *The Law of War between Belligerents*, *op. cit.*, p. 279.

englobent maintenant les peuples »¹²⁰⁹. En effet, du fait de la conscription générale, les armées comprennent dorénavant « *l'ensemble de la population masculine apte à porter les armes* »¹²¹⁰. De plus, ceux qui sont jugés inaptes au combat (les femmes, les enfants, les infirmes, les vieillards, etc.) ou qui disposent de compétences spécifiques (ingénieurs, scientifiques, ouvriers spécialisés, etc.) travaillent dans l'industrie de guerre, qui tourne à plein régime pour fournir les armées en armes, munitions, nourriture et équipement¹²¹¹. L'ensemble de la vie civile est mis au service de l'effort de guerre : la population civile est elle-même « *organisée comme une armée* »¹²¹². Chaque nation jette toutes ses forces, militaires et non-militaires, dans la bataille. La guerre est devenue totale¹²¹³.

364. Ce constat factuel n'aurait aucune incidence en lui-même s'il n'était combiné avec l'injonction au réalisme du droit. Or, c'est à l'aune de cette injonction que la doctrine va apprécier ces changements. En effet, la doctrine de l'époque estime que « [l]e droit international doit évoluer avec son temps »¹²¹⁴ : si la nature de la guerre change au gré des transformations sociales et technologiques, alors « *le droit doit également changer* » pour se mettre « *en accord avec ce changement de nature* »¹²¹⁵. Les juristes vont se servir de l'argument réaliste pour déconstruire un à un les principes les plus essentiels et les plus généralement acceptés du droit de la guerre.

365. Premièrement, l'exigence de réalisme va pousser les juristes à reconsidérer le principe consacré à Saint-Pétersbourg, selon lequel le seul but légitime de la guerre est

¹²⁰⁹ A. PILLET, *La Guerre et le Droit. Leçons données à l'Université de Louvain en 1921*, Louvain, A. Uystruyst-Dieudonné, 1922, p. 7. V. également ANON. [P. NOEL-BAKER], « The League of Nations and the Laws of War », *B.Y.I.L.*, vol. 1, 1920-1921, pp. 111-112 (« [a]s the scale of war increases it becomes not merely the function of an army or a navy but an effort of the whole society ») ; O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 115 (« war has proved to be a matter not of states but of peoples ») ; T. J. LAWRENCE, « The Effect of the War on International Law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 2, 1916, p. 108 (« [i]t is not merely a war of governments, but of peoples »).

¹²¹⁰ H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 171, n. trad.

¹²¹¹ T. J. LAWRENCE, « The Effect of the War on International Law », op. cit., p. 108 (« [w]e see now that the mobilisation of all men of military age draws into the vortex of the struggle not them only, but millions of others who have hitherto been considered as free from active participation in it »). Sur cette évolution, v. not. B. BOND, *War and Society in Europe, 1870-1970*, Fontana Paperbacks, 1984.

¹²¹² E. COLBY, « Laws of Aerial Warfare II », op. cit., p. 220, n. trad.

¹²¹³ T. J. LAWRENCE, « The Effect of the War on International Law », op. cit., p. 108 (« [e]very ounce of strength each side possesses is thrown into the fight; and the world is beginning to realise for the first time what a war of nations, rather than of armies, means »)

¹²¹⁴ J. M. SPAIGHT, « Non-Combatants and Air Attack », *Air Law Review*, vol. 9, n°4, 1938, p. 375, n. trad. V. également W. L. RODGERS, « The Laws of War Concerning Aviation and Radio », *A.J.I.L.*, vol. 17, n°4, 1923, p. 8 (« [i]nternational law must recognize the conditions as they are today »).

¹²¹⁵ ANON. [P. NOEL-BAKER], « The League of Nations and the Laws of War », op. cit., p. 113, n. trad. V. également O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 123 (« [h]istorical development cannot be undone ») ; N. SLOUTZKI, « Guerre des nations », op. cit., p. 111 (« [i]l est impossible actuellement de renfermer la guerre dans les anciens cadres »)

l'affaiblissement des forces armées de l'ennemi. Dans la mesure où la guerre oppose désormais des peuples entiers, il est impossible de continuer à voir la guerre comme une affaire devant « *être menée entièrement par des moyens militaires* »¹²¹⁶. Cette conception de la guerre a « *fait naufrage* »¹²¹⁷ au cours de la Première Guerre mondiale et s'est révélée n'être qu'une « *utopie* »¹²¹⁸. En effet, le centre névralgique de la force de l'ennemi n'est plus tant son armée que sa capacité à produire et à acheminer rapidement et en grand nombre les biens essentiels à la conduite de la guerre (armes, munitions, équipement, nourriture, etc.)¹²¹⁹. Par conséquent, on ne peut plus considérer que le seul objectif de guerre soit « *d'affaiblir la force militaire de l'ennemi* »¹²²⁰. Pour soumettre l'ennemi à sa volonté, il est désormais « *nécessaire (...) d'employer des moyens militaires non seulement contre l'armée adverse, mais aussi contre les forces économiques de l'adversaire* »¹²²¹. La guerre est désormais aussi économique¹²²². Par ailleurs, la guerre revêt aussi une dimension psychologique qu'elle n'avait pas jusqu'alors. Comme l'écrit Louis Renault, « *la force matérielle n'est [plus] seule en jeu dans la lutte* » : puisque « *la nation tout entière doit participer à la lutte et influer sur le résultat* », alors « *l'énergie morale et intellectuelle, l'esprit de dévouement des non-combattants entrent aussi en ligne de compte* »¹²²³. La guerre se donne désormais pour but ultime de « *perturber et de désorganiser la vie nationale de l'ennemi* »¹²²⁴. L'opinion de von Moltke, qui était vue comme une « *l'opinion d'un extrémiste* »¹²²⁵ avant 1914, est devenue la norme.

366. Deuxièmement, les juristes vont adapter le droit à ces évolutions factuelles. La première victime de l'argument réaliste fut la distinction entre combattants et non-

¹²¹⁶ O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 114, n. trad.

¹²¹⁷ *Ibid.*, n. trad.

¹²¹⁸ Walther BURCKHARDT, cité in *ibid.*, n. trad.

¹²¹⁹ V. p. ex. E. COLBY, « *Laws of Aerial Warfare II* », op. cit., p. 220 (« *[t]he economic needs of a nation at war and of armies in the field, in these complicated civilized times, are such that warfare is largely maintained by economic means. Industry of course cannot win a war, but it can lose a war by failing to provide the necessary materials, bullets and shells for the rifles and guns, foods and clothes for the men who direct them, and means of transporting them and of keeping up that constant communication upon which the strategic and tactical cooperation of forces in the field depends* »).

¹²²⁰ O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 121, n. trad.

¹²²¹ *Ibid.*, n. trad. V. ég. W. L. RODGERS, « *Suggestions as to Changes in the International for Maritime War* », op. cit., pp. 1-3 ; J. M. SPAIGHT, « *The Doctrine of Air-Force Necessity* », op. cit., p. 4 ; E. COLBY, « *Laws of Aerial Warfare II* », op. cit., p. 212 ; H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 172.

¹²²² Ceci n'est pas entièrement une nouveauté. En effet, la guerre navale reposait déjà principalement sur l'idée d'affaiblir les forces économiques de l'adversaire. C'est donc désormais l'ensemble de la guerre, et pas seulement la guerre navale, qui est perçue au travers de ce prisme. V. O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., pp. 121 ss. ; W. L. RODGERS, « *Suggestions as to Changes in the International for Maritime War* », op. cit., pp. 3 et 8.

¹²²³ L. RENAULT, *La guerre et le droit des gens au XXème siècle*, Paris, Institut de France, 1914, p. 6. V. ég. E. COLBY, « *Laws of Aerial Warfare II* », op. cit., pp. 229-234.

¹²²⁴ W. L. RODGERS, « *Suggestions as to Changes in the International for Maritime War* », op. cit., p. 7, n. trad.

¹²²⁵ E. COLBY, « *Laws of Aerial Warfare II* », op. cit., p. 217, n. trad.

combattants. En effet, dans la guerre totale, il est devenu impossible de séparer l'armée du peuple dans son ensemble¹²²⁶. Ce sont deux blocs qui s'affrontent : la guerre totale « *entraîne dans le tourbillon de la lutte* » des millions de personnes « *qui étaient considérées jusqu'à présent comme n'ayant pas à y participer activement* »¹²²⁷. Il n'y a tout simplement plus « d'habitants paisibles », pour reprendre une catégorie juridique admise avant 1914 : toute la population participe à la lutte, bien qu'elle le fasse « *avec des armes différentes* »¹²²⁸. Et pour les juristes de l'époque, les « armes » utilisées par la population civile, c'est-à-dire la production de biens nécessaires à la lutte, ne sont pas moins « *dommageable à l'ennemi que celles des forces armées* »¹²²⁹. Ceci va conduire à un élargissement notable de la catégorie de combattant. Dès 1916, Louis Rolland dit en ce sens que :

toute une partie de [la population civile], dans les divers pays belligérants, travaille, dans des usines ou des ateliers relevant de l'armée ou liés à l'État par des marchés de fournitures, à la production du matériel militaire. (...) Cette partie de la population civile occupe une situation intermédiaire entre les combattants proprement dits et les non-combattants continuant d'exercer leurs métiers et professions du temps de paix. Les raisons pour la soustraire à l'action des moyens violents perdent une partie de leur force¹²³⁰.

Cet élargissement de la notion de combattant va devenir la norme jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale¹²³¹, ce qui va amener de nombreux juristes à considérer que la distinction entre combattants et non-combattants elle-même est devenue obsolète¹²³². En effet, si la catégorie de non-combattants se résume à ceux qui « *n'assistent pas directement l'effort de guerre national* »¹²³³, que reste-t-il de cette catégorie à l'heure de la guerre totale ? Les

¹²²⁶ Walther BURCKHARDT, cité in O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 114, n. trad.

¹²²⁷ T. J. LAWRENCE, « The Effect of the War on International Law », op. cit., p. 108, n. trad. V. ég. W. L. RODGERS, « Suggestions as to Changes in the International for Maritime War », op. cit., p. 4 (« *now the hostile efforts are nationwide* »).

¹²²⁸ Walther BURCKHARDT, cité in O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 114.

¹²²⁹ J. M. SPAIGHT, « Non-Combatants and Air Attack », op. cit., p. 375, n. trad.

¹²³⁰ L. ROLLAND, « Les pratiques de la guerre aérienne dans le conflit de 1914 et le droit des gens », *R.G.D.I.P.*, 1916, vol. 23, 1916, p. 554.

¹²³¹ V. not. J. M. SPAIGHT, « Non-Combatants and Air Attack », op. cit. ; E. COLBY, « Laws of Aerial Warfare II », op. cit., p. 219 ; H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 171. Sur ce mouvement d'élargissement de la notion de « combattants », v. A. ALEXANDER, « The "Good War": Preparations for a War against Civilians », *Law, Culture and the Humanities*, vol. 15, n°1, 2019, pp. 227-252.

¹²³² H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », op. cit., p. 364 (« *the phenomenon of total war has reduced it, in most respects, to a hollow phrase* ») ; E. C. STOWELL, « The Laws of War and the Atomic Bomb », *A.J.I.L.*, vol. 39, n°4, 1945, p. 785 ; L. NURICK, « The Distinction... », op. cit.

¹²³³ W. L. RODGERS, « Suggestions as to Changes in the International for Maritime War », op. cit., p. 10, n. trad.

juristes en viennent donc à reconnaître le principe, conforme aux pires théories militaires de l'époque¹²³⁴, que la violence peut être employée à la fois contre les combattants et les non-combattants¹²³⁵.

367. Troisièmement et en cascade, l'effondrement de la distinction entre combattants et non-combattants va conduire les juristes à réviser de nombreuses règles du droit de la guerre, communément acceptées jusqu'alors. Si la guerre est désormais économique, l'interdiction d'attaquer les navires marchands ennemis en haute mer¹²³⁶ ou l'interdiction de saisir les marchandises qui ne sont pas destinées à des usages militaires¹²³⁷ doivent être reconsidérées. De même, si la guerre totale implique de s'en prendre à la nation ennemie plutôt qu'à ses forces armées, alors il devient licite d'*« affamer jusqu'à la soumission tous les habitants d'une nation belligérante »*¹²³⁸. Ces modifications du droit matériel ayant déjà été recensées par d'autres¹²³⁹, nous nous contenterons d'illustrer les effets néfastes de l'injonction au réalisme par un exemple : l'abandon de l'interdiction de bombarder les lieux non-défendus au profit de la règle, bien plus large, de l'objectif militaire.

368. Jusqu'en 1914, la doctrine considérait que le bombardement était régi par l'article 25 du RH 1907, qui interdisait de « *bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus* »¹²⁴⁰. L'ajout du membre de phrase « par quelque moyen que ce soit » visait précisément l'éventualité du bombardement par les airs¹²⁴¹. Or, en raison des transformations de la guerre et de l'émergence de la théorie du bombardement stratégique¹²⁴², les juristes en vinrent à considérer que cette règle « *n'a plus aucune valeur pratique* »¹²⁴³. En effet, la guerre n'implique plus seulement (ni même principalement) de détruire les forces armées de l'ennemi, mais de vaincre la résistance de

¹²³⁴ V. not. E. LUDENDORFF, *La guerre totale*, op. cit.

¹²³⁵ V. p. ex. H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 270 (« [a]s war is a contention between States for the purpose of overpowering each other, violence consisting of different sorts of force applied against enemy persons is the chief and decisive means of warfare. These different measures are used against both combatants and non-combatants, but with discrimination and differentiation »).

¹²³⁶ H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », op. cit., p. 374.

¹²³⁷ Ibid., pp. 374-376. V. ég.

¹²³⁸ L. NURICK, « The Distinction... », op. cit., p. 687, n. trad. ; H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », op. cit., p. 374.

¹²³⁹ Ibid.

¹²⁴⁰ RH 1907, art. 25. Cette règle vaut uniquement dans le cadre de la guerre sur terre. Pour le bombardement dans le cadre de la guerre navale, v. *Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre*, adoptée à La Haye le 18 oct. 1907, entrée en vigueur le 26 janv. 1910, not. art. 1 et 2.

¹²⁴¹ J. M. SPAIGHT, « Air Bombardment », op. cit., p. 21.

¹²⁴² Sur l'émergence de la théorie du bombardement stratégique, v. supra, Chapitre 2, §§ 244-248.

¹²⁴³ J. M. SPAIGHT, « Air Bombardment », op. cit., p. 22, n. trad. V. ég. J. W. GARNER, « Proposed Rules for the Regulation of Aerial Warfare », *A.J.I.L.*, vol. 18, n°1, 1924, p. 57.

l'ennemi en détruisant l'ensemble des éléments, notamment économiques et psychologiques, qui soutiennent l'effort de guerre.

369. Les juristes vont donc abandonner cette règle – pourtant formellement en vigueur et applicable au bombardement aérien – au profit d'une autre règle, jugée plus « *juste et logique* »¹²⁴⁴ : la règle de « l'objectif militaire », consacrée à l'article 24 des Règles de La Haye¹²⁴⁵. Alors même que ces Règles n'ont jamais été formellement adoptées par les États, la doctrine considère qu'il est licite, pour les belligérants, de diriger leurs attaques à l'encontre non pas des forces armées de l'ennemi (comme le voulait la Déclaration de Saint-Pétersbourg) mais à l'encontre des « objectifs militaires »¹²⁴⁶. Et si le contenu précis de cette notion est controversé¹²⁴⁷, une chose est sûre : il est désormais accepté que les belligérants puissent attaquer des cibles autres que les forces armées, situées au-delà de la ligne de front, dont on estime qu'elles fournissent un appui déterminant à l'effort général de guerre. Ainsi par exemple des usines de production de biens essentiels à la guerre, des voies de transport et de communication, et même des travailleurs eux-mêmes¹²⁴⁸. Certains estiment même, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, que la catégorie de l'objectif militaire doit être élargie jusqu'à comprendre « *les centres de production de guerre* »¹²⁴⁹, c'est-à-dire les villes elles-mêmes. Du fait des transformations de la guerre, la distinction entre combattants et non-combattants est devenue une « *une relique du passé* »¹²⁵⁰. L'injonction au réalisme impose aux juristes sa logique inexorable : pour éviter d'être perçu comme une utopie, le droit se doit de « *regarder les faits en face* »¹²⁵¹ et d'adapter le droit aux évolutions de la pratique militaire. La Première Guerre mondiale témoigne de cette nécessité : les doctrines les plus communément acceptées sont « *tombées d'un seul coup parce qu'elles ne correspondaient à rien de réel* »¹²⁵². Perçues par le truchement de l'injonction au réalisme, elles se sont révélées n'être que de « *pures chimères* »¹²⁵³.

¹²⁴⁴ J. W. GARNER, « Proposed Rules for the Regulation of Aerial Warfare », *op. cit.*, p. 70, n. trad.

¹²⁴⁵ V. not. *ibid.*, pp. 57 et 70-71 ; J. M. SPAIGHT, « Air Bombardment », *op. cit.*, p. 22.

¹²⁴⁶ V. p. ex. J. M. SPAIGHT, « Air Bombardment », *op. cit.* ; J. W. GARNER, « Proposed Rules for the Regulation of Aerial Warfare », *op. cit.* ; E. COLBY, « Laws of Aerial Warfare I », *op. cit.*, not. pp. 145-148 ; F. E. QUINDRY, « Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives », *op. cit.* Sur l'histoire de la notion d'objectif militaire, v. E. BENVENISTI, « The Birth and Life of the Definition of Military Objectives », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 71, n°2, 2022, pp. 269-295.

¹²⁴⁷ V. p. ex. L. NURICK, « The Distinction... », *op. cit.*, pp. 692-694.

¹²⁴⁸ H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, *op. cit.*, pp. 171-172 ; ANON. [P. NOEL-BAKER], « The League of Nations and the Laws of War », *op. cit.*, p. 112.

¹²⁴⁹ J. M. SPAIGHT, « Legitimate Objectives in Air Warfare », *B.Y.I.L.*, vol. 21, 1944, p. 163, n. trad.

¹²⁵⁰ H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », *op. cit.*, p. 364, n. trad.

¹²⁵¹ J. M. SPAIGHT, « The Doctrine of Air-Force Necessity », *op. cit.*, p. 5, n. trad.

¹²⁵² A. PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁵³ *Ibid.*

370. L’obligation de diriger le bombardement contre les fortifications, l’obligation de n’attaquer que les forces armées de l’ennemi, l’obligation de distinguer entre la population civile et les combattants, et l’interdiction de bombarder des villes non-défendues : toutes ces prescriptions tombèrent au prétexte que « [l]e droit international doit reconnaître les conditions telles qu’elles sont aujourd’hui »¹²⁵⁴. Elles illustrent ainsi parfaitement les conséquences néfastes de l’exigence de réalisme. Cette exigence revient, en dernière analyse, à dissoudre le droit dans le fait. Car l’argument réaliste consacre implicitement l’idée que la véritable source du droit de la guerre, ce ne sont ni les principes supérieurs d’humanité, ni même les traités conclus entre États, mais avant tout « la pratique des nations dans leur conduite de la guerre »¹²⁵⁵. Dès lors, ni les principes ni les traités ne peuvent résister face aux changements de circonstances. Le droit n’étant qu’un reflet de la pratique militaire, il doit être révisé chaque fois que la pratique militaire change, de manière à « cristalliser »¹²⁵⁶ cette pratique dans le droit.

371. Dans une certaine mesure, le PA I a entraîné un retour à l’état du droit en vigueur avant la Première Guerre mondiale. En effet, en définissant la notion d’objectif militaire au travers de la contribution que ces biens apportent à l’action *militaire* de l’ennemi et à l’avantage *militaire* procuré par leur destruction¹²⁵⁷, le PA I marque un retour à la conception juridique de la guerre contenue dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg, puisqu’il repose sur l’idée que « *les actes de violence (...) ne peuvent viser qu’à vaincre les forces militaires de l’ennemi* »¹²⁵⁸. Cependant, nombreux sont ceux parmi les militaires qui estiment que cette conception de la guerre ne correspond déjà plus à la réalité. Les guerres du Golfe (1990-1991), du Kosovo (1998-1999), d’Irak (2003-2011) ou d’Afghanistan (2001-2021) témoigneraient de la nécessité de voir l’ennemi comme un « *système* »¹²⁵⁹ et de prendre pour cible l’ensemble des éléments soutenant l’effort de guerre ennemi plutôt que ses forces armées¹²⁶⁰. De nouveau, l’argument réaliste menace le droit de la guerre : on exige que le droit plie devant les faits, que les règles se soumettent à la pratique militaire. Il devient donc essentiel de comprendre les implications sociales et politiques d’un tel argument :

¹²⁵⁴ W. L. RODGERS, « Suggestions as to Changes in the International for Maritime War », *op. cit.*, p. 8, n. trad.

¹²⁵⁵ L. NURICK, « The Distinction... », *op. cit.*, p. 683, n. trad.

¹²⁵⁶ W. L. RODGERS, « Suggestions as to Changes in the International for Maritime War », *op. cit.*, p. 1, n. trad.

¹²⁵⁷ PA I, art. 52, § 2. Sur ce point, v. M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 351 ss.

¹²⁵⁸ M. SASSOLI, « Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 3, n. trad. V. ég. Y. BEER, « Military Strategy », *op. cit.*

¹²⁵⁹ J. A. WARDEN III, « The Enemy as a System », *op. cit.*

¹²⁶⁰ Sur le retour de cette théorie ancienne, v. T. HIPPLER, *Le gouvernement du ciel*, *op. cit.*, pp. 193-219.

conditionner la validité des règles juridiques à la manière dont la guerre est menée en pratique revient, *in fine*, à consacrer le monopole des militaires sur le droit de la guerre.

§ II. – La conception réaliste du droit, ou la consécration du monopole militaire sur le droit de la guerre

372. La conception réaliste du droit de la guerre enjoint au droit de refléter les faits et conduit à l'abandon des règles juridiques, même formellement valides, dont on prétend qu'elles ne correspondent plus à la pratique militaire. Saisir toutes les implications de cette théorie du droit de la guerre suppose de poser la question du *cui bono*. Qui a intérêt au triomphe de cette conception du droit ? Dans les faits, la conception réaliste du *jus in bello* octroie un pouvoir exorbitant à ceux qui font et qui théorisent la guerre. En effet, si le droit se doit de refléter la pratique guerrière et la pensée militaire, alors cela signifie que ceux qui pratiquent et théorisent la guerre – les combattants – sont les mieux placés pour *dire ce que doit être le droit*.

373. C'est ici que le caractère agonistique du champ du droit de la guerre revêt toute son importance¹²⁶¹. En effet, cette « *compétition antagoniste* » pour savoir « *qui possède le droit de la guerre* »¹²⁶² porte sur la définition même du droit de la guerre : quel type de droit le *jus in bello* doit-il être ? Comment le droit de la guerre doit-il être construit, pensé, représenté ? Sur cette question, deux camps s'affrontent¹²⁶³. Les militaires et leurs relais dans le monde académique plaident pour un droit de la guerre plus conforme à la nature de la guerre telle qu'ils la perçoivent, plus tolérant vis-à-vis de l'utilisation effective des moyens militaires dont ils disposent, plus sensibles vis-à-vis des exigences opérationnelles et des dangers courus par les soldats, etc. À l'inverse, le CICR et ses relais dans le monde académique plaident pour un droit de la guerre plus contraignant, plus respectueux de la vie et de la dignité humaine, plus sensible aux souffrances causées par la guerre, etc. Ainsi, le conflit entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité n'est que la traduction,

¹²⁶¹ Sur le caractère conflictuel ou agonistique du champ du droit de la guerre, v. *supra*, Introduction, note 143.

¹²⁶² D. LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », *op. cit.*, p. 348, n. trad.

¹²⁶³ Sur ces deux « camps », v. *ibid.* V. ég. Da. KENNEDY, « War and International Law », *op. cit.* ; Da. KENNEDY, « Lawfare and Warfare », *op. cit.*, pp. 173-178 ; E. BENVENISTI, « Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilian », *Israel Law Review*, vol. 39, n°2, 2006, p. 82.

dans l'univers symbolique du droit, de la lutte de pouvoir qui se joue dans le champ juridique¹²⁶⁴.

374. Les exigences de réalisme et de normativité du droit de la guerre sont porteuses de deux représentations du droit de la guerre¹²⁶⁵, elles-mêmes portées par différentes forces sociales opérant dans le champ du *jus in bello*. En ce qui concerne la conception réaliste du droit de la guerre, il suffit de voir que si le droit n'est qu'un reflet de la réalité intrinsèque de la guerre, alors ceux qui font et qui pensent cette réalité devraient logiquement obtenir « *le monopole du droit de dire le droit* »¹²⁶⁶. La conception réaliste du droit de la guerre est donc inséparable de la revendication, par les militaires, d'un monopole sur le droit de la guerre.

375. Les militaires entretiennent une relation ambivalente au droit de la guerre. D'une part, ils ont un intérêt à l'existence de règles juridiques applicables à la conduite de la guerre. En effet, ces règles constituent des moyens, pour les combattants, de se défendre des accusations formulées par la propagande ennemie et, en miroir, de justifier leurs actions « *devant la communauté mondiale* »¹²⁶⁷. Les combattants ont en effet intérêt à ce que leurs actions ne soient pas seulement vues comme une démonstration impitoyable de la force, mais comme des actions vertueuses, légitimes parce que conformes au droit international¹²⁶⁸. Il faut que la violence se fasse oublier comme telle¹²⁶⁹. Mais d'autre part, tout ceci ne vaut que tant que le droit de la guerre ne constitue pas une entrave réelle à l'action des combattants. Les militaires se méfient donc des humanitaires et autres « *droits-de-l'hommistes* »¹²⁷⁰. En effet, ceux-ci tendent à faire du droit de la guerre un droit trop

¹²⁶⁴ Évidemment, cette lutte se dit rarement comme telle. À un niveau superficiel, militaires et humanitaires affirment à l'unisson que le droit de la guerre doit être le résultat d'un compromis entre les nécessités de la guerre et les impératifs d'humanité. Cependant, il est clair qu'en pratique, militaires et humanitaires opèrent à partir de paradigmes distincts, de sorte que leurs prises de position au sein du champ *penchent tendanciellement* en faveur de l'une ou l'autre des deux options. En ce sens, v. D. LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », *op. cit.* Pour une démonstration empirique de cet argument, v. N. K. MODIRZADEH, « Folk International Law », *op. cit.* ; A. ALEXANDER, « A Short History of International Humanitarian Law », *op. cit.*, not. pp. 126-138.

¹²⁶⁵ Sur la distinction entre les règles et les représentations du droit, v. *supra*, Introduction, § 32.

¹²⁶⁶ P. BOURDIEU, « La force du droit », *op. cit.*, p. 4.

¹²⁶⁷ B. M. CARNAHAN, « Protecting Civilians under the Draft Geneva Protocol », *op. cit.*, p. 33, n. trad.

¹²⁶⁸ V. p. ex. G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 10 (« [w]e obey the law of war because it is the law and because it is the honorable path for a nation that holds itself up as a protector of oppressed peoples »). Plus généralement, v. N. M. TREW, « This Is Who We Are: The Role of Military Ethics, Culture, and Religion in Disseminating International Humanitarian Law to the Armed Forces », *R.I.C.R.*, vol. 107, n°928, 2025, pp. 256-286.

¹²⁶⁹ Da. KENNEDY, *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 278.

¹²⁷⁰ L'expression est de Y. DINSTEIN, « Concluding Remarks: LOAC and Attempts to Abuse it or Subvert it », *International Law Studies*, vol. 87, 2011, p. 288, n. trad. Pour des expressions de cette méfiance par des militaires, v. not. M. A. HANSEN, « Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict », *Military Law Review*, vol. 194, 2007, pp. 1-65 : G. S. CORN, « Mixing Apples and Hand Grenades. The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflicts », *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, 2010, pp. 52-94 ; M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity... », *op. cit.* Sur le conflit entre militaires et « droits-de-l'hommistes », v. D. LUBAN, « Human Rights Thinking and the Laws of War », in J. D. OHLIN, *Theoretical*

contraignant, car trop porté sur la diminution de la souffrance humaine¹²⁷¹. Dès lors, si les militaires ont un intérêt à l'existence du droit de la guerre, il faut que ce droit demeure un droit réaliste, fait « *par les guerriers, pour les guerriers* »¹²⁷², qui permette aux militaires de marquer leurs actions du sceau de la légalité tout en leur permettant d'employer la violence de manière effective.

376. En défense de leurs intérêts, les militaires vont défendre l'idée que la légitimité à se prononcer sur le droit de la guerre est réservée à ceux qui ont une connaissance pratique des choses militaires et qui ont fait l'expérience du combat. Ils aiment à rappeler, en ce sens, que la guerre possède sa propre logique intrinsèque, qu'il s'agit d'un phénomène « *complexe et désordonné* »¹²⁷³ dans lequel l'action humaine est tributaire d'un environnement marqué par « *la friction, l'incertitude et la fluidité* »¹²⁷⁴. Dès lors, la guerre ne connaît pas de « *règles simples* », qui pourraient s'appliquer « *en toutes circonstances et à tous les niveaux de conflit* »¹²⁷⁵. Par conséquent, les personnes les plus à même d'appréhender cette complexité et de formuler les règles s'y appliquant sont ceux qui vivent dans cet environnement – c'est-à-dire les militaires eux-mêmes. Formuler le droit de la guerre suppose en effet d'avoir « *une connaissance pratique et technique des sujets traités* »¹²⁷⁶ car, pour faire le lien entre « *les détails ésotériques d'un traité de droit de la guerre et les réalités pratiques du champ de bataille* », il faut avoir une « *expérience du combat* »¹²⁷⁷. Et dans cette lutte pour la légitimité, l'histoire joue un rôle clé. En effet, les militaires vont consolider leur revendication sur le *jus in bello* en prétendant que, historiquement, le droit de la guerre fut « *élaboré par des combattants qui compren[aint] les principes et les réalités de la guerre* »¹²⁷⁸. Dès lors, le monopole sur le droit de la guerre n'est pas une simple revendication, mais un titre historique – le monopole sur le *jus in bello* leur revient de droit.

Boundaries of Armed Conflict and Human Rights, Cambridge, C.U.P., coll. « ASIL Studies in International Legal Theory », 2016, pp. 45-77.

¹²⁷¹ À ce titre, v. l'anecdote rapportée par D. LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », *op. cit.*, pp. 315-316 (« [a] military lawyer once joked that at professional meetings you can always tell which are the military lawyers and which the civilians. Military lawyers refer to the laws of war as "LOAC" – law of armed conflict – while civilians from the world of non-governmental organizations call the laws "IHL" – international humanitarian law. "They're in the business of saving lives", he cheerfully explained. "We're in the business of killing" »).

¹²⁷² S. R. MORRIS, « The Laws of War », *op. cit.*, pp. 4-13.

¹²⁷³ W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 104, n. trad.

¹²⁷⁴ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE NAVY, U.S. MARINE CORPS, *Warfighting*, FMFM-1, 1989, p. 8, cité in W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 104, n. trad.

¹²⁷⁵ W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 104, n. trad.

¹²⁷⁶ W. L. RODGERS, « The Laws of War Concerning Aviation and Radio », *op. cit.*, p. 632, n. trad.

¹²⁷⁷ W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 93, n. trad. V. ég. W. HAYS PARKS, « Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study », *op. cit.*, p. 796; W. L. RODGERS, « The Laws of War Concerning Aviation and Radio », *op. cit.*, p. 632-633.

¹²⁷⁸ M. A. HANSEN, « Preventing the Emasculation of Warfare », *op. cit.* p. 51. V. ég. G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON *et al* (dir.), *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 114 (« [t]hese rules originated from the combat

377. Certes, les militaires ne refusent pas totalement à ceux qui n'ont jamais connu la guerre, et donc à la plupart des juristes, le « droit de dire le droit ». Mais s'ils l'acceptent, c'est uniquement à la condition que ces juristes « étudient sérieusement les circonstances de la guerre » et « prennent soin, dans leurs ouvrages, de tenir compte exactement des nécessités de la guerre »¹²⁷⁹. L'avis exprimé par des juristes sans connaissance pratique de choses militaires ne sera perçu comme légitime que si l'avis des combattants n'est pas « ignoré »¹²⁸⁰ – ce qui revient à dire que, pour paraître légitimes aux yeux des militaires, il faut que les juristes se plient à leur jugement.

378. Cette revendication en légitimité fondée sur l'expérience intime et la connaissance pratique de la guerre se double d'un procès en illégitimité de ceux qui n'ont ni l'une, ni l'autre. Les militaires estiment en effet que « la guerre n'est pas une chose avec laquelle les individus qui ne la comprennent pas peuvent jouer »¹²⁸¹, et ils critiquent volontiers les « commentateurs » qui, même « bien intentionnés », ne parlent du droit de la guerre que « dans l'abstrait puisqu'ils n'ont aucune expérience pratique au regard de son application »¹²⁸². Par sa méconnaissance des choses militaires, le juriste n'ayant pas d'expérience de la guerre risque de produire un droit irréaliste, qui « manque de base (...) et ne peut prétendre à rien de scientifique »¹²⁸³. Globalement, les combattants se méfient du point de vue de ceux qui n'ont pas connu la guerre, car « [l']idéalisme augmente de manière directement proportionnelle à la distance qui sépare chaque personne du problème »¹²⁸⁴ :

experiences of warriors ») ; S. R. MORRIS, « The Laws of War », op. cit. ; G. S. PRUGH, « Current Initiatives... », op. cit., p. 263 (« [t]he law of war has been developed by military men »).

¹²⁷⁹ P. BOUDIN, *Les lois de la guerre...*, op. cit., p. 10 et 8.

¹²⁸⁰ C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law II », op. cit., p. 418.

¹²⁸¹ W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », op. cit., p. 104, n. trad.

¹²⁸² G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON *et al* (dir.), *The Law of Armed Conflict*, op. cit., p. xxi, n. trad. V. ég. W. HAYS PARKS, « Combatants », *International Law Studies*, vol. 85, 2009, p. 247 (« [I]aw school professors are known for devising complex, convoluted examination questions with factual situations at best remotely associated with reality »), et la charge virulente portée par M. LUTTRELL, *Retour au combat*, op. cit., pp. 98-99 (« [f]aire la guerre dans un environnement insurrectionnel n'a rien d'évident, pour les autorités comme pour les hommes sur le terrain, mais, dans le feu de l'action, je ne comprenais jamais pourquoi notre jugement d'opérateur aguerri passait toujours après les mises en garde des juristes. Bien sûr, ce qui se déroule sur le champ de bataille peut avoir des répercussions politiques, mais tout cela n'était alors pour moi qu'un tissu de conneries. (...) Je ne voyais qu'une seule solution pour que tout le monde soit sur la même longueur d'ondes. Il fallait que nous amenions un juriste avec nous sur le toit et que nous le laissions goûter la sensation de risquer sa peau pour voir combien de temps ses connaissances livresques lui permettraient de survivre »).

¹²⁸³ P. BOUDIN, *Les lois de la guerre...*, op. cit., p. 7. Dans le même sens, Nagao Ariga écrit que « [c']est une règle de bon sens que celui qui veut écrire un livre sur le droit commercial, ou prendre part à une discussion d'ordre administratif, doit bien connaître les choses du commerce et les affaires administratives. Il semble, au contraire, quand il s'agit des lois de la guerre, qu'on juge inutile d'entrer dans le détail des combats. C'est là, suivant nous, un fait des plus fâcheux. Cette tendance des écrivains du droit international à négliger la technique militaire du droit de la guerre sur terre ou sur mer cause chez les généraux et les officiers une sorte de méfiance vis-à-vis du droit » (N. ARIGA, *La guerre sino-japonaise au point de vue du droit international*, préf. P. FAUCHILLE, Paris, Pedone, 1896, p. 187, cité in *ibid.*, pp. 8-9).

¹²⁸⁴ Propos d'un officier militaire reprenant la phrase de John GALSWORTHY, cité in W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », op. cit., p. 104, note 327, n. trad.

ils risquent donc de traiter des problèmes pratiques depuis « *les altitudes plus éthérées de la moralité et de l'humanité* »¹²⁸⁵.

379. L'histoire du droit de la guerre est parsemée de tels procès en illégitimité. Par exemple, certains militaires estiment que les Règles de La Haye furent un échec parce que « [l]a majorité des commissaires n'avait que peu ou pas de connaissances techniques de l'art et de la pratique de la guerre »¹²⁸⁶. Ces commissaires, des « juristes internationalistes » pour la plupart, rédigèrent donc « un ensemble de règles en totale contradiction avec la pratique des États, les progrès technologiques et la pensée militaire »¹²⁸⁷. De même, certains militaires se plaignirent du fait que les délégations devant discuter les règles applicables à la guerre aérienne au cours des Conférence diplomatiques de 1974-1977 « étaient presque exclusivement composées de juristes internationalistes »¹²⁸⁸. Or, pour eux, on ne peut chercher à « réglementer l'utilisation de la puissance aérienne sans l'avis de ceux qui en connaissent l'utilisation et les capacités »¹²⁸⁹. Enfin, certains militaires décrédibilisèrent les tentatives menées conjointement par le CICR et le TMC Asser Institute visant à définir la notion de participation directe aux hostilités au motif que de telles organisations, qui n'avaient pas « d'expertise ou d'expérience dans le combat moderne », refusèrent de suivre l'avis de ceux qui, justement, avaient « un haut niveau de connaissance et d'expérience dans l'application du droit de la guerre »¹²⁹⁰.

380. Par où l'on voit que l'injonction au réalisme et la critique de l'utopie humanitaire trouvent leur fondement dans la revendication des militaires à la légitimité en matière de droit de la guerre. En effet, du point de vue militaire, une proposition « utopique » est une proposition qui ne correspond pas à la manière dont les militaires appréhendent la guerre et l'action militaire. En miroir, une proposition « réaliste » est une proposition qui s'identifie à la manière dont les militaires appréhendent la guerre et l'action militaire. Par conséquent, du point de vue militaire, le « bon droit », c'est-à-dire le droit « réaliste », est celui qui est soumis au jugement militaire. À l'inverse, le « mauvais droit », c'est-à-dire le droit

¹²⁸⁵ W. L. RODGERS, « The Laws of War Concerning Aviation and Radio », *op. cit.*, p. 631, n. trad.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 633, n. trad.

¹²⁸⁷ W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 31, n. trad.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, p. 76, n. trad.

¹²⁸⁹ J. M. MEYER, « Tearing Down the Façade... », *op. cit.*, p. 162, note 106, n. trad. V. ég. W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 78 (« *there was no delegate at the Diplomatic Conference who had dropped a bomb in anger in the quarter century preceding the conference* »).

¹²⁹⁰ W. HAYS PARKS, « Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study », *op. cit.*, p. 795-796, n. trad.

« utopique », est celui qui contredit le jugement militaire. L'exigence de réalisme juridique et la critique de l'utopie humanitaire doivent donc être comprises comme des arguments dont la fonction stratégique est de soumettre le droit à l'appareil militaire. Car au fond, tant l'exigence de réalisme que la critique de l'utopie humanitaire disent ceci : *le droit de la guerre doit être ce que les militaires veulent qu'il soit.*

381. Par conséquent, consacrer la conception réaliste du droit comme la seule conception légitime du droit de la guerre revient à reconnaître le monopole des militaires sur le droit de la guerre. En effet, si le droit se doit de refléter la réalité intrinsèque de la guerre, qui est mieux placé que le militaire pour dire ce que doit être le droit ? Les militaires sont ceux qui font la guerre, et qui sont dès lors les plus à même de dire ce qu'est la guerre et comment elle doit être conduite. Ainsi, si l'on accepte la prémissse réaliste voulant que le droit reflète les faits, quitte à invalider certaines règles pourtant formellement valides, ceci revient octroyer les pleins pouvoirs aux militaires pour dire ce qu'est le droit : en tant que maîtres des faits, ils deviennent maîtres du droit¹²⁹¹.

382. Poussée jusque dans ses derniers retranchements, la conception réaliste du droit de la guerre revient donc à annihiler toute possibilité d'opposer le droit à l'action militaire. En effet, le seul droit qui vaille est celui que les militaires jugent acceptable – c'est à cette condition qu'il sera vu comme réaliste plutôt qu'utopique. Ceux-ci ne sont prêts à accepter que les règles qui « *respectent absolument la liberté d'action qui leur est indispensable pour mener à bien leur tâche* »¹²⁹² et dont ils jugent que « *l'exécution est militairement possible* »¹²⁹³. En revanche, ils rejettent les dispositions juridiques dont ils estiment qu'elles s'opposent à un emploi effectif de la violence ou qui, pour une raison ou une autre, s'opposent aux intérêts militaires¹²⁹⁴. De telles règles « *resteront lettre morte et dénuées de toute valeur pratique* »¹²⁹⁵, puisque les militaires refuseront d'y voir du « droit », celui-ci n'étant pas « réaliste ».

¹²⁹¹ Comme le dit bien Georges H. ALDRICH, faire du droit de la guerre un simple reflet de la pratique militaire revient à « *leave the decisions to be made in the heat of battle by those who are fighting wars* » (G. S. ALDRICH, « Establishing Legal Norms through Multilateral Negotiation – The Laws of War », *Case Western Journal of International Law*, vol. 9, n°1, 1977, p. 15).

¹²⁹² P. BOUDIN, *Les lois de la guerre...*, op. cit., p. 10.

¹²⁹³ Propos d'un délégué allemand au cours de la Conférence de La Haye de 1907 (PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGÈRES, *Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye, 15 juin – 18 octobre 1907. Actes et documents*, La Haye, Imprimerie nationale, 1907, vol. 1, p. 282).

¹²⁹⁴ Comme le relève C. P. PHILLIPS, ceux qui proposent de formuler les règles du droit de la guerre doivent être capables « *to convince decision-makers that they serve belligerent convenience without impeding belligerent efficiency* » (C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law II », op. cit., p. 415).

¹²⁹⁵ P. BOUDIN, *Les lois de la guerre...*, op. cit., p. 10.

383. De cette manière, le réalisme juridique conduit à confondre le droit avec la rationalité militaire. Si le droit est suspendu au jugement militaire et que les militaires pensent l'action guerrière à partir de l'efficacité moyens/fins¹²⁹⁶, alors « *le droit de la guerre ne peut exclure aucun moyen efficace pour atteindre les buts de guerre* »¹²⁹⁷. Le droit de la guerre trouve ainsi dans le jugement militaire sa limite ultime : il doit « *se limiter au possible* »¹²⁹⁸, c'est-à-dire aux seules règles « *que les belligérants peuvent respecter sans sacrifier d'importants intérêts militaires* »¹²⁹⁹. Et dans la mesure où seuls les militaires sont juges de leurs intérêts, le droit se condamne à n'être rien d'autre qu'un simple « *code de convenance militaire* »¹³⁰⁰, dont la validité est soumise à l'appréciation des spécialistes de la violence. Ainsi, si les combattants estimaient que la terreur, la torture ou le meurtre indiscriminé de civils constituaient des moyens efficaces pour vaincre l'ennemi, alors le droit devrait enregistrer passivement cette pratique, au risque de passer pour une utopie irréaliste¹³⁰¹.

*

384. Conclusion de la Sous-section 1. En dernière analyse, l'exigence de réalisme conduit à adopter une conception purement empirique du droit : celui-ci est indissociable des faits, puisqu'il se doit de refléter les faits. Toute règle qui n'est pas conforme aux faits, c'est-à-dire à la réalité de la guerre et aux pratiques militaires existantes, peut être invalidée sur ce simple fondement. De plus, cette exigence de réalisme exprime la prétention des militaires à « dire le droit de la guerre », puisqu'ils sont par définition ceux qui font la réalité de la guerre. Par conséquent, la conception réaliste du droit de la guerre entraîne une conséquence désastreuse : la validité du droit est subordonnée au jugement militaire. Il n'y a donc plus aucune distance entre le droit et la froide logique d'efficacité moyens/fins qui gouverne l'action guerrière : droit et rationalité militaire deviennent coextensifs. Finalement, la conception réaliste du droit exauce les rêves d'auteurs militaires aussi radicaux que Julius von Hartmann¹³⁰². Pensé comme un droit purement empirique, le *jus in bello* est effectivement incapable de « *lier les mains de la conduite stratégique de la guerre* » ou de

¹²⁹⁶ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1.

¹²⁹⁷ E. C. STOWELL, « The Laws of War and the Atomic Bomb », *op. cit.*, p. 786, n. trad. Sur l'idée que la rationalité militaire ne peut exclure *a priori* aucun moyen d'action, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 191-209.

¹²⁹⁸ C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law II », *op. cit.*, p. 415, n. trad.

¹²⁹⁹ J. M. SPAIGHT, « The Doctrine of Air-Force Necessity », *op. cit.*, p. 5, n. trad.

¹³⁰⁰ L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 123, n. trad.

¹³⁰¹ En ce sens, v. p. ex. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 55 (où l'auteur relève que le fait de reprocher à un argument « *de ne pas tenir compte de la pratique opérationnelle des États pourraient laisser supposer que les pires horreurs commises dans un conflit armé devraient être considérées comme des fondements de la coutume* »).

¹³⁰² Julius VON HARTMANN défend une conception purement empirique du droit de la guerre, qui s'identifie parfaitement avec ce que nous avons nommé « conception réaliste du droit de la guerre ». J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2...*, *op. cit.*

son « *exécution tactique* »¹³⁰³, car le droit n'est rien d'autre qu'une formulation des exigences tactiques et stratégiques. Il ne reste aucun espace pour l'idée même de prescription. Il convient donc de se tourner vers la conception normative du droit de la guerre. Elle seule est porteuse d'espoir, puisqu'elle seule permet de soumettre la rationalité militaire au droit.

Sous-section 2. – La conception normative du droit de la guerre, condition sine qua non de la soumission de la rationalité militaire au droit

385. La doctrine juridique prétend que le droit de la guerre est nécessaire car il constitue « *le dernier rempart de la communauté humaine contre la guerre absolue* »¹³⁰⁴. Pour se hisser à la hauteur d'une telle prétention et faire du droit de la guerre une véritable limite à l'action militaire, les juristes n'ont pas le choix : ils doivent rejeter la conception réaliste du droit, voulant que le droit de la guerre soit « *inséparable de son contexte militaire* »¹³⁰⁵. En effet, le droit de la guerre est incapable de limiter l'action guerrière s'il n'est pas séparé de son contexte militaire, s'il n'est pas ontologiquement distinct du monde des faits. Suivie jusqu'au bout de ses conséquences logiques, l'exigence de normativité du droit de la guerre permet précisément ceci : en ancrant le droit dans le monde des idées, elle rend possible d'opposer le droit aux faits (§ I). Cependant, une telle conception du droit s'expose à la critique de l'utopie humanitaire. Que faire de cette critique ? Justifie-t-elle l'abandon de la conception normative du droit de la guerre et un retour au réalisme juridique ? Nullement. En effet, l'analyse révèle l'inanité de la critique de l'utopie humanitaire : il n'y a aucun sens à disqualifier le droit sur le fondement de son caractère irréaliste ou utopique, puisque le droit est par définition une œuvre idéaliste (§ II).

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 15.

¹³⁰⁴ J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, op. cit., p. viii, n. trad.

¹³⁰⁵ G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON *et al* (dir.), *The Law of Armed Conflict*, op. cit., p. xxi, n. trad.

§ I. – L’opposabilité du droit au fait, possibilité ouverte par la conception normative du droit de la guerre

386. Comme l’exigence de réalisme, l’exigence de normativité du droit de la guerre doit être lue à l’aune de la lutte pour le droit qui se déroule au sein du champ du *jus in bello*¹³⁰⁶. Nous avons vu que le réalisme juridique exprimait juridiquement la prétention des militaires au monopole sur le droit de la guerre¹³⁰⁷. En miroir, l’exigence de normativité a pour fonction de contester aux spécialistes de la violence leur monopole sur le droit de la guerre et de nier l’idée que seuls les militaires soient légitimes à dire le droit. Mettre ce fait en évidence suppose de voir que, dans le champ du droit de la guerre, la position du juriste humanitaire se définit par un double mouvement¹³⁰⁸.

387. Dans un premier temps, les juristes humanitaires reconnaissent la légitimité du jugement militaire sur le droit de la guerre. Gustave Moynier, premier président du CICR, rappelait en ce sens l’importance du point de vue des militaires : eux seuls, disait-il, sont « *capables d’apprécier sainement les facilités qui leur sont indispensables pour vaincre* »¹³⁰⁹. En réalité, les juristes humanitaires sont forcés de réaliser cette concession vis-à-vis des appareils militaires. En effet, ne disposant d’aucun moyen matériel ou symbolique d’imposer leur vision du droit et leurs interprétations des règles *contre* la volonté des belligérants, ils doivent aller au compromis avec les États et leurs appareils militaires¹³¹⁰ – autrement, les règles qu’ils proposent risqueraient de n’être « *pas acceptées, ou, du moins, pas respectées, et le but serait manqué* »¹³¹¹. Ainsi, même du point de vue humanitaire, le

¹³⁰⁶ Sur le caractère conflictuel ou agonistique du champ du droit de la guerre, v. *supra*, Introduction, note 143.

¹³⁰⁷ Sur ce point, v. *supra*, §§ 372-383.

¹³⁰⁸ Sur la position du juriste humanitaire dans le champ du *jus in bello*, v. F. MEGRET, « Thinking about What International Humanitarian Lawyers "Do" », *op. cit.*, not. pp. 272-276. Cependant, l’analyse de Frédéric Mégret fait du juriste humanitaire une figure monolithique représentant *le juriste spécialisé dans le droit de la guerre*. Or, il semble plus exact de définir non pas une, mais deux figures-types du juriste spécialisé dans le *jus in bello*, comme le propose la présente analyse : la figure du juriste militaire et celle du juriste humanitaire, qui correspondent à deux manières distinctes de se positionner par rapport à la dialectique de l’apologie (réalisme) et de l’utopie (normativisme).

¹³⁰⁹ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 48. V. également J.-C. BLUNTSCHLI, « Droit de la guerre et coutume de guerre », *op. cit.*, p. 664 (« [I]l a science du droit et la science de la guerre sont deux choses très différentes. Chacune des deux a le droit et le devoir d’envisager la guerre à son point de vue et d’après ses principes. Dans ces limites, les juristes ne pourraient qu’être reconnaissant au représentant de la science de la guerre, qui entreprendrait d’informer ses “bienveillants lecteurs” de la manière dont les militaires conçoivent la guerre et ses nécessités ») ; G. ROLIN-JAEQUEMYNS, *Second essai...*, *op. cit.*, p. 21 (où il est reconnu que juger des « question[s] d’utilité militaire exigerait, pour être résolu à priori, une compétence spéciale que nous [l’auteur et, par extension, les juristes, ndla] ne possédon[ons] point »).

¹³¹⁰ Comme le relève de nouveau Gustave MOYNIER, « il serait fâcheux de promulguer des lois contre lesquelles auraient protesté ceux-là même que le soin de les appliquer concernerait » (G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 48).

¹³¹¹ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 105.

droit de la guerre doit contenir une dimension réaliste¹³¹². Ceci non pas pour éviter de limiter le déploiement de la violence dans la guerre, mais uniquement parce que, pour que les humanitaires puissent influencer l'action militaire, il faut obtenir l'assentiment de ceux qui la conduisent¹³¹³. Il faut donc séduire les militaires et leur offrir des garanties¹³¹⁴, à savoir que le droit n'aille pas frontalement à l'encontre de leurs intérêts¹³¹⁵. En apparence, les juristes humanitaires prétendent donc ne reconnaître « *comme véritable droit que ce qui, dans la vie réelle, est utilisable, praticable, applicable et reconnu comme tel* »¹³¹⁶. Mais s'ils font cette concession au réalisme, c'est uniquement pour gagner en influence : « *cette constante préoccupation des exigences de la pratique force le droit à descendre des nuages sur la terre, mais ce qu'il perd en idéalité céleste, il le regagne en valeur et en influence terrestre* »¹³¹⁷. Ainsi, les humanitaires acceptent que le droit perde en normativité, mais uniquement parce que son caractère réaliste poussera les militaires à reconnaître, à accepter et à respecter les limites, même faiblement normatives, qu'ils sont parvenus à imposer¹³¹⁸.

388. Mais dans un second temps, les juristes humanitaires contestent le pouvoir exclusif des militaires sur le droit de la guerre. En effet, un droit purement réaliste, formulé exclusivement depuis le point de vue militaire, laisserait une bien trop grande marge de liberté aux militaires et risquerait de légitimer l'emploi de procédés immoraux – si seule la perspective des combattants comptait dans la formulation du *jus in bello*, ceux-ci

¹³¹² *Ibid.*, pp. 104-105 (l'humanisation de la guerre par le droit « *ne peut être menée qu'avec une patiente insistance et sans viser trop haut. Car des dispositions conventionnelles trop peu现实ists, fruit d'un humanitarisme échevelé, ne seraient tout simplement pas acceptées, ou, du moins pas respectées, et le but serait manqué* ») ; M. SASSOLI, « The Implementation of International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 50 (où l'auteur affirme que les interprétations qui orientent le droit de la guerre dans une direction trop humanitaire, c'est-à-dire trop contraignante pour les États, « *are (...) dangerous, because they weaken the rules which are actually accepted by states by giving belligerents the impression that IHL is the agenda of professional do-gooders, which cannot be respected in actual warfare* »).

¹³¹³ Cette stratégie est explicite in J. PICTET, « La formation du droit international humanitaire I », *R.I.C.R.*, vol. 67, n°751, 1985, p. 10 (« *le CICR établit des projets de Conventions, avec le concours d'experts internationaux, réunis en conférences préparatoires. Il est, en effet, nécessaire d'associer d'emblée les gouvernements à cette œuvre, pour les gagner à la cause et les préparer à l'adoption de nouveaux instruments diplomatiques. Il faut également que le CICR sache jusqu'où il peut pousser les revendications de l'humanité (...)* »). V. ég. G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 43 (« *[u]ne certaine limite [aux efforts tendant à limiter la guerre, ndla] doit cependant être posée. C'est de n'avoir que des exigences auxquelles les populations et les armées soient disposées à se soumettre (...)* Hors de ce cadre, toute action législative serait impuissante »).

¹³¹⁴ De telles garanties sont par exemple offertes par Marco Sassoli lorsqu'il affirme, pour rassurer les spécialistes de la violence engagés dans la « guerre globale contre la terreur », que « *[t]he Fourth Genevan Convention has not been drafted by professional do-gooders or professors, but by experienced diplomats and military leaders, fully taking into account the security needs of a state confronted with dangerous people* » (M. SASSOLI, « The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n°1 p. 104). Significativement, le propos de l'auteur est repris avec approbation par des militaires spécialisés dans le droit de la guerre (v. G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 237).

¹³¹⁵ V. p. ex. *supra*, § 334.

¹³¹⁶ J.-C. BLUNTSCHLI, « Droit de la guerre et coutume de guerre », *op. cit.*, p. 664.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ V. p. ex. M. SASSOLI, « The Implementation of International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 50 (« *IHL is a compromise between humanity and military necessity, a compromise which cannot always satisfy humanitarian agendas, but which has the immense advantage that it has been accepted by states as law which can be respected* »).

« pourraient être enclins à se faire la part trop belle »¹³¹⁹. Or, les juristes humanitaires « ne peuvent se contenter » d'un droit de la guerre formulé exclusivement à partir de « considérations politiques et militaires »¹³²⁰. En effet, un tel droit « ne remplirai[t] pas [son] but »¹³²¹, puisqu'il ne permettrait pas d'atteindre l'objectif que les humanitaires donnent au droit de la guerre : « prévenir ou atténuer les souffrances » de la guerre et « sauver des vies de la sauvagerie des combats et des passions »¹³²². Ainsi, refusant d'octroyer les pleins pouvoirs juridiques aux militaires, les humanitaires plaident pour « leur adjoindre des savants, en qualité d'oracles de la conscience juridique du monde civilisé, afin que les revendications de ceux-ci contrebalancent au besoin ce que celles des [militaires] auraient d'exagéré »¹³²³. Ainsi naît la position du juriste humanitaire, cet « oracle » qui tempère la fougue militaire.

389. Or, pour que le point de vue humanitaire puisse réellement « contrebalancer » le point de vue militaire, il est nécessaire de le doter d'une représentation du droit de la guerre qui ne fasse pas de ce régime un simple reflet de la pratique militaire. Les juristes humanitaires doivent ainsi inventer une théorie du droit qui soit à l'exact opposé de l'exigence de réalisme¹³²⁴ : là où celle-ci soumet le droit au jugement militaire, il faut faire en sorte que le droit échappe au jugement militaire. Pour ce faire, il n'y a qu'une voie : faire regagner au droit cette « idéalité céleste » qu'il a renié, dans un premier temps, pour gagner en « influence terrestre ». Il faut, en d'autres termes, inventer une conception *normative* du droit de la guerre qui ancre le droit de la guerre dans le monde des idées plutôt que des faits. De la sorte, le droit de la guerre échappera à « l'univers de la contingence pure »¹³²⁵ – il ne pourra être remis en cause au gré de l'évolution de la nature de la guerre et de la pratique militaire. De là, plusieurs implications.

390. **Premièrement**, la conception normative du droit de la guerre suppose de voir dans ce régime juridique autre chose qu'un simple reflet de la pratique guerrière telle qu'elle s'est

¹³¹⁹ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 48. V. également C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, vol. 4, op. cit., p. 39 (où l'auteur relève que, « [l]ivrés à eux-mêmes », les « hommes qui pratiquent eux-mêmes les choses militaires et luttent pour la cause de leur art [sic] (...) risqueraient fort de s'égarer ») ; P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, op. cit., p. 868 (« l'autorité militaire est naturellement portée par les tendances brutales de la profession des armes »).

¹³²⁰ J.-C. BLUNTSCHLI, « Droit de la guerre et coutume de guerre », op. cit., p. 671.

¹³²¹ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », op. cit., p. 369.

¹³²² H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », op. cit., p. 364, n. trad.

¹³²³ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 48.

¹³²⁴ Sur le fait que la conception réaliste du droit de la guerre conduit à soumettre le droit au jugement militaire, v. *supra*, §§ 372-383.

¹³²⁵ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », op. cit., p. 398.

développée au cours des âges. Il faut donc repenser la filiation historique du droit de la guerre afin d'ancrer ce dernier au-delà de la pratique et de l'expérience militaires. Ici encore, le terrain de l'histoire est un lieu déterminant du conflit¹³²⁶. Pour les humanitaires, il est inexact de prétendre, ainsi que le font les militaires, que les règles du *jus in bello* seraient « *issues des expériences de combat des guerriers* »¹³²⁷. En effet, le droit de la guerre ne naît pas de la pratique guerrière ; il « *procède, à l'origine, du sens du sacré par quoi les hommes se sont peu à peu élevés au-dessus de leur condition primitive* »¹³²⁸. Le droit naît donc du développement historique d'idées – l'idée la dignité de la personne humaine, qui procède elle-même de l'idée de l'humain et de l'idée l'universel¹³²⁹ – qui ont fini par être traduites en droit, grâce notamment à l'œuvre bienfaisante de la Croix-Rouge¹³³⁰. Dès lors, il faut penser les règles du droit de la guerre non pas comme un reflet de la pratique ancestrale des guerriers, mais comme « *une transposition dans le droit international de préoccupations d'ordre moral* »¹³³¹. Naît ainsi une représentation du droit de la guerre qui permet de situer le droit *en dehors* et *au-dessus* de la guerre, dans le monde normatif des idées. Ce faisant, en se distinguant de la pratique militaire, le droit devient opposable à celle-ci. Jean Pictet exprimait parfaitement cette théorie. Pour lui, la guerre ne supprime pas « *tout l'acquis de la civilisation et des mœurs établies* », car il subsiste, « *au-dessus des actes de violence* », tout un « *ensemble de droits et de devoirs* » qui « *procèdent de la raison autant que du sentiment d'humanité, et dont l'observation s'impose à tous* »¹³³². Or, pour Pictet, le droit de la guerre *s'identifie* avec ces droits et ces devoirs : ceux-ci « *constituent les lois de la guerre* »¹³³³. Droit et morale deviennent coextensifs.

391. Deuxièmement, la conception normative du droit de la guerre implique de repenser la hiérarchie des sources de ce régime juridique. Nous avons vu plus haut que, du point de vue réaliste, la première source du *jus in bello* était la pratique militaire, puisque le droit découle des faits¹³³⁴. Or, ici, la véritable source du droit de la guerre est à trouver dans les

¹³²⁶ V. *supra*, § 384, *in fine*.

¹³²⁷ G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON *et al* (dir.), *The Law of Armed Conflict...*, op. cit., p. 114, n. trad.

¹³²⁸ H. COURSIER, « Définition du droit humanitaire », A.F.D.I., vol. 1, 1955, p. 224

¹³²⁹ V. not. H. COURSIER, « Études sur la formation du droit humanitaire IV », R.I.C.R., n°403, 1952, p. 577 (le droit humanitaire est « *l'aboutissement d'une œuvre séculaire fondée sur la dignité de la personne humaine. L'universel et l'humain sont les deux concepts élémentaires de ce droit* »). Le droit international humanitaire est en ce sens « *humaniste* », puisqu'il découle de cette « *doctrine philosophique qui prend pour fin dernière l'être humain* » (J. PICTET, « Les principes du droit international humanitaire I », op. cit., p. 417).

¹³³⁰ H. COURSIER, « Études sur la formation du droit humanitaire IV », op. cit., p. 578 (« [c] 'est l'honneur insigne de la Croix-Rouge d'avoir rétabli cette notion de l'humain dans les rapports entre tous les hommes »).

¹³³¹ J. PICTET, « Les principes du droit international humanitaire I », op. cit., p. 411.

¹³³² J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., pp. 96-97.

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ V. *supra*, § 370.

principes supérieurs de l'ordre moral, que l'homme atteint par le biais de sa raison. Le droit de la guerre échappe donc au monde des faits, puisqu'il est « *ancré dans l'homme lui-même* »¹³³⁵ : par le truchement de sa raison, l'homme peut accéder au monde des idées morales et en déduire les règles du droit de la guerre, à commencer par l'idée générale que les lois de la guerre « *interdisent même dans un contexte de violence le mépris total de la dignité de l'homme* »¹³³⁶.

392. En cascade, cette conception du droit de la guerre implique de repenser la valeur juridique des conventions internationales. En effet, si le droit trouve sa source dans les principes supérieurs de l'ordre moral, alors le droit ne se trouve pas *dans* les traités, mais *hors* des traités : dans leurs dispositions les plus fondamentales, les traités de droit de la guerre se bornent à exprimer des « *principes fondamentaux* » d'ordre supérieur, que les États ne peuvent « *répudier* »¹³³⁷. Ainsi, les traités humanitaires n'ont pas « *pour but de sauvegarder les intérêts des États contractants* », comme de vulgaires contrats : ils sont d'une « *essence infiniment plus élevée* », car ils « *fixe[nt] le sort des personnes* »¹³³⁸. Les dispositions les plus fondamentales de ces traités ne sont pas un simple « *échange de prestations* » ; au contraire, ils expriment un « *ensemble de normes objectives proclamant, à la face du monde, les garanties auxquelles tout être a droit* »¹³³⁹. Les traités ne font donc qu'exprimer des principes objectifs qui leur préexistent et dont la valeur n'est pas tributaire du consentement des États ou de leur appareil militaire¹³⁴⁰. Ainsi, là où le réalisme juridique

¹³³⁵ C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law I », *op. cit.*, p. 314, n. trad. V. ég. G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, pp. 53-54 (le droit de la guerre trouve son fondement dans « *une vérité dont la source se perd dans les régions, inaccessibles à notre entendement, où notre âme s'est formée* ») ; CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 8 (« *[I]l l'ensemble du DIH est-il universel ? Les fondements du DIH le sont certainement et ceci au nom du droit naturel. L'existence de règles juridiques fondamentales repose sur une puissante intuition, voire d'une exigence de notre condition humaine, à savoir que le meurtre, la torture, l'esclavage, un jugement inéquitable déclenchent autant auprès de la grande majorité des penseurs que chez les simples citoyens une réaction de répulsion. Que ce soit au nom de la raison, de l'harmonie universelle ou de l'origine divine de l'Homme, découlent de solides assertions sur la nature de l'Homme. C'est donc en tant que symbole porteur de valeurs communes à l'humanité que le DIH accède à l'universalité* »).

¹³³⁶ C. P. PHILLIPS, « Air Warfare and Law I », *op. cit.*, p. 315, n. trad.

¹³³⁷ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 107.

¹³³⁸ *Ibid.*, p. 108. V. ég. G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 53 (le droit humain, dont la CG 1864 est une expression, fait partie des « *prérogatives dont tous les hommes indistinctement peuvent se prévaloir en tant qu'hommes, et dont le contraire est tout ce qui mérite la qualification d'inhumain* »).

¹³³⁹ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 108. V. ég. A. PILLET, « *Le droit international public. Ses éléments constitutifs, son domaine, son objet* », *R.G.D.I.P.*, vol. 1, n°1, 1894, p. 13 (la CG 1864 relève non pas simplement du droit international, mais du « *droit commun de l'humanité* », c'est-à-dire de l'« *ensemble de principes obligatoires qui trouve dans la seule qualité d'homme une cause suffisante d'application* » et dont « *l'observation [peut] être réclamée de chacun, État ou individu, et imposée à chacun* »).

¹³⁴⁰ Sur le fait que les principes fondamentaux du droit de la guerre préexistent à leur inscription dans des traités internationaux, v. p. ex. G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 54 (en son cœur, le droit de la guerre est un droit « *naturel* », qui ne fut « *consacré légalement que bien longtemps après l'avoir entrevu* »).

implique une conception empirique et inductive du droit de la guerre, le normativisme juridique entraîne une conception rationaliste et déductive du *jus in bello*¹³⁴¹.

393. Cette représentation du droit permet aux juristes humanitaires de rejouer à leur faveur « *le drame éternel entre Créon et Antigone* »¹³⁴². Créon, qui a « *le devoir de maintenir l'ordre dans la cité* », agit par « *raison d'État* »¹³⁴³ : exactement comme les militaires, son action est gouvernée par la rationalité instrumentale¹³⁴⁴. À l'inverse, les juristes humanitaires s'identifient à Antigone, qui « *obéit à la loi non-écrite* », laquelle se trouve « *au-dessus de la loi écrite* » et « *affirme la primauté de l'individu* »¹³⁴⁵. Dès lors, ancrer le droit dans le monde transcendental des idées morales permet de rendre le droit opposable à l'action militaire. En effet, cette conception du droit permet de « *dompte[r] la bête humaine* »¹³⁴⁶ en imposant que « *les exigences militaires* » restent « *toujours compatibles avec le respect de la personne humaine* »¹³⁴⁷. Ainsi, le schéma s'inverse : là où la conception réaliste du *jus in bello* subordonne le droit aux nécessités militaires, la conception normative subordonne les nécessités militaires au droit.

394. Dans la pratique argumentative, cette conception normative du droit de la guerre permet de résister aux changements de circonstances et à l'appel de la mise en conformité du droit aux faits. Ainsi, à ceux qui jugent que, la pratique militaire ayant évolué, les bombardements doivent désormais pouvoir viser les habitants paisibles retranchés dans la ville assiégée, Albéric Rolin répond que l'absence de règles conventionnelles sur cette question ne dégage pas les belligérants des obligations que « *la justice, l'équité et l'humanité leur impos[ent]* »¹³⁴⁸. De même, écrivant dans l'urgence de la Première Guerre mondiale, Antoine Pillet peut s'opposer à l'idée que, la nature de la guerre ayant changé, les hostilités

¹³⁴¹ En ce sens, la conception réaliste et la conception normative du droit de la guerre rejouent « *l'éternel conflit entre la théorie et la pratique, la science et l'expérience, la logique de l'esprit et la logique des faits* » (F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 22). V. également F. LENTNER, *Das Recht im Kriege*, op. cit., p. iii, n. trad. (humanitaires et militaires, partisans du réalisme et du normativisme, reproduisent « *le conflit de la science et de la vie, (...) l'opposition entre la théorie et l'empirisme* »).

¹³⁴² J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 76.

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1.

¹³⁴⁵ *Ibid.* L'idée que les humanitaires expriment des principes supérieurs qui survivent même en temps de guerre est bien exprimée par F. F. MARTENS lorsqu'il dit que « *[p]lus les passions et les haines mutuelles se déchaînent au cours de la guerre, plus le bruit des armes semble étouffer la voix de la conscience et les sentiments d'humanité, plus en un mot la force physique et matérielle semble vouloir gagner un empire exclusif, et plus le sentiment du droit devra s'affirmer hautement dans les nations, plus le triomphe définitif des idées de vérité et de la justice devra être proche et éclatant* » (F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 37).

¹³⁴⁶ J.-C. BLUNTSCHLI, « *Droit de la guerre et coutume de guerre* », op. cit., p. 633.

¹³⁴⁷ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 76.

¹³⁴⁸ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, vol. 1, Bruxelles, A. Dewit, 1920, p. 360.

devraient désormais pouvoir être dirigées à l'encontre de la nation ennemie plutôt que des seules forces armées de l'adversaire. En effet, les faits ne peuvent renverser « *le véritable principe* » que « *la raison commande de suivre* », à savoir que la violence « *n'est légitime que contre ceux qui portent les armes et défendent par la force les droits prétendus de leur pays* »¹³⁴⁹. Enfin, au sortir de la Seconde Guerre mondiale, Hersch Lauterpacht peut s'opposer à la pratique nouvelle du bombardement stratégique au nom d'un « *principe* » dont la « *justesse essentielle semble inattaquable* », à savoir « *qu'il est illégal de recourir au bombardement de la population civile dans le seul but de la terroriser* »¹³⁵⁰. Dans chacun de ces arguments, les juristes opèrent à partir d'une conception normative du droit de la guerre que l'on peut résumer comme suit : puisque le droit découle de principes moraux supérieurs, ancrés dans la raison humaine et indépendants des faits, alors on peut toujours opposer à la pratique militaire, nouvelle ou ancienne, « *l'affirmation très nette des droits de la justice et de l'humanité* »¹³⁵¹.

395. En miroir de la représentation réaliste du droit qui dissout le droit dans les faits, la représentation normative permet de rendre le droit opposable aux faits. Elle permet de réinstaurer le caractère idéal du droit et de refuser que « *le droit de l'avenir* » soit induit de pratiques militaires qui méconnaissent les « *conceptions antérieures du bien, de la justice et de l'humanité* »¹³⁵². En effet, si le droit de la guerre trouve son *locus* hors des faits, alors les faits ne peuvent pas « *modifier matériellement le droit de la guerre* »¹³⁵³ – la conscience est « *intransigeante* »¹³⁵⁴. Dès lors, cette conception du *jus in bello* est porteuse d'espoir : elle refuse que le droit soit réduit à la froide logique d'efficacité moyens/fins qui gouverne l'action militaire et rejette l'idée que tous les moyens soient permis au seul motif de leur efficacité pour vaincre l'ennemi¹³⁵⁵. Le droit se hisse enfin à la hauteur de ses prétentions de droit « *humanitaire* », prenant fait et cause pour les victimes des conflits et la protection de la personne humaine : plutôt que de refléter l'existant, il devient « *l'expression de règles*

¹³⁴⁹ A. PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁵⁰ H. LAUTERPACHT, « *The Problem of the Revision of the Law of War* », *op. cit.*, p. 368, n. trad.

¹³⁵¹ A. MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre...*, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁵² J. B. MOORE, « *Introduction* », in J. B. MOORE, *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, New York, MacMillan, 1924, p. viii, n. trad.

¹³⁵³ *Ibid.*, p. x, n. trad.

¹³⁵⁴ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 41 (l'auteur poursuit : « [j]amais on n'obtiendra qu'elle [la conscience, ndlr] souscrive, fut-ce partiellement, à des procédés auxquels elle répugne »).

¹³⁵⁵ A. MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre...*, *op. cit.*, p. 182 (qui oppose aux théories contemporaines du droit de la guerre « *l'affirmation très nette des droits de la justice et de l'humanité* » pour éviter que ne soit consacrée la maxime selon laquelle « *la fin (...) justifie les moyens* »).

impératives, indépendantes des milieux », dont « *la dignité de chacun exige qu'il s'y conforme en toutes circonstances* »¹³⁵⁶.

396. Mais ce faisant, le droit s'expose *ipso facto* à la critique de l'utopie humanitaire. En effet, celle-ci se fonde sur le rejet de l'idée que le droit puisse trouver son origine « *en dehors de la guerre* »¹³⁵⁷ et exprimer autre chose que la réalité intrinsèque de la guerre. Or, de fait, ancrer le droit dans le monde des idées et imposer le respect du droit *contre* les exigences de la guerre fait du *jus in bello* un régime juridique idéal, exprimant « *ce qui doit être* » au détriment de « *ce qui est* »¹³⁵⁸. Dès lors, que faire de cette accusation ? Doit-elle conduire à tempérer la normativité du droit de manière à le rendre plus conforme à l'existant ? Il apparaît à la réflexion que la critique de l'utopie humanitaire est vide de sens. En effet, opposer au droit son caractère utopique est absurde, car le droit est par définition un règlement idéal du monde.

§ II. – L'inanité de la critique de l'utopie humanitaire : le droit comme œuvre intrinsèquement idéaliste

397. Face à la critique de l'utopie humanitaire, il y a ceux qui cèdent, reconnaissant qu'en cas de conflit entre le point de vue des militaires et le point de vue des humanitaires, l'avis des premiers « *devrait l'emporter, car il serait fâcheux de promulguer des lois contre lesquelles auraient protesté ceux-là même que le soin de les appliquer concernerait* »¹³⁵⁹. Mais il y a également ceux qui, comme Henri Meyrowitz, assument la normativité du droit de la guerre et affirment que ce régime juridique est « *par essence idéaliste* », que les prescriptions dont il se compose « *vont nécessairement – sinon elles ne rempliraient pas leur but – (...) à l'encontre des réalités intrinsèques de la guerre* »¹³⁶⁰.

¹³⁵⁶ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 56.

¹³⁵⁷ J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2...*, op. cit., p. 25, n. trad.

¹³⁵⁸ Sur tout ceci, v. *supra*, §§ 297-306.

¹³⁵⁹ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 48. V. ég. L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 353 (« *application of humanitarian principles does not override the needs of practical realism. Idealism and a belief in humanitarianism must not result in an automatic rejection of military needs or careless accusations of war crimes or crimes against humanity*

¹³⁶⁰ H. MEYROWITZ, « *De quelques idées fausses...* », op. cit., p. 396. V. ég. R. KOLB, *Ius in bello*, op. cit., p. 7, note 7 (où l'auteur dit que si certaines branches du droit sont « *fortement enclines à l'effectivité, à ce qui est pratiqué en fait* plus enclines à la normativité, à l'idée du devoir être », et « *se distancient davantage du fait brut livré par la pratique effective* ». Le droit de la guerre entre dans cette dernière catégorie : il s'imprègne « *plus de l'idée de devoir moral que du fait d'observation réelle* ») ; F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 20 (« *[...]e droit international est la science de l'avenir, de l'idéal*

398. Cela étant, on peut se demander si cela est véritablement propre au droit de la guerre. En effet, n'est-ce pas dans l'essence même du droit que d'indiquer l'horizon idéal d'un monde qui, par définition, n'existe pas en fait ? N'est-ce le propre du droit que d'indiquer *ce qui doit être* plutôt que *ce qui est* ? Toute la théorie du droit semble aller dans ce sens. En effet, si le droit est un « *règlement normatif de l'action humaine* »¹³⁶¹, alors ceci signifie qu'il a nécessairement pour fonction de diriger la conduite des hommes, de faire en sorte que ceux-ci agissent d'une manière prédéterminée pouvant aller à l'encontre de leurs désirs, de leurs intérêts ou de leur volonté¹³⁶². De plus, malgré toutes leurs divergences, les théoriciens s'accordent pour dire que le droit se compose de règles¹³⁶³. Or, la règle se définit précisément par le fait qu'elle « *exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon* »¹³⁶⁴. On peut donc se figurer le droit comme une image idéalisée du monde : au travers des règles dont il se compose, le droit indique la manière dont le monde *devrait* être, et plus précisément la manière dont les hommes *devraient* se comporter. Le droit est donc par nature idéal, puisqu'il implique que les hommes changent leur comportement pour se conformer aux règles¹³⁶⁵. Et le fait que les hommes se comportent déjà de la manière dont les règles exigent qu'ils se comportent ne change rien à l'affaire. Car, comme l'écrit Kelsen, « *quelque chose peut être tel qu'il doit être* »¹³⁶⁶, mais ceci n'a pas d'incidence sur le fait que la norme existe indépendamment des comportements empiriques. Les hommes peuvent se conformer à la règle ou la violer, mais dans tous les cas la « conduite qui doit être » est ontologiquement distincte de la « conduite qui est », précisément parce que le droit existe sur le mode du devoir-être¹³⁶⁷. Le droit est donc par définition idéal et normatif¹³⁶⁸.

¹³⁶¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 6.

¹³⁶² H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2ème éd., Oxford, O.U.P., coll. « Clarendon Law Series », 1994, p. 81 (les comportements prescrits par les règles doivent être suivis par les sujets de droit « *whether they wish it or not* »).

¹³⁶³ Ibid., p. 8 (« *[b]oth those who have found the key to the understanding of law in the notion of orders backed by threats, and those who have found it in its relation to morality or justice, alike speak of law as containing, if not consisting largely, of rules* »).

¹³⁶⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 6.

¹³⁶⁵ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 81 (Les règles primaires – celles qui nous intéressent ici – « *concern actions involving physical movement or changes* »).

¹³⁶⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 8.

¹³⁶⁷ Ibid., pp. 7-13.

¹³⁶⁸ J. KAMMERHÖFER, « The Resilience of the Restrictive Rules on Self-Defence », in M. WELLER (dir.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, O.U.P., 2015, p. 627 (« *[b]y its very idea – the idea of the ideal – it [le droit, ndla] is a counter-point to reality, what Niklas Luhmann called "counter-factually stabilised expectation of behaviour"* ») ; P. ALLOTT, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford/New York, O.U.P., 1990, p. 114 (« *[law] is, like the other transcendental realities, a reality transmitted from the past of society to the future of society with a view to determining the content of that future. (...) Law pre-forms the future by willing it in advance. Past acts of will are retained in the form of legal relations which restrict the possibilities available for actualization by subsequent acts of willing, thereby restricting the exercise of social power in the physical world and in the world of consciousness* »).

399. Ainsi, le droit renvoie toujours à un monde idéal qui n'existe pas dans les faits – autrement, le droit n'aurait aucune raison d'être. Dès lors, la conception réaliste du droit, consistant à voir dans le droit un reflet de l'existant plutôt qu'une expression de ce qui doit être, nie l'essence même du droit. De même, l'argument consistant à dire que les règles de droit doivent être modifiées chaque fois qu'elles ne correspondent plus à la pratique réelle conduit à détruire ce qui caractérise le droit en propre, à savoir son caractère normatif. Elihu Root touche le cœur du problème lorsqu'il observe, en plein milieu des bouleversements de la Première Guerre mondiale, que « [l]es conditions changent constamment et un système de règles qui cessent d'être contraignantes chaque fois que les conditions changent pourrait difficilement être considéré comme un système de droit »¹³⁶⁹.

400. Il ressort de ceci que l'exigence de réalisme et l'exigence de normativité ne doivent pas être mises sur un pied d'égalité, comme deux impératifs auxquels il faudrait octroyer la même valeur. En effet, la normativité est un élément constitutif du droit : si le droit n'indique pas ce qui doit être et qu'il peut être renversé chaque fois que « ce qui doit être » ne correspond pas à « ce qui est », alors *le droit n'est plus du droit*¹³⁷⁰. À l'inverse, il n'est aucunement nécessaire que le droit soit réaliste pour qu'il puisse prétendre à la qualification de « droit ». L'exigence de réalisme n'est qu'une concession faite par les juristes aux militaires, pour que ceux-ci soient incités à accepter les règles de droit et à s'y conformer¹³⁷¹. Mais l'on ne saurait aucunement conditionner la validité des règles juridiques à leur caractère réaliste ; autrement, cela reviendrait à dire que si « *l'intérêt substantiel d'un belligérant (...) entre en conflit avec une règle de droit, la règle doit être écartée et l'intérêt doit prévaloir* »¹³⁷². On avaliserait l'affirmation terrible de von Rüstow selon laquelle dans la guerre, « *l'intérêt domine le "droit"* »¹³⁷³.

401. Par conséquent, la critique de l'utopie humanitaire devrait n'avoir aucune place dans le discours juridique. Peu importe que les règles du droit de la guerre entravent l'action

¹³⁶⁹ E. ROOT, « The Outlook for International Law », *A.J.I.L.*, vol. 10, n°1, 1916, p. 3, n. trad.

¹³⁷⁰ M. KING, C. THORNILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Houndsills, Palgrave Macmillan, 2003, p. 53 (« [l]aw provides the norms on which society, in the form of other subsystems, is able to rely and, in doing so, avoids learning from experience. The problem is, of course, that experience may negate normative learning by demonstrating that the norms have little or no validity as reliable indicators of future events; they may serve to undermine normative expectations. In order to be effective in stabilizing expectations, therefore, legal norms need to be counter-factual events. It becomes necessary to establish expectations of the sort that resist and survive their own disappointment, rather than merely corresponding to reality »).

¹³⁷¹ V. *supra*, § 387.

¹³⁷² E. ROOT, « The Outlook for International Law », *op. cit.*, p. 2, n. trad.

¹³⁷³ W. VON RÜSTOW, *Kriegspolitik und Kriegsgebrauch*, *op. cit.*, p. 172.

militaire, qu'elles s'opposent à l'emploi effectif de la violence ou qu'elles imposent des standards difficiles à respecter dans le feu de l'action. Le droit n'est pas tributaire de la bonne volonté des militaires. Comme tout droit, il doit être respecté « *que [les sujets de droit] le veuillent ou non* »¹³⁷⁴, et le simple fait qu'il complique l'action militaire, mette en danger la vie des soldats ou le succès de la mission ne devrait avoir aucune incidence sur sa validité et son caractère obligatoire¹³⁷⁵.

402. L'absurdité de la critique de l'utopie du droit de la guerre se révèle pleinement lorsqu'on perçoit, par analogie, les conséquences qu'une telle accusation entraînerait en droit interne. Le droit pénal interne proscriit généralement le meurtre, le viol et le vol. Or, il est incontestable que, ce faisant, le droit ne correspond pas à la réalité : dans les faits, les hommes tuent, violent et volent. On pourrait donc accuser les règles du droit pénal d'être utopiques, d'indiquer l'horizon idéal d'un monde qui n'existe pas et ne peut pas exister. Mais est-ce une raison pour renverser ces interdictions et autoriser les hommes à tuer, violer et voler ? Évidemment, non : c'est la fonction même du droit que de chercher à transformer la réalité à laquelle il s'applique. De la même manière, il est clair que l'emploi effectif de la violence en temps de guerre peut conduire à employer des moyens heurtant la conscience morale. Le refus de faire quartier, l'exécution des prisonniers de guerre, la destruction d'hôpitaux militaires, la terrorisation de la population civile : tous ces actes ne sont pas « *dépourvus de rationalité et d'utilité militaires* » et peuvent passer, dans certaines circonstances, pour des « *opération[s] profitable[s]* »¹³⁷⁶. Or, dans le cas où des belligérants emploieraient ces moyens d'action, faudrait-il invalider les règles interdisant ces actes au motif qu'elles ne correspondent plus à la pratique des belligérants ? Bien évidemment, non : le droit de la guerre n'a de sens que s'il s'oppose à la rationalité militaire et fixe « *les barrières ultimes au-delà desquelles les conflits armés se termineraient en extermination pure et simple* »¹³⁷⁷. Pour ce faire, une seule option s'ouvre aux juristes : assumer le caractère utopique toute entreprise juridique.

*

¹³⁷⁴ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 81, n. trad.

¹³⁷⁵ Tel doit nécessairement être le principe gouvernant l'application du droit de la guerre. Nous serons amenés à considérer plus tard si ce principe doit admettre ou non des exceptions, au travers de la doctrine de la *Kriegsräson* (v. *infra*, Chapitre 8).

¹³⁷⁶ H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », op. cit., p. 381.

¹³⁷⁷ CICR, *Draft Rules for the Protection of Civilian Population...*, cité in J. L. KUNZ, « The Laws of War », op. cit., p. 324.

403. Conclusion de la Sous-section 2. La conception normative du droit de la guerre permet de renverser les conséquences néfastes de la conception réaliste de ce *corpus juris*. En réalité, elle en constitue le miroir inversé. Là où la conception réaliste fait découler le droit des faits, à tel point qu'elle finit par le dissoudre dans les faits, la conception normative du droit de la guerre ancre le droit dans les idées morales et permet ainsi d'opposer le droit aux faits. La voie de la normativité constitue donc l'unique voie disponible pour entraver la libre opération de la rationalité militaire. En effet, pour que le droit puisse s'opposer à la froide logique d'efficacité moyens/fins, il est nécessaire que le *locus* du droit soit extérieur à cette logique, qu'il trouve son fondement ailleurs que dans la rationalité militaire et la pratique à laquelle elle donne lieu. Ancrer le droit dans les idées morales permet ainsi aux juristes d'opposer aux militaires les règles juridiques et de contrecarrer l'argument réaliste. Dans une telle perspective, le droit n'a pas à se conformer aux faits ; c'est l'action militaire qui doit se conformer au droit. En dernière analyse, quiconque souhaite soumettre la rationalité militaire à l'empire du droit doit se rendre à l'évidence : il faut abandonner l'idée de compromis et plaider ouvertement pour un droit de la guerre normatif plutôt que réaliste.

*

404. Conclusion de la Section 2. Partant du constat que le droit de la guerre était incapable de demeurer neutre dans le conflit opposant les nécessités de la guerre (la rationalité militaire) aux impératifs d'humanité (la morale), l'investigation s'est tournée vers les deux options s'ouvrant au droit de la guerre : celle d'un droit réaliste, reflétant les nécessités de la guerre, et celle d'un droit normatif, exprimant les impératifs d'humanité. En poussant chacune de ces exigences jusqu'au bout de ses conclusions logiques, il fut observé que l'exigence de réalisme menait le droit de la guerre au désastre. En effet, celle-ci conduit à dissoudre le droit dans le fait et à reconnaître le monopole des militaires sur le droit de la guerre : le droit n'étant rien d'autre qu'un reflet des faits, et les faits n'étant rien d'autre que la manière dont les militaires pensent et agissent, le droit finit par se dissoudre dans la rationalité militaire. Cette voie ne saurait donc être suivie sans enlever au droit son caractère distinctif – son *idéalité*. Par conséquent, si le droit de la guerre veut mériter son qualificatif de droit « humanitaire », il n'y a qu'une seule option : le droit doit faire le choix de la normativité, en ancrant le droit de la guerre dans le monde, forcément utopique, des idées morales. Car l'alternative s'exprime en termes de tout ou rien : c'est soit l'utopie, soit l'enfer.

Conclusion du chapitre 3

405. Ce chapitre s'est attaché à mettre en évidence une contradiction interne à la pensée juridique. D'une part, la doctrine affirme que le droit de la guerre est *nécessaire* pour empêcher que la guerre ne dégénère en guerre totale et qu'elle ne donne lieu à l'emploi d'une violence débridée et immorale. C'est l'un des arguments – le plus convaincant – dont la doctrine juridique se sert pour contrecarrer l'objection sceptique¹³⁷⁸. Mais d'autre part, la doctrine juridique affirme aussi que le droit de la guerre doit opérer un compromis entre les impératifs de la guerre (ceux qu'imposent la rationalité militaire) et les impératifs humanitaires (ceux qu'imposent l'ordre moral). Or, la doctrine juridique ne peut soutenir l'un et l'autre. En effet, l'affirmation de la nécessité du droit de la guerre implique par définition que le droit s'oppose à la rationalité militaire afin de faire respecter, au besoin *contre* les exigences militaires, les impératifs humanitaires. À l'inverse, l'idée que le droit de la guerre repose sur un compromis entre les exigences militaires et les impératifs humanitaires suppose que le droit de la guerre octroie une valeur égale à ces deux exigences. Ainsi, l'argument de nécessité du droit suppose que le droit prenne parti dans le conflit entre efficacité et moralité, là où l'idée de compromis suppose que le droit demeure neutre dans ce conflit.

406. Or, il s'avère que la prétention doctrinale au compromis entre nécessités militaires et impératifs humanitaires ne tient pas – le droit ne peut être à la fois réaliste, de manière à refléter les nécessités de la guerre, et normatif, de manière à exprimer les valeurs humanitaires. Le droit de la guerre *ne peut pas ne pas* prendre parti dans le conflit opposant moralité et efficacité. S'impose alors une conclusion : différentes conceptions du droit de la guerre, portées par des opérateurs poursuivant des intérêts divergents, coexistent dans le champ juridique. En cascade, il s'avère que prétendre que le droit de la guerre est nécessaire pour éviter la descente aux enfers est une affirmation vide de sens, dans la mesure où il n'existe rien de tel que « le » droit de la guerre. En effet, le champ du *jus in bello* est le théâtre d'un conflit entre deux manières d'appréhender ce régime juridique. Les uns font du droit de la guerre un droit « réaliste », simple reflet de la nature de la guerre et de la pratique militaire ; les autres font du droit de la guerre un droit « normatif », haute expression de principes existant au-delà de la guerre et de la pratique militaire. Par voie de conséquence,

¹³⁷⁸ V. *supra*, Introduction, §§ 22-25.

la question n'est pas « le droit de la guerre est-il nécessaire ? », mais « quel droit de la guerre est-il nécessaire ? ».

407. Pour répondre à cette question, il fut nécessaire de mettre en lumière les conséquences qu'entraînent la conception réaliste et la conception normative du droit de la guerre sur la capacité du droit à s'opposer à l'action militaire et, ainsi, à prévenir le déchaînement d'une violence immorale. Or, il est clair qu'on ne saurait soutenir qu'un droit de la guerre réaliste soit nécessaire pour contenir la guerre dans des limites tolérables. Cette conception du droit de la guerre en est tout bonnement incapable, puisqu'elle fait échec à toute tentative visant à rendre le droit opposable aux faits. Cette conception du droit de la guerre fait donc partie du problème et non de la solution. Par conséquent, il n'y a qu'une seule conception du droit de la guerre qui soit nécessaire pour empêcher que la guerre ne dégénère en barbarie absolue – la conception normative du droit de la guerre. Elle seule permet, en ancrant le droit dans le monde des idées, de fixer des limites déterminées à l'action guerrière et de faire en sorte que tous les moyens d'action efficaces ne soient pas autorisés au seul motif de leur efficacité.

408. Pour être cohérente, la doctrine juridique doit s'en remettre à cela : l'idée que le *jus in bello* se doive de refléter la nature intrinsèque de la guerre dessert la cause du droit, là où l'idée que le droit de la guerre se doive de s'opposer à la réalité intrinsèque de la guerre est la seule qui permette d'élever le droit à la hauteur de ses prétentions. Si l'on veut que le droit de la guerre constitue un droit véritablement « humanitaire », si l'on veut qu'il puisse protéger effectivement les victimes des conflits contre les excès de la rationalité militaire, si l'on veut – pour le dire de manière quelque peu abrupte – qu'il serve à quelque chose plutôt qu'à rien, alors il n'y a pas d'autre option que de rejeter l'exigence de réalisme et d'embrasser jusqu'au bout de ses conséquences logiques l'exigence, forcément utopique, de normativité. Cela étant, embrasser une conception normative du droit de la guerre ne suffit pas à faire échec aux dérives de la rationalité militaire. En effet, il faut que cette vision macroscopique du droit de la guerre se double d'une conception spécifique des règles juridiques dont le droit de la guerre se compose.

Chapitre 4. – La nécessité de soumettre l'action militaire à des règles juridiques formelles

Tout n'est pas fluide. Certaines choses doivent demeurer non-négociables.

Martti KOSKENNIEMI¹³⁷⁹

409. Pour être à même de s'opposer à la rationalité militaire et à l'emploi immoral de la violence auquel elle peut donner lieu¹³⁸⁰, le droit de la guerre doit être conçu comme un régime juridique normatif plutôt que réaliste¹³⁸¹. Cependant, pour faire véritablement échec à la rationalité militaire et à son rapport éthiquement problématique à la violence, il est nécessaire que cette normativité, établie à l'échelle macroscopique du régime juridique, se concrétise sur le plan microscopique des règles juridiques. En effet, si l'on peut dire à un haut degré d'abstraction que la normativité du droit de la guerre est inséparable l'existence de règles prescriptives, obligeant les militaires à adopter certaines lignes de conduite respectueuses des valeurs morales¹³⁸², celles-ci peuvent revêtir différentes formes.

410. À ce titre, la doctrine juridique relève que l'action militaire peut être soumise à deux types de règles, qui se distinguent par le niveau de contrainte qu'elles imposent aux belligérants¹³⁸³. Certaines règles, généralement qualifiée de « *standards* »¹³⁸⁴ ou de « *principes* »¹³⁸⁵, seraient plutôt avantageuses pour les spécialistes de la violence : reflétant « *la complexité et la variabilité des situations de combat* »¹³⁸⁶, elles réduiraient la légalité à

¹³⁷⁹ M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone – "A Zone of Reasonableness"? », *Israel Law Review*, vol. 41, n°1-2, 2008, p. 25, n. trad.

¹³⁸⁰ V. *supra*, Chapitre 2.

¹³⁸¹ V. *supra*, Chapitre 3.

¹³⁸² V. *supra*, Chapitre 3, §§ 313-315.

¹³⁸³ A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, pp. 41-67 (où l'auteur distingue les règles des standards) ; W. M. REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 852-853 (où l'auteur distingue deux parties du droit de la guerre, la « *Part A* » et la « *Part B* », qui font l'objet de normes de nature distinctes) ; M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, *passim* (où l'auteur distingue les règles des standards) ; Da. KENNEDY, *Of War and Law*, *op. cit.*, not. pp. 83-98 (où l'auteur distingue les règles des standards) ; G. SCHWARZENBERGER, « From the Laws of War to the Law of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 70 (où l'auteur distingue les règles relevant du « *jus strictum* » de celles relevant du « *jus aequum* ») ; D. KRETZMER, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », vol. 99, n°1, 2005, p. 88 (où l'auteur distingue les règles relevant du « *jus strictum* » de celles relevant du « *jus aequum* ») ; M. HOWARD, « *Temperamenta Belli* », *op. cit.*, p. 14 (où l'auteur distingue les « *ethical rules* » des « *prudential rules* »).

¹³⁸⁴ A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, p. 41, n. trad. ; Da. KENNEDY, *Of War and Law*, *op. cit.*, not. pp. 83-98, n. trad. ; M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, n. trad.

¹³⁸⁵ W. M. REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 852, n. trad.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, n. trad.

une « *question de plus ou moins* »¹³⁸⁷ et octroieraient de ce fait une grande « *marge d'appréciation* »¹³⁸⁸ aux militaires. À l'inverse, d'autres règles, parfois qualifiées de « *bright-line rules* »¹³⁸⁹ ou d'« *impératifs catégoriques* »¹³⁹⁰, soumettraient l'action militaire à des limites prédéterminées, fixes et absolues que la complexité et la variabilité des situations ne pourraient remettre en cause¹³⁹¹.

411. Cette opposition entre en résonnance avec la distinction, établie de longue date par la théorie étatsunienne du droit, entre les règles et les standards¹³⁹². Dans le courant des années 1970, des théoriciens du droit basés aux États-Unis remarquent que les règles juridiques peuvent revêtir deux formes, qui se distinguent par leur « *plus ou moins grande "juridicité"* »¹³⁹³ : les standards, qui autorisent les sujets de droit à poursuivre certains objectifs pourvu qu'ils se conduisent de manière « raisonnable », « juste », « proportionnée », etc., et les règles, qui définissent *a priori* certains comportements-type que les sujets de droits peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter¹³⁹⁴. Dans la théorie étatsunienne du droit, cette distinction donne lieu à des débats passionnés. Les règles sont notamment accusées d'être trop strictes, peu adaptables aux changements, et de faire entrer dans leur champ d'application des situations qui devraient y échapper ou d'exclure des situations qui devraient au contraire être prises en compte. À l'inverse, les standards sont accusés d'être trop lâches et vagues, de n'avoir aucun contenu normatif prédéterminé, d'être manipulables à l'envi et d'ouvrir la porte à l'arbitraire. Le débat semble insoluble, car à chaque argument en faveur des règles s'oppose un contre-argument en faveur des standards¹³⁹⁵.

412. Cette distinction et le débat auquel elle donne lieu sont essentiels pour notre démonstration. En effet, nous avons établi que la normativité du droit de la guerre était

¹³⁸⁷ M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, p. 30., n. trad.

¹³⁸⁸ W. M. REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 852., n. trad.

¹³⁸⁹ M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, p. 30 ; Da. KENNEDY, *Of War and Law*, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁹⁰ M. HOWARD, « *Temperamenta Belli* », *op. cit.*, p. 4, n. trad.

¹³⁹¹ W. M. REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 852.

¹³⁹² Certains spécialistes du *jus in bello* font d'ailleurs explicitement référence à ce débat (Amichai COHEN) quand d'autres, formés aux États-Unis dans le courant des *Critical Legal Studies*, ne l'ignorent pas (David KENNEDY, Martti KOSKENNIEMI).

¹³⁹³ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *Harvard Law Review*, vol. 106, n°1, 1992, p. 58, note 7, n. trad. V. ég. M. J. RADIN, « Presumptive Positivism and Trivial Cases », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14, n°3, 1991, pp. 828-832.

¹³⁹⁴ Nous reviendrons plus en détail sur la définition des règles et des standards *infra*, §§ 415-430.

¹³⁹⁵ En ce sens, v. P. SCHLAG, « Rules and Standards », *University of California Los Angeles Law Review*, vol. 33, 1985, pp. 379-430 ; Du. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review*, vol. 89, n°8, 1976, spéc. p. 1710 (où les « pros and cons » sont résumés en un tableau synthétique). Les avantages et défauts respectifs des règles et des standards seront approfondis plus en détail *infra*, §§ 432-454.

inséparable de l'existence de règles prescriptives¹³⁹⁶. Or, tant les règles que les standards entrent dans la catégorie des règles prescriptives, puisque ces deux types de normes juridiques ont pour fonction d'indiquer comment les sujets de droit doivent se comporter¹³⁹⁷. Dès lors, toute la question est de savoir si le choix d'encadrer l'action militaire par le biais de règles ou de standards entraîne des conséquences sur la capacité du droit à s'opposer à la rationalité militaire. Pour concrétiser son caractère normatif sur le plan des règles juridiques, le droit de la guerre peut-il se composer indifféremment de règles, de standards ou même d'un mélange des deux ? S'il s'agit à chaque fois de « règles prescriptives », quelle différence y a-t-il entre le fait d'appréhender l'action militaire par le biais de règles et le fait de la soumettre à des standards ?

413. Les développements qui suivent vont s'attacher à démontrer que l'action militaire peut être soumise soit à des règles, soit à des standards, et que le choix entre ces deux types de règles prescriptives est tout sauf anodin. En effet, ces deux types règles ne jouissent pas du même degré de normativité et n'imposent pas aux sujets de droit un même niveau de contrainte. En d'autres termes, le choix entre ces deux types de règles entraîne des conséquences déterminantes sur le degré de liberté laissé aux belligérants. Ce faisant, la normativité du droit de la guerre n'est pas réalisée de la même manière selon que l'action militaire est soumise à des règles ou à des standards. Dans un premier temps, il conviendra de se placer sur le terrain de la théorie du droit afin de retravailler la distinction entre règles et standards. Pour rendre compte de la différence qui oppose ces deux types de normes, nous distinguerons les règles formelles (les « règles » proprement dites) des règles instrumentales (les « standards »)¹³⁹⁸. Il deviendra alors évident que soumettre l'action humaine à des règles formelles ou bien à des règles instrumentales n'entraîne pas les mêmes conséquences. En effet, l'enjeu fondamental de la distinction entre ces deux types de règles tient au degré de normativité du droit : là où les règles formelles permettent une appréciation objective de la légalité, l'action humaine étant enfermée dans des catégories formelles préétablies, les règles instrumentales débouchent sur une évaluation subjective de la légalité, laissant une grande marge de manœuvre aux sujets de droit (**Section 1**). De ce fait, le choix entre ces deux types

¹³⁹⁶ V. *supra*, Chapitre 3, §§ 313-315.

¹³⁹⁷ Rappelons que l'expression « règles prescriptives » renvoie aux énoncés linguistiques contenant une obligation d'agir d'une manière déterminée (obligation positive) ou de ne pas agir d'une manière déterminée (obligation négative) (v. *supra*, Chapitre 3, note 984).

¹³⁹⁸ La catégorie de « règle instrumentale » (« *instrumental rule* ») est proposée par R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, *op. cit.*, pp. 69 et 91-100.

de normes revêt une importance majeure pour la prétention du *jus in bello* à la normativité : pour que le droit de la guerre soit véritablement en mesure de s'opposer à la rationalité militaire et de prévenir le déchaînement de la violence, il est indispensable de soumettre l'action militaire à des règles formelles plutôt qu'à des règles instrumentales (**Section 2**).

Section 1. – Le degré de normativité du droit, enjeu fondamental de la distinction entre règles formelles et règles instrumentales

414. En mettant en évidence le fait qu'il existait fondamentalement deux types de normes, les « règles » et les « standards », la théorie du droit étatsunienne a éclairé d'un jour nouveau la structure générale du discours juridique. Cependant, ces théoriciens se refusent le plus souvent à considérer qu'il existe un critère de distinction net entre ces deux types de normes. En effet, ils estiment qu'il n'existe pas de véritable « *clivage* »¹³⁹⁹ entre règles et standards : ces deux types de normes s'inscriraient plutôt sur un « *continuum de plus ou moins grande "juridicité"* »¹⁴⁰⁰, chaque norme étant plus ou moins « *rule-like* » ou « *standard-like* »¹⁴⁰¹. Or, il s'avère qu'il existe bel et bien une différence de nature entre les règles et les standards. Pour rendre compte de cette différence fondamentale, nous abandonnerons la dénomination en vigueur (règles/standards) au profit d'une distinction qui semble plus à même de capturer la structure interne de chaque type de règle : les comportements humains peuvent être appréhendés soit par des règles formelles, soit par des règles instrumentales (**Sous-section 1**). Ceci permettra de voir que l'appréciation de la légalité d'un acte ne suppose pas le même type d'opération intellectuelle selon que l'acte litigieux est soumis à une règle formelle ou à une règle instrumentale, et, par voie de conséquence, de voir que ces deux types de normes ne soumettent pas le comportement humain au même degré de normativité. En effet, là où les règles formelles entraînent une appréciation objective de la légalité des actes, le comportement humain étant enfermé dans des catégories formelles préétablies, les règles instrumentales réduisent fatalement la légalité des actions à une évaluation subjective de la situation *ad hoc* dans laquelle le sujet de droit se trouvait au moment de l'action (**Sous-section 2**).

¹³⁹⁹ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 1, n. trad.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 58, note 231, n. trad.

¹⁴⁰¹ A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, p. 44.

Sous-section 1. – Deux manières d’appréhender juridiquement les comportements humains : règles formelles vs. règles instrumentales

415. Toute la distinction entre règles formelles et règles instrumentales repose sur la possibilité d’identifier *a priori* un contenu normatif à la règle de droit. En effet, là où les règles formelles présentent un contenu normatif propre, identifiable indépendamment de tout contexte factuel, le contenu normatif des règles instrumentales ne devient apparent qu’à l’issue d’une confrontation de la norme à un contexte factuel donné (**A**). Cependant, ce critère de distinction, valide sur le plan théorique, doit être relativisé en pratique, à la fois du fait de l’existence de règles hybrides et de la possibilité d’hybridation des règles (**B**).

§ I. – La présence d’un contenu normatif identifiable *a priori*, critère de distinction entre les règles formelles et les règles instrumentales

416. La distinction entre règles formelles et règles instrumentales n’est que la traduction, sur le plan juridique, de la distinction entre l’action instrumentalement rationnelle et l’action axiologiquement rationnelle¹⁴⁰². En ce sens, Roberto Unger remarque qu’il existe « *deux manières différentes d’ordonner les relations humaines* »¹⁴⁰³ sur le plan du droit, lesquels sont analogues à ces deux manières d’agir dans le monde social. La première méthode consiste à formuler des règles « *qui régissent des catégories générales d’actes et de personnes, puis à trancher les litiges particuliers entre personnes sur la base des règles établies* »¹⁴⁰⁴. Ici, il n’est pas question de juger l’action humaine sous l’angle d’une adéquation entre des moyens et des fins, mais de subsumer un comportement empirique sous une catégorie formelle établie *a priori*. Cette première méthode, pensée pour contrecarrer l’instabilité de la rationalité instrumentale, donne naissance aux règles formelles. La seconde méthode consiste à « *déterminer des objectifs, puis, indépendamment des règles, à trancher les cas particuliers en jugeant de la décision la plus susceptible de contribuer aux objectifs prédéterminés* »¹⁴⁰⁵. Ici, la légalité n’est pas tributaire de la conformité d’une action à une norme posée *a priori*, mais de l’évaluation *ad hoc* des moyens mis en œuvre par le

¹⁴⁰² Sur la distinction entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 70-92. Sur le conflit auquel ces deux formes de rationalité peut donner lieu, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 230-237.

¹⁴⁰³ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 89, n. trad.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, n. trad.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 89, n. trad.

destinataire de la norme pour atteindre certains objectifs préalablement définis. Les règles instrumentales, conçues pour contrecarrer la rigidité de la rationalité axiologique, trouvent leur origine dans cette seconde méthode.

417. La distinction entre règles formelles et règles instrumentales peut être illustrée à l'aune d'un problème bien connu : celui de la limitation de vitesse des véhicules circulant en agglomération¹⁴⁰⁶. La réglementation de la conduite routière vise à remplir un double objectif : assurer la liberté de circulation des individus et garantir la sécurité des usagers de la voie publique. Il faut à la fois permettre aux individus d'utiliser leurs véhicules en fonction de leurs besoins propres (liberté), tout en évitant la possibilité d'accidents (sécurité). Deux voies s'ouvrent au législateur pour atteindre ce double objectif.

418. Tout d'abord, le législateur pourrait établir une limite claire et nette à la vitesse de circulation des véhicules. Par exemple, le législateur pourrait formuler la règle suivante : « Il est interdit de circuler au-dessus de 50 km/h dans les agglomérations ». Il s'agit d'un exemple topique de règle formelle. En effet, cette norme traduit l'objectif substantiel du droit par la définition d'un comportement-type (le fait de rouler au-dessus de 50 km/h) et d'une injonction à réagir d'une manière prédéterminée face à ce comportement-type (il est *interdit* de rouler au-dessus de 50 km/h). On pourrait arguer que cette règle permet à la fois de garantir la sécurité des usagers de la voie publique, puisqu'elle interdit aux automobilistes de conduire à une vitesse qui rendrait la maîtrise de leur véhicule difficile, tout en garantissant une certaine liberté de circulation, puisqu'elle permet aux automobilistes d'adopter une conduite adaptée à leurs besoins. Mais on pourrait également critiquer cette règle au motif qu'elle ne permet pas de réaliser véritablement l'objectif substantiel sous-jacent. Typiquement, on pourrait arguer qu'il existe des cas d'urgence qui exigent des automobilistes qu'ils circulent au-delà de 50 km/h (le véhicule transporte une femme sur le point d'accoucher ou un blessé en urgence vitale, par exemple). Dans un tel cas de figure, la limitation de vitesse à 50 km/h ne permettrait pas de garantir une liberté de circulation suffisante pour parer à toutes les éventualités¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁶ Cet exemple classique est notamment pris par L. KAPLOW, « Rules Versus Standards: An Economic Analysis », *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992, pp. 559-560 et M. KELLMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1987, pp. 49-50.

¹⁴⁰⁷ De même, on pourrait arguer que, en fonction de certaines configuration de la route (route étroite, virages dangereux, etc.) ou de certaines circonstances météorologiques (temps de pluie, neige, verglas, etc.), la vitesse devrait être limitée en-deçà de 50 km/h pour réduire les possibilités d'accidents. Ici, la limitation de vitesse à 50 km/h ne permet pas de garantir efficacement la sécurité des usagers de la voie publique.

419. Pour résoudre ce problème¹⁴⁰⁸, le législateur pourrait formuler la norme suivante : « Il est interdit d’adopter une vitesse excessive dans les agglomérations ». Ici, le standard général de comportement (le caractère « excessif » de la conduite) renvoie au double objectif de liberté de circulation et de sécurité des usagers de la voie publique : c’est à l’aune de ce double objectif que le comportement sera apprécié. Cette norme entre donc dans la catégorie des règles instrumentales, puisqu’elle « ramène la prise de décision à l’application directe du principe ou de la politique sous-jacent à une situation de fait »¹⁴⁰⁹. Ce faisant, cette règle permet de prendre davantage en considération les circonstances spécifiques de chaque cas d’espèce. Par exemple, on pourrait juger, sur le fondement de cette règle, qu’il n’est pas « excessif » de circuler à 80 km/h dans une agglomération lorsque le véhicule en cause transporte vers l’hôpital une personne blessée dont le pronostic vital est engagé. De même, on pourrait juger qu’il est « excessif » de circuler à plus de 30 km/h par temps de pluie sur une route dangereuse. Cependant, cette norme s’expose aux critiques inverses de la règle précédemment énoncée. En effet, celle-ci ne contient aucune limite prédéterminée. Qu’est-ce, dans l’abstrait, qu’une conduite « excessive » ? En l’absence d’indication, le destinataire de la norme jouit d’une grande marge de manœuvre pour se comporter comme il l’entend, puisqu’il peut invoquer toutes sortes de circonstances pour adopter la conduite qu’il souhaite. Mais cette liberté d’action à un prix. En effet, le destinataire de la norme s’expose au jugement arbitraire des agents d’application des lois : la règle ne contenant aucune limite prédéterminée à la vitesse de circulation, ce seront ces agents d’application des lois (policiers, juges) qui jugeront *a posteriori* – c’est-à-dire une fois que l’action aura eu lieu – du caractère « excessif » ou non de sa conduite.

420. Cet exemple met en scène l’opposition, tout à fait courante dans le discours juridique, entre les règles formelles et les règles instrumentales¹⁴¹⁰. Or, les théoriciens du droit ont d’immenses difficultés à identifier un critère de distinction clair entre ces deux types de règles. Ils tendent à considérer que les règles formelles et les règles instrumentales sont « *les*

¹⁴⁰⁸ Ce problème de la sur-inclusion et de la sous-inclusion propre aux règles formelles sera exploré plus bas (v. *infra*, §§ 439-440).

¹⁴⁰⁹ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 58, n. trad. V. ég. Du. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *op. cit.*, p. 1688.

¹⁴¹⁰ Pour le discours juridique américain, v. M. KELLMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, *op. cit.*, pp. 25-40.

extrémités théoriques d'un continuum plutôt que des catégories nettement distinctes »¹⁴¹¹.

Amichai Cohen résume bien l'état du débat lorsqu'il affirme que :

[I]es [règles formelles] et les [règles instrumentales] existent sur un continuum dans lequel une norme peut avoir plus de caractéristiques d'une [règle formelle] ou d'un[e règle instrumentale]. (...) Il est impossible de définir le point de démarcation exact entre ces deux extrêmes¹⁴¹².

421. Pourtant, sur le plan théorique, un tel point de démarcation existe bien. En effet, il existe une différence de nature entre les règles formelles et les règles instrumentales : le contenu normatif des règles formelles est donné *ex ante*, alors que le contenu normatif des règles instrumentales n'est donné qu'*ex post*¹⁴¹³. En effet, les règles formelles fixent *a priori* le contenu normatif du droit, en définissant de manière abstraite un comportement-type auquel on octroie une valeur juridique : les individus *peuvent, doivent ou ne doivent pas* adopter ce comportement-type¹⁴¹⁴. Dans une telle situation, l'énoncé linguistique de la règle suffit pour déterminer le contenu normatif du droit¹⁴¹⁵. Celui-ci existe donc « objectivement », au sens où il n'y a pas besoin de se référer aux faits pour savoir ce que le droit exige des individus en termes d'action¹⁴¹⁶. À l'inverse, les règles instrumentales n'ont aucun contenu normatif propre, donné *a priori* à l'entendement. Leur énoncé linguistique ne renvoie à aucun comportement-type que l'on pourrait identifier en tant que tel, uniquement à partir de l'énoncé linguistique – qu'est-ce qu'une conduite « excessive » ? Dans le cas de règles instrumentales, le contenu normatif du droit ne devient apparent qu'à l'issue de la confrontation du standard général de comportement (le caractère « excessif » de la conduite) au comportement empiriquement adopté par le sujet de droit (par exemple, le fait de conduire à 60 km/h par temps de pluie pour échapper à une tentative de meurtre). Les règles instrumentales ont donc ceci de particulier qu'elles ne définissent pas *a priori* la mesure du

¹⁴¹¹ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 58, note 231, n. trad. Dans le même sens, v. M. J. RADIN, « Presumptive Positivism and Trivial Cases », *op. cit.*, pp. 828-832 ; A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, p. 44.

¹⁴¹² A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, p. 44, n. trad. Dans la citation, les termes « règles » (*rules*) et « standards » (*standards*) furent remplacés par les termes « règle formelle » et « règle instrumentale ».

¹⁴¹³ L. KAPLOW, « Rules Versus Standards », *op. cit.*, p. 560.

¹⁴¹⁴ On admet généralement que les normes peuvent contenir trois types distincts de contenu normatif : l'obligation positive (obligation proprement dite), l'obligation négative (interdiction) et l'autorisation (ou permission). Sur ce point, v. *supra*, Introduction, note 141.

¹⁴¹⁵ Il va sans dire que l'énoncé de la norme doit être distingué de la norme elle-même, de sorte qu'un seul et même énoncé peut revêtir différentes significations, et donc donner naissances à différentes normes (sur ce point, v. M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *op. cit.*, not. pp. 88-93).

¹⁴¹⁶ L. KAPLOW, « Rules Versus Standards », *op. cit.*, p. 560.

légal et de l'illégal ; celle-ci ne devient tangible qu'*a posteriori*, c'est-à-dire une fois que l'action a eu lieu. En d'autres termes, le droit est donc vide de tout contenu normatif identifiable *a priori* ; ce sont les faits qui déterminent *a posteriori* ce que les individus pouvaient ou ne pouvaient pas faire.

422. Ceci témoigne du fait que règles formelles et règles instrumentales existent sur des modes distincts. À un haut degré de généralité, il est vrai que ces deux types de règles sont des entités linguistiques, qui ont pour fonction de se référer au monde : elles fonctionnent comme des « *schémas d'interprétation* »¹⁴¹⁷ de la réalité, qui permettent de « lire » la réalité et d'attribuer aux faits une signification juridique¹⁴¹⁸. Cependant, seules les règles formelles sont des formes symboliques pleines et auto-suffisantes, s'élevant au-dessus de la réalité pour permettre de l'appréhender de l'extérieur. En effet, si les règles formelles présentent un « *contenu idéal* » qui est « *immédiatement apparent* »¹⁴¹⁹, c'est parce que l'énoncé linguistique projette une forme abstraite qui *représente* un comportement concret. Ainsi, il n'est pas besoin de confronter les règles formelles au monde des faits pour qu'elles signifient quelque chose – nous pouvons nous figurer ce que signifie « conduire à 350 km/h » même si nous n'avons jamais vu quelqu'un conduire à cette vitesse¹⁴²⁰. C'est pourquoi les règles formelles permettent de distinguer *a priori* le légal de l'illégal, en dehors de toute référence à une situation factuelle particulière.

423. À l'inverse, les règles instrumentales sont peut-être des formes symboliques, mais alors des formes symboliques « trouées de l'intérieur ». En effet, les énoncés linguistiques des règles instrumentales sont vides de tout contenu substantiel, puisqu'ils ne représentent rien de tangible empiriquement – ce sont des signifiants sans signifié. Pour reprendre l'exemple développé ci-dessus, il est impossible de se figurer *in abstracto* ce que constitue une conduite « excessive ». Ce n'est qu'au regard de faits déterminés, d'un contexte actionnel spécifique, que le caractère « excessif » d'une conduite devient signifiant. Ainsi, la forme symbolique de la règle instrumentale attend l'irruption d'un contexte factuel spécifique pour « se remplir » d'un contenu normatif spécifique. En l'absence de contexte factuel, la règle instrumentale est vide de sens, car elle ne représente aucune conduite

¹⁴¹⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 5.

¹⁴¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 4-6.

¹⁴¹⁹ L. KAPLOW, « Rules Versus Standards », op. cit., p. 569, n. trad.

¹⁴²⁰ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 69 (contrairement aux standards, les règles sont « *clearly distinguishable from the conduct they govern* »).

humaine que l'on puisse se figurer en tant que telle. Par conséquent, là où les règles formelles projettent un contenu normatif propre, qui permet de distinguer *a priori* le légal de l'illégal, le contenu normatif des règles instrumentales est suspendu à l'irruption d'un contexte factuel, lequel permettra de distinguer – mais uniquement *a posteriori* – le légal de l'illégal.

424. Il est donc possible de distinguer clairement, sur le plan théorique, les règles formelles des règles instrumentales¹⁴²¹. Chaque fois qu'une règle présente un contenu normatif identifiable *a priori*, c'est-à-dire indépendamment des faits, la norme est une règle formelle. À l'inverse, chaque fois qu'une règle ne présente aucun contenu normatif identifiable *a priori* mais qu'elle suppose d'évaluer les faits, les choix réalisés par le destinataire de la norme, les moyens choisis et les buts poursuivis, alors la norme appartient à la catégorie des règles instrumentales : ce sont les faits qui déterminent *a posteriori* le droit.

§ II. – Une distinction à relativiser en pratique : règles hybrides et hybridation des règles

425. Valide sur le plan théorique, la distinction entre règles formelles et règles instrumentales doit être relativisée en raison de l'existence de règles hybrides et du processus d'hybridation des règles.

426. **Premièrement**, le législateur peut formuler des règles juridiques qui ne relèvent à proprement parler ni de la catégorie des règles formelles, ni de la catégorie des règles instrumentales. Ces règles sont dites « hybrides ». À ce titre, Kathleen M. Sullivan distingue deux situations : celle où le législateur formule une « *règle stricte* » comportant « *une*

¹⁴²¹ Cette différence de nature justifie l'utilisation des expressions « règles formelles » et « règles instrumentales » (plutôt que les termes « règles » et « standards »). D'une part, la dénomination de « règle formelle » permet de rendre compte du fait que certaines règles sont des *formes symboliques autonomes* au travers desquelles la réalité peut être *observée et décrite*. Elles entretiennent avec les faits exactement le même rapport que la *théorie* ou le *concept* dans l'univers scientifique : les règles formulent des catégories abstraites et permettent d'apposer un *cadre* à la réalité afin de la rendre *signifiante*. D'autre part, la dénomination de « règle instrumentale » renvoie au fait que d'autres règles sont des formes symboliques *vides de tout contenu substantiel*, qui se bornent à autoriser les sujets de droit à poursuivre un objectif tout en leur enjoignant à se conformer à un standard général de comportement (ils doivent se comporter de manière « raisonnable », « juste », « non-excessive », etc.). Par conséquent, déterminer le contenu normatif du droit suppose d'*évaluer* l'action humaine à l'aune de l'objectif poursuivi, et donc de mettre en œuvre un jugement de type instrumental, centré sur l'adéquation moyens/fins : pour savoir si une action est « raisonnable », « proportionnée », « juste », etc., il faudra juger les *choix* opérés par le destinataire de la norme entre les différents *moyens* à sa disposition pour réaliser ses *objectifs* (sur ce point, v. *ibid.*, p. 90 : « *In the pure case of substantive justice, there is neither rulemaking or rule applying, because rather than prescriptive rules there are only choices as to what should be accomplished and judgments of instrumental rationality about how to get it done* »).

exception semblable à un standard », et celle où le législateur formule un standard dont l’application est confinée « *à des domaines délimités par une règle* »¹⁴²². Ou, pour reprendre la terminologie de la présente étude, il s’agit *i)* du cas où une règle formelle contient une exception formulée sous la forme d’une règle instrumentale, et *ii)* du cas où une règle instrumentale s’applique à un domaine délimité par une règle formelle. Seul ce premier type de règle hybride intéresse cette étude et fera l’objet d’un développement.

427. Pour reprendre l’exemple donné ci-dessus, le législateur pourrait répondre au problème de la circulation automobile dans les agglomérations en édictant la règle suivante : « Il est interdit de circuler au-delà de 50 km/h dans les agglomérations, sauf dans les cas où une telle limitation apparaîtrait déraisonnable ». D’une part, cette règle contient indubitablement une dimension formelle, puisqu’elle identifie un comportement-type défini *a priori* (le fait de circuler au-delà de 50 km/h dans les agglomérations) auquel est octroyé une valeur juridique (l’interdiction). Mais d’autre part, cette règle contient une dimension instrumentale. En effet, cette règle contient une exception (« sauf dans les cas où... ») : les automobilistes sont autorisés à circuler au-delà de 50 km/h lorsqu’il apparaîtrait « déraisonnable » de circuler en-deçà de cette vitesse. Or, cette qualité – le caractère « déraisonnable » d’une conduite automobile – n’est pas accessible *a priori* à l’entendement. C’est uniquement à l’aune de faits déterminés qu’il devient possible de dire si les choix effectués par le conducteur étaient, au regard de l’objectif poursuivi par sa conduite et des circonstances de l’action, « déraisonnables » ou non. Au travers de la clause d’exception, cette règle contient donc également une dimension instrumentale. Il s’agit donc d’une règle hybride répondant au premier cas de figure envisagé par Sullivan.

428. Deuxièmement, il arrive que des règles formulées initialement sous la forme de règles formelles ou de règles instrumentales s’hybrident au cours du temps et des interprétations. Il existe deux cas de figure : *i)* celui où une règle formelle se transforme en règle instrumentale, et *ii)* le cas inverse où une règle instrumentale se transforme en règle formelle¹⁴²³.

¹⁴²² K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 61, n. trad.

¹⁴²³ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 61 ; M. J. RADIN, « Presumptive Positivism and Trivial Cases », *op. cit.*, p. 835.

429. Soit, de nouveau, la règle formelle suivante : « Il est interdit de circuler au-delà de 50 km/h dans les agglomérations ». Imaginons qu’au fil du temps, les juges estiment que cette règle ne parvient à capturer l’objectif substantiel sous-jacent que de manière imparfaite, et qu’ils formulent de très nombreuses exceptions. Par exemple, les juges autorisent les automobilistes à circuler au-delà de 50 km/h dans le cas où ils transportent une femme sur le point d’accoucher ou un blessé en urgence vitale, dans le cas où ils cherchent à échapper à une tentative de meurtre, ainsi que dans toute une foultitude de situations où les conséquences d’un comportement conforme à la règle ne permettraient pas de remplir le double objectif de liberté et de sécurité. Quel serait le raisonnement sous-jacent des juges ? Ceux-ci estimerait qu’il serait *déraisonnable* de contraindre les automobilistes à circuler en toutes circonstances en-deçà de 50 km/h. Par conséquent, il existerait un point de rupture où la règle formelle serait « *corrompue par des exceptions* »¹⁴²⁴ au point de ressembler à une règle instrumentale. Du fait de cette multiplication des exceptions, la règle ne serait plus « Il est interdit de circuler au-delà de 50 km/h dans les agglomérations », mais « Il est interdit d’adopter une vitesse excessive au regard des circonstances de fait ». La règle formelle s’hybriderait donc en règle instrumentale.

430. Soit, inversement, la règle instrumentale suivante : « Il est interdit d’adopter une vitesse excessive dans les agglomérations ». Imaginons qu’au fil du temps et des interprétations, les juges en viennent à considérer qu’il est *toujours* « excessif » de circuler au-delà d’une certaine limite (par exemple, 50 km/h) en agglomération et, inversement, qu’il soit *toujours* « raisonnable » de circuler en-deçà de cette limitation. Aucune situation factuelle ne justifierait jamais de circuler au-delà de cette limitation, et aucune situation factuelle n’exigerait jamais de circuler en-deçà. Nous serions alors dans le cas où les juges attachent « *des poids tellement fixes aux multiples facteurs* »¹⁴²⁵ pouvant entrer en considération que la règle ne serait plus « Il est interdit d’adopter une vitesse excessive dans les agglomérations », mais « Il est interdit de circuler au-delà de 50 km/h en agglomération ». De ce point de vue, une règle instrumentale peut se transformer en règle formelle lorsque celle-ci a, par voie d’interprétation, atteint une certaine « *maturité épistémologique* »¹⁴²⁶, c’est-à-dire lorsque les interprètes ont réussi à figer ce qu’une « conduite excessive » signifiait dans le monde réel.

¹⁴²⁴ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 61, n. trad.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, n. trad.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, p. 62, n. trad.

*

431. Conclusion de la Sous-section 1. Les opérateurs du champ juridique peuvent produire deux types de règles juridiques : des règles formelles et des règles instrumentales. Celles-ci se distinguent par un critère déterminant. Là où les règles formelles présentent un contenu normatif identifiable *a priori*, de sorte qu'il est possible de déterminer de manière abstraite (c'est-à-dire hors de toute référence à une situation concrète) ce qui est légal et ce qui ne l'est pas, les règles instrumentales ne revêtent de contenu normatif qu'une fois qu'elles sont confrontées à une situation factuelle déterminée. Dans le cas des règles instrumentales, ce sont les faits qui déterminent le droit ; dans le cas des règles formelles, le droit est inscrit dans la forme de l'idée et permet ainsi de saisir les faits de l'extérieur. Cependant, cette distinction doit être relativisée en pratique par un double phénomène, celui de la formulation de règles hybrides par le législateur et celui de l'hybridation des règles au cours du processus d'interprétation. Or, il est déjà possible de pressentir, à ce degré de généralité, que les règles formelles et les règles instrumentales n'imposent pas le même niveau de contrainte aux sujets du droit.

Sous-Section 2. – Les conséquences de la distinction sur le degré de normativité du droit : appréciation objective de la légalité vs. évaluation subjective de la légalité

432. Saisir les conséquences de la distinction entre règles formelles et règles instrumentales sur le niveau de contrainte imposée aux sujets de droit suppose de voir que l'application des règles formelles et des règles instrumentales n'exige pas de réaliser le même type d'opération intellectuelle. En effet, les avantages et les inconvénients respectifs des règles formelles et des règles instrumentales se révèlent lorsque l'on s'interroge phénoménologiquement sur le *processus mental d'application du droit*¹⁴²⁷. En substance, la distinction se résume à ceci. L'apprehension des actions humaines par le biais de règles

¹⁴²⁷ À titre liminaire, il convient de relever que ces opérations intellectuelles sont les mêmes quelle que soit la personne amenée à appliquer le droit et à juger de la licéité des actes commis (destinataire de la norme, juge, conseiller juridique, supérieur hiérarchique, doctrine juridique, etc.). Bien évidemment, le fait que ces acteurs interviennent à différents points d'une même chronologie (avant la commission de l'acte ou dans un temps plus ou moins éloigné après la commission de l'acte) a son importance quant à l'application du droit et à l'appréciation de la légalité de l'acte. Néanmoins, il est clair que la structure interne des règles que l'on applique soumet l'application du droit à un seul et même type d'opération intellectuelle, quel que soit l'acteur impliqué dans cette opération. Ceci justifie d'étudier le processus d'application du droit en lui-même et pour lui-même tout en distinguant, le cas échéant, les difficultés liées à l'application du droit et à l'appréciation de la légalité des actes en fonction du moment où ce processus est mis en œuvre.

formelle permet une appréciation objective de la légalité des comportements, car l'application du droit suppose de vérifier empiriquement l'existence de certains faits (§ I). En miroir, les règles instrumentales supposent une évaluation subjective de la légalité des actions, puisque l'application du droit exige d'évaluer l'ensemble des circonstances de l'action pour déterminer si les moyens mis en œuvre pour atteindre un but demeuraient ou non dans les limites du raisonnable¹⁴²⁸ (§ II).

§ I. – L'appréciation objective de la légalité, conséquence de l'appréhension des actions humaines par le biais de règles formelles

433. Les règles formelles se caractérisent par le fait qu'elles cherchent à réaliser l'objectif substantiel du droit en définissant *a priori* un comportement-type, vis-à-vis duquel les sujets du droit doivent réagir d'une manière spécifique : la norme indique qu'ils peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter ce comportement. En tant que tel, le contenu normatif de la règle formelle est indépendant des comportements auxquels elle a vocation à s'appliquer. Il s'agit d'un outil idéal qui permet de représenter la réalité. Ce faisant, les règles formelles permettent d'appréhender la réalité de l'extérieur, d'observer les comportements adoptés par les individus à l'aune du contenu normatif du droit. Dès lors, déterminer la légalité d'un acte soumis à une règle formelle suppose uniquement de mettre en relation un comportement adopté par un individu au contenu normatif de la règle formelle. Par leur structure interne, les règles formelles font de l'application du droit une question « *empirique* »¹⁴²⁹, voire « *mécanique* »¹⁴³⁰, consistant à vérifier l'existence objective de certains faits définis en amont par la règle. Celui qui contrôle la légalité d'un acte doit donc se livrer à « *opération objective ou "cognitive"* »¹⁴³¹ : il faut « *"subsumer" les faits particuliers sous des rubriques classificatoires générales* »¹⁴³².

¹⁴²⁸ Le terme raisonnable est utilisé ici comme un terme générique englobant l'ensemble des standards généraux de comportements inclus dans les règles instrumentales (« juste », « excessif », « utile », « nécessaire », « proportionné », « raisonnable », etc.).

¹⁴²⁹ P. SCHLAG, « Rules and Standards », *op. cit.*, p. 382, n. trad.

¹⁴³⁰ Du. KENNEDY, « Legal Formality », *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n°1, 1973, p. 364, n. trad.

¹⁴³¹ *Ibid.*, n. trad.

¹⁴³² H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 125, n. trad.

434. Cette opération intellectuelle peut être illustrée au travers d'un exemple tiré du droit pénal¹⁴³³. L'article 311-1 du Code pénal français incrimine le vol, défini comme « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »¹⁴³⁴. Cette disposition définit un comportement-type (le vol) que l'on peut décomposer en plusieurs éléments constitutifs : constitue un « vol » au sens du droit pénal le fait de *i)* soustraire *ii)* de manière frauduleuse *iii)* une chose *iv)* appartenant à autrui¹⁴³⁵. De plus, le Code pénal accorde une valeur normative au vol : ce comportement est interdit. Ce faisant, l'article 311-1 du Code pénal établit une *catégorie* à l'aune de laquelle il est possible *d'appréhender la réalité*. Il s'agit bien d'une règle formelle, jouissant d'un contenu normatif propre, posé *a priori*, qui représente un comportement-type que l'on peut se figurer abstrairement.

435. Face à n'importe quelle situation de fait, appliquer cette norme consiste à vérifier empiriquement l'existence des quatre éléments constitutifs du vol. Une « chose » appartenant à « autrui » a-t-elle été « soustraite » de manière « frauduleuse » ? Bien évidemment, le contenu substantiel de chaque élément constitutif du vol peut faire l'objet de débats et varier au fil du temps¹⁴³⁶. Mais ceci ne change rien à l'opération intellectuelle que suppose l'application de cette règle. En effet, quel que soit le contenu des éléments constitutifs du vol, appliquer cette règle à une situation de fait consistera *toujours* à vérifier empiriquement la réunion des critères objectifs (de « faits ») préalablement établis par la règle formelle. Ainsi, là où les règles instrumentales font de la légalité une question de « plus ou moins »¹⁴³⁷, les règles formelles font de la légalité une question de « dedans ou dehors » : soit les comportements entrent dans les catégories abstraites et tombent sous le coup de l'interdiction, soit ils n'y entrent pas et échappent donc à l'interdiction. Par conséquent, les règles formelles permettent une appréciation objective de la légalité des actes, puisque déterminer la légalité d'un acte suppose uniquement de vérifier empiriquement l'existence de certains critères préétablis. De cette qualité – l'objectivité – découle les deux avantages que procurent les règles formelles.

¹⁴³³ Le droit pénal constitue un domaine faisant par définition une large place aux règles formelles. Sur ce point, v. M. KELLMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, *op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁴³⁴ FRANCE, *Code pénal*, art. 311-1.

¹⁴³⁵ Notons en passant qu'il existe un débat doctrinal sur le nombre d'éléments constitutifs de cette infraction. Celui-ci ne changeant pas la nature de l'argument qui suit, nous ne nous y attarderons pas.

¹⁴³⁶ Par exemple, peut-on « voler » de l'électricité ou des données informatiques ? S'agit-il d'une « chose » au sens de l'article 311-1 du Code pénal français ?

¹⁴³⁷ V. *infra, passim*, not. §§ 445 et 505.

436. **Premièrement**, soumettre les comportements humains à des règles formelles apporte de la certitude quant au contenu du droit et à son application. En définissant *a priori* un comportement-type auquel est attribué une valeur juridique, les règles formelles « *tracent une ligne de démarcation nette entre les comportements interdits et les comportements autorisés* », ce qui permet au destinataire de la norme de savoir à l'avance si le comportement envisagé « *se situe d'un côté ou de l'autre de la ligne* »¹⁴³⁸. La distinction entre le légal et l'illégal étant connue en amont de l'action, les destinataires de la norme peuvent « *adapter leurs activités à l'avance pour en tenir compte* »¹⁴³⁹. De plus, les règles formelles apportent de la certitude quant à l'application du droit. En effet, l'application de la règle suppose uniquement de vérifier l'existence de certains faits préétablis. Par conséquent, l'application du droit résulte d'un processus de subsomption du droit aux faits, ce qui rend l'application du droit relativement « *certaine et prédictible* »¹⁴⁴⁰.

437. **Deuxièmement**, il est admis que l'appréhension des comportements humains par le biais de règles formelles limite au maximum la possibilité d'arbitraire dans l'application du droit. En effet, les règles formelles se bornent à décrire par des critères objectifs les comportements que les sujets de droits peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter. Tout ce qui importe, c'est donc de savoir si, dans les faits, les critères prédéfinis par le droit sont réunis ou non. La situation subjective dans laquelle se trouvait le sujet du droit au moment de l'action – les objectifs qu'il poursuivait, les circonstances de l'action, les moyens qu'il a mis en œuvre pour y parvenir, etc. – n'a aucun impact sur l'application du droit ; seule compte la réalisation objective d'un acte juridiquement autorisé, interdit ou obligatoire¹⁴⁴¹. En tant que telles, les règles formelles sont donc parfaitement hermétiques aux jugements de valeurs : le fait que la règle formelle empêche le sujet de droit de réaliser tel ou tel objectif, même parfaitement légitime, est sans incidence sur l'appréciation de la légalité de l'action. Cette impossibilité de subvertir la norme en recourant à des jugements de valeur vaut à tous les niveaux. Tout d'abord, le destinataire de la norme ne saurait se prévaloir de ce que le

¹⁴³⁸ P. SCHLAG, « Rules and Standards », *op. cit.*, p. 384, n. trad.

¹⁴³⁹ Du. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *op. cit.*, p. 1688, n. trad. V. ég. K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 62. En d'autres termes, la règle formelle fournit à l'individu une « *verbal description which he can use to pick out what he must do in future and when he must do it* » (H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 125).

¹⁴⁴⁰ Du. KENNEDY, « Legal Formality », *op. cit.*, p. 364, n. trad.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 359 (« [t]he essence of rule application (...) is that it is mechanical. The decision process is called rule application only if the actor resolutely limits himself to identifying those aspects of the situation which, per se, trigger his response. He must never ask whether giving this particular response, in light of the total situation including but not limited to the per se elements, is best »).

droit l'oblige à adopter un comportement qui va à l'encontre des objectifs qu'il poursuit, aussi légitimes soient-ils, pour échapper à l'interdiction : les règles formelles « *bloquent le dialogue* »¹⁴⁴² sur ce point. De même, ceux qui sont amenés à juger *a posteriori* d'un comportement litigieux ne peuvent substituer leurs propres critères aux critères établis en amont par la règle formelle : ils doivent se limiter « *aux faits* »¹⁴⁴³, c'est-à-dire à la question de savoir si l'acte litigieux correspond ou non au comportement-type visé par la règle formelle¹⁴⁴⁴. Peu importe si, de leur point de vue, l'application mécanique du droit conduit à une situation injuste.

438. Ces deux avantages peuvent de nouveau être illustrés à l'aune de l'interdiction du vol prévue à l'article 311-1 du Code pénal. En définissant *a priori* un comportement-type interdit à l'aide de plusieurs éléments constitutifs, cette règle apporte une grande certitude vis-à-vis de l'état du droit. Ici, personne n'a à « *deviner ce qui est prévu* » par le droit ni « *ce qui sera approuvé* » par les juges : hors quelques cas-limites inévitables, le droit est « *clair, fiable et certain* »¹⁴⁴⁵. De plus, cette règle ne laisse aucune place aux jugements de valeurs du destinataire de la norme ou du juge. Par exemple, le destinataire de la norme ne saurait arguer que l'application stricte de la loi entraîne des conséquences néfastes pour lui-même ou pour autrui : en tant que tel, l'article 311-1 du Code pénal français se borne à interdire le vol indépendamment des motivations individuelles du voleur (peu importe *ce pour quoi* il s'est approprié la chose d'autrui). De même, cette règle formelle force les juges à se limiter à une application mécanique de la règle, consistant à vérifier que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis dans les faits. Ils ne peuvent évaluer la situation dans laquelle l'individu se trouvait ou les motifs pour lesquels il a commis ses actes. Ainsi, les règles formelles empêchent les agents d'application du droit (policiers, juges, etc.) d'agir sur la base de leur propre sentiment du juste et de l'injuste¹⁴⁴⁶.

439. Cependant, les règles formelles présentent également des défauts, et en particulier celui d'être condamnée à la sous-inclusion (*under-inclusiveness*) ou à la sur-inclusion (*over-inclusiveness*). Pour saisir ce problème, il faut rappeler que les règles formelles visent à

¹⁴⁴² K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 58, n. trad.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 63, n. trad.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 58 (« [r]ules aim to confine the decisionmaker to facts, leaving irreducibly arbitrary and subjective value choices to be worked out elsewhere »).

¹⁴⁴⁵ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 125, n. trad.

¹⁴⁴⁶ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, pp. 63-64.

réaliser certains objectifs substantiels : elles forcent les individus à agir d'une manière prédéterminée afin de préserver certaines valeurs, de réaliser certains objectifs¹⁴⁴⁷. Au moment de leur formulation, elles capturent ainsi certaines valeurs à protéger pour ensuite « *opérer de manière indépendante* »¹⁴⁴⁸, puisque les règles formelles supposent une appréciation objective des faits, aveugle vis-à-vis des finalités poursuivies par l'individu. Or, il arrive que l'application mécanique de la règle formelle conduise à des résultats injustes au regard de l'objectif substantiel initialement poursuivi par la règle. D'où le problème de la sur- et de la sous-inclusion : les règles formelles risquent d'inclure dans leur champ d'application des situations qui, au regard des objectifs poursuivis par le droit, devraient en être exclues (sur-inclusion), ou bien d'exclure de leur champ d'application des situations qui, pour les mêmes raisons, devraient en relever (sous-inclusion). Ce problème s'explique par le fait que la *forme* retenue par la règle ne peut capturer la *substance* des principes de justice ou des objectifs politiques que « *de manière incomplète* »¹⁴⁴⁹. Face à ce problème, les juges ne peuvent pas trancher le cas particulier en se référant directement aux objectifs que la règle s'évertue à traduire juridiquement, car le propre de la règle formelle est précisément de forcer le juge à appliquer mécaniquement le droit, sans avoir égard aux finalités poursuivies par l'individu. Il est donc inévitable que les juges soient conduits à « *traiter différemment des cas qui sont en fait substantiellement similaires* » ou bien à « *traiter de manière similaire des cas qui sont différents* »¹⁴⁵⁰, car la structure même des règles formelles conduit nécessairement à ce que des comportements « *parfaitemen tinnocents* » au regard des objectifs poursuivis par la règle soient punis, ou bien que des « *comportements manifestement coupables* »¹⁴⁵¹ échappent à la sanction.

440. Ce problème de la sous- et de la sur-inclusion des règles formelles peut être illustré au travers de l'exemple suivant¹⁴⁵². En droit français, le Code électoral limite la qualité d'électeur aux personnes de nationalité française âgées de dix-huit ans accomplis¹⁴⁵³. Il s'agit d'un cas classique de règle formelle, dont le contenu normatif est donné *a priori*. L'application d'une telle règle suppose simplement de vérifier empiriquement l'existence de

¹⁴⁴⁷ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 89 (« *the laws are made against the background of the ends they are designed to promote* »).

¹⁴⁴⁸ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », op. cit., p. 58, n. trad.

¹⁴⁴⁹ Ibid., n. trad.

¹⁴⁵⁰ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », op. cit., p. 62, n. trad.

¹⁴⁵¹ Du. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », op. cit., p. 1695, n. trad.

¹⁴⁵² Cet exemple est librement inspiré de M. KELLMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, op. cit.

¹⁴⁵³ FRANCE, *Code électoral*, article L2 (« [s]ont électeurs les Françaises et Français âgés de dix-huit ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi »).

deux critères objectifs, à savoir la nationalité et l'âge de la personne. Par sa référence à l'âge, on peut imaginer que cette règle poursuit implicitement un objectif substantiel : empêcher les personnes politiquement immatures de voter. Or, cette limite d'âge stricte est forcément arbitraire. D'une part, il y aura nécessairement des personnes de moins de dix-huit ans parfaitement matures sur le plan politique qui seront empêchées de voter. Cette règle s'expose donc à la critique de la sur-inclusion, car elle inclut de son champ d'application des personnes qui, au regard de l'objectif sous-jacent, devraient en être exclus. D'autre part, il y a aura forcément des personnes de plus de dix-huit ans tout à fait immatures qui seront autorisés à voter. Cette règle peut donc être accusé d'être sous-inclusive, en excluant de son champ d'application des cas devraient y être inclus. Pour autant, en cas de litige, les agents d'application des lois doivent s'en tenir aux critères objectifs préétablis ; ils ne peuvent en aucun cas juger de la qualité d'électeur par simple référence à l'objectif politique sous-jacent, à savoir la « maturité politique » des électeurs. De ceci découle à la fois la force et la faiblesse des règles formelles. En posant des critères objectifs stricts dont les agents d'application des lois doivent se borner à vérifier empiriquement l'existence, les règles formelles permettent au droit d'être clair et certain et d'éviter l'immixtion de jugements de valeur, forcément arbitraires (qu'est-ce que la « maturité politique » ?). Mais dans le même temps, les règles formelles empêchent de se référer directement à l'objectif politique sous-jacent poursuivi par le droit, ce qui pose problème : il arrivera nécessairement que l'application mécanique du droit donne lieu à des solutions allant à l'encontre des finalités poursuivies par la règle.

441. À l'aune de ce qui précède, il apparaît que les règles formelles présentent un haut degré de normativité. En effet, ces règles enferment l'action humaine dans des catégories préétablies, dont ni le sujet de droit, ni le juge ne peuvent se départir au motif que l'application stricte et mécanique du droit conduit à des situations injustes – *dura lex, sed lex*. En particulier, les règles formelles ne peuvent être subverties par un jugement utilitariste consistant à dire que les actes commis par l'individu, aussi illicites soient-ils, constituaient en réalité des moyens nécessaires pour remplir un objectif légitime. Les règles formelles sont hermétiques aux jugements de valeur : elles fixent des « *conditions limites* » à l'action humaine, dont la validité n'est pas « *soumise aux calculs de la rationalité* ».

instrumentale »¹⁴⁵⁴. Ce faisant, la liberté d'action des individus est enfermée dans des limites fermes et définitives. Tel n'est pas le cas des règles instrumentales.

§ II. – L'évaluation subjective de la légalité, conséquence de l'appréhension des actions humaines par le biais de règles instrumentales

442. Plutôt que de définir *in abstracto* les comportements-type que les sujets du droit peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter, les règles instrumentales se contentent de renvoyer directement aux objectifs substantiels que le droit cherche à réaliser. Ce faisant, les règles instrumentales se bornent à soumettre l'action humaine à un standard général de comportement : les individus peuvent agir comme ils l'entendent en vue de la réalisation d'un objectif substantiel prédéterminé, tant que leur comportement demeure dans les bornes du « raisonnable », tant que les moyens employés sont « nécessaires » ou « proportionnés », tant qu'ils agissent de manière « non-excessive » ou de « bonne foi », etc.

443. Par leur structure même, l'application des règles instrumentales exige un tout autre type d'opération intellectuelle que l'application des règles formelles. Le caractère distinctif de l'application des règles instrumentales réside dans le fait que la légalité d'un acte n'est pas une question empirique ou logique, car il n'existe aucun comportement-type décomposé en éléments constitutifs dont il s'agirait de vérifier l'existence, mais « évaluative »¹⁴⁵⁵. En effet, le recours à des standards généraux de comportement – le comportement raisonnable, juste, non-excessif, nécessaire, proportionné, etc. – suppose de juger le comportement de l'individu à l'aune des objectifs substantiels défendus par le droit : on se demande si, au regard des faits, l'individu a globalement « bien agi » en vue de la réalisation d'un objectif légitime. Ceci suppose de se poser toute une foule de questions, parmi lesquelles : l'individu a-t-il agi de manière à réaliser des objectifs légitimes, reconnus comme tels par l'ordre juridique ? La décision qu'il a prise était-elle, au regard du contexte, de nature à réaliser ces objectifs ? Aurait-il pu ou dû prendre d'autres décisions ? En particulier, aurait-il pu atteindre le même objectif en employant des moyens d'action moins

¹⁴⁵⁴ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 98, n. trad.

¹⁴⁵⁵ P. SCHLAG, « Rules and Standards », op. cit., p. 382, n. trad.

invasifs pour les autres ? C'est à l'aune de l'ensemble de ces questions évaluatives qu'il devient possible d'évaluer la licéité d'un comportement soumis à une règle instrumentale.

444. Ce processus intellectuel sera illustré au travers des règles relatives au recours à la force par les agents du maintien de l'ordre¹⁴⁵⁶. Selon l'article R211-13 du Code de la sécurité intérieure, « [l']emploi de la force par les représentants de la force publique n'est possible que si les circonstances le rendent absolument nécessaire au maintien de l'ordre public »¹⁴⁵⁷. De plus, « [l']a force déployée doit être proportionnée au trouble à faire cesser et son emploi doit prendre fin lorsque celui-ci a cessé »¹⁴⁵⁸. Ces deux normes constituent des exemples typiques de règles instrumentales. En effet, cet article ne cherche pas à définir précisément les conditions concrètes dans lesquelles les agents du maintien de l'ordre peuvent employer la violence pour maintenir l'ordre public, ni les comportements qu'ils peuvent (ou ne peuvent pas) adopter pour faire cesser les troubles à l'ordre public¹⁴⁵⁹. De même, il aurait été possible de définir abstraitements ce qu'un recours « proportionné » à la force exige en pratique, en définissant les conditions précises dans lesquelles les agents du maintien de l'ordre peuvent employer telle méthode, tel procédé ou telle arme pour rétablir l'ordre public¹⁴⁶⁰. Or, cet article ne définit aucun comportement-type que l'on pourrait se figurer abstraitements : en eux-mêmes, un recours à la force « absolument nécessaire au maintien de l'ordre public » ou bien un usage de la force « proportionné au trouble à faire cesser » ne signifient rien de concret. Il s'agit donc de règles instrumentales.

445. Ainsi, plutôt que de définir *a priori* des comportements-type, cet article renvoie implicitement aux deux valeurs que le droit cherche à protéger : le maintien de l'ordre public et la préservation des libertés individuelles. D'une part, il faut permettre aux agents du maintien de l'ordre de recourir à la violence pour rétablir l'ordre public (standard de nécessité) et, une fois que la décision de recourir à la violence est prise, qu'ils puissent employer les moyens à même d'y parvenir (standard de proportionnalité). Mais d'autre part, il faut éviter que les agents du maintien de l'ordre ne recourent systématiquement à la

¹⁴⁵⁶ Sur le cadre juridique applicable au recours à la force en droit français, v. FRANCE, DEFENSEUR DES DROITS, *Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie*, décembre 2017, pp. 21-24.

¹⁴⁵⁷ *Code de la sécurité intérieure*, art. R211-13.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*

¹⁴⁵⁹ Il aurait été possible de définir abstraitements les situations dans lesquelles il est « absolument nécessaire » de recourir à la force pour maintenir l'ordre public (émeute, pillage, présence d'individus équipés pour l'affrontement, etc.).

¹⁴⁶⁰ La réglementation de certaines armes est bien plus précise. V. FRANCE, DEFENSEUR DES DROITS, *Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie*, op. cit., pp. 21-25.

violence pour rétablir l'ordre public ou que la violence déployée pour parvenir à cette fin ne dépasse certaines bornes. Les deux standards employés – l'absolue nécessité et la proportionnalité – permettent de répondre à ces deux impératifs. Ces standards fixent un *seuil* : tant que les agents du maintien de l'ordre se bornent à employer la force lorsque cela est « absolument nécessaire » et se contentent de n'employer que la violence « proportionnée » pour rétablir l'ordre public, leur action est légale. Au-delà de ce seuil, leur action devient illégale : elle fait prévaloir l'impératif de maintenir l'ordre public au détriment des libertés individuelles des citoyens. Déterminer la légalité d'un comportement soumis à une règle instrumentale est donc affaire de mesure, de « *plus ou moins* »¹⁴⁶¹.

446. En pratique, l'application de ces deux règles instrumentales suppose de se plonger dans le monde des faits afin d'évaluer l'action à l'aune de l'ensemble des circonstances d'espèce, pour savoir si les agents du maintien de l'ordre se sont conformés ou non aux deux standards généraux de comportement¹⁴⁶². Ainsi, pour déterminer si le recours à la force était « absolument nécessaire au maintien de l'ordre public », il faut se poser toute une foule de questions factuelles. Où avait lieu l'attroupement ? De combien de personnes était-il constitué ? Ces personnes s'apprêtaient-elles à commettre ou bien commettaient-elles des actes troublant l'ordre public ? Y avait-il d'autres moyens d'obtenir leur dispersement que le recours à la force ? Et dans le cas où la force a effectivement été utilisée, déterminer si la force déployée était « proportionnée au trouble à faire cesser » suppose d'éclairer le contexte en répondant à d'autres questions de fait. De quels moyens disposaient les agents du maintien de l'ordre ? Les personnes constituant l'attroupement étaient-elles équipées pour faire face aux agents ? Quels moyens furent effectivement employés dans les faits ? Ces moyens étaient-ils en adéquation avec la capacité et la détermination des personnes attroupées à résister ? Existait-il d'autres moyens moins violents de nature à faire cesser le trouble ?

447. L'application des règles instrumentales suppose donc une évaluation *ad hoc* des décisions prises par le destinataire de la norme, perçues à l'aune de l'ensemble des circonstances de fait. Une décision sera jugée licite si « *elle est la mieux calculée pour faire avancer un objectif reconnu* »¹⁴⁶³ par le droit. Or, la relation « *entre une décision particulière*

¹⁴⁶¹ M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, p. 30, n. trad.

¹⁴⁶² L'article R211-13 du *Code de la sécurité intérieure* énonce d'ailleurs que ce sont les « *circonstances* » qui rendent un recours à la force « *absolument nécessaire au maintien de l'ordre public* ».

¹⁴⁶³ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, *op. cit.*, p. 90, n. trad.

et l'objectif [visé par le droit] est celle d'un moyen au service d'une fin »¹⁴⁶⁴. En effet, ce que l'on juge dans le cas du maintien de l'ordre, ce sont les décisions prises par les agents pour réaliser le double objectif visé : leurs décisions permettaient-elles de rétablir l'ordre public tout en préservant suffisamment les libertés individuelles des citoyens ? En d'autres termes, les moyens mis en œuvre permettaient-ils de réaliser adéquatement cette fin ? Par conséquent, dans le cas des règles instrumentales, il n'est pas question de vérifier l'existence de tel ou tel fait prédefini, mais de juger les « *choix* » des destinataires de la norme, ce qui suppose d'émettre un « *jugement de rationalité instrumentale sur la manière de le faire* »¹⁴⁶⁵. Sur cette base, il est généralement admis que l'appréhension des comportements humains par le biais de règles instrumentales présente deux avantages.

448. **Premièrement**, les règles instrumentales sont bien plus « *flexibles* »¹⁴⁶⁶ que les règles formelles. Ces dernières apportent peut-être de la certitude quant au contenu normatif du droit, mais ceci découle en dernière analyse de leur rigidité. À l'inverse, les règles instrumentales permettent de « *prendre en compte tous les facteurs pertinents* »¹⁴⁶⁷ d'une situation et, plutôt que d'enfermer la réflexion dans de tel ou tel critère préétabli, permettent d'évaluer « *l'ensemble des circonstances* »¹⁴⁶⁸ de l'action. De là, deux implications. Tout d'abord, les règles instrumentales sont plus *justes* que les règles formelles, si l'on entend par-là qu'elles permettent de « *traiter de la même manière des affaires qui sont semblables sur le fond* »¹⁴⁶⁹. Ces règles permettent effectivement de dépasser le problème de la sur- et de la sous-inclusion, car rien n'est *a priori* inclus ou exclu du champ d'application de la règle. Ensuite, les règles instrumentales permettent une appréciation dynamique des situations de fait, puisqu'elles ne « *figent* » aucun comportement *a priori*. Par conséquent, là où les règles formelles « *tendent à l'obsolescence* », dans la mesure où le contenu normatif du droit est établi de manière définitive au moment de la formulation des règles, il est possible d'« *adapter* » les règles instrumentales « *à l'évolution des circonstances au fil du temps* »¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, n. trad.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, n. trad.

¹⁴⁶⁶ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 66, n. trad.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 60, n. trad.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 59, n. trad.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 66, n. trad.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, n. trad. Pour reprendre l'exemple du maintien de l'ordre, les règles instrumentales demeurent valables et pertinentes quels que soient les moyens dont disposent les agents du maintien de l'ordre au regard des évolutions techniques : n'importe quel nouveau moyen d'action pourra être évalué à l'aune de sa proportionnalité.

449. Deuxièmement, les règles instrumentales aménagent un « *espace de liberté* »¹⁴⁷¹, une certaine marge de manœuvre au profit du destinataire de la norme, car rien – aucun moyen d'action – n'est *a priori* exclu en vue de la réalisation de l'objectif. Tout est toujours envisageable, pourvu que les circonstances témoignent de la nécessité d'adopter tel comportement ou de la proportionnalité de tel moyen d'action. La distinction entre le légal et l'illégal n'est pas « *figée* » : elle « *dépend du cas d'espèce* »¹⁴⁷², et notamment des finalités de l'action, des choix effectués, des moyens mis en œuvre, des choix alternatifs qui se présentaient, du contexte général, etc. Mais surtout, les règles instrumentales « *permettent aux destinataires de la norme de porter un jugement individualisé sur le caractère offensant ou non-offensant de leur propre comportement* »¹⁴⁷³. Dans la mesure où les règles instrumentales n'établissent *a priori* aucune limite fixe à l'action, les destinataires de la norme sont amenés à *juger eux-mêmes de la situation* et à apprécier, au regard des circonstances de fait, ce que la réalisation de l'objectif exige de leur part en termes d'action. Pour reprendre l'exemple du maintien de l'ordre, les règles instrumentales exigent des agents qu'ils évaluent par eux-mêmes la situation, afin de déterminer si le recours à la force est « *absolument nécessaire* » et de choisir les moyens « *proportionnés* » pour faire cesser les troubles. Et une fois l'action effectuée, les destinataires de la norme seront appelés à se justifier, en montrant pourquoi ils estiment que leur comportement permettait, eu égard aux circonstances d'espèce, de réaliser l'objectif substantiel consacré par le droit.

450. Cependant, les règles instrumentales ont, comme les règles formelles, les défauts de leurs qualités. Tout d'abord, la flexibilité des règles instrumentales n'est due qu'au fait que celles-ci ne présentent aucun contenu normatif prédéterminé et ne fixent aucune limite définitive aux possibilités d'action. En effet, les règles instrumentales ne peuvent prétendre à « *aucune généralité ou stabilité* »¹⁴⁷⁴, puisqu'elles laissent aux destinataires de la norme le soin de « *déterminer les moyens à privilégier pour atteindre les objectifs* »¹⁴⁷⁵. Dès lors, les règles instrumentales ne définissent aucun « *droits et devoirs fixes* »¹⁴⁷⁶ valables en toutes circonstances, précisément parce que la mesure du légal et de l'illégal est amenée à varier selon les circonstances. En effet, on ne peut déterminer *in abstracto* ce qui est nécessaire ou

¹⁴⁷¹ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 98, n. trad.

¹⁴⁷² P. SCHLAG, « *Rules and Standards* », op. cit., p. 385, n. trad.

¹⁴⁷³ Ibid., n. trad.

¹⁴⁷⁴ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 96, n. trad.

¹⁴⁷⁵ Ibid., p. 90, n. trad.

¹⁴⁷⁶ Ibid., p. 98, n. trad.

proportionné : cela dépend du contexte factuel. Or, les contextes étant par définition variables, un seul et même moyen peut être nécessaire ou proportionné dans un cas, mais pas dans un autre. Ce qui laisse évidemment ouverte la question des *limites de l'action*. Face à un contexte exceptionnel, n'est-il pas nécessaire ou même raisonnable d'employer des mesures exceptionnelles ? Et jusqu'où peut-on aller dans l'emploi de ces moyens d'exception ? Les règles instrumentales ne le disent pas. Dès lors, l'espace de liberté dont jouissent les destinataires de la norme « *peut varier énormément* » : contrairement aux règles formelles, il n'y a aucune « *conditions limites* » dont « *la portée n'est pas (...) soumise au calcul de la rationalité instrumentale* »¹⁴⁷⁷. *In fine*, c'est la fin à réaliser, appréciée au regard du contexte, qui justifie la légalité des moyens.

451. Ensuite, il peut être compliqué d'évaluer *a posteriori*, c'est-à-dire une fois que l'action a eu lieu, la licéité d'une action soumise à une règle instrumentale. Dans un premier temps, on pourrait croire que les règles instrumentales octroient une plus grande marge de manœuvre au profit des juges. En effet, ces règles leur octroient « *plus de discrétion* »¹⁴⁷⁸ que les règles formelles, puisqu'ils seront amenés à évaluer l'ensemble de la situation d'une personne au regard des objectifs poursuivis par le droit plutôt que de vérifier mécaniquement l'existence de critères prédéfinis. Par conséquent, leur point de vue subjectif sur la situation entre en ligne de compte. De plus, il est question d'évaluer les comportements sur la base de *valeurs*. Or, il se peut que les juges octroient un poids relatifs aux valeurs en jeu qui soit différent du poids accordé à ces valeurs par les destinataires de la norme¹⁴⁷⁹. Mais en vérité, s'agissant de valeurs, il n'y a pas de bon ou de mauvais poids à leur accorder : tout dépend de la complexion affective de chacun¹⁴⁸⁰. Il risque donc d'y avoir un désaccord insoluble entre les destinataires de la norme et les juges sur la valeur relative à attribuer à tel ou tel objectif substantiel.

452. De plus, les destinataires de la norme et les juges sont amenés à connaître de la situation litigieuse dans un contexte temporel différent. Les destinataires de la norme agissent à partir de leur propre appréciation des circonstances et des informations, forcément

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, n. trad.

¹⁴⁷⁸ K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, p. 59, n. trad.

¹⁴⁷⁹ Typiquement, un agent du maintien de l'ordre risque d'être amené à octroyer une plus grande place au maintien de l'ordre qu'à la protection des libertés individuelles, ce qui fausserait entièrement le calcul de « nécessité » ou de « proportionnalité » des actes. De même pour les juges, qui pourraient être conduits à préférer la protection des libertés sur le maintien de l'ordre public, ou inversement.

¹⁴⁸⁰ Sur la subjectivité des valeurs, v. *infra*, Chapitre 8, § 1007 et §§ 1019-1033.

partielles, dont ils disposaient au moment de l'action. À l'inverse, les juges évaluent la licéité de l'action *a posteriori*, dans le calme de la salle d'audience, avec une meilleure connaissance des circonstances de fait. Ces derniers peuvent donc être amenés à considérer que, de leur point de vue, les moyens mis en œuvre par les destinataires de la norme n'étaient pas raisonnables, nécessaires ou proportionnés eu égard à l'ensemble des circonstances de fait. Or, ceci crée un décalage de perspective puisque, par définition, les destinataires de la norme ne connaissent pas l'ensemble des circonstances dans lesquelles ils agissent. Toute la question, dès lors, est de savoir quel point de vue privilégier : celui des destinataires de la norme ou bien celui des juges ? Pour que l'application des règles instrumentales soit juste, il est nécessaire de s'en remettre au point de vue des destinataires de la norme au moment de l'action. En effet, on ne saurait leur reprocher d'avoir mis en œuvre des moyens dont ils estimaient, eu égard aux circonstances qui se présentaient à eux et des informations dont ils disposaient, qu'ils permettaient de remplir adéquatement les objectifs visés. Toute situation contraire soumettrait la légalité des actes au jugement rétrospectif des juges¹⁴⁸¹.

453. Il découle de toute ceci que les règles instrumentales jouissent d'un faible degré de normativité. Comme le relève Duncan Kennedy, elles risquent de devenir, en pratique, des « *tigres de papier* »¹⁴⁸². En effet, ce sont en dernière analyse les circonstances de fait qui fixent la mesure du légal et de l'illégal. Ces règles laissent donc libre cours aux *diktats* de la rationalité instrumentale : on juge non pas les actes en eux-mêmes et pour eux-mêmes, mais uniquement en tant que moyens de parvenir à des fins. De plus, le contrôle de la légalité des actes, qui exige d'évaluer les circonstances de fait, doit se placer du point de vue des auteurs de l'acte litigieux : ce sont les circonstances de fait telles qu'appréhendées par les destinataires de la norme qui doivent être prise en compte dans l'évaluation de la licéité des actes. Par conséquent, le point de vue subjectif des sujets de droit joue un rôle déterminant dans la légalité de leurs propres actes.

¹⁴⁸¹ Ceci est particulièrement bien établi en matière de maintien de l'ordre. En effet, la Cour EDH estime que l'usage de la force par les agents de l'État « peut se justifier » au regard de l'article 2 (droit à la vie) « lorsqu'il se fonde sur une conviction honnête considérée, pour de bonnes raisons, comme valable à l'époque des événements mais qui se révèle ensuite erronée » (Cour EDH, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, arrêt du 24 mars 2001, req. n°23458/02, § 178). En d'autres termes, les faits doivent être évalués depuis le point de vue de l'auteur de l'acte au moment de l'action. Toute solution contraire imposerait aux agents de l'État « une charge irréaliste » (*ibid.*), puisqu'elle supposerait des agents une connaissance objective de l'ensemble des circonstances de fait, ce qui n'est accessible qu'*a posteriori*. Or, une telle solution conduit à restreindre l'étendue du contrôle effectué par le juge et à augmenter la marge de manœuvre des destinataires de la norme : tant qu'ils agissent raisonnablement et de bonne foi, ceux-ci ne pourront voir leur point de vue renversé au profit de celui des juges.

¹⁴⁸² Du. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *op. cit.*, p. 1696, n. trad.

*

454. Conclusion de la Sous-section 2. Aux termes des développements qui précèdent, il apparaît effectivement que les règles formelles et les règles instrumentales ne jouissent pas d'un même degré de normativité et n'imposent pas un même niveau de contrainte aux individus. Les règles formelles semblent enfermer le comportement humain dans des limites prédéterminées, fixes et rigides, desquelles on ne peut s'échapper en arguant de la légitimité de l'objectif poursuivi par ses actions. La légalité des actes litigieux est donc soumise à une appréciation objective ne laissant aucune place aux motivations subjectives des individus : seule compte la réalisation objectif d'un acte, non ses motifs. En miroir, les règles instrumentales semblent libérer le comportement humain de toute limite fixe et prédéterminée, au profit d'une appréciation *ad hoc* de la situation particulière dans laquelle l'individu agit. Les actes ne sont pas appréhendés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, mais comme des moyens de réalisation de fins, dont on ne peut évaluer l'adéquation qu'au regard des circonstances particulières de l'action. Ce faisant, les règles instrumentales donnent la priorité à la réalisation des objectifs et se détournent de l'appréciation intrinsèque des moyens employés. La légalité des actes est donc soumise à une évaluation subjective des décisions prises pour atteindre un but.

*

455. Conclusion de la Section 1. Le choix de soumettre l'action humaine à des règles formelles ou bien à des règles instrumentales n'est définitivement pas anodin. Les règles formelles, qui se caractérisent par le fait qu'elles définissent *a priori* certaines catégories d'actes autorisés, interdits ou obligatoires, confèrent au droit fixité, clarté et stabilité. La distinction entre le légal et l'illégal est connue par avance. La légalité d'une situation peut donc être appréciée objectivement, c'est-à-dire sans avoir égard à la situation particulière dans laquelle se trouvait l'individu (les finalités qu'il poursuivait, les moyens qu'il a mis en œuvre, le contexte dans lequel il agissait, etc.). Inversement, les règles instrumentales autorisent les sujets de droit à poursuivre certains objectifs substantiels tout en leur enjoignant de se conformer à un standard général de comportement. De ce fait, les règles instrumentales confèrent au droit souplesse et flexibilité : plutôt que de fixer *a priori* les moyens licites de réalisation des objectifs, les individus déterminent par eux-mêmes les moyens qu'ils jugent les plus adéquats, eu égard au contexte auquel ils font face, pour réaliser leurs fins. En dernière analyse, la préférence entre les règles formelles et les règles instrumentales dépend du degré de liberté que l'on est prêt à accorder au sujet de droit. Les

règles formelles limitent considérablement la liberté d'action, en imposant des contraintes dont on ne peut se départir en raison du contexte. À l'inverse, les règles instrumentales aménagent une grande liberté d'action, en laissant aux individus le choix des moyens à mettre en œuvre pour atteindre leurs fins. Dans son article fondateur de 1976, Duncan Kennedy suggère que la préférence pour l'un ou l'autre type de norme dépend d'un choix politique, puisque les vertus et les vices de chaque type de règle correspondent à « *des positions substantielles opposées dans la vie familiale, l'art, la psychothérapie, l'éducation, l'éthique, la politique et l'économie* »¹⁴⁸³. La distinction entre règles formelles et règles instrumentales serait ainsi « *une invitation à choisir entre des ensemble de valeurs et des visions de l'univers* »¹⁴⁸⁴. Dès lors, le nœud du problème est de savoir *ce que l'on veut* pour le droit de la guerre. Faut-il préférer soumettre l'action militaire à des règles instrumentales, laissant aux spécialistes de la violence le choix des moyens à mettre en œuvre pour atteindre leurs fins, ou bien des règles formelles, qui enferment le comportement dans des formes rigides posées *a priori*? Au cœur de cette controverse se trouve un conflit de valeur, relatif à la vision que l'on a de la guerre et de la violence – et il est clair que les humanitaires et les militaires n'y répondront pas de la même manière.

Section 2. – L'apprehension de l'action militaire par le biais de règles formelles, condition essentielle d'un encadrement effectif de l'action militaire

456. Ainsi que l'ont pressenti de nombreux spécialistes, le droit de la guerre comporte deux types de normes bien distinctes¹⁴⁸⁵, qui emportent des conséquences déterminantes sur « *ce que signifie dire que quelque chose est ou n'est pas "légal"* »¹⁴⁸⁶. Lu à l'aune du cadre théorique posé dans la section précédente, ce pressentiment est fondé : on peut se représenter la construction du droit de la guerre moderne comme une tentative de réaliser certains objectifs substantiels, tantôt par le biais de règles formelles, tantôt par le biais de règles instrumentales (**Sous-section 1**). Or, si l'on veut que le droit de la guerre soit en capacité de limiter véritablement la rationalité militaire, alors il est impératif de soumettre l'action militaire à des règles formelles plutôt qu'à des règles instrumentales, car seules ces règles permettent d'entraver la logique instrumentale de la rationalité militaire (**Sous-section 2**).

¹⁴⁸³ Du. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *op. cit.*, p. 1710.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 1712.

¹⁴⁸⁵ V. *supra*, § 410.

¹⁴⁸⁶ Da. KENNEDY, *Of War and Law*, *op. cit.*, p. 91, n. trad.

Sous-section 1. – Règles formelles et règles instrumentales dans la construction du droit de la guerre moderne

457. Comme tout régime juridique, le droit de la guerre cherche à réaliser certains objectifs substantiels. En l'occurrence, ce régime juridique cherche à permettre aux belligérants de mener la guerre de manière effective tout en empêchant que les hostilités ne dépassent les bornes tolérées par l'ordre moral¹⁴⁸⁷. Or, il existe fondamentalement deux moyens de réaliser cet objectif. En effet, il est possible de soumettre la guerre soit à des règles formelles, qui visent à réaliser cet objectif en définissant *a priori* certains comportements-type que les belligérants peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter, soit à des règles instrumentales, qui se réfèrent directement à cet objectif et laissent aux belligérants le soin de déterminer les moyens d'y parvenir, tout en soumettant leur action à des standards généraux de comportements. Dans les faits, le droit de la guerre est formulé à la fois au travers de règles formelles et de règles instrumentales. Plutôt que de se livrer à une recension exhaustive¹⁴⁸⁸, nous procéderons à une reconstruction logique du droit de la guerre mettant en évidence le double mouvement qui caractérise le processus de formulation des règles juridiques¹⁴⁸⁹. Dans un premier temps, les opérateurs du droit font face à la nécessité d'introduire des règles formelles pour encadrer l'étendue du droit originel de nécessité (§ I). Mais dans un second temps, les agents et les institutions doivent réintroduire des règles instrumentales pour échapper à la rigidité des règles formelles (§ II).

§ I. – L'introduction de règles formelles pour encadrer le droit originel de nécessité

458. Au cœur du droit de la guerre moderne se trouve un droit originel, le droit de nécessité, conféré aux belligérants par la construction même de la guerre comme état d'exception. En effet, l'irruption de la guerre provoquant la suspension du droit applicable

¹⁴⁸⁷ À ce titre, le préambule de la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 peut passer pour un énoncé précoce de l'objectif substantiel du droit de la guerre moderne : à l'image de la Déclaration, le droit de la guerre moderne cherche à fixer « *les limites techniques où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité* » (*Déclaration de Saint-Pétersbourg*, préambule, al. 1).

¹⁴⁸⁸ Le droit de la guerre étant « *l'une des branches les plus codifiées du droit international* » (CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 25), il est bien évidemment impossible de se livrer à une étude complète des centaines de règles dont ce régime juridique se compose.

¹⁴⁸⁹ La reconstruction qui suit est une reconstruction logique, et non chrono-logique. La démonstration qui suit ne prétend donc aucunement à la vérité historique.

en temps normal, les belligérants se retrouvent *de facto* habilités à employer les moyens qu'ils jugent nécessaires pour vaincre l'ennemi, y compris lorsque ces moyens sont – à l'image de la violence armée – prohibés en temps normal¹⁴⁹⁰. Dès le milieu du XVIII^{ème} siècle, Emer de Vattel faisait déjà de ce droit le cœur même du *jus in bello*. Il affirmait en ce sens que l'ensemble du droit de la guerre peut « *se déduire d'un seul principe* »¹⁴⁹¹, qu'il formule comme suit :

dès qu'une fin est légitime, celui qui a droit de tendre à cette fin, est en droit par cela-même, d'employer tous les moyens qui sont nécessaires pour y arriver. (...) Dès que la Guerre est déclarée, on est donc en droit de faire contre l'Ennemi tout ce qui est nécessaire pour (...) obtenir de lui justice & sûreté¹⁴⁹².

459. Ce droit originel de nécessité constitue, selon la typologie élaborée plus haut, une règle instrumentale. En effet, cette règle ne possède aucun contenu normatif propre que l'on pourrait identifier *a priori* : de la même manière qu'il est impossible de se représenter ce qu'est une conduite « excessive »¹⁴⁹³, il est impossible de se figurer abstraitements ce qu'est, dans la guerre, un moyen « nécessaire ». Ainsi, plutôt que d'énoncer par avance quels sont les comportements-types autorisés, interdits ou obligatoires dans la guerre, cette règle habilite les belligérants à œuvrer en vue de la réalisation d'un but (« mettre l'ennemi à raison », « obtenir de lui justice & sûreté ») tout en restreignant les moyens pouvant licitement être mis en œuvre aux seuls moyens « nécessaires ». Il s'agit donc d'une règle instrumentale, que l'on peut formuler de manière permissive (les belligérants sont *autorisés* à employer les moyens nécessaires pour vaincre) ou de manière prohibitrice (cette règle *interdit* aux belligérants d'employer des moyens non-nécessaires pour vaincre)¹⁴⁹⁴.

460. Cette règle instrumentale, que l'on retrouve chez de nombreux publicistes du XVIII^{ème} et du début du XIX^{ème} siècle, sera considérée par les fondateurs du droit de la guerre

¹⁴⁹⁰ Sur ce droit originel de nécessité, v. *infra*, Chapitre 5, §§ 599-603 et §§ 673-681.

¹⁴⁹¹ E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, Londres, [éditeur inconnu], vol. 1, 1758, p. 104.

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ V. *supra*, § 419.

¹⁴⁹⁴ Si la citation placée plus haut insiste sur la dimension permissive de ce droit, Vattel n'oublie pas son aspect prohibitif, puisqu'il ajoute que « [...]a fin légitime ne donne un véritable droit qu'aux seuls moyens nécessaires pour obtenir cette fin ; Tout ce qu'on fait au-delà est réproposé par la Loi Naturelle, vicieux & condamnable au Tribunal de la Conscience » (*ibid.*, p. 105).

moderne comme *la règle fondamentale*, l'axiome central de ce nouvel ordre juridique¹⁴⁹⁵. En ce sens, Gustave Moynier distingue « *l'ancien droit* », dans lequel le vainqueur acquérait un « *droit illimité (...) sur la personne et sur la propriété du vaincu* », du « *nouveau droit* », fruit de la transition de l'humanité de l'état sauvage à l'état de civilisation, qui exige de l'homme qu'il ne recourt pas, « *sans nécessité, à des moyens matériels de contrainte* »¹⁴⁹⁶. Désormais, la guerre n'est plus perçue que comme « *un mal inévitable, qui ne doit pas dépasser les limites de la stricte nécessité* »¹⁴⁹⁷. De cette évolution découle la « *maxime fondamentale* » du droit de la guerre moderne : « *[n]e causez pas plus de mal à votre ennemi, pendant la guerre même, que la nécessité de le ramener à la raison ne l'exige* »¹⁴⁹⁸. La nécessité devient ainsi le critère d'évaluation central de la légalité des actes de violence.

461. De nos jours, ce droit de nécessité est capturé au sein du principe de nécessité militaire. En effet, le contenu substantiel de ce principe n'est autre que celui du droit de nécessité identifié par Vattel. Ce principe peut être formulé de deux façons¹⁴⁹⁹. Certains auteurs, souvent des militaires, formulent ce principe de manière permissive. Pour eux, le principe de nécessité militaire « *donne autorité pour employer les moyens nécessaires pour soumettre un ennemi* »¹⁵⁰⁰. D'autres auteurs, plus proches de la tendance humanitaire du

¹⁴⁹⁵ F. LIEBER, *Manual of Political Ethics*, 1^{ère} éd., vol. 2, Boston, C. C. Little & J. Brown, 1839, p. 663 (« *[n]othing must be done in war but what is considered necessary* ») ; Code Lieber, art. 14 (« *[m]ilitary necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war* ») ; J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 288-289 (« *les lois de la guerre sont (...) basées sur la nécessité (...). On peut faire en temps de guerre ce qui est exigé par les opérations militaires (...). C'est là au fond le principe essentiel sur lequel reposent les droits des belligérants* ») ; G. ROLIN-JAEQUEMYS, « *Chronique du droit international* », op. cit., p. 658 (« *[I]l a légitimité du mal causé est subordonnée à sa nécessité* ») ; N. DE LANDA, *El derecho de la guerra conforme a la moral*, 3^{ème} éd., Pampelune, J. Lorda, 1877, p. 42 (« *la guerra no es para las naciones sino el uso del derecho natural de la propia defensa (...). [L]a extensión de este derecho se halla siempre en proporción extracta de la necesidad* ») ; Général MILUTINE, cité in G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, op. cit., p. 17 (« *[I]es parties belligérantes ne doivent tolérer que les calamités qui sont impérieusement nécessitées par la guerre. Toute souffrance et tout dommage, qui n'auraient pas pour seul résultat d'affaiblir l'ennemi, n'ont aucune raison d'être et ne doivent être admis d'aucune manière* »).

¹⁴⁹⁶ G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, op. cit., pp. 3 et 2.

¹⁴⁹⁷ Ibid., pp. 14-15 (où l'auteur cite August Wilhelm HEFFTER).

¹⁴⁹⁸ Ibid. (où l'auteur cite August Wilhelm HEFFTER).

¹⁴⁹⁹ Sur les deux versants du principe de nécessité militaire, v. R. KOLB, « *La nécessité militaire dans le droit des conflits armés* », op. cit., pp. 152 et 164-173 ; A. QUINTIN, *The Nature of International Humanitarian Law*, op. cit., pp. 17-30 ; N. HAYASHI, « *Basic Principles* », op. cit., p. 90.

¹⁵⁰⁰ G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON et al (dir.), *The Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 116, n. trad. Les **manuels militaires** retiennent souvent une formulation positive ou permissive de ce principe. V. not. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, OFFICE OF GENERAL COUNSEL, *Department of Defense Law of War Manual*, juin 2015, p. 51, n. s. (« *[m]ilitary necessity justifies certain actions necessary to defeat the enemy as quickly and efficiently as possible* ») et p. 13 (« *[a]lthough the law of war is generally viewed as "prohibitive law", in some respects (...) the law of war may be viewed as permissive or even as a source of authority. For example, the principle of military necessity in the customary law of war may be viewed as justifying or permitting certain acts* ») ; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE NAVY ET DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, op. cit., p. 5-2, n. s. (« *[m]ilitary necessity is the principle that justifies the use of all measures not prohibited by the law of armed conflict needed to defeat the enemy quickly and efficiently* ») ; ROYAUME-UNI, MINISTRY OF DEFENSE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, op. cit., pp. 21-22, n. s. (« *[m]ilitary necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited* »).

CICR, formulent ce principe de manière prohibitive. Selon eux, le principe de nécessité militaire « *interdit à un État d'employer la force dans un conflit armé au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de cet État* »¹⁵⁰¹. Cela étant, cette lutte entre militaires

*by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources ») ; ALLEMAGNE, BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, *Law of Armed Conflict Manual*, Joint Service Regulation (ZDv) 15/2, 2013, p. 25, n. s. (« [a]ccording to the principle of military necessity, all military measures are permissible in armed conflict which are required for the successful execution of military operations in order to engage an enemy, provided that these measures are not forbidden by LOAC ») ; FRANCE, MINISTÈRE DES ARMÉES, ÉTAT-MAJOR DES ARMÉES, DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Manuel de droit des opérations militaires*, 2022, p. 20, n. s. (« [l]e DIH repose sur un équilibre entre une reconnaissance de la nécessité militaire et de légitimes préoccupations d'humanité. Le DIH reconnaît aux parties à un conflit armé le droit de tuer, de blesser et de causer des destructions à leurs ennemis, ainsi que d'imposer des mesures de sécurité plus strictes que celles qui sont admises en temps de paix. Toutefois, la nécessité militaire s'interprète comme permettant aux parties au conflit armé de recourir, dans le respect des autres règles du DIH, aux seuls moyens nécessaires pour atteindre les objectifs militaires définis ») ; CANADA, DEFENSE NATIONALE, CABINET DU JUGE-AVOCAT GENERAL, *Law of armed conflict at the operational and tactical levels*, B-GJ-005-104/FP-021, p. 2-1, n. s. (« [t]he concept of military necessity justifies the application of force not forbidden by International Law, to the extent necessary, for the realization of the purpose of armed conflict ») ; OTAN, *Glossaire OTAN de termes et définitions (anglais et français)*, AAP-06, 2020, p. 82 (où le principe de nécessité militaire est défini comme « [t]he principle whereby a belligerent has the right to apply any measures that are required to bring about the successful conclusion of a military operation and that are not forbidden by the Law of War »). Cette formulation positive se retrouve dès l'**origine du droit de la guerre moderne** (v. Code Lieber, art. 15, n. s. : « *Military necessity admits of all direct destruction of life or limb of "armed" enemies, and of other persons whose destruction is incidentally "unavoidable" in the armed contests of the war; it allows of the capturing of every armed enemy, and every enemy of importance to the hostile government, or of peculiar danger to the captor; it allows of all destruction of property, and obstruction of the ways and channels of traffic, travel, or communication, and of all withholding of sustenance or means of life from the enemy; of the appropriation of whatever an enemy's country affords necessary for the subsistence and safety of the army, and of such deception as does not involve the breaking of good faith (...)* »). On la retrouve également dans la **jurisprudence** (v. not. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUERMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, op. cit., p. 66, n. s. : « *Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life and money. In general, it sanctions measures by an occupant necessary to protect the safety of his forces and to facilitate the success of his operations. It permits the destruction of life of armed enemies and other persons whose destruction is incidentally unavoidable by the armed conflicts of the war; it allows the capturing of armed enemies and others of peculiar danger, but it does not permit the killing of innocent inhabitants for purposes of revenge or the satisfaction of a lust to kill. (...) It is lawful to destroy railways, lines of communication or any other property that might be utilised by the enemy. Private homes and churches even may be destroyed if necessary for military operations ») et en **doctrine** (v. p. ex. M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, op. cit., pp. 313-314, n. s. : le principe de nécessité militaire désigne « the right to apply that amount and kind of force which is necessary to compel the submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life, and money » ; F. DE MULINEN, *Handbook of the Law of War for Armed Forces*, Genève, CICR, 1987, pp. 82-83, n. s. : « "Military necessity" means a principle which justifies those measures: a) not forbidden by the law of war; and b) required to secure the overpowering of the enemy »). V. également les sources citées par A. QUINTIN, *The Nature of International Humanitarian Law*, op. cit., pp. 24-25, not. notes 3 et 4.**

¹⁵⁰¹ C. GREENWOOD, « Historical Development and Legal Basis », op. cit., p. 36, n. trad. Pour la **doctrine**, v. CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, op. cit., p. 397, n. s. (la nécessité militaire « ne peut jamais justifier un degré de violence qui dépasse ce qui est strictement indispensable, dans le cas particulier, pour assurer le succès d'une opération déterminée. (...) Tout ce qui dépasse le minimum nécessaire est illégal ») ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, op. cit., p. 47, n. s. (le principe de nécessité militaire « requires that the belligerent only adopts such measures as are necessary to overpower the enemy and to bring about its surrender ») ; E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 43, n. s. (« [t]he principle of military necessity requires that the parties to the conflict only adopts the measures necessary to weaken the enemy and achieve their surrender ») ; F. KALSHOVEN, E. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, op. cit., p. 2, n. s. (le principe de nécessité militaire « tells us that for an act of war to be at all justifiable requires that it is militarily necessary »). Certains auteurs humanitaires se contentent d'affirmer que le principe de nécessité militaire est une règle restrictive de la liberté des belligérants plutôt qu'une règle permissive : v. p. ex. CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, op. cit., pp. 12, note 17 (où le principe de nécessité militaire est entendu « [e]n tant que limite à l'action militaire ») et p. 16 (où le principe de nécessité militaire est qualifié de « principe restrictif ») ; M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 53 (« the principle of necessity [is] a limitation to military action ») ; J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, op. cit., p. 53 (le principe de nécessité militaire « is better viewed as a restrictive doctrine »). V. également les sources citées par A. QUINTIN, *The Nature of International Humanitarian Law*, op. cit., p. 25, note. 8. Pour la **jurisprudence**, v. p. ex. TPIY, *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, arrêt du 17 déc. 2004, affaire n°IT-

et humanitaires est essentiellement symbolique, car la formulation choisie ne change rien au contenu de la règle. En effet, dire que les « *actions nécessaires sont justifiées* » revient à dire que les « *actions non-nécessaires sont interdites* »¹⁵⁰², et inversement¹⁵⁰³. Il faut également relever que ce droit de nécessité ressurgit parfois au travers du principe d'humanité. En effet, si la doctrine attribue de nombreuses significations à ce principe¹⁵⁰⁴, certains auteurs en font un « *corollaire* »¹⁵⁰⁵ du principe de nécessité militaire et lui octroient exactement le même contenu substantiel, formulé de manière prohibitive pour insister sur les limites que le droit pose à la violence¹⁵⁰⁶. En tout état de cause, quelle que soit la formulation retenue ou la dénomination du principe capturant le droit originel de nécessité, les opérateurs du champ s'accordent sur le fait que la nécessité des actes de violence constitue un critère essentiel de leur légalité. Ceci démontre que la structure interne du droit de la guerre repose (au moins pour partie) sur une « *logique utilitariste* »¹⁵⁰⁷ : en temps de guerre, la violence peut être déployée dans toute la mesure de sa nécessité, mais pas au-delà¹⁵⁰⁸.

462. Cependant, on conçoit aisément que le droit de la guerre ne puisse se cantonner à cette seule règle instrumentale. Non pas que cette règle ne soit pas normative, c'est-à-dire qu'elle ne prescrive aucune limite à l'action des belligérants. Comme l'écrit Robert Kolb, « [I]es parois de la nécessité sont bien là, et elles sont visibles »¹⁵⁰⁹ : les belligérants *ne peuvent pas* (interdiction) employer la violence au-delà de ce qui est nécessaire pour vaincre l'ennemi. Le problème tient plutôt au fait que cette règle ne prescrive aucune limite prédefinie à la violence, car elle n'exclut par principe aucun moyen d'action¹⁵¹⁰. En effet, la

95-14/2-A, § 686 (« *il est interdit d'user inutilement ou inconsidérément de la force et "un belligérant ne peut faire usage que de la force strictement nécessaire pour vaincre l'ennemi"* ») [référence omise].

¹⁵⁰² ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, OFFICE OF GENERAL COUNSEL, *Department of Defense Law of War Manual*, *op. cit.*, p. 59, n. trad.

¹⁵⁰³ N. HAYASHI, « *Basic Principles* », *op. cit.*, p. 90.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, pp. 93-96.

¹⁵⁰⁵ M. BETTATI, *Droit international humanitaire*, 1^{ère} éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 96. Dans le même sens, v. J. D'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire*, Paris, Pedone, coll. « Études internationales », 2012, p. 225 (la notion de nécessité militaire « *rejoint celle fondamentale d'humanité* ») ; CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, *op. cit.*, p. 82 (le principe d'humanité est « *implicitement contenu* » dans le principe de nécessité militaire).

¹⁵⁰⁶ V. p. ex. R. W. TUCKER, « *The Law of War and Neutrality at Sea* », *op. cit.*, p. 46, n. s. (« *the principle of humanity (...) forbids the employment of any kind or degree of force that is unnecessary for the purpose(s) of war; force which needlessly or unnecessarily causes human suffering and physical destruction is prohibited* ») ; CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, *op. cit.*, p. 82, citations omises, n. s. (le principe d'humanité « *interdit d'infliger des souffrances, des blessures ou des destructions qui ne sont pas véritablement nécessaires pour atteindre des buts militaires légitimes* »).

¹⁵⁰⁷ M. BETTATI, *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵⁰⁸ J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 53 (« *[a] party may do what is necessary to achieve the objective and no more* »).

¹⁵⁰⁹ R. KOLB, « *La nécessité militaire dans le droit des conflits armés* », *op. cit.*, p. 154.

¹⁵¹⁰ Comme l'écrit de nouveau Robert KOLB, les parois existent, « *mais elles sont lisses comme les parois d'un mollusque, si bien que dès qu'on s'attaque à elles, on risque de glisser* » (*ibid.*).

nécessité constitue une notion « très circonstancielle » qui échappe « à toute description détaillée et exhaustive » ; elle repose sur une « formule générique » très « élastique », de sorte qu'on ne peut procéder qu'à des « illustrations » de ce que cette règle exige concrètement en termes d'action, et non « à des définitions »¹⁵¹¹. Cela est bien normal dans la mesure où, contrairement aux règles formelles, les règles instrumentales ne présentent aucun contenu normatif identifiable *a priori* – tout dépend toujours des circonstances de faits¹⁵¹². De Vattel jusqu'à nos jours, tout le monde s'accorde ce point : la nécessité « varie selon les circonstances », de sorte que ce qui peut être licite « dans une situation particulière ne l'est pas toujours en d'autres occasions »¹⁵¹³. Par conséquent, n'importe quel moyen d'action, aussi immoral, injuste ou producteur de souffrances soit-il, peut potentiellement être autorisé sur le fondement de sa nécessité. Même formulée de manière prohibitive, la règle instrumentale de nécessité menace donc de se transformer en maxime « non-humanitaire »¹⁵¹⁴, aveugle vis-à-vis de la moralité intrinsèque des procédés employés par les belligérants¹⁵¹⁵. En effet, si la licéité d'un acte est fonction de sa nécessité et que la nécessité varie selon les circonstances, alors on en revient finalement à la maxime voulant que *omnia licere quae necessaria ad finem belli*¹⁵¹⁶.

¹⁵¹¹ *Ibid.*

¹⁵¹² Sur ce point, v. *supra*, §§ 416-424.

¹⁵¹³ E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, op. cit., p. 105. Parmi une littérature abondante, v. not. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 289 (« [c]e qui est nécessaire varie selon les circonstances. Il n'est malheureusement pas toujours facile de faire respecter ces principes dans la pratique et il est impossible de poser ici des règles formelles ») ; J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2*, op. cit., p. 45-46, n. trad. (la nécessité militaire dépend de « grandeurs exclusivement variables, de la subjectivité de ceux qui agissent, de la situation de la guerre, des moyens et des buts de la guerre », bref : la nécessité militaire est « quelque chose qui varie sans cesse ») ; E. S. CREASY, *First Platform of International Law*, op. cit., pp. 388-389 (« the necessity of particular measures must chiefly depend on the circumstances of each case, and the lawfulness of particular measures must, therefore, vary from time to time ») ; R. W. TUCKER, « The Law of War and Neutrality at Sea », op. cit., p. 49 (« the purposes of war have not remained constant. (...) But if the purposes of war may vary, then the measures necessary to achieve these purposes may be equally varied ») ; E. CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, op. cit., p. 66 (« [t]he evaluation of military necessity may often be extremely precarious owing to the uncertainty and elasticity of this concept ») ; N. HAYASHI, *Military Necessity*, op. cit., pp. 24-25 (« material military necessity or non-necessity of given belligerent conduct is relational, evaluative and situation-specific. It is relational, because the degree to which such conduct is militarily necessary changes depending on the availability of alternative courses of action, military ends and circumstances. (...) It is situation-specific, because the military necessity assessment of particular action cannot be seen meaningfully outside of its factual setting. Accordingly, a generalised proposition postulated *a priori* in a manner that holds true for all, always and everywhere (...) is insusceptible to reasonable assessment ») ; N. HAYASHI, « Basic Principles », op. cit., p. 90 (« [a]n act's military necessity or non-necessity is susceptible neither to being taken out of its particular circumstances nor to being generalised »).

¹⁵¹⁴ Y. SANDOZ, « Land Warfare », in A. CLAPHAM, P. GAETA (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, O.U.P., 2014, p. 93, n. trad.

¹⁵¹⁵ En ce sens, v. not. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., pp. 313-314 (« la violence même réduite aux seules nécessités militaires peut aller bien au-delà de ce que le droit admet. Ce sont en effet les exigences de la guerre telles que les stratégies les comprennent qui peuvent conduire aux pires aberrations : c'est "le but de la guerre" qui a conduit les Etats-Unis à utiliser les armes atomiques à Hiroshima et Nagasaki ! »).

¹⁵¹⁶ C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », op. cit., p. 64 (« [t]he elasticity of the term "military necessity" under the laws of war has enabled belligerents to legally justify virtually any conduct otherwise available to proponents of Kriegsraison ») ; M. BETTATI, *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 97 (la logique utilitariste du principe de nécessité militaire « a de quoi heurter car à faire prévaloir le principe de nécessité, on en arrive rapidement à justifier la guerre énergique, prompte, décisive, qui parce qu'elle aboutit avec célérité à la soumission de l'adversaire, serait la plus humaine »).

463. Il devient donc essentiel d'introduire des règles formelles afin de contrecarrer la logique purement utilitariste du droit originel de nécessité. Seules ces règles sont à même de poser des limites claires, fixes et prédéfinies à la violence. Dans la pratique juridique, l'introduction de règles formelles peut procéder de deux stratégies distinctes.

464. **Premièrement**, il est possible d'introduire des règles formelles pour interdire les actes de violence inutiles. Ceci suppose d'identifier avec précision les contours de la nécessité, de manière à provoquer l'hybridation de la règle instrumentale en une multitude de règles formelles. En pratique, cette stratégie revient à chercher à identifier de manière concrète les actes de violence qui sont toujours nécessaires et, surtout, les actes de violence qui sont toujours inutiles pour vaincre l'ennemi. En séparant concrètement le nécessaire de l'inutile, le droit de nécessité se fragmenterait en une pluralité de règles formelles : plutôt qu'une seule règle générale, élastique et vague autorisant l'emploi de tous les moyens nécessaires pour vaincre, le droit se doterait d'une pluralité de règles formelles identifiant des comportements-type qui sont soit toujours nécessaires (et donc toujours autorisés), soit toujours inutiles (et donc toujours interdits)¹⁵¹⁷.

465. Cette stratégie d'hybridation est par exemple mise en œuvre dans le Code Lieber. Après avoir rappelé que le droit de la guerre reposait sur un droit de nécessité, autorisant les belligérants à mettre en œuvre les « *mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre* »¹⁵¹⁸, Francis Lieber s'évertue à distinguer le nécessaire et l'inutile. Selon lui, la nécessité admet par exemple « *que l'on tue ou blesse directement tout ennemi "armé"* »¹⁵¹⁹, mais pas « *la cruauté, c'est-à-dire le fait d'infliger la souffrance pour elle-même ou par vengeance* »¹⁵²⁰. Il sous-entend donc que tuer ou blesser un ennemi armé est *toujours nécessaire* (et donc *toujours autorisé*), alors que les actes de cruauté sont *toujours inutiles*

¹⁵¹⁷ Cette stratégie fut pensée explicitement par Gustave MOYNIER. Selon lui, il faut, pour « *dresser une barrière contre le déchaînement de la fureur* », faire en sorte que la guerre « *n'engendre que le minimum de maux compatible avec son existence* » (G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, op. cit., p. 30). Les juristes doivent donc chercher à distinguer clairement ce qui est nécessaire à la conduite de la guerre et ce qui ne l'est pas, afin de proscrire les actes de violence inutiles. En ce sens, Moynier écrit qu'« [o]n conçoit fort bien que, dans le nombre des coutumes guerrières, il s'en trouve d'inutiles au triomphe final, puisque ce n'est pas ce point de vue seul qui a présidé à leur établissement et que des instincts malfaits y ont aidé. Il y a donc apparence qu'en passant au crible d'une critique sévère toutes les pratiques des belligérants, on en découvrira qui ne supporteront pas l'examen et devront être abandonnées comme surérogatoires » (G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., pp. 40-41). Le premier président du CICR espère ainsi qu'en « *se fortifiant tantôt sur un point, tantôt sur un autre* », les juristes finiraient « *par établir une ligne continue de défense qui humanisera la guerre autant que possible* » (G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, op. cit., pp. 30-31). Ne restera, au titre de la nécessité, que les « *calamités* » qui sont « *impérieusement nécessités par la guerre* » (*ibid.*, p. 17).

¹⁵¹⁸ Code Lieber, art. 14.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, art. 15.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, art. 16.

(donc *toujours interdits*). Cette opération permet à Lieber de fragmenter le droit de nécessité en une multitude de règles formelles. Par exemple, en soutenant que le fait de « tuer ou blesser directement un ennemi armé » est toujours nécessaire (puisque il est inclus par principe dans le champ de la nécessité militaire), Lieber crée une *règle formelle de nature permissive*. En effet, il identifie un comportement-type (le fait de tuer ou blesser directement un ennemi armé) auquel est octroyé une valeur normative (l'autorisation). Le caractère formel de cette règle se reconnaît au fait que son contenu normatif est donné *a priori* : on sait par avance ce que le droit autorise (le fait de tuer ou blesser directement un ennemi armé). L'application de cette règle sera donc une affaire purement empirique, consistant à vérifier l'existence objective de faits prédéterminés : un « ennemi » portant une « arme » a-t-il été directement « blessé » ou « tué » ? Si tel est bien le cas, alors cet acte est licite. De même, en sortant les actes de cruauté du périmètre de la nécessité, Lieber formule une *règle formelle de nature prohibitive*. Cette règle identifie assez précisément un comportement-type (le fait de commettre un « acte de cruauté ») dont on décompose les éléments constitutifs (« infliger la souffrance en elle-même ou par vengeance ») et auquel est octroyé une valeur normative (l'interdiction). Ici encore, le contenu normatif du droit est donné *a priori*, et l'application du droit se résumera à vérifier certains éléments objectifs : un soldat a-t-il « infligé » de la « souffrance » soit « en elle-même », soit « par vengeance » ?

466. Cependant, cette stratégie d'hybridation se heurte à une difficulté. En effet, elle repose sur l'idée qu'il soit possible de distinguer, parmi l'infinité des actes de violence potentiellement nécessaires pour vaincre l'ennemi, certains actes qui relèvent réellement de la nécessité (car toujours nécessaires pour vaincre) et d'autres qui n'en relèvent pas (car jamais nécessaires pour vaincre). Or, la nécessité d'un acte varie en fonction des circonstances¹⁵²¹. Est-il exact, par exemple, qu'il soit toujours nécessaire de tuer ou blesser un ennemi armé pour vaincre, comme le prétend le Code Lieber ? De nos jours, nombreux sont ceux qui considèrent que cet acte n'est pas toujours nécessaire¹⁵²². De même, est-il exact qu'il ne soit jamais nécessaire de recourir à la torture pour récolter des informations ?¹⁵²³ Certains militaires ont soutenu que cela était nécessaire pour démembrer les organisations

¹⁵²¹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 442-453. Ceci vaut également pour l'efficacité d'un procédé : v. *supra*, Chapitre 2, §§ 192-208.

¹⁵²² Sur ce point, v. la littérature citée *infra*, § 437.

¹⁵²³ Code Lieber, art. 16. Ce point sera exploré plus en détail *infra*, Chapitre 7.

terroristes informelles¹⁵²⁴. Et *quid* de la perfidie ?¹⁵²⁵ Pour un belligérant disposant d'une puissance de feu largement supérieure à celle de son ennemi, ce mode d'action n'est généralement pas nécessaire. Mais qu'en est-il pour son adversaire, incapable d'égaler sa puissance de feu et de le combattre par des moyens conventionnels ?

467. Avec ces réserves à l'esprit, il semble néanmoins possible d'identifier un noyau dur d'actes toujours inutiles pour vaincre l'ennemi. Il s'agit des actes de violence privée, c'est-à-dire du cas où la violence est utilisée en elle-même et pour elle-même, afin d'assouvir les passions de soldats (haine, vengeance, racisme, etc.), plutôt que comme un moyen de réalisation des finalités de la guerre¹⁵²⁶. De tels actes peuvent sereinement faire l'objet de règles formelles les interdisant de manière absolue, car il n'y a aucun contexte dans lequel ces actes puissent être jugés nécessaires, ceux-ci n'étant pas justifiés sur le fondement de la nécessité militaire. Ainsi, l'interdiction du pillage¹⁵²⁷, du viol¹⁵²⁸ ou de la mutilation¹⁵²⁹ apparaissent comme des règles formelles peu susceptibles d'être contestées car elles s'attaquent à des actes de violence qui sortent du périmètre de la nécessité : ils ne sont pas codés dans le registre de l'efficacité moyens/fins.

468. Deuxièmement, il est possible d'introduire des règles formelles pour interdire des actes de violence qui, même parfois nécessaires, n'en sont pas moins profondément immoraux. Il s'agit, en d'autres termes, de proscrire l'emploi de moyens d'action qui sont compris dans la périphérie de la nécessité. En effet, il serait vain, voire cynique, de se borner à interdire des comportements qui ne sont jamais nécessaires sur le plan militaire¹⁵³⁰, car le périmètre de la nécessité est suffisamment flexible pour permettre l'emploi de très nombreux moyens d'action qui heurtent la conscience morale. Cette stratégie vise donc à contrecarrer la logique instrumentale de la nécessité en interdisant de manière absolue l'emploi de

¹⁵²⁴ V. *supra*, Chapitre 2, §§ 251-252. L'idée n'est pas ici de plaider en faveur de l'une ou l'autre de ces options, mais uniquement de montrer que la construction de règles formelles par la stratégie d'hybridation est toujours sujette à caution : si l'on fonde une règle formelle sur l'idée qu'un moyen n'est jamais nécessaire pour vaincre, alors on sort effectivement ce comportement de la logique instrumentale. Mais s'il arrive que certaines personnes parviennent à imposer l'idée que ce moyen est finalement nécessaire pour vaincre, alors il entre de nouveau dans le champ d'application du droit de nécessité : la raison fondamentale pour laquelle il fit l'objet d'une règle formelle en première instance n'est plus, et la règle formelle risque elle-même d'être décrédibilisée.

¹⁵²⁵ Code Lieber, art. 16.

¹⁵²⁶ Sur les actes de violence privée, v. *supra*, Chapitre 3, § 322.

¹⁵²⁷ Le pillage est interdit dans les CAI et dans les CANI par le droit international coutumier (CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 242-247 [règle 52]) et constitue un crime de guerre (*Statut de Rome*, art. 8, 2), b), xvi) et art. 8, 2), e), v)).

¹⁵²⁸ CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *op. cit.*, p. 427.

¹⁵²⁹ CG 1949, art. 3 commun, 1), a).

¹⁵³⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 3, §§ 332-352.

certains moyens d'action qui, aussi nécessaires soient-ils dans certaines situations, n'en sont pas moins fondamentalement immoraux¹⁵³¹. En raison de leur structure interne, les règles formelles sont tout indiquées pour parvenir à ce but. En effet, le propre de règles formelles est de permettre l'interdiction *a priori* d'un comportement-type et de bloquer toute évaluation de la situation subjective de l'auteur de l'acte au profit d'une appréciation objective de l'acte lui-même¹⁵³². Cette seconde stratégie permet donc, grâce aux règles formelles, d'interdire certains actes immoraux que l'on pourrait pourtant défendre sur le fondement de leur nécessité. De nombreuses règles formelles procèdent de cette stratégie.

469. Tout d'abord, on peut produire des règles formelles pour prohiber l'emploi de certaines armes jugées contraires aux préceptes d'humanité. Par exemple, au travers de la Convention sur les armes chimiques de 1993, les États s'engagent « *à ne jamais, en aucune circonstance (...) [e]mployer d'armes chimiques* »¹⁵³³. Cette Convention définit *a priori* un comportement-type (le fait d'employer des armes chimiques¹⁵³⁴) auquel est octroyé une valeur normative (l'interdiction). Elle crée donc une règle formelle. Celle-ci permet de contrecarrer la logique instrumentale de la nécessité, car elle empêche toute discussion sur la nécessité d'utiliser ces armes dans telle ou telle circonstance, au motif que l'emploi de cet arme est « *condamné par l'opinion générale du monde civilisé* »¹⁵³⁵. De même, la Convention d'Ottawa sur les mines antipersonnel voit les États s'engager « *à ne jamais, en aucune circonstance (...) employer de mines antipersonnel* »¹⁵³⁶. En interdisant *a priori* aux belligérants d'adopter un comportement-type défini abstraitemment (le fait d'employer des

¹⁵³¹ V. *supra*, §§ 314-315. Ici encore, cette stratégie fut pensée par les fondateurs du droit de la guerre moderne. Ainsi, Gustave ROLIN-JAEQUEMYNS affirme certes que, dans la guerre, « [I]l a légitimité du mal causé est subordonnée à sa nécessité », mais il ajoute immédiatement que « même dans cette limite [celle de nécessité, ndlr], il est certains moyens que l'humanité et le consentement commun des nations réprouvent absolument » (G. ROLIN-JAEQUEMYNS, « Chronique du droit international », *op. cit.*, p. 658).

¹⁵³² Sur ce point, v. *supra*, §§ 433-441.

¹⁵³³ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, adoptée à Paris le 13 janv. 1993, entrée en vigueur le 29 avr. 1997, art. 2, § 1, b).

¹⁵³⁴ Sur la définition des armes chimiques, v. *ibid.*, art. 2, § 1 (« [o]n entend par "armes chimiques" les éléments ci-après, pris ensemble ou séparément : a) Les produits chimiques toxiques et leurs précurseurs, à l'exception de ceux qui sont destinés à des fins non interdites par la présente Convention, aussi longtemps que les types et quantités en jeu sont compatibles avec de telles fins ; b) Les munitions et dispositifs spécifiquement conçus pour provoquer la mort ou d'autres dommages par l'action毒ique des produits chimiques toxiques définis à l'alinéa a), qui seraient libérés du fait de l'emploi de ces munitions et dispositifs ; c) Tout matériel spécifiquement conçu pour être utilisé en liaison directe avec l'emploi des munitions et dispositifs définis à l'alinéa b) »).

¹⁵³⁵ Pour reprendre les termes du Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, adopté à Genève le 17 juin 1925, entré en vigueur le 8 fév. 1928, préambule, al. 1.

¹⁵³⁶ Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, adoptée à Oslo le 18 sept. 1997, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1999, art. 1, § 1, a) [ci-après : « Convention d'Ottawa »].

mines antipersonnel¹⁵³⁷), cette Convention crée également une règle formelle. Ici aussi, cette règle limite effectivement le périmètre de la nécessité au nom de l'humanité : les belligérants ne peuvent se prévaloir de la nécessité d'employer des mines antipersonnel dans certains contextes, car l'existence d'une règle formelle bloque toute discussion sur ce point¹⁵³⁸.

470. Ensuite, des règles formelles interdisent l'utilisation de certains procédés au motif de leur immoralité. Par exemple, il est établi que les combattants tombés au pouvoir de l'ennemi ne peuvent être soumis à la torture pour obtenir d'eux des renseignements. Ceci vaut à la fois dans les CAI, où le droit énonce qu'« *[a]ucune torture physique ou morale ni aucune contrainte ne pourra être exercée sur les prisonniers de guerre pour obtenir d'eux des renseignements de quelque sorte que ce soit* »¹⁵³⁹, et dans les CANI¹⁵⁴⁰. L'acte de torture est défini dans d'autres instruments internationaux¹⁵⁴¹, au travers de plusieurs éléments constitutifs interprétés au fil du temps par la jurisprudence internationale¹⁵⁴². Il s'agit bien d'une règle formelle : en définissant un comportement-type défini abstraitemment (la torture) auquel est octroyé une valeur normative (l'interdiction), le droit prohibe *a priori* certaines catégories d'actes. On ne saurait arguer que, dans certains contextes précis, le fait de recourir à la torture pourrait être nécessaire pour vaincre l'ennemi – cet acte est interdit en lui-même et pour lui-même, indépendamment des circonstances de fait¹⁵⁴³. Si l'on veut réellement

¹⁵³⁷ Sur la définition des mines antipersonnel, v. *ibid.*, art. 2, § 1 (« [p]ar "mine antipersonnel", on entend une mine conçue pour exploser du fait de la présence, de la proximité ou du contact d'une personne et destinée à mettre hors de combat, blesser ou tuer une ou plusieurs personnes. Les mines conçues pour exploser du fait de la présence, de la proximité ou du contact d'un véhicule et non d'une personne, qui sont équipées de dispositifs antimanipulation, ne sont pas considérées comme des mines antipersonnel du fait de la présence de ce dispositif »).

¹⁵³⁸ Pour une discussion sur l'efficacité des mines antipersonnel, v. CICR, *Anti-Personnel Landmines. Friend or Foe? A Study of the Military Use and Effectiveness of Anti-Personnel Mines*, Genève, CICR, 1996, pp. 40-47.

¹⁵³⁹ CG III, art. 17.

¹⁵⁴⁰ PA II, art. 4, § 2, a).

¹⁵⁴¹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 déc. 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, art. 1, § 1 (« [a]ux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aigües, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ») [ci-après : « Convention contre la torture »].

¹⁵⁴² Sur ce point, v. not. N. S. RODLEY, « The Definition(s) of Torture in International Law », *Current Legal Problems*, vol. 55, n°1, 2002, pp. 467-493 ; W. SCHABAS, « The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, n°2, pp. 349-364 ; C. DROEGE, « "In Truth the Leitmotiv": The Prohibition of Torture and other Forms of Ill-Treatment in International Humanitarian Law », *R.I.C.R.*, vol. 89, n°867, 2007, pp. 515-541 ; S. DEWULF, *The Signature of Evil. (Re)Defining Torture in International Law*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011.

¹⁵⁴³ La Convention contre la torture précise d'ailleurs en ce sens qu' « [a]ucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture » (Convention contre la torture, art. 2, § 2). Dans le même sens, v. Cour EDH, *A et al. c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 fév. 2009, req. n°3455/05, § 126 (« [p]leinement consciente des difficultés que les Etats rencontrent pour protéger leur population contre la violence terroriste, la Cour

pratiquer la torture sans remettre en cause cette règle formelle, on peut seulement arguer que les actes mis en œuvre n'entrent pas dans la catégorie formelle de la torture – par exemple, le niveau de souffrance exigé pour qu'un acte soit qualifié de torture n'est pas atteint¹⁵⁴⁴. Ce faisant, on jouera sur le problème de la sous-inclusion propre à toute règle formelle : en posant des critères objectifs stricts, il est toujours possible d'adopter un comportement qui, tout en violant manifestement les objectifs substantiels du droit, permettent d'échapper au champ d'application de la règle¹⁵⁴⁵.

471. De plus, le droit de la guerre se compose de règles formelles qui interdisent l'emploi de certaines tactiques. Par exemple, en matière de bombardement, l'article 51, § 5, a) du PA I interdit :

les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil¹⁵⁴⁶.

Cette disposition définit un comportement-type assez complexe qui répond, en pratique, à la tactique du bombardement dit « de zone » ou « de saturation »¹⁵⁴⁷. L'application de cette règle ne tourne pas autour de la question de savoir si, dans les circonstances d'espèce, cette tactique est nécessaire pour vaincre l'ennemi sur le terrain – en fonction du contexte de

y voit une raison supplémentaire de souligner que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Cette disposition ne prévoit pas de restrictions, en quoi elle contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4, et d'après l'article 15 § 2, elle ne souffre nulle dérogation, même s'il existe un danger public menaçant la vie de la nation. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme, et quels que soient les agissements de la personne concernée, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants ».

¹⁵⁴⁴ Tel fut l'argument déployé par les juristes de l'administration Bush pour justifier les « techniques d'interrogatoire renforcé » (*enhanced interrogation techniques*) : v. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF THE LEGAL COUNSEL, OFFICE OF THE ASSISTANT ATTORNEY GENERAL, *Memorandum for Alberto R. Gonzalez Counsel to the President. Re: Standards of Conduct for Interrogation Under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, 1er août 2002, in K. J. GREENBERG (dir.), *The Torture Debate in America*, Cambridge, C.U.P., pp. 237-238 ; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF THE LEGAL COUNSEL, OFFICE OF THE ASSISTANT ATTORNEY GENERAL, *Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense. Re: Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States*, 14 mars 2003, pp. 44-45. V. également ANON. « Is Torture Ever Justified? », *The Economist*, 11 jan. 2003.

¹⁵⁴⁵ Sur le problème de la sur- et de la sous-inclusion, v. *supra*, §§ 439-440.

¹⁵⁴⁶ PA I, art. 51, § 5, a).

¹⁵⁴⁷ Sur l'interdiction du bombardement de zone ou de saturation, v. not. H. BLIX, « Area Bombardment: Rules and Reasons », *B.Y.I.L.*, vol. 49, n°1, 1978, pp. 31-69 ; O. BRING, « Target Area Bombing », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 43, 2013, pp. 199-214. En 2005, la CIJ a pu juger que « les bombardements aveugles constituent en eux-mêmes une violation flagrante du droit humanitaire » (CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 déc. 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 240).

l'action, une telle tactique peut parfaitement être nécessaire¹⁵⁴⁸. Ici, ce comportement-type est interdit en lui-même et pour lui-même, indépendamment de la situation subjective de l'auteur de l'acte. Les règles interdisant la prise d'otage¹⁵⁴⁹ ou la perfidie¹⁵⁵⁰ relèvent également de cette catégorie.

472. Enfin, des règles formelles proscriivent l'emploi de certaines stratégies. Ainsi par exemple de la règle interdisant d'attaquer la population civile, notamment dans le but de répandre la terreur. Cette règle vaut dans les CAI et dans les CANI, les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève prévoyant que « *[n]i la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne devront être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile* »¹⁵⁵¹. Cette règle définit abstraitemment un comportement-type : le fait « d'attaquer » soit « la population civile en tant que telle » soit « les personnes civiles », notamment lorsque la violence a pour « but principal » de « répandre la terreur parmi la population civile ». Le *jus in bello* définit plus avant les éléments constitutifs de ce comportement-type, notamment la notion « d'attaque »¹⁵⁵² et les notions de « personnes civiles » et de « population civile »¹⁵⁵³.

473. À ce titre, le droit de la guerre pourrait définir la notion de « civil » par leur *fonction*. Par exemple, le droit pourrait contenir la règle suivante : « appartiennent à la catégorie de civils toutes les personnes dont la neutralisation n'est pas nécessaire pour vaincre la résistance de l'ennemi ». Cependant, une telle définition ne créerait aucune catégorie

¹⁵⁴⁸ V. p. ex. C. ROMESHA, *La violence de l'action*, trad. F. MIRMONT, Paris, Nimrod, 2017 [2016], p. 286. Cet ouvrage met en scène la bataille de Kamdesh, au cours de laquelle une force d'environ 400 talibans attaquèrent l'avant-poste de Keating, tenu par les forces étatsuniennes dans la province du Nuristan, en Afghanistan. Dans le cas d'espèce, l'un des seuls moyens pour les militaires étatsuniens de vaincre l'ennemi qui les attaque depuis l'extérieur semble être de bombarder le village pris dans son ensemble, nonobstant la présence de biens civils et de personnes civiles.

¹⁵⁴⁹ CG 1949, art. 3 commun, 1), b).

¹⁵⁵⁰ CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *op. cit.*, p. 295 (règle 65).

¹⁵⁵¹ PA I, art. 51, § 2 ; PA II, art. 13, § 2. Il s'agit par ailleurs d'une règle coutumière. En ce sens, v. not. COM. IADH, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, arrêt du 18 nov. 1997, affaire n°11.137, § 177 ; TPIY, *Le Procureur c. Strugar*, décision relative à l'appel interlocutoire du 22 nov. 2002, affaire n°IT-01-42-AR72, § 10 ; TPIY, *Le Procureur c. Galić*, *op. cit.*, § 19 ; TPIY, *Le Procureur c. Hadžihasanović et al.*, décision relative à l'appel interlocutoire du 11 mars 2005, affaire n°IT-01-47-AR73.3, § 28 ; CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *op. cit.*, p. 3 (règle 1).

¹⁵⁵² PA I, art. 49, § 1 (« *[l']expression "attaques" s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs* ») et §§ 2 et 3.

¹⁵⁵³ PA I, art. 50 (« *1. Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A. 1), 2), 3), et 6) de la IIIe Convention et à l'article 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile. 2. La population civile comprend toutes les personnes civiles. 3. La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité* »).

objective, car l'appartenance d'une personne à la catégorie de « civil » dépendrait des circonstances de fait, et notamment du type de guerre menée¹⁵⁵⁴. Prenant le contre-pied de cette stratégie, le droit de la guerre distingue les civils des combattants par leur *statut*. Dans les CAI, la catégorie de combattant désigne les personnes qui font partie des forces armées d'un État, qui appartiennent à des milices ou à des corps de volontaires de cet État, ou bien qui participent à une levée en masse face à une troupe d'invasion¹⁵⁵⁵. Définie négativement, la catégorie de civil renvoie aux personnes qui n'appartiennent à aucune de ces catégories¹⁵⁵⁶. En distinguant les civils des combattants par leur statut (leur incorporation dans tel ou tel corps armé), le droit des CAI crée des catégories formelles permettant d'établir objectivement et *a priori* qui est ou n'est pas un civil – ceci n'est pas fonction des circonstances, mais du statut objectif des personnes. Dans les CANI, la chose est plus complexe. En effet, les CANI opposent soit les forces armées d'un État à un groupe armé non-étatique, soit deux groupes armés non-étatiques entre eux¹⁵⁵⁷. S'il est entendu que, pour les États, la notion de combattant renvoie à ses « *forces armées* »¹⁵⁵⁸, le droit ne définit pas qui sont les combattants d'un groupe armé non-étatique. La doctrine considère cependant que, pour un tel groupe, la catégorie de combattant désigne les « *personnes ayant pour fonction continue de participer directement aux hostilités* »¹⁵⁵⁹. Les civils sont donc ceux qui n'appartiennent pas aux forces armées d'un État et qui n'exercent aucune fonction de

¹⁵⁵⁴ Avec une telle définition, on pourrait par exemple arguer que, dans les guerres totales où les États mettent l'ensemble de la nation au service de l'effort de guerre, l'ensemble des personnes participant de près ou de loin à l'effort de guerre doivent être neutralisées – ceci serait « nécessaire » pour vaincre la résistance de l'ennemi. Dans un contexte proche, un tribunal militaire étatsunien a ainsi pu affirmer que, techniquement, l'ensemble de la population nazie a participé à l'effort de guerre et aurait pu être poursuivie pour la guerre d'agression menée par l'État nazi. V. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Carl Krauch et al. (The I.G. Farben Trial)*, arrêt du 29 juil. 1948, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 10, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, p. 38 (« [t]o depart from the concept that only major war criminals—that is, those persons in the political, military, and industrial fields, for example, who were responsible for the formulation and execution of policies—may be held liable for waging wars of aggression would lead far astray. Under such circumstances there could be no practical limitation on criminal responsibility that would not include, on principle, the private soldier on the battlefield, the farmer who increased his production of foodstuffs to sustain the armed forces, or the housewife who conserved fats for the making of munitions. Under such a construction the entire manpower of Germany could, at the uncontrolled discretion of the indicting authorities, be held to answer for waging wars of aggression »). Sur la notion de « guerre totale » et l'élargissement drastique de la notion de « combattant », v. *supra*, Chapitre 3, §§ 357-371 et *infra*, Chapitre 7, §§ 892-897.

¹⁵⁵⁵ CG III, art. 4, A., 1), 2), 3) et 6).

¹⁵⁵⁶ PA II, art. 1, § 1.

¹⁵⁵⁷ En ce sens, v. TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicelle d'incompétence du 1^{er} oct. 1995, affaire n°IT-94-1-T, § 70, (« *un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État* »). Sur la définition de la notion de « conflit armé », v. not. S. VITE, « Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations », *R.I.C.R.*, vol. 91, n°873, 2009, pp. 75-76 ; D. AKANDE, « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts », in E. WILMHURST (dir.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, O.U.P., p. 51 ; CICR, *Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?*, Genève, CIRC, Prise de position, 2024, p. 15.

¹⁵⁵⁸ PA I, article 1

¹⁵⁵⁹ CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, op. cit., p. 29.

combat continue au sein d'un groupe armé. On peut donc distinguer *a priori* les civils des combattants, même dans les CANI.

474. Grâce à l'existence de catégorie objectives – personnes civiles d'un côté, combattants de l'autre –, l'interdiction de recourir à la stratégie de terrorisation de la population civile revêt bien une dimension formelle. Les belligérants ne peuvent pas attaquer la population civile comme telle ou des personnes civiles, notamment lorsque le but d'une telle attaque est de répandre la terreur parmi la population civile. Cet acte de violence type est interdit en lui-même et pour lui-même, indépendamment de la nécessité de mettre en œuvre une telle stratégie pour vaincre l'ennemi. On ne saurait donc arguer que la stratégie de terreur devient nécessaire dans des contextes particuliers, comme par exemple lorsqu'il s'agit de hâter la reddition d'une ville assiégée¹⁵⁶⁰, de vaincre psychologiquement l'ennemi dans la guerre totale¹⁵⁶¹ ou de défaire le soutien que la population civile offre aux insurgés dans une guerre contre-insurrectionnelle¹⁵⁶². Tout ce qui compte aux yeux du droit est la réalisation objective de l'acte prédefini.

475. Ainsi, cette seconde stratégie d'introduction des règles formelles permet de « couper » directement dans le périmètre de la nécessité et de soumettre le droit originel de nécessité au respect de règles formelles interdisant l'emploi de certaines armes, procédés, tactiques ou stratégies. Ce faisant, la logique catégorique des règles formelles permet de faire échec à la logique utilitariste des règles instrumentales : les règles formelles s'opposent à ce que la nécessité autorise tout et n'importe quoi. Une fois ces règles formelles édictées, la nécessité n'apparaît plus comme un critère fondamental et premier ; la nécessité, c'est plutôt « *ce qui reste du fait "guerre" comme résidu irréductible, après l'action régulatrice exercée par [les règles formelles]* »¹⁵⁶³. Mais s'il est nécessaire, dans un premier temps, d'introduire des règles formelles afin de limiter l'étendue du droit originel de nécessité, il faut, dans un

¹⁵⁶⁰ Sur la théorie militaire voulant que la terrorisation de la population civile est plus efficace que l'assaut pour faire tomber une ville assiégée, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 239-243.

¹⁵⁶¹ Sur la théorie du bombardement stratégique, selon laquelle briser le moral de la nation ennemie est un élément déterminant de la victoire dans la guerre totale, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 244-248.

¹⁵⁶² Sur la théorie militaire voulant que la terrorisation de la population civile est nécessaire dans les guerres contre-insurrectionnelles pour briser le soutien que la population civile offre aux groupes insurgés, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 251-252.

¹⁵⁶³ H. MEYROWITZ, « Le fondement du droit de la guerre », *op. cit.* p. 428 (dans la citation, l'expression « règles formelles » a été substituée au terme « droit », pour marquer le fait que « l'action régulatrice » coupant dans le périmètre de la nécessité n'est pas réalisée par le droit de la guerre en général, mais uniquement par les règles formelles qu'il contient).

second temps, réintroduire des règles instrumentales pour échapper à la rigidité des règles formelles.

§ II. – La réintroduction de règles instrumentales pour échapper à la rigidité des règles formelles

476. On pourrait imaginer que, les règles formelles allant en se multipliant, toute l'activité guerrière finisse par être l'objet de règles définissant avec précision l'ensemble des comportements-type que les belligérants peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter dans la guerre. Le droit de nécessité aurait disparu, car on aurait réussi à mener les deux stratégies identifiées ci-dessus à leur terme : on parviendrait désormais à distinguer avec précision ce qui est nécessaire et ce qui ne l'est pas (première stratégie), et on s'accorderait sur les moyens d'action qui, même nécessaires, doivent être interdits (seconde stratégie). Les juristes auraient réalisé l'idéal libéral de l'État de droit, en atteignant le point où l'action de l'État serait entièrement calculable et prévisible¹⁵⁶⁴. Certains auteurs semblent suggérer que cet horizon idéal a été atteint par le droit de la guerre, le droit originel de nécessité ayant été subsumé au cours du processus de codification du *jus in bello*¹⁵⁶⁵. À ce titre, il faut noter que le droit de nécessité fut érigé en règle fondamentale du droit de la guerre à une époque où la codification n'en était qu'à ses balbutiements. Or, à ce jour, aucun traité ne contient de règle générale faisant de la nécessité un critère global de la légalité des actes de violence¹⁵⁶⁶. Certains auteurs estiment par conséquent que le droit de la guerre « *réalise déjà dans ses normes mêmes l'idée de nécessité* »¹⁵⁶⁷ et que le droit de nécessité n'aurait donc plus aucun « *contenu substantiel* »¹⁵⁶⁸ autonome. Le droit de nécessité n'aurait tout simplement pas « *survécu aux codifications* »¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁴ Ce point fera l'objet de développements *infra*, Chapitre 7.

¹⁵⁶⁵ V. not. R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 170 ; B. J. BILL, « The Rendulic "Rule": Military Necessity, Commander's Knowledge, and Methods of Warfare », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12, 2009, pp. 131-132.

¹⁵⁶⁶ À notre connaissance, seul la *Déclaration de Bruxelles* de 1874 proposé initialement par la Russie contenait cette règle instrumentale (v. BELGIQUE, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence de Bruxelles*, *op. cit.*, p. 1 : « § III. Pour atteindre le but de la guerre, tous les moyens et toutes les mesures, conformes aux lois et coutumes de la guerre et justifiés par les nécessités de la guerre, sont permis »). Cependant, celle-ci fut abandonnée dans le texte final. Après 1874, aucun traité international ne reprit à son compte cette règle instrumentale.

¹⁵⁶⁷ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 158.

¹⁵⁶⁸ J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, C.U.P., 2004, p. 8. V. également M. N. SCHMITT, « International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities », in B. SAUL, D. AKANDE (dir.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, O.U.P., 2020, p. 149.

¹⁵⁶⁹ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 170.

477. Si ces vues devaient être interprétées comme une manière de dire que l'action militaire est désormais entièrement gouvernée par des règles formelles, indiquant précisément et dans chaque cas ce que les militaires peuvent ou ne peuvent pas faire, alors ceci serait éminemment problématique du point de vue militaire. En effet, cet idéal est fondamentalement incompatible avec la manière dont les militaires appréhendent l'action guerrière. Comme nous l'avons vu, ceux-ci rejettent en bloc l'idée que l'action militaire puisse être gouvernée par des règles posées *a priori* : les militaires doivent être prêts à tout, tout le temps, pour faire face à n'importe quel ennemi dans n'importe quelle situation¹⁵⁷⁰. Le droit de la guerre ne saurait donc se résumer à un ensemble de règles formelles déterminant *ex ante* et avec précision ce qu'il est permis ou non de faire¹⁵⁷¹. D'où le second mouvement qui caractérise la formulation des règles du droit de la guerre moderne : il est nécessaire de réintroduire du « jeu » dans le droit de la guerre, de la flexibilité et de la souplesse, pour échapper à la rigidité des règles formelles. Ceci suppose donc de réintroduire des règles instrumentales, qui permettent justement une telle flexibilité. Ces règles peuvent être réintroduites par le biais de plusieurs stratégies.

478. Premièrement, il est possible de chercher à subvertir la logique catégorique des règles formelles – à les « déformaliser » – en réintroduisant, sur des matières déjà couvertes par des règles formelles, le critère de nécessité. Ceci permettrait de soumettre de nouveau la licéité d'un acte au contexte global de sa réalisation (les buts poursuivis, les moyens employés, les circonstances, etc.) plutôt que d'en faire une question purement formelle (la forme-type prévue par la règle fut-elle réalisée empiriquement ?). Cette stratégie de subversion comporte deux variantes, l'une « dure », l'autre « douce ».

479. La subversion « dure » des règles formelles consiste à réintroduire la primauté absolue du droit de nécessité sur n'importe quelle matière déjà encadrée par une règle formelle. Cette stratégie est celle des partisans de la doctrine de la *Kriegsräson*. Pour eux, la guerre ne peut admettre aucune « restriction, quelque humanitaire qu'elle soit, mise à sa violente énergie, aussi longtemps que celle-ci lui est nécessaire pour atteindre son but »¹⁵⁷².

¹⁵⁷⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 201-209.

¹⁵⁷¹ En ce sens, v. A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, p. 58 (où l'auteur insiste sur « *the impossibility of providing an ex ante solution to every contingency* ») ; F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 23 (« *tous les actes de la guerre, les moindres dispositions des autorités militaires, tous les mouvements des armées, doivent être déterminés avec une précision juridique. L'expérience de chaque jour prouve qu'en fait, la chose est impossible* »)

¹⁵⁷² C. LUEDER, *La Convention de Genève...*, *op. cit.*, p. 249.

Cela signifie que si un acte de violence, interdit en tant que tel par le biais d'une règle formelle, est nécessaire pour atteindre le but de la guerre, alors cette règle formelle tombe et l'acte de violence en cause devient de nouveau autorisé sur le fondement du droit originel de nécessité. Cette doctrine revient donc à abandonner l'idée, consubstantielle aux règles formelles, que le seul élément pertinent pour juger de la légalité d'un acte est sa réalisation objective. Elle réinstaure le primat inconditionnel du droit de nécessité et de sa logique instrumentale sur la logique catégorique des règles formelles¹⁵⁷³. Cette subversion « dure » des règles formelles permet sans aucun doute de réintroduire du jeu dans le droit de la guerre, puisqu'elle met le droit de la guerre en conformité avec la vision anomique que les militaires ont de l'action militaire¹⁵⁷⁴. Néanmoins, ceci expose de nouveau le droit de la guerre au problème de l'absence de limite prédéfinie à la règle instrumentale de nécessité – la nécessité d'un acte étant fonction des circonstances, n'importe quel moyen peut potentiellement être jugé nécessaire, au regard de circonstances spécifiques, pour vaincre l'ennemi¹⁵⁷⁵. Cette stratégie risque donc de mettre en danger l'impératif de contenir la guerre dans les limites du moralité tolérable.

480. À l'inverse, la subversion « douce » des règles formelles consiste à modifier leur structure interne par l'introduction de clauses de dérogation faisant implicitement ou explicitement référence au critère de nécessité. Ceci revient, en d'autres termes, à transformer ces règles formelles en règles hybrides, mi-formelles, mi-instrumentales¹⁵⁷⁶.

481. L'exemple classique concerne l'article 23, e) du RH 1907¹⁵⁷⁷. Cet article « *interdit (...) de détruire ou de saisir des propriétés ennemis, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérativement commandées par les nécessités de la guerre* »¹⁵⁷⁸. Cette règle constitue un exemple topique de règle hybride. D'une part, elle définit abstrairement un comportement-type (le fait de détruire ou saisir des propriétés ennemis) auquel est octroyé une valeur normative (l'interdiction). D'autre part, elle prévoit une exception (« sauf les cas où... ») faisant expressément référence au critère de nécessité. Cette règle autorise

¹⁵⁷³ Sur la doctrine de la *Kriegsräson*, v. *infra*, Chapitre 8.

¹⁵⁷⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 191-209.

¹⁵⁷⁵ Sur ce point, v. *supra*, §§ 442-454.

¹⁵⁷⁶ Sur les règles hybrides, v. *supra*, §§ 426-427.

¹⁵⁷⁷ Ces clauses de dérogation sont recensées dans R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, pp. 176-178 et dans D. SCHINLDER, J. TOMAN (dir.), *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, 4^{ème} éd., Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, p. 1466 (entrée « military necessity »).

¹⁵⁷⁸ RH 1907, art. 23, e).

donc l'adoption du comportement-type initialement interdit lorsque les nécessités de la guerre le « commandent impérativement ». Ces règles hybrides permettent de réintroduire du jeu dans le droit de la guerre. En effet, elles exigent que l'on ne s'interroge pas uniquement sur la réalisation objective d'un acte prédefini, mais qu'on interprète cet acte à l'aune d'un contexte plus global. Si la destruction de propriétés ennemis est en principe un mal en soi, n'existe-t-il pas des circonstances exceptionnelles qui justifient cet acte ? N'est-il pas nécessaire, par exemple, de « *s'emparer des maisons particulières et même à les détruire lorsque la bataille se prépare* »¹⁵⁷⁹, afin de dégager le champ de tir ou de priver l'ennemi d'un couvert ?

482. D'autres règles contiennent des clauses de dérogation similaires, à ceci près que le critère de nécessité n'y apparaît pas explicitement. Par exemple, l'article 57, § 2, b) du PA I énonce que, « *dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas* »¹⁵⁸⁰. Il s'agit également d'une règle hybride, qui interdit un comportement-type (le fait de ne pas avertir en temps utile et par des moyens efficaces la population civile d'attaques pouvant l'affecter), tout en assortissant cette interdiction d'une exception (« à moins que... ») : lorsque « les circonstances ne le permettent pas », l'acte-type initialement interdit devient autorisé. Si cette règle ne fait pas expressément référence au critère de nécessité, il est clair que l'ensemble des clauses de dérogation, qu'elles s'y réfèrent expressément ou non, subordonnent en substance l'interdiction à « *ce qui est possible et raisonnablement exigible d'un belligérant dans des circonstances données* »¹⁵⁸¹. Or, ce qui est « *possible et exigible dépendra, à son tour (...) des nécessités militaires* »¹⁵⁸², c'est-à-dire de la situation factuelle dans laquelle se trouve le belligérant au moment de l'action. Si l'on peut exiger des belligérants qu'ils avertissent la population civile lorsqu'une attaque risque de l'affecter, n'y a-t-il pas des cas où ces avertissements nuiraient à l'opération, par exemple lorsque sa réussite repose sur un effet de surprise ? En d'autres termes, n'y a-t-il pas des cas où il serait *nécessaire* de ne pas avertir la population ? En liant la légalité de l'acte aux circonstances de sa réalisation (ou non-réalisation), on subordonne

¹⁵⁷⁹ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 286.

¹⁵⁸⁰ PA I, art. 57, § 2, b).

¹⁵⁸¹ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 167.

¹⁵⁸² *Ibid.*

de nouveau la licéité au critère de nécessité. Ce faisant, on réintroduit une certaine souplesse que ne connaissent pas les règles formelles.

483. Deuxièmement, il est possible de produire des règles instrumentales pour gouverner directement certains aspects de la guerre. Ici encore, il existe deux variantes à cette stratégie.

484. Tout d'abord, on peut réintroduire des règles instrumentales pour régir certains aspects qui ne sont pas déjà régis par des règles formelles, et qui feront donc uniquement l'objet d'une règle instrumentale. Ici, l'exemple topique est celui du principe de proportionnalité. Comme nous l'avons dit plus haut, le droit de la guerre admet que les belligérants causent, au cours d'une attaque, des dommages incidents aux biens ou aux populations civils¹⁵⁸³. Or, comment distinguer, au regard des dommages incidents, ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas ? Pour répondre à cette question, il est possible de recourir soit à des règles formelles, soit à des règles instrumentales.

485. On pourrait imaginer qu'une règle fixe un *quantum* prédéterminé de dommages incidents tolérés. Une règle pourrait établir, par exemple, la règle suivante : « Aucune attaque visant un objectif militaire licite ne peut causer incidemment la mort de plus de cinquante personnes civiles »¹⁵⁸⁴. Une telle règle constituerait indubitablement une règle formelle, présentant un contenu normatif identifiable *a priori*. Néanmoins, une telle règle se heurterait à une objection sérieuse, liée au fait qu'elle ne permet pas de prendre en considération le contexte spécifique de l'action. N'existe-t-il pas des situations dans lesquelles il serait manifestement *excessif* de tuer ne serait-ce qu'une dizaine de personnes incidemment à une attaque visant un objectif licite ? Par exemple, une attaque visant à neutraliser un insurgé de rang inférieur, n'ayant aucune position de commandement au sein de l'organisation, justifierait-elle de tuer ne serait-ce que cinq civils ?¹⁵⁸⁵ À l'inverse, n'existe-t-il pas des situations dans lesquelles la destruction d'un objectif militaire d'une importance capitale au regard du contexte global de la guerre justifierait de tuer incidemment plus de cinquante civils ? Par exemple, lorsqu'il est possible de décapiter d'une seule attaque toute la structure de commandement ennemie et de paralyser toute capacité de résistance,

¹⁵⁸³ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 3, § 312.

¹⁵⁸⁴ Il est plus difficile d'imaginer la limite qu'une telle règle pourrait poser au regard des dommages incidents causés aux biens civils : quelle unité de mesure utiliser dans ce cas ?

¹⁵⁸⁵ Sur ce point, v. la discussion relative à la conception israélienne de la proportionnalité post-7 octobre 2023 *infra*, § 506, note 1664.

cela ne justifierait-il pas la mise à mort incidente de plus de cinquante personnes innocentes ?¹⁵⁸⁶ Ces exemples montrent qu'une règle formelle fixant par avance un *quota* de morts incidentes serait nécessairement arbitraire : elle empêcherait que l'on traite de manière différenciée les cas substantiellement différents que la guerre ne manquera pas de faire naître¹⁵⁸⁷.

486. Pour cette raison, le droit de la guerre actuel appréhende cette matière au travers d'une règle instrumentale. En effet, le PA I prohibe :

les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu¹⁵⁸⁸.

Cette règle ne fixe par avance aucun *quota* de destructions incidentes permises : elle se borne à interdire les dommages incidents qui seraient « excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ». Il s'agit donc bien d'une règle instrumentale, car le contenu normatif du droit n'est pas donné *ex ante* : on ne peut se figurer de manière abstraite ce qu'une attaque causant des dommages « excessifs » au sein de la population civile signifie, car l'excessivité est un « *concept relationnel* »¹⁵⁸⁹ – une chose est toujours excessive par rapport à quelque chose. Ainsi, vis-à-vis d'une telle règle, on ne peut procéder qu'à des illustrations, mais non à des définitions, pour reprendre les termes de Robert Kolb¹⁵⁹⁰. Par conséquent, tout dépendra toujours des circonstances : c'est en fonction de l'objectif visé par l'attaque, de son importance au regard du contexte tactique ou stratégique dans lequel elle s'insère, que l'on pourra déterminer ce qui est excessif. Plus « l'avantage militaire

¹⁵⁸⁶ V. p. ex. la stratégie dite « du choc et de l'effroi » (*shock and awe*) défendue par certains théoriciens étatsuniens : H. ULLMAN, J. WADE Jr., *Shock & Awe. Achieving Rapid Dominance*, Washington, National Defense University, 1996. Pour les auteurs, une telle stratégie « would entail both the physical destruction of appropriate infrastructure and the shutdown and control of the flow of all vital information and associated commerce so rapidly as to achieve a level of national shock *akin to the effect that dropping nuclear weapons on Hiroshima and Nagasaki had on the Japanese* » (*ibid.*, p. 13, n. s.).

¹⁵⁸⁷ Par où l'on voit que les règles formelles permettent au « *proverbial bad man* » de « *walk the line* » (Du. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *op. cit.*, p. 1696), c'est-à-dire d'échapper à la règle en se plaçant systématiquement juste en-deçà de la limite légale : une telle règle permettrait de tuer systématiquement et pour toute attaque au maximum 49 civils.

¹⁵⁸⁸ PA I, art. 51, § 5, b).

¹⁵⁸⁹ W. A. SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities Under Customary International Law and Under Protocol I », *American University International Law Review*, vol. 1, n°1, 1986, p. 128.

¹⁵⁹⁰ V. *supra*, § 462.

concret et direct attendu » sera important, plus il sera acceptable de causer des dommages incidents à la population et aux biens civils. Et cette règle ne fixe aucune limite ultime : elle n'identifie pas clairement *jusqu'où* les belligérants peuvent aller dans le meurtre collatéral. Vis-à-vis du principe de proportionnalité, il n'est donc pas tout à fait exact de dire, ainsi que le fait Yoram Dinstein, que « [b]eaucoup dépend de la situation factuelle et des circonstances dans lesquelles une attaque est conduite »¹⁵⁹¹. La réalité est que, comme pour toute règle instrumentale, *tout* dépend de la situation factuelle et des circonstances de l'attaque. Ce sont elles qui fixent *a posteriori* le *quantum* de morts incidentes tolérées et donc la mesure du légal et de l'illégal¹⁵⁹². On pourrait certes chercher à provoquer l'hybridation de la règle pour lui donner plus de fixité, mais ceci revient dans une certaine mesure à insulter l'avenir : il se peut toujours que des circonstances particulières relativisent une solution qui paraissait jusqu'alors généralement acceptable¹⁵⁹³.

487. Ensuite, il est possible de réintroduire une règle instrumentale générale dans des domaines déjà régis par des règles formelles particulières. Cette variante consiste à ajouter à certaines règles formelles précises, prévoyant des interdictions spécifiques, une règle instrumentale générale gouvernant l'ensemble des aspects de la matière non-couverts par les règles spécifiques. Deux exemples peuvent illustrer cette variante.

488. De nombreuses règles formelles interdisent aux belligérants l'emploi d'armes spécifiquement identifiées¹⁵⁹⁴. En théorie, il serait possible de multiplier ces règles formelles afin de couvrir l'ensemble de la problématique des armes et indiquer, de manière exhaustive,

¹⁵⁹¹ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 121, n. trad.

¹⁵⁹² A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, p. 52 (« *the proportionality principle, which although seeming to create a formula, in accordance with which a commander can decide when he can stage an attack, in fact leaves unanswered many questions, which can only be resolved at the application stage* »).

¹⁵⁹³ Certains juristes estiment par exemple que le fait de tuer incidemment *un seul* fermier au cours d'une attaque visant un dépôt de munition serait *toujours proportionné* (TPIY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juil 2000, § 48). Mais qu'en sera-t-il, par exemple, dans le cas où une telle attaque intervient au moment où les dirigeants des États en guerre sont autour de la table pour négocier une armistice qu'ils souhaitent tous à tout prix ? Quel est « *l'avantage militaire concret et direct attendu* », dans un tel cas de figure où la fin de la guerre est une question d'heures ? Ainsi, si le principe de proportionnalité pose problème vis-à-vis de « *ce qu'il signifie* » et de « *comment il doit être appliqué* » (*ibid.*, n. trad.), c'est parce que, comme toute règle instrumentale, ce principe ne signifie rien en lui-même. Seule une situation concrète le rend signifiant. Il ne peut donc être appliqué qu'au cas par cas et déboucher sur des solutions *ad hoc*, très difficilement généralisables – car si un telle généralisation était possible, alors cette matière serait régie par des règles formelles. En effet, comme le relève Hilaire MCCOUBREY, « *[D]octrines of "necessity" in general arise essentially from impossibility of perfect prediction of the circumstances of application of legal provisions. If the circumstances of "necessity" exceptions were open to precise definition in advance they could be incorporated within the provisions themselves and the doctrine itself would be otiose* » (H. MCCOUBREY, « *The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity* », *R.D.P.M.D.G.*, vol. 30, n°1-4, 1991, p. 237).

¹⁵⁹⁴ Pour une étude exhaustive des armes prohibées en droit international, v. W. H. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2016.

les armes que les belligérants peuvent ou ne peuvent pas employer. Cependant, une telle entreprise se heurte au fait que les belligérants sont en quête constante d'innovation technique et produisent sans cesse de nouveaux moyens de destruction¹⁵⁹⁵. Dès lors, il serait bien plus simple de soumettre cette matière à une seule règle générale valable pour toutes les armes, qu'elles soient actuellement en dotation dans les armées ou qu'elles restent à inventer. Tout en n'abandonnant pas les règles formelles relatives à certaines armes particulières, le droit de la guerre emprunte cette voie en interdisant aux belligérants, de manière générale, « *d'employer des armes, des projectiles et des matières (...) de nature à causer des maux superflus* »¹⁵⁹⁶.

489. Derrière cette règle, on retrouve le standard de nécessité¹⁵⁹⁷. En effet, qu'est-ce qu'un « mal superflu » sinon un mal qui n'est pas *strictement nécessaire* à la victoire sur l'ennemi ? En ce sens, la CIJ précise que l'interdiction des maux superflus signifie l'interdiction « *des souffrances supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes* »¹⁵⁹⁸. Par conséquent, il n'est pas d'arme qui inflige en elle-même de « maux superflus » – ce ne sont pas « *les souffrance [qu'une arme] est susceptible de causer* »¹⁵⁹⁹ qui déterminent sa licéité. Au contraire, le caractère « superflu » de la souffrance engendrée par une arme (et donc sa licéité) ne peut être déterminé qu'au regard du contexte de son utilisation, et notamment de la valeur de l'objectif militaire que l'on cherche à atteindre en employant cette arme¹⁶⁰⁰. Ainsi, le concept de « maux superflus » est, comme le concept de « dommages incidents excessifs », un concept relationnel. La souffrance causée ne doit donc pas être évaluée de manière absolue, mais relative : pour déterminer la licéité d'une arme, il faut « *comparer [les souffrances causées par l'arme] aux "avantages militaires attendus" et aux "objectifs militaires" poursuivis* »¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁵ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, § 177.

¹⁵⁹⁶ PA I, art. 35, § 2.

¹⁵⁹⁷ La version anglaise du PA I fait d'ailleurs expressément référence au standard de nécessité, puisque l'article 35, § 2 énonce qu'il est interdit « *to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering* » (PA I, art. 35, § 2, trad. CICR, n. s.). Sur cette base, H. MEYROWITZ conclut que le « mot "nécessaire" [est] impliqué dans l'expression "maux superflus" » (H. MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus. De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », *R.I.C.R.*, vol. 76, n°806, p. 114).

¹⁵⁹⁸ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, § 78, p. 257.

¹⁵⁹⁹ Opinion individuelle du juge Gilbert GUILLAUME sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 289.

¹⁶⁰⁰ En ce sens, v. H. MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus », *op. cit.*, p. 114 (« [...] le qualificatif "superflu" (...) appelle immédiatement la question : superflu par rapport à quoi ? Question qui contient elle-même la réponse : à ce qui est nécessaire ; réponse qui renvoie à la question : nécessaire à quoi ? »).

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 289. En ce sens, v. not. CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, *op. cit.*, pp. 409-410 (« [p]our celui qui en éprouve les effets, il est certain que toute souffrance est superflue et que toute blessure est inutile. Il faut donc, en principe, mettre en balance la nature de la blessure ou l'intensité de la souffrance, d'une part, et la "nécessité militaire", d'autre part, avant de déterminer

490. Cette règle intègre donc la « *conception utilitariste* »¹⁶⁰² propre aux règles instrumentales. En effet, cette règle ne proscrit en tant que telle l'emploi d'aucune arme prédefinie : on ne saurait dire, uniquement à partir de l'énoncé de la norme, quelles sont les armes autorisées et les armes interdites car aucune souffrance n'est intrinsèquement « superflue ». Tout est affaire de contexte, et notamment de la valeur de l'avantage militaire escompté. Ainsi, « [p]lus cet avantage militaire sera grand, plus on sera disposé à tolérer des niveaux de souffrance (...) élevés »¹⁶⁰³. On pourrait donc imaginer que certains États se prévalent de cette règle instrumentale pour expliquer que, dans certaines circonstances, l'emploi d'armes aussi productrices de souffrance que le phosphore blanc ou le napalm soient nécessaires au regard de l'importance de l'avantage militaire procuré. On retrouve ici toute l'amoralité de la rationalité militaire¹⁶⁰⁴.

491. Le second exemple de règle instrumentale générale couvrant un domaine régit par des règles formelles plus spécifique concerne le droit de l'occupation militaire, et plus précisément les pouvoirs dont jouit l'occupant en matière de maintien de l'ordre et de préservation de la sécurité des forces occupantes. Ici, on pourrait imaginer que le droit s'évertue à définir de manière exhaustive les mesures concrètes d'ordre public que l'occupant peut ou ne peut pas prendre dans les territoires occupés. Cependant, la

s'il s'agit de maux superflus au sens où on l'entend à la guerre »); Opinion individuelle du juge Mohamed SHAHABUDEEN sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op. cit., p. 402 (« on se trouve en présence de maux superflus lorsque ceux-ci excèdent matériellement le degré de souffrance que justifie l'avantage militaire recherché. Il est exclu de recourir à un critère mécanique ou absolu : il faut mettre en balance le degré de souffrance infligé et l'avantage militaire recherché »); S. O'CONNOR, « Nuclear Weapons and the Unnecessary Suffering Rule », in G. NYSTUEN, S. CASEY-MALSEN, A. G. BERSAGEL (dir.), *Nuclear Weapons Under International Law*, Cambridge, C.U.P., 2014, p. 140, citations omises (« [t]he very term "unnecessary" implies a balancing act. An ICRC Conference of Experts held at Lucerne in 1975 noted that the unnecessary suffering rule "involved some sort of equation between, on the one hand, the degree of injury or suffering inflicted (the humanitarian aspect) and, on the other, the degree of necessity underlying the choice of a particular weapon (the military aspect)" »); W. H. BOOTHBY, « Weapons Under the Law of Military Operations », in T. D. GILL, D. FLECK (dir.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford, O.U.P., 2ème éd., 2015, p. 334, citations omises (« [t]he terms of the principle require that the wounding effect, the injury, and other suffering consequent on the use of the weapon shall be considered in this comparison process, but the terms of the principle do not specify with what they are to be compared. It is evident that weapons are used in order to achieve a military advantage or purpose in connection with an armed conflict. Accordingly, "[t]he legitimacy of a weapon, by reference to the superfluous injury and unnecessary suffering principle, must be determined by comparing the nature and scale of the generic military advantage to be anticipated from the weapon in the application for which it is designed to be used, with the pattern of injury and suffering associated with the normal intended use of the weapon" »).

¹⁶⁰² E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 437.

¹⁶⁰³ Opinion individuelle du juge Mohamed SHAHABUDEEN sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op. cit., p. 402.

¹⁶⁰⁴ Sur l'amoralité de la rationalité militaire, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 181-184. Notons néanmoins que toute une partie du champ du droit de la guerre cherche à provoquer l'hybridation de cette règle en identifiant des critères médicaux permettant d'apprécier objectivement les souffrances engendrées par une arme : certaines armes seraient donc intrinsèquement illégales, car elles provoqueraient des maux tels qu'aucune circonstance ne saurait jamais les justifier (E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., pp. 437-440). Ceci revient à faire de la notion de « maux superflus » une notion « médicale, indépendante de l'objectif poursuivi et relative seulement au dommage subi par la victime » (*ibid.*, p. 437). En d'autres termes, cette stratégie revient à transformer la règle instrumentale en règle formelle.

réglementation des pouvoirs de l'occupant par la voie de règles formelles nécessiterait de légiférer sur un très grand nombre de mesures (contrôles, check points, surveillance, détention préventive, déplacements de population, répression des infractions, etc.) et lierait définitivement les mains de l'occupant pour l'avenir, quel que soit le contexte.

492. Ainsi, comme pour le domaine des armes, le droit de la guerre emprunte une voie médiane. Les pouvoirs de l'occupant sont soumis à une règle instrumentale générale, complétée par des règles formelles portant sur certaines mesures précises, jugées suffisamment graves pour faire l'objet de règles formelles¹⁶⁰⁵. Cette règle instrumentale générale est énoncée à l'article 43 du Règlement de La Haye de 1907, qui dispose que :

[l']autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays.

La doctrine s'accorde pour voir dans cet énoncé une norme permissive, autorisant l'occupant à adopter les mesures nécessaires pour maintenir l'ordre et la sécurité dans les territoires occupés¹⁶⁰⁶. L'article 27 de la CG IV est encore plus explicite, puisqu'il autorise la puissance occupante à prendre « *les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre* »¹⁶⁰⁷. Ces dispositions reproduisent ainsi la logique instrumentale de la loi martiale qui, dans son concept, prend acte du fait que l'occupant est « *forcé de pourvoir à sa sûreté pour atteindre et poursuivre les buts ultérieurs qu'il se propose* » et autorise celui-ci à réaliser « *tous les actes (...) nécessités par la guerre ou utiles au territoire occupé et à ses habitants* »¹⁶⁰⁸.

493. L'occupation militaire est donc gouvernée par une règle instrumentale générale, autorisant la puissance occupante à agir dans la mesure du nécessaire pour pourvoir à sa

¹⁶⁰⁵ Ces règles formelles sont notamment énoncées dans la partie de la CG IV relative à l'occupation (art. 47-78).

¹⁶⁰⁶ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, 1^{ère} éd., Cambridge, C.U.P., 2009, p. 93 (« [t]he first part of Regulation 43 creates an obligation for the Occupying Power to take proper (and feasible) steps to protect the civilian population. The obligation is crystal clear, but there can be no responsibility without power. The Occupying Power cannot be denied a commensurate authority enabling the proper discharge of its duties. The first part of Regulation 43 must be read as an empowerment to do what is necessary to carry out the allotted tasks of maintaining law and order in the occupied territory »).

¹⁶⁰⁷ CG IV, art. 27, al. 4.

¹⁶⁰⁸ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 284 et 287. V. également Code Lieber, art. 3-4.

sécurité. En plus du standard général de comportement qu'elle contient (la nécessité), cette règle instrumentale se reconnaît au fait qu'elle ne prescrit *a priori* aucun comportement spécifique : il est impossible de savoir, à la seule lecture de l'énoncé, ce que l'occupant peut ou ne peut pas faire¹⁶⁰⁹. Cet article ne fixe donc aucune limite prédéterminée à l'action de l'occupant ; aucune mesure de sécurité n'est écartée par principe. Comme pour toute règle instrumentale, seul le contexte factuel permettra de dire si l'occupant était en droit d'employer des « *restrictions relativement bénignes* » telles que « *l'enregistrement, la présentation périodique devant les autorités de police, le port de cartes d'identité ou d'origine spéciales, l'interdiction du port d'arme* », ou bien des restrictions « *plus sévère* », allant de « *l'interdiction de changement de domicile sans autorisation* » jusqu'à « *la mise en résidence forcée et l'internement* », en passant par « *l'interdiction de l'accès dans certaines zones* » ou « *la suppression des déplacements* »¹⁶¹⁰.

494. En conclusion, ces deux stratégies – la subversion des règles formelles par le recours à des règles instrumentales et la réinsertion de règles instrumentales dans certains domaines de la guerre, déjà régis ou non par des règles formelles – permettent donc au droit de la guerre d'échapper à la rigidité des règles formelles et de préserver une certaine souplesse dans l'appréhension de l'action militaire par le *jus in bello*.

*

495. Conclusion de la Sous-section 1. La reconstruction logique du processus de formulation des règles du droit de la guerre met en évidence que ce régime juridique se compose à la fois de règles formelles et de règles instrumentales. Le droit originel de nécessité, qui habilite les belligérants à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour vaincre l'ennemi, ne pose aucune limite *a priori* à l'action : la nécessité d'un acte de violence étant toujours fonction du but qu'il poursuit et du contexte dans lequel il se déploie, ce sont finalement les faits qui déterminent *a posteriori* la mesure du légal et de l'illégal. Le droit originel de nécessité appelle donc la production de règles formelles pour placer des limites fermes, nettes et définitives à l'action militaire. Mais à leur tour, les règles formelles sont insusceptibles de fournir des solutions justes et adaptées à l'ensemble des situations

¹⁶⁰⁹ Comme le relève le Commentaire du CICR, l'article 27 de la CG IV se bornant à « énoncer une clause générale » (en réalité, une règle instrumentale), il n'identifie pas par avance « les diverses dispositions de sécurité qui peuvent être prises par les États » (CICR [J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 3, *op. cit.*, p. 223).

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

auxquelles les combattants seront confrontés dans la guerre. Il y aura toujours des cas non-anticipés qui exigeront une appréciation *ad hoc* de la situation plutôt que l'application mécanique de formes-typés possées *a priori*. Or, les règles formelles se distinguent par le fait qu'elles ne permettent pas l'évaluation contextuelle des comportements humains : seule compte la réalisation objective d'un acte. La rigidité des règles formelles appelle donc la réintroduction de règles instrumentales, afin que l'action militaire puisse être appréhendée de manière plus souple et circonstancielle, au travers de standards généraux de comportements. Ce double mouvement explique que le droit de la guerre se compose à la fois de règles formelles et de règles instrumentales. Ceci étant établi, il convient de se poser la question du *cui bono*. À qui profitent les règles formelles et les règles instrumentales ? Dans la perspective d'une défense de la nécessité du droit de la guerre, que faut-il préférer ?

Sous-section 2. – L'apprehension de l'action militaire par le biais de règles formelles, unique moyen pour entraver la logique instrumentale de la rationalité militaire

496. Considérant que le champ du *jus in bello* est le lieu d'une lutte entre militaires et humanitaires pour la définition du droit de la guerre¹⁶¹¹, quelle est la position respective de chaque partie au conflit sur les règles formelles et les règles instrumentales ? Pour répondre à cette question, il suffit de voir que les règles instrumentales reproduisent la logique instrumentale de la rationalité militaire : il fait donc peu de doute qu'elles soient préférées par les spécialistes de la violence (§ I). Inversement, les règles formelles permettent une appréciation objective, *a priori* et décontextualisée des actes de violence, ce qui est étranger au logiciel des combattants : elles constituent donc un antidote efficace aux dérives de la rationalité militaire (§ II).

¹⁶¹¹ Sur ce point, v. *supra*, Introduction, note 143.

§ I. – Les règles instrumentales, ou la reproduction de la logique utilitariste de la rationalité militaire

497. À titre liminaire, il faut relever qu'affirmer de but en blanc que les militaires auraient uniquement intérêt aux règles instrumentales constitue, dans une certaine mesure, un raccourci. En effet, les règles formelles peuvent présenter un intérêt aux yeux des militaires, de même que ceux-ci peuvent ne pas avoir intérêt aux règles instrumentales, ou du moins à certaines interprétations des règles instrumentales.

498. Tout d'abord, les règles formelles peuvent présenter un intérêt pour les militaires. À ce titre, il va sans dire que les militaires ont intérêt aux règles formelles permissives, qui les autorisent à mener tel ou tel type d'action – car ce faisant, les règles formelles « *légitiment ce qui est permis* »¹⁶¹². Mais les militaires peuvent également avoir intérêt aux règles formelles prohibitives. En effet, les militaires peuvent avoir intérêt à ce que certains comportements néfastes du point de vue de la rationalité militaire (pillages, meurtres, viols, etc.) soient interdits et à ce que certains moyens d'action d'une efficacité militaire nulle, douteuse ou marginale soient proscrits, car ces interdictions renforcent la discipline et permettent à l'appareil militaire de s'afficher comme une force vertueuse alors qu'elle se contente en pratique de suivre son intérêt¹⁶¹³. De plus, l'existence de règles formelles proscrivant l'emploi de certains moyens d'action, même efficaces du point de vue militaire, permet aux combattants de savoir par avance ce qu'on risque de leur reprocher¹⁶¹⁴.

499. Ensuite, les combattants peuvent ne pas avoir intérêt aux règles instrumentales. En effet, dans la mesure où ces règles ne fixent aucune limite prédéterminée au type ou au niveau de violence permise, elles peuvent être interprétée de manière ultra-restrictive afin de « *minimise[r] la mesure dans laquelle l'État peut recourir à la violence pour des raisons de*

¹⁶¹² Da. KENNEDY, « Lawfare and Warfare », *op. cit.*, p. 169, n. trad.

¹⁶¹³ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 3, §§ 316-331.

¹⁶¹⁴ En ce sens, v. A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, p. 48 (dans le contexte des codifications successives sur droit de la guerre « *military professionals wanted to know, ex ante, to what exactly they were agreeing. They therefore created very detailed documents, where specific obligations were codified, and every letter of the law important* »). Un militaire membre de la délégation étatsunienne au cours de la Conférence diplomatique de 1974-1977 qui débouchera sur l'adoption des PA aux CG de 1949 écrit en ce sens que « [t]he United States has and will continue to participate in this effort (...) to provide accurate and precise statements of international law that will preclude unwarranted charges concerning violations of the law » (J. R. MILES, « Current Initiatives in the Laws of Armed Conflict », *Air Force Law Review*, vol. 16, n°4, p. 75).

"nécessité militaire" »¹⁶¹⁵ et, en miroir, de maximiser la protection des personnes et des biens contre la violence. Par exemple, certains juristes humanitaires interprètent le principe de nécessité militaire de manière à imposer l'idée qu'il n'est pas toujours nécessaire de tuer les combattants ennemis et que ce principe impose parfois, dans certains contextes, de capturer les combattants ennemis plutôt que de les tuer¹⁶¹⁶. Évidemment, les militaires s'insurgent contre cette interprétation restrictive du principe de nécessité¹⁶¹⁷. De même, certains militaires dénoncent le fait que les interprétations restrictives du principe de proportionnalité élèvent le standard de protection de la population civile « *toujours plus haut* »¹⁶¹⁸, jusqu'à imposer « *l'absence totale de dommages collatéraux aux civils* »¹⁶¹⁹. Évidemment, il serait absurde de prétendre que les militaires auraient intérêt à l'existence de règles instrumentales interprétées de manière si restrictive qu'elles remettent en cause certains acquis fondamentaux du droit de la guerre – la possibilité du tuer les combattants ennemis et l'inévitabilité des dommages collatéraux¹⁶²⁰.

500. Cependant, avec ces réserves à l'esprit, il demeure que les militaires ont globalement intérêt à ce que la conduite de la guerre soit gouvernée par des règles instrumentales plutôt que par des règles formelles prohibitives. En effet, par leur structure interne, les règles instrumentales épousent la vision que les spécialistes de la violence ont de l'action militaire et leur octroient une très large marge de manœuvre dans la conduite des opérations. Pour le voir, il convient de lister les différents avantages que représentent les règles instrumentales pour l'appareil militaire.

501. **Premièrement**, les règles instrumentales épousent la vision anomique que les spécialistes de la violence ont de l'action militaire. Rappelons à ce titre que, pour les militaires, l'action armée se déploie dans un univers a-normatif, où tout apparaît sous l'angle

¹⁶¹⁵ R. J. DELAHUNTY, J. C. YOO, « What is the role of International Human Rights in the War on Terror? », *DePaul Law Review*, vol. 59, n°3, 2010, p. 846, n. trad.

¹⁶¹⁶ Sur ce point, v. la littérature citée *infra*, § 516.

¹⁶¹⁷ V. not. M. N. SCHMITT, « Wound, Capture or Kill: A Reply to Ryan Goodman's "The Power to Kill or Capture Enemy Combatants" », *E.J.I.L.*, vol. 24, n°3, 2013, pp. 855-861 ; W. HAYS PARKS, « Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study », *op. cit.* ; M. N. SCHMITT, « International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities », *op. cit.*, p. 149.

¹⁶¹⁸ K. ANDERSON, « Who Owns the Rules of War? », *The New York Times Magazine*, 13 avr. 2003, n. trad.

¹⁶¹⁹ Y. DINSTEIN, « Concluding Remarks », *op. cit.*, p. 488. V. ég. J. D. REYNOLDS, « Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflicts, and the Struggle for a Moral High Ground », *Air Force Law Review*, vol. 56, 2005, p. 4 (« [t]he amplified sensitivity to civilian casualties and other collateral damage, combined with increasing pressure from humanitarian interest groups to categorically exempt certain civilian object target sets from attack, should concern military strategists because of the rising incidence of warfare involving the use of the civilian population for shielding, sanctuary and deception ») ; M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity... », *op. cit.*, not. pp. 822-828.

¹⁶²⁰ Sur ces deux « acquis », v. *supra*, Chapitre 3, § 312.

de la contingence¹⁶²¹. Refusant que leur action soit guidée par des règles, principes ou doctrines posés *a priori*, les spécialistes de la violence affirment que seul un examen attentif, informé et instinctif de la situation permet de déterminer comment agir. Or, les règles instrumentales se caractérisent précisément par le fait qu’elles ne prescrivent aux belligérants aucun comportement prédéterminé, identifiable *a priori*. Aucun dommage collatéral n’est pas principe « excessif », aucun moyen n’est pas principe « inutile », et aucune arme ne cause par principe de « maux superflus ». Sous l’empire des règles instrumentales, rien n’est prédéfini, car tout dépend des circonstances. Ainsi, les règles instrumentales épousent la logique anomique de l’action militaire et l’impératif de maintenir le champ des possibles militaires indéfiniment ouvert¹⁶²². Elles ouvrent donc, au profit des militaires, un « *champ de calculs stratégiques (...) très large* »¹⁶²³ car, en fonction des circonstances, n’importe quel degré ou type de violence peut passer pour nécessaire¹⁶²⁴.

502. Deuxièmement, les règles instrumentales consacrent la liberté de principe des belligérants quant au choix des moyens d’action. En effet, ces règles ne définissant pas en amont ce que les combattants peuvent, doivent ou ne doivent pas faire, c’est à eux qu’il revient en premier lieu de déterminer comment agir¹⁶²⁵. Ils jouissent ainsi d’un « *large pouvoir d’appréciation quant au choix des moyens* »¹⁶²⁶. En l’absence de prescription formelle énoncée par avance, c’est aux combattants qu’il reviendra de décider si tel moyen est « nécessaire » pour vaincre l’ennemi, si la valeur de « l’avantage militaire concret et direct » attendu par la destruction d’un objectif militaire justifie de larges dommages incidents au sein de la population civile, si telle mesure de sécurité est « nécessaire » pour maintenir l’ordre public dans les territoires occupés, ou si l’avantage militaire procuré par la destruction d’un objectif rend les souffrances causées par l’arme utilisée « non-superflus ». Ces décisions pourront évidemment être contestés, mais uniquement *a posteriori* et selon des modalités qui rendent très compliqué de renverser le jugement militaire initial¹⁶²⁷. Ainsi,

¹⁶²¹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 201-209.

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ Da. KENNEDY, *Of War and Law*, *op. cit.*, p. 90, n. trad.

¹⁶²⁴ M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », *op. cit.*, p. 829, note 183 (« *any particular quantum of instrumental violence can be appraised as necessary or unnecessary, not in vacuo, but (...) in context and in relation to a determined purpose or objective* »).

¹⁶²⁵ Dans le contexte de la discussion sur les pouvoirs conférés à l’occupation par l’article 27 de la CG IV et l’article 43 du RH 1907, Yoram Dinstein peut ainsi dire que « *[t]he choice of means deemed necessary to contend with the problems of control and security is left to the Occupying Power* » (Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, *op. cit.*, p. 93). Cette réflexion peut être étendue à l’ensemble des règles instrumentales.

¹⁶²⁶ CICR [J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 3, *op. cit.*, p. 223. De même, cette réflexion peut être étendue à l’ensemble des règles instrumentales.

¹⁶²⁷ Sur ce point, v. *infra*, §§ 451-452.

en l'absence de contenu normatif prédéterminé indiquant aux militaires comment agir concrètement, les règles instrumentales se bornent à définir une « *zone du raisonnable* »¹⁶²⁸. Tant que les belligérants demeurent dans cette zone, ils peuvent choisir « [n] 'importe quel moyen »¹⁶²⁹ pour parvenir à leurs fins.

503. Troisièmement, les règles instrumentales épousent le rapport strictement utilitariste à la violence qui caractérise la rationalité militaire et, en conséquence, rejettent toute limite de principe au type ou au niveau de violence pouvant être employée dans la guerre. Rappelons que du point de vue militaire, les moyens d'action ne doivent pas être évalués en eux-mêmes et pour eux-mêmes, au regard de leur moralité intrinsèque, mais uniquement au regard de leur capacité à produire, dans des circonstances données, les effets recherchés¹⁶³⁰. Or, les règles instrumentales reproduisent cette logique. Exactement comme la rationalité militaire, elles ne permettent pas de juger les moyens d'action en eux-mêmes et pour eux-mêmes, puisque leur licéité est fonction des circonstances dans lesquelles ils sont employés. Ainsi, plutôt que d'écartier par principe l'emploi de tel ou tel moyen d'action, les règles instrumentales permettent « *de pondérer et de mesurer les conséquences d'une action militaire à la lumière de ses objectifs* »¹⁶³¹. De là, deux conséquences.

504. En premier lieu, la mesure du légal et de l'illégal est amenée à varier en fonction du type de guerre que l'on mène et de l'ennemi que l'on combat. On admet en effet qu'il existe différents types de guerre, et que chaque type de guerre suppose la mise en œuvre de certains moyens spécifiques : on ne se bat pas de la même manière dans les guerres contre-insurrectionnelles que dans les guerres conventionnelles, par exemple. Or, en faisant de la nécessité le critère de légalité de l'action militaire, le droit de la guerre menace de ratifier les arguments des militaires les plus radicaux, pour qui l'affrontement d'un ennemi hors-norme suppose l'emploi de moyens eux-mêmes hors-normes. Dans le contexte de la Guerre d'Algérie, le colonel Trinquier jugeait par exemple que les forces françaises devaient employer « *tous les moyens nécessaires pour vaincre* »¹⁶³², ce qui incluait la torture¹⁶³³. De

¹⁶²⁸ ISRÄEL, HAUTE COUR DE JUSTICE, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al.*, arrêt du 20 juin 2004, H.C.J. 2056/04, § 42, p. 25, n. trad. Cette réflexion, formulée dans le contexte d'une discussion sur le principe de proportionnalité, peut être étendue à l'ensemble des règles instrumentales.

¹⁶²⁹ *Ibid.*, n. trad.

¹⁶³⁰ V. *supra*, Chapitre 2, §§ 192-200.

¹⁶³¹ Da. KENNEDY, « *Lawfare and Warfare* », *op. cit.*, p. 169, n. trad.

¹⁶³² R. TRINQUIER, *La guerre moderne*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁶³³ *Ibid.*, p. 39.

même, s'il n'existe « *aucune autre manière de vaincre un terroriste* » que de se « *battre comme lui* »¹⁶³⁴, alors la guerre contre le terrorisme ne rend-elle pas *nécessaire* d'employer certains moyens exceptionnels ? Et dans la guerre totale, n'est-il pas *nécessaire* de prendre le peuple lui-même pour cible, dans la mesure où celui-ci se trouve au « *centre de gravité de la guerre totale* »¹⁶³⁵ ? Les règles instrumentales seront vues d'un œil favorable par les militaires, car elles permettent précisément d'adapter le contenu normatif du droit aux circonstances de fait, et notamment à la nature de l'ennemi que l'on combat et de la guerre que l'on mène.

505. En second lieu, la mesure du légal et de l'illégal est amenée à varier en fonction de l'importance des enjeux. Il est clair, au moins depuis Clausewitz, que la finalité politique de la guerre détermine « *la mesure aussi bien de l'objectif à atteindre par l'acte militaire que des efforts nécessaires* »¹⁶³⁶. Le niveau de violence mis en œuvre dans la guerre dépend donc de l'importance des enjeux : plus les enjeux sont importants et plus ils seront menacés, plus les belligérants seront prêts à infliger (et à accepter) des pertes importantes¹⁶³⁷. Or, les règles instrumentales permettent justement d'adapter le niveau de violence permise aux enjeux et à l'intensité du conflit. En effet, l'application des règles instrumentales est toujours affaire de mesure, de « *plus ou moins* »¹⁶³⁸. Dès lors, les limites de la légalité reculent en fonction de l'importance des enjeux charriés par la guerre. N'importe quelle arme, tactique ou stratégie peut donc potentiellement être jugée licite sous l'angle d'une règle instrumentale, pourvue que l'importance de l'employer soit justifiée au regard de l'avantage militaire qu'elle procure¹⁶³⁹.

¹⁶³⁴ M. LUTTRELL *Le survivant*, trad. F. MIRIMONT, Paris, Nimrod, 2009 [2007], p. 28. Dans un sens assez proche, v. W. BRADFORD, « Barbarians at the Gates: A Post-September 11th Proposal to Rationalize the Laws of War », *Mississippi Law Journal*, vol. 73, n°3, pp. 639-920 ; E. COLBY, « How to Fight Savage Tribes », *op. cit.*, pp. 279-288. Cet argument a une longue histoire coloniale, dont la généalogie est retracée par F. MEGRET, « From "Savages" to "Unlawful Combatants" », *op. cit.*, pp. 265-317.

¹⁶³⁵ E. LUDENDORFF, *La guerre totale*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁶³⁶ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶³⁷ Les auteurs du *Traité de stratégie de l'École de guerre* relèvent en ce sens que « *lorsqu'une nation joue sa survie, elle est prête à accepter et à infliger beaucoup plus de pertes que lorsqu'elle envoie ses soldats mener une opération d'interposition dans quelque pays lointain* » (M. MOTTE, G.-H. SOUTOU, J. DE LESPINOIS *et al.*, *La mesure de la force*, *op. cit.*, p. 81).

¹⁶³⁸ M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, p. 30, n. trad. V. ég. Da. KENNEDY, *Of War and Law*, *op. cit.*, pp. 10, 21 et 89, n. trad.

¹⁶³⁹ En ce sens, v. JAPON, TOKYO DISTRICT COURT, *R. Shimoda et al. v. The State et al.*, arrêt du 7 déc. 1963, affaire n°2914 et 4177, *in Japanase Annual of International Law*, vol. 8, 1964, p. 241 (« *however great the inhumane result of the use of a weapon may be, the use of the weapon is not prohibited by international law, if it has a great military efficiency* »).

506. Par exemple, on pourrait croire que les maux causés par l'arme nucléaire, à la fois sur le court et le long termes, seront toujours superflus au regard des avantages militaires procurés par la destruction de tel ou tel objectif militaire¹⁶⁴⁰. Mais qu'en sera-t-il dans le cas où un État se trouve dans situation où « *sa survie même serait en cause* »¹⁶⁴¹? Dans une telle situation, l'importance exceptionnelle des enjeux ne rendrait-elle pas *nécessaire*, et donc licite, d'employer des moyens causant des souffrances exceptionnelles ? Et comment critiquer un tel emploi de l'arme nucléaire, si ce n'est en recourant à un jugement de valeur (forcément subjectif) consistant à minorer l'importance de l'enjeu politico-militaire et à majorer l'importance des souffrances endurées ?¹⁶⁴² Ces réflexions valent également pour le principe de proportionnalité. Plus l'avantage militaire résultant de la destruction d'un objectif ennemi est important, plus la règle tolère des dommages incidents importants au sein de la population civile. En effet, la licéité des dommages incidents dépend de la valeur relative que l'on accorde à la destruction de l'objectif militaire visé et à la vie des civils¹⁶⁴³. Or, jusqu'où un belligérant accordant une importance vitale à la destruction de certains objectifs militaires peut-il aller dans le meurtre collatéral ? La flexibilité du standard de l'excessivité des dommages collatéraux peut-elle aller jusqu'à ratifier la conception israélienne de la proportionnalité post-7 octobre 2023, selon laquelle la vie d'un commandant en chef du Hamas pourrait justifier la mort incidente d'une centaine de

¹⁶⁴⁰ En ce sens, v. la déclaration du juge Mohammed BEDJAOUI sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, pp. 50-51 ; Opinion individuelle du juge Mohamed SHAHABUDDEEN sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 403 (« [s]ur la base des éléments dont elle disposait, la Cour pouvait raisonnablement conclure qu'au regard de la conscience publique l'emploi d'armes nucléaires cause des maux qui sont inacceptables, quel que soit l'avantage militaire qu'il puisse procurer ») ; Opinion individuelle du juge Christopher G. WEERAMANTRY sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 498 (« [l]es faits décrits dans la section II de la présente opinion sont plus que suffisants pour établir que l'arme nucléaire cause des maux superflus excédant beaucoup ce qu'exigent les buts de la guerre »).

¹⁶⁴¹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, § 97, p. 263. V. également opinion individuelle de la juge Rosalyn HIGGINS sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 587 (« [s]i les souffrances ressemblent à celles que l'on associe habituellement à l'emploi des armes nucléaires – du fait du souffle, du rayonnement, du choc, du risque d'escalade, du risque de propagation dans l'espace et le temps – on peut concevoir que seules les circonstances les plus extrêmes (défense contre d'indécibles souffrances ou contre la disparition d'un Etat ou de populations) pourraient justifier qu'on établisse une "relation" équilibrée entre la nécessité militaire et les exigences de l'humanité »).

¹⁶⁴² En ce sens, v. C. GREENWOOD, « The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium », *International Law Studies*, vol. 71, 1998, p. 194 (« [t]his balancing act is (...) easier to state in the abstract than it is to apply, since one is not comparing like with like and there is considerable uncertainty regarding the factors to be placed on each side of the scales »).

¹⁶⁴³ TPIY, *Final Report to the Prosecutor...*, *op. cit.*, §§ 48-49 (« [i]t is much easier to formulate the principle of proportionality in general terms than it is to apply it to a particular set of circumstances because the comparison is often between unlike quantities and values. One cannot easily assess the value of innocent human lives as opposed to capturing a particular military objective. The questions which remain unresolved once one decides to apply the principle of proportionality include the following: a) What are the relative values to be assigned to the military advantage gained and the injury to non-combatants and or the damage to civilian objects? (...). The answers to these questions are not simple. It may be necessary to resolve them on a case by case basis, and the answers may differ depending on the background and values of the decision maker. It is unlikely that a human rights lawyer and an experienced combat commander would assign the same relative values to military advantage and to injury to noncombatants »).

civils ?¹⁶⁴⁴ Même si cette interprétation peut choquer, *rien* ne permet de la rejeter *a priori*. En effet, si un tel *quantum* peut paraître intolérable dans les guerres de faibles intensité, qu'en est-il lorsqu'un État conçoit la guerre qu'il mène comme une guerre aux enjeux vitaux, comme cela semble être le cas d'Israël ?¹⁶⁴⁵ Dans une telle situation, on ne peut s'appuyer sur aucun argument, si ce n'est l'idée, forcément subjective et donc arbitraire, que la valeur de l'avantage militaire (la mort des commandants du Hamas) est inférieure à la valeur des pertes civiles (une centaine de morts). Et que rétorquera-t-on lorsque les communicants de l'armée israélienne argueront que, selon eux, la valeur de l'objectif militaire visé est supérieure à la valeur des pertes civiles ? Ce conflit de valeur est, comme tout conflit de valeur, insoluble¹⁶⁴⁶.

507. Reproduisant la logique purement utilitariste de la rationalité militaire, les règles instrumentales ne fixent, par elles-mêmes, aucune limite dirimante au niveau ou au type de violence pouvant être employé. Seules les circonstances de fait permettent de fixer la mesure du légal et de l'illégal. Ainsi, les militaires ont intérêt à l'avènement d'un droit de la guerre déformalisé, car ceci leur permet d'agir sur la base d'une évaluation utilitariste des coûts et bénéfices que représente chaque action¹⁶⁴⁷. En rejetant toute limitation de principe à la violence, les règles instrumentales consacrent l'idée, consubstantielle à la rationalité

¹⁶⁴⁴ Cette conception de la proportionnalité est rapportée par Y. ABRAHAM, « "Lavender": The AI Machine Directing Israel's Bombing Spree in Gaza », *+972 Magazine*, 3 avr. 2024. La conception particulièrement extensive que les autorités israéliennes ont de la proportionnalité n'est pas nouvelle et a déjà fait l'objet de plusieurs condamnations. V. not. ONU, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport de la Commission d'enquête sur le Liban établi conformément à la résolution S-2/1 du Conseil des droits de l'homme*, 23 nov. 2006, U.N. Doc. A/HRC/3/2, § 317 (« [I]a Commission considère que le recours excessif, sans discernement et disproportionné à la force par les [Forces de défense israéliennes] dépasse les arguments raisonnables de nécessité militaire et de proportionnalité »); ONU, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés*, op. cit., § 62 (« [I]es déclarations faites par des dirigeants politiques et militaires israéliens avant et pendant les opérations militaires de Gaza indiquent que les responsables militaires israéliens ont jugé qu'une guerre contre le Hamas devait nécessairement comporter des destructions disproportionnées et des opérations bouleversant au maximum la vie de nombreuses personnes, en tant que moyens considérés comme légitimes d'atteindre des objectifs non seulement militaires, mais aussi politiques »).

¹⁶⁴⁵ En ce sens, v. E. ORTAL, « Israel's First Total War And Its Ramifications », *Hoover Institution*, 19 avr. 2024.

¹⁶⁴⁶ Sur la subjectivité des valeurs et le caractère insoluble des conflits de valeurs, v. *infra*, Chapitre 8, not. § 1007. Ces réflexions valent pour toutes les règles instrumentales et peuvent par exemple être étendue à la règle consacrée à l'article 27 de la CG IV. Cette règle autorise la Puissance occupante à « prendre, à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre » (CG IV, art. 27). Par son renvoi aux faits, cette règle autorise la Puissance occupante à doser la violence en fonction des menaces qui pèsent sur sa sécurité. L'occupant sera donc fondé à appliquer très sévèrement la loi martiale si la menace d'un affrontement devient tangible ou se réalise concrètement, mais il devra appliquer moins sévèrement la loi martiale dans les territoires pleinement pacifiés (sur ce point, v. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{re} éd., op. cit., p. 286 ; Code Lieber, art. 5). Mais jusqu'où est-il autorisé à aller ? Dans le cas où il s'agit de réprimer une insurrection déterminée en territoire occupé, et que le contexte stratégique exige d'employer les moyens les plus efficaces pour y parvenir le plus rapidement possible, de manière à pouvoir redéployer les forces sur d'autres théâtres d'opération, ne deviendrait-il pas nécessaire, ainsi que le prétend von Hartmann, de procéder à des exécutions voire à des actes de terrorisme contre des communes et des districts entiers ? (J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2*, op. cit., p. pp. 68-69). Quelle est la limite des pouvoirs de l'occupant en situation véritablement exceptionnelle ?

¹⁶⁴⁷ Da. KENNEDY, *Of War and Law*, op. cit., p. 89 (« an antiformal law in war of broad standards represents a triumph for grasping the nettle of costs and benefits »).

militaire¹⁶⁴⁸, que la finalité de l'action justifie la mise en œuvre des moyens efficaces, même immoraux producteurs d'une grande souffrance¹⁶⁴⁹.

508. **Quatrièmement**, les règles instrumentales font du langage militaire le langage de référence pour juger de la licéité des actes. Certains observateurs ont relevé en ce sens que lorsqu'ils débattent « *du caractère proportionnel ou nécessaire* » de telle ou telle tactique, arme ou stratégie, « *les humanitaires et les militaires parlent (...) le même langage* »¹⁶⁵⁰. Or, ce langage est celui des spécialistes de la violence. En effet, démontrer que les dommages incidents causés par une attaque étaient « *excessifs* » au regard de l'avantage militaire concret et direct attendu par la destruction d'un objectif militaire suppose forcément de se prononcer sur la valeur de l'objectif militaire visé, et donc de se pencher sur les circonstances tactiques et stratégiques de la guerre pour déterminer l'importance de l'objectif. Et montrer que d'autres moyens auraient permis de parvenir au même but tout en « *rédui[sant] au minimum les pertes en vie humaine* »¹⁶⁵¹ suppose également d'argumenter dans le langage militaire¹⁶⁵². Ainsi, sous l'empire des règles instrumentales, il est impossible de distinguer le débat juridique du débat militaire, puisque débattre de la licéité d'une action suppose toujours de débattre sur le terrain des spécialistes de la violence – celui de la nature de la guerre, des spécificités des armes, des considérations tactiques et stratégiques, de l'efficacité militaire, de l'économie des moyens, de la valeur des buts visés, etc. Les militaires seront donc à leur aise dès qu'il conviendra de débattre de la proportionnalité d'une attaque ou du caractère non-superflu des souffrances causées par une arme : ces débats *sont* des débats militaires.

509. **Cinquièmement**, les règles instrumentales consacrent le point de vue militaire comme étant le point de vue de référence pour juger de la licéité des actes. En effet, l'évaluation de la licéité d'un acte régi par une règle instrumentale suppose de juger l'opportunité de *la décision prise par le destinataire de la norme*. La question qui se pose

¹⁶⁴⁸ Sur l'idée que la rationalité militaire repose sur une appréciation de l'efficacité des moyens pour parvenir à une fin, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 147-155.

¹⁶⁴⁹ Pour des exemples de procédés immoraux recommandés au nom de l'efficacité militaire, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 239-255.

¹⁶⁵⁰ Da. KENNEDY, *Of War and Law*, op. cit., p. 89, n. trad.

¹⁶⁵¹ PA I, art. 57, § 2, a), ii).

¹⁶⁵² De même, démontrer qu'une mesure n'était pas « nécessaire » au sens de l'article 27 de la CG IV pour garantir la sécurité des forces occupantes suppose de se pencher sur l'ensemble des circonstances factuelles prévalant à l'époque des faits, de la résistance rencontrée, des moyens politiques, policiers ou militaires disponibles pour faire cesser les troubles, etc.

est la suivante : en employant tel moyen plutôt que tel autre, le sujet de droit a-t-il agi de manière raisonnable pour parvenir à ses fins ?¹⁶⁵³ Or, en raison de l'incertitude des circonstances et des conséquences de l'action, les informations qui se présentent au sujet de droit au moment de la prise de décision sont forcément partielles, et les conséquences de l'action ne sont jamais certaines¹⁶⁵⁴. Dès lors, on ne saurait juger rétrospectivement de la nécessité de mettre en œuvre tel ou tel moyen d'action en faisant *comme si* le sujet de droit disposait de l'ensemble des informations pertinentes et connaissait déjà les conséquences de ses actes, d'autant plus lorsque les décisions sont prises, comme c'est souvent le cas dans la guerre, dans le feu de l'action¹⁶⁵⁵. Ainsi, celui qui juge *a posteriori* de la licéité d'un acte régi par une règle instrumentale ne saurait substituer son propre point de vue sur la situation à celui du destinataire de la norme¹⁶⁵⁶ : il doit au contraire épouser le point de vue de l'acteur au moment de l'action.

510. Telle fut la solution consacrée dans l'affaire des *Otages*¹⁶⁵⁷. Dans cette affaire, les juges devaient notamment déterminer si la politique de terre brûlée mise en œuvre par le général Lothar Rendulic, commandant des troupes d'occupation de la Finlande et de la Norvège, était justifiée au regard de l'article 23, g) du RH 1907. Afin d'éviter que les forces armées russes ne les poursuivent durant leur évacuation de la région du Finnmark en plein hiver, l'état-major allemand ordonna l'évacuation forcée des habitants sur toute la distance de la retraite, ainsi que la destruction systématique des habitations. Cette politique de la terre brûlée se justifiait selon l'état-major par la nécessité d'empêcher les forces russes, aidées par des habitants connaissant le terrain et susceptibles de les héberger, de poursuivre les troupes allemandes dans leur retraite¹⁶⁵⁸. Or, il s'avéra rétrospectivement que les forces armées russes ne poursuivirent finalement pas les troupes allemandes. On pourrait donc en conclure que, *stricto sensu*, « *il n'y avait pas de nécessité militaire à cette destruction et à cette dévastation* »¹⁶⁵⁹ : les forces russes ayant abandonné la poursuite, il n'y avait aucune

¹⁶⁵³ V. *supra*, not. §§ 446-447.

¹⁶⁵⁴ V. *supra*, Chapitre 2, not. §§ 197-199.

¹⁶⁵⁵ C'est pourquoi, « [w]ith respect to this aspect of the law of war [le droit relative à la conduite des hostilités, largement gouverné par des règles instrumentales, *ndla*], outside supervision is neither traditional nor easy to visualize » (G. S. PRUGH, « Current Initiatives... », *op. cit.*, p. 264).

¹⁶⁵⁶ En ce sens, v. G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, p. 10 (« [i]n the calm of a college seminar room, it is easy to denounce the actions of others acting in a combat zone – soldiers, Marines, sailors, and airmen who did not have the luxury of discussion, or opportunity to study a treaty, or time for reflection before they acted »).

¹⁶⁵⁷ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*

¹⁶⁵⁸ Le contexte de l'affaire est utilement résumé par B. J. BILL, « The Rendulic "Rule" », *op. cit.*, pp. 120-124.

¹⁶⁵⁹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 68, n. trad.

nécessité à leur barrer la route par une politique de terre brûlée. Pourtant, le tribunal jugea que la question n'était pas de savoir si la nécessité des actes « *existait vraiment* », mais de savoir « *si la partie défenderesse a agi, au moment des faits, dans les limites d'un jugement honnête sur la base des conditions prévalent à l'époque* »¹⁶⁶⁰. Ainsi, les juges considérèrent que l'application de l'article 23, g) du RH 1907 exigeait de « *juger la situation telle qu'elle apparaissait au défendeur [au moment de l'action]* »¹⁶⁶¹. Ce qui importait aux yeux des juges n'était donc pas de savoir si l'action était réellement nécessaire, mais de savoir si, au regard des circonstances telles qu'elles se présentaient au destinataire de la norme et des informations forcément partielles dont il disposait, celui-ci pouvait croire de bonne foi que l'acte en cause était nécessaire pour atteindre son but¹⁶⁶². Et le tribunal jugea « *que les conditions, telles qu'elles sont apparues au défendeur à l'époque, étaient suffisantes pour qu'il puisse honnêtement conclure qu'une nécessité militaire urgente justifiait la décision prise* »¹⁶⁶³. Rétrospectivement, il apparaît que Lothar Rendulic a « *commis une erreur dans l'exercice de son jugement* »¹⁶⁶⁴, puisque l'acte s'est révélé *in fine* inutile ; mais l'important ait qu'il ait agi de bonne foi au regard des informations dont il disposait à l'époque des faits. Lothar Rendulic fut donc acquitté.

511. Cette conclusion vaut pour l'ensemble des règles instrumentales. Par exemple, l'article 51, § 5, b) du PA I ne qualifie d'attaques disproportionnées que les attaques « *dont on peut attendre* » qu'elles causent incidemment des dommages excessifs à la population civile et à ses biens par rapport à l'avantage militaire « *attendu* »¹⁶⁶⁵. Ainsi, peu importe que les attaques causent finalement plus de dommages incidents si l'on ne pouvait raisonnablement les prévoir, et peu importe que la destruction de l'objectif militaire ne

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 69, n. trad.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 68, n. trad. V. ég. les propos de l'avocat général dans l'affaire von Manstein, où celui-ci dit aux juges que « [i]t is essential that you should view the situation through the eyes of the accused and look at it at the time when the events were actually occurring. It would not be just or proper to test the matter in the light of subsequent events, or to substitute an atmosphere of calm deliberation for one of urgency and anxiety » (cité in N. C. H. DUNBAR, « Military Necessity in War Crime Trials », *B.Y.I.L.*, vol. 29, 1952, p. 450).

¹⁶⁶² ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 68 (« we are obliged to judge the situation as it appeared to the defendant at the time. If the facts were such as would exercise the action by the exercise of judgment, after giving consideration to all the factors and existing possibilities, even though the conclusion reached may have been faulty, it cannot be said to be criminal »).

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 69, n. trad.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, n. trad.

¹⁶⁶⁵ PA I, art. 51, § 5, b). V. ég. PA I, art. 85, § 3, a) n. s. (« [o]utre les infractions graves définies à l'article 11, les actes suivants, lorsqu'ils sont commis intentionnellement, en violation des dispositions pertinentes du présent Protocole, et qu'ils entraînent la mort ou causent des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, sont considérés comme des infractions graves au présent Protocole : (...) b) lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57, paragraphe 2 a iii (...) »).

procure finalement pas l'avantage militaire attendu. Seule compte la manière dont le commandant décident de l'attaque percevait les faits au moment de l'action : tant qu'il agit au regard des informations disponibles comme le ferait tout « *commandant militaire raisonnable* »¹⁶⁶⁶, son action demeure licite¹⁶⁶⁷. Cette « *déférence* »¹⁶⁶⁸ envers le point de vue militaire est consubstantielle à toutes les règles instrumentales, qui exigent que l'on adopte le point de vue du commandant militaire « *enveloppé dans le "brouillard de guerre"* »¹⁶⁶⁹ plutôt que celui de l'observateur extérieur et omniscient. Ceci apporte « *une encore plus grande flexibilité* »¹⁶⁷⁰ aux règles instrumentales.

512. En conclusion, il apparaît que les règles instrumentales jouissent d'un très faible degré de normativité. En effet, les règles instrumentales n'imposent aucun comportement *a priori* aux belligérants, la mesure du légal et de l'illégal étant fonction des circonstances de fait ; elles leur laissent l'initiative quant au choix des moyens à employer pour vaincre sans causer trop de souffrances ; elles leur permettent d'adapter leur action aux différents types de guerre et de moduler la violence en fonction des enjeux, sans qu'aucune limite définitive à la violence n'existe ; l'application de telles règles suppose d'évaluer l'action en termes militaires et donc à débattre sur le terrain des spécialistes de la violence ; et on ne peut juger de la licéité d'un acte qu'en épousant le point de vue incertain et embrouillé de l'acteur au moment de l'action. Ces règles apparaissent donc comme étant particulièrement « *indulgentes* »¹⁶⁷¹ vis-à-vis des belligérants. Elles octroient au soldat une « *marge d'appréciation importante* », puisqu'elles « *reconnaisse[nt] et pren[nent] en compte la complexité et la variabilité des situations de combat* »¹⁶⁷². Les militaires sont donc fondés à ne voir dans les règles instrumentales que des « *directives générales, et non de véritables règles à suivre en toutes circonstances* »¹⁶⁷³. Correctement manipulées, ces règles permettent de justifier à peu près tout et n'importe quoi pourvu que l'acte jouisse d'une certaine rationalité militaire – et c'est pourquoi on peut dire qu'elles sont « *ouvertes à la*

¹⁶⁶⁶ TPIY, *Final Report to the Prosecutor...*, op. cit., § 50, n. trad.

¹⁶⁶⁷ Au cours du processus ayant conduit à l'adoption du PA, plusieurs États du Sud global ont ainsi pu juger que le principe de proportionnalité « *ouvrait la porte à l'arbitraire, chaque État restant maître de juger si l'avantage militaire obtenu était proportionné aux dommages causés aux civils* » (E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 347).

¹⁶⁶⁸ A. D. MCCLINTOCK, « The Law of War: Coalition Attacks on Iraqi Chemical and Biological Weapons Storage and Production Facilities », *Emory International Law Review*, vol. 7, 1993, pp. 644-645, note 33, n. trad.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, n. trad.

¹⁶⁷⁰ C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », op. cit., p. 93, n. trad.

¹⁶⁷¹ W. M. REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », op. cit., p. 852, n. trad.

¹⁶⁷² *Ibid.*, n. trad.

¹⁶⁷³ A. COHEN, « Rules and Standards... », op. cit., p. 50, n. trad.

manipulation par les armées »¹⁶⁷⁴. Les conclusions de Royse, formulées en 1928, demeurent d'actualité :

[s]i un acte est essentiel, si la destruction est effective et non gratuite, et si les avantages qui peuvent être obtenus par un tel acte ne sont pas grossièrement disproportionnés par rapport à l'ampleur de la destruction, alors l'acte peut difficilement être condamné, quelle que soit l'ampleur de la souffrance et de la violence¹⁶⁷⁵.

513. En dernière analyse, on peut arguer que les règles instrumentales, tant qu'elles ne sont pas interprétées de manières ultra-restrictives¹⁶⁷⁶, n'imposent rien d'autre que de suivre les préceptes de la rationalité militaire. En principe, les militaires n'emploient *déjà* que la violence nécessaire, car toute violence non-nécessaire s'analyse comme une dépense inutile de ressources rares¹⁶⁷⁷. Même les guerriers les plus promptes à dénoncer les contraintes irréalistes du droit le disent : « [n]ous ne faisons que ce qui est nécessaire »¹⁶⁷⁸. Le périmètre de la nécessité fait évidemment débat, et chacun, en fonction de son positionnement, le circonscrira différemment. Mais, pour les militaires, les faits sont là : l'action militaire ne se justifie *que* par sa nécessité pour vaincre, de sorte que toute norme reposant sur un standard de nécessité ne fait finalement que réitérer la manière dont ils pensent et agissent *déjà*¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, n. trad.

¹⁶⁷⁵ M. W. ROYSE, *Aerial Bombardment...*, op. cit., p. 137, n. trad. Dans le même sens, v. W. M. REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », op. cit., p. 852 (« [a]s long as the warrior's applications remain within the margin of appreciation delimited by the MNPD principles [les principes de nécessité militaire, de proportionnalité et de distinction, ndlr], unintended deaths and injuries caused to noncombatants are characterized as "collateral damage" rather than war crimes and incur neither criminal nor civil liability ») ; C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », op. cit., pp. 52-53, citations omises (« [w]hile the Geneva laws are characterized by strict, non-derogable [sic] prohibitions, the Hague laws are vaguely worded and permissive, enabling powerful states to use the latest military technology with little regard for humanitarian consequences »).

¹⁶⁷⁶ Sur cette éventualité, v. *supra*, § 499.

¹⁶⁷⁷ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1, § 155.

¹⁶⁷⁸ M. LUTTRELL, *Le survivant*, op. cit., p. 36.

¹⁶⁷⁹ V. p. ex. B. M. CARNAHAN, « Linebacker II and Protocol I », op. cit., not. p. 868, citations omises (« [t]he legal principles that appear in articles 51, 52, and 57 of the Protocol point military commanders and planners in the same direction as do such classic principles of war as objective, mass, and economy of force. The wise military officer will try to concentrate firepower on key military objectives and to keep to a minimum the collateral damage not only for humanitarian reasons, but also because munitions that injure civilians are wasted munitions. Every bomb that falls on a civilian object rather than on the intended military target lowers the level of damage achieved on that target and increases the likelihood that the target will have to be bombed again because the enemy will have repaired it ») ; W. HAYS PARKS, « The 1977 Protocols to the Geneva Convention of 1949 », op. cit., p. 21 (« [i]n requiring that a commander "do everything feasible" to identify a target as a military objective, Article 57 coincides with the rules of engagement used by U.S. forces in Vietnam, traditional target intelligence requirements, principles of war such as economy of force, and practical political considerations arising from excessive collateral injury to civilians or civilian objects ») ; M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », op. cit., pp. 797-798, citations omises (« [u]nderlying the processes of coercion is a fundamental principle of economy. Concise exposition of this principle is offered by Professor Osgood: "It [the principle of economy of force] prescribes that in the use of armed force as an instrument of national policy no greater force should be employed than is necessary to achieve the objectives toward which it is directed; or, stated in another way, the dimensions of military force should be

Par conséquent, loin de « *limiter l'efficacité militaire* », les règles instrumentales expriment les directives du « *jugement militaire éclairé* »¹⁶⁸⁰. Elles fournissent « *un appui juridique aux valeurs professionnelles de l'armée* »¹⁶⁸¹ et leur permettent de « *justifier leurs actions auprès de la communauté mondiale* »¹⁶⁸². À l'image d'un Napoléon¹⁶⁸³, les militaires n'ont donc aucun problème à faire de vagues standards (nécessité, proportionnalité, maux superflus, etc.) le critère de légalité de leur action : ceux-ci permettent de justifier à peu près n'importe quelle action instrumentalement rationnelle¹⁶⁸⁴.

§ II. – Les règles formelles, un antidote efficace aux dérives de la rationalité militaire

514. Par leurs caractéristiques intrinsèques, les règles formelles s'opposent point par point aux règles instrumentales. Cependant, l'idée que le point de vue humanitaire aurait uniquement intérêt à la promotion de règles formelles doit être relativisé d'emblée. En effet, les humanitaires peuvent avoir intérêt aux règles instrumentales, de même qu'ils peuvent ne pas avoir intérêt à l'existence de certaines règles formelles.

515. Tout d'abord, les humanitaires n'ont pas intérêt à ce que l'action militaire soit soumise à des règles formelles permissives. En effet, les règles formelles ne présentent

*proportionate to the value of the objectives at stake". To the student of history, the coincidence of "economy of force" as an underlying principle of the rational application of coercion with "military necessity" as a basic principle of the law of war will be apparent » ; G. B. ROBERTS, « The New Rules of Waging War », *op. cit.*, p. 119, citations omises (« [t]he well-recognized military doctrine of "economy of force" which is premised upon the scarcity of military resources affirms the prudence of using only enough force as is necessary to accomplish a given mission. Excessive destruction not only violates humanitarian considerations but is not good practice from a military operational standpoint »). V. ég. un commentateur anonyme s'exprimant au cours d'une discussion sur la révision du droit de la guerre : « *the military principle of economy of force and the legal principle of humanity in the laws of war are complementary. Overkill is just as destructive of humanitarian interests as it is of military ones. Von Clausewitz, who is not usually regarded as a humanitarian, helped promote humanitarian objects by emphasizing the use of limited military means for limited military targets* » (cité in *A.S.I.L. Proceedings*, vol. 69, 1975, p. 253)*

¹⁶⁸⁰ B. M. CARNAHAN, « Linebacker II and Protocol I », *op. cit.*, p. 868, n. trad.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, n. trad.

¹⁶⁸² B. M. CARNAHAN, « Protecting Civilians under the Draft Geneva Protocol », *op. cit.*, p. 33, n. trad.

¹⁶⁸³ NAPOLÉON aurait dit que « *[m]y great maxim has always been, in politics and war alike, that every injury done to the enemy, even though permitted by the rules, is excusable only so far as it is absolutely necessary; everything beyond that is criminal* » (cité in G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 258, n. s.).

¹⁶⁸⁴ V. p. ex. C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, pp. 64 et 77 (« *[t]he elasticity of the term "military necessity" under the laws of war has enabled belligerents to legally justify virtually any conduct. (...) The deliberate vagueness of the Hague laws provided ample room to maneuver on the battlefield, allowing belligerents to adopt any tactic deemed expedient, including the wholesale bombardment of civilian populations* ») ; A. CASSESE, « Means of Warfare: The Present and the Emerging Law », *R.B.D.I.*, vol. 12, n°1, 1976, p. 164 (« *[t]he present international law on means of warfare no doubt greatly benefits major powers. It includes only a few general principles, which are so vague that they have little value as a yardstick for the assessment of the conduct of belligerents* »).

d'intérêt pour ceux qui cherchent à limiter la violence de guerre que si elles s'attachent à interdire certains modes d'action – et, qui plus est, des modes d'action efficaces¹⁶⁸⁵. En ce sens, on voit difficilement comment l'existence d'une règle consacrant un « *droit de tuer les combattants ennemis pendant les hostilités* »¹⁶⁸⁶, par exemple, s'inscrirait dans un cadre humanitaire¹⁶⁸⁷. C'est pourquoi les humanitaires se représentent le droit de la guerre comme un droit strictement prohibitif¹⁶⁸⁸, ne reconnaissant « *aucun "droit" de blesser l'ennemi* »¹⁶⁸⁹ et se contentant simplement de « *fermer les yeux sur des actes [que la conscience] tient pour répréhensibles, mais qu'elle se sent impuissante à empêcher* »¹⁶⁹⁰.

516. Ensuite, les humanitaires peuvent avoir intérêt aux règles instrumentales, pour deux raisons. D'une part, les règles instrumentales permettent de garantir la pertinence du droit de la guerre « *même dans les moments où le paysage de la guerre est en train de changer* »¹⁶⁹¹. En effet, là où les règles formelles sont continuellement menacées d'obsolescence puisqu'elles figent certains comportements-types pour l'avenir¹⁶⁹², le recours à des standards généraux de comportement (nécessité, proportionnalité, maux superflus, etc.) permet

¹⁶⁸⁵ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 3, § 331.

¹⁶⁸⁶ R. GOODMAN, « The Power to Kill or Capture Enemy Combatants », *op. cit.*, p. 822, n. trad.

¹⁶⁸⁷ Cette réflexion vaut pour l'ensemble des domaines dans lesquelles le droit de la guerre reconnaît la licéité ou tolère l'exercice de certains moyens d'action violent. Sur ces domaines, v. *supra*, Chapitre 3, §§ 311-312.

¹⁶⁸⁸ V. p. ex. R. R. BAXTER, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 46 (« [t]he law of war is essentially a limitation on violence, on that violence which is the very essence of war. Accordingly, there is no "right" to injure the enemy, only a limitation on the way that violence can be employed ») ; ROYAUME-UNI, COUR SUPRÈME, *Al-Waheed v. Ministry of Defence* et *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, arrêt du 17 janv. 2017, [2017] UKSC 2, § 44, p. 25 (« [i]nternational humanitarian law does not specifically authorise detention in a non-international armed conflict. But (...) the relevant Security Council Resolutions did authorise detention, and international humanitarian law regulates its consequences on the assumption that it is an inevitable feature of state practice »). Le CICR définit ainsi le « droit international humanitaire » comme « *un ensemble de règles qui, pour des raisons humanitaires, cherchent à limiter les effets des conflits armés. Il protège les personnes qui ne participent pas, ou ne participent plus, directement ou activement aux hostilités, et restreint le choix des moyens et méthodes de guerre* » (CICR, « Qu'est-ce que le droit international humanitaire ? », Fiche technique juridique, 5 juil. 2022, n. s.). V. également CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 1, citations omises, n. s. (« [I]l droit international humanitaire (DIH) peut être défini comme une branche du droit international qui limite l'usage de la violence dans les conflits armés pour : a) épargner celles et ceux qui ne participent pas – ou plus – directement aux hostilités ; b) la restreindre au niveau nécessaire pour atteindre le but du conflit qui (...) ne peut viser qu'à affaiblir le potentiel militaire de l'ennemi ») ; CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 21, n. s. (« [I]l DIH est un ensemble de règles destinées à limiter les conséquences des conflits armés sur le plan humanitaire (...). Il a pour vocation de restreindre les moyens et les méthodes de guerre que peuvent employer les parties à un conflit et de garantir que les personnes qui ne participent pas ou ne participent plus directement aux hostilités soient protégées et traitées avec humanité »). Or, ceci n'est évidemment qu'une manière parmi d'autres de (se) représenter le droit de la guerre. V. p. ex. D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 465-468 (« [I]l formule qui exprime la fonction du jus in bello n'est pas : "faute d'interdire la guerre, limitons-la", mais "limitons la guerre pour mieux l'instrumentaliser". (...) Un pacifiste convaincu rejettéra le jus in bello parce qu'il y verra à juste titre le système acceptant, organisant et réglant la guerre, donc la rendant instrumentalisable et la pérennisant. C'est peut-être ce que veulent cacher les organismes et spécialistes de "droit international humanitaire" »). Le droit de la guerre peut donc être décrit soit comme un « *droit des victimes* », soit comme un « *droit de l'horreur* » (E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 9), c'est-à-dire soit comme un régime juridique prohibitif, soit comme un régime juridique permissif.

¹⁶⁸⁹ R. R. BAXTER, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 46, n. trad.

¹⁶⁹⁰ G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁹¹ A. COHEN, « Rules and Standards... », *op. cit.*, p. 60, n. trad.

¹⁶⁹² Nous reviendrons sur ce point *infra*, Chapitre 7.

d'appréhender n'importe quelle situation, même entièrement nouvelle¹⁶⁹³. D'autre part, les règles instrumentales peuvent être interprétées de manière ultra-restrictives, afin de minimiser l'ampleur de la violence permise et de maximiser la protection de la personne humaine. À ce titre, certains juristes humanitaires recourent au principe de nécessité militaire pour en tirer une norme imposant aux belligérants de ne pas tuer de combattants ennemis lorsqu'il est possible de les neutraliser par blessure ou par capture¹⁶⁹⁴. En d'autres termes, ces juristes affirment, contre une idée aussi vieille que le Code Lieber¹⁶⁹⁵, qu'il n'est pas toujours nécessaire de tuer pour mettre l'ennemi hors d'état de nuire – et l'on peut imaginer de nombreuses situations où tel est bien le cas¹⁶⁹⁶. Par conséquent, le critère de nécessité pourrait être interprété de manière à exiger « *que l'on préfère la capture à la blessure, la blessure à la mort, (...) que l'on blesse de la façon la moins grave – afin que le blessé soit opérable, puisse guérir – et de la façon la moins douloreuse* »¹⁶⁹⁷. Il va sans dire que les belligérants n'ont pas intérêt aux règles instrumentales lorsque les standards de comportement qu'elles contiennent sont interprétés de manière aussi restrictive¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹³ En ce sens, v. not. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op. cit., § 86, p. 259 (« [c]ertes les armes nucléaires ont été inventées après l'apparition de la plupart des principes et règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés (...). On ne peut cependant en conclure que les principes et règles établis du droit humanitaire applicable dans les conflits armés [la Cour vise principalement le principe d'interdiction des armes causant des maux superflus, ndlr] ne s'appliquent pas aux armes nucléaires. Une telle conclusion méconnaîtrait la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes, celles du passé, comme celles du présent et de l'avenir »). De même, bien que le PA I fut pensé à une époque où la guerre ne s'était pas encore portée dans le cyberspace, il est possible de critiquer une cyberattaque intervenant dans le cadre d'un conflit armé au motif qu'elle viole le principe de proportionnalité, en causant des dommages à la population civile excessifs par rapport à l'avantage militaire procuré par la destruction de l'objectif visé.

¹⁶⁹⁴ V. not. J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 92 (« [s]i l'on peut mettre un militaire hors de combat en le capturant, il ne faut pas le blesser ; si l'on peut atteindre ce résultat en le blessant, il ne faut pas le tuer. Si, pour le même avantage militaire, on dispose de deux moyens, dont l'un cause de moindres maux, c'est celui-là qu'il faut choisir ») ; CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, op. cit., p. 80 (« le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent ») ; R. GOODMAN, « The Power to Kill or Capture Enemy Combatants », op. cit. ; I. ROSENZWEIG, « "When you have to shoot, shoot!" Rethinking the Right to Life of Combatants During Armed Conflicts », *R.I.C.R.*, vol. 106, n°926, 2024, pp. 863-896.

¹⁶⁹⁵ Sur ce point, v. *supra*, § 312.

¹⁶⁹⁶ V. p. ex. R. GOODMAN, « The Power to Kill or Capture Enemy Combatants », op. cit., p. 821 (« [a] Special Forces unit secures a house, and heads into the bedroom area where it discovers that the target of its operation – a military commander – is in the shower. His back is turned to it, and he is unaware of its presence. It could easily apprehend him ») ; CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, op. cit., p. 84 (« si un civil non armé, assis dans un restaurant, utilisait un émetteur radio ou un téléphone mobile pour transmettre à une force aérienne des renseignements tactiques pour l'aider à cibler l'attaque qu'elle s'apprête à lancer, il faudrait probablement considérer qu'il participe directement aux hostilités. Cependant, si le restaurant en question était situé à l'intérieur d'une zone strictement contrôlée par la partie adverse, il serait peut-être possible de neutraliser la menace militaire que représente ce civil, en le capturant ou en recourant à d'autres moyens non létaux, sans faire courir de risques supplémentaires aux forces en opération ou à la population civile se trouvant à proximité »).

¹⁶⁹⁷ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 77. Dans le même sens, v. ISRÄEL, HAUTE COUR DE JUSTICE, *Beit Sourik Village Council v. The State of Israel et al.*, op. cit., p. 24 (« the means used by the administrative body must injure the individual to the least extent possible. In the spectrum of means which can be used to achieve the objective, the least injurious means must be used »).

¹⁶⁹⁸ Sur l'opposition des militaires à ce type d'interprétations restrictives des règles instrumentales, v. *supra*, § 516. Par ailleurs, il faut noter que, du point de vue humanitaire, cette stratégie de minimisation se heurte à deux difficultés. Premièrement, cette stratégie exige de porter le débat sur le terrain de la technique militaire (v. *supra*, § 508). Par

517. Ces réserves étant formulées, il reste que les juristes humanitaires ont globalement intérêt à ce que la conduite de la guerre soit gouvernée par des règles formelles. En effet, par leur structure interne, les règles formelles s'opposent à l'idée que tout serait fluide, relatif et discutable, et que la licéité d'un acte ne serait fonction que des circonstances de fait dans lesquelles il se produit. Ainsi, les règles formelles présentent différents avantages pour ceux qui cherchent à faire du droit de la guerre un droit normatif, construits en miroir des avantages procurés aux militaires par les règles instrumentales.

518. **Premièrement**, les règles formelles rejettent la vision anomique que les militaires ont de l'action et s'opposent de ce fait à l'idée que le champ des possibles doit être indéfiniment ouvert, pour faire face à n'importe quelles circonstances de fait. En effet, les règles formelles se caractérisent par le fait qu'elles définissent *a priori* certains comportements-types que les belligérants peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter. Par exemple, les belligérants savent par avance que, quel que soit le type de guerre mené, quel que soit l'ennemi combattu et quelles que soient l'extrémité des enjeux ou l'intensité du conflit, ils ne pourront *jamais* recourir à une stratégie de terrorisation de la population civile ennemie¹⁶⁹⁹. De même, les belligérants savent par avance qu'ils ne pourront *jamais* utiliser d'armes chimiques¹⁷⁰⁰, qu'ils ne pourront *jamais* procéder au bombardement de zone ou de saturation¹⁷⁰¹, qu'ils ne pourront *jamais* torturer pour obtenir des renseignements¹⁷⁰², ou encore qu'ils ne pourront *jamais* prendre d'otages¹⁷⁰³ ni punir collectivement la population des territoires occupés¹⁷⁰⁴. L'instauration de règles formelles a pour conséquence de fermer,

exemple, prétendre qu'il serait possible de capturer un ennemi en train de dormir plutôt que de le tuer suppose de débattre de plusieurs points : l'arrestation ne met-elle pas inutilement la vie des soldats en danger ? Les soldats disposent-ils d'armes ou de techniques permettant cette arrestation ? Une fois l'arrestation effectuée, la charge que constituera ce prisonnier ne sera-t-elle pas une charge excessive au regard du contexte tactique ? Répondre à ces questions suppose « [u]ne évaluation complexe », tenant compte « d'une grande variété de circonstances opérationnelles et contextuelles » (CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, *op. cit.*, pp. 82-83). Les juristes risquent d'être mal outillés pour réaliser cette évaluation. Dès lors, risquant de formuler des « *normes inflexibles ou irréalistes* » (*ibid.*, p. 83), ils s'exposent à la critique de l'utopie humanitaire et au procès en illégitimité que les militaires ne manqueront pas de leur faire s'ils n'épousent pas strictement leur point de vue (sur ces procès en illégitimité, v. *supra*, §§ 378-379). **Deuxièmement**, cette stratégie de minimisation des règles instrumentales ratifie la vision, propagée à la fois par les règles instrumentales et par la rationalité militaire, selon laquelle *tout serait relatif*. En effet, cette stratégie ne permet pas de contester la logique même des règles instrumentales selon laquelle n'importe quel acte peut être licite, pourvu que les circonstances en imposent la réalisation. Ainsi, ce dont le point de vue humanitaire a besoin, ce n'est pas d'une vision volontairement étiquetée de ce qui est nécessaire, proportionné ou excessif. Le point de vue humanitaire doit se douter de certains remparts moraux, aveugles vis-à-vis de la situation subjective dans laquelle se trouvent les individus : le droit doit contenir certains obstacles dont même les nécessités les plus urgentes ne sauraient justifier le franchissement – en d'autres termes, le droit doit se doter de règles formelles.

¹⁶⁹⁹ PA I, art. 51, § 2 ; PA II, art. 13, § 2.

¹⁷⁰⁰ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, art. 2, § 1, b).

¹⁷⁰¹ PA I, art. 51, § 5, a).

¹⁷⁰² CG III, art. 17 ; PA II, art. 4, § 2, a).

¹⁷⁰³ PA I, art. 75, § 2, b) ; PA II, art. 4, § 2, c).

¹⁷⁰⁴ CG IV, art. 39, al. 1.

au moins partiellement, le champ des possibles militaires : le droit étant donné *ex ante*, les belligérants savent déjà, au niveau de la planification des opérations, que certaines armes, tactiques ou stratégies ne sont pas des options.

519. Deuxièmement et par voie de conséquence, les règles formelles nient la liberté de principe qu'ont les belligérants quant au choix des moyens. En effet, seules les règles formelles permettent de rendre concrète et tangible l'affirmation selon laquelle « *le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité* »¹⁷⁰⁵. Si le droit de la guerre se composait uniquement de règles instrumentales, une telle affirmation n'aurait aucun sens, car ces règles ne limitent pas *a priori* le champ des possibles militaires¹⁷⁰⁶. Certes, il est vrai que, même sous l'empire des règles instrumentales, ce « droit » n'est pas illimité, puisqu'on ne peut utiliser des moyens de guerre inutiles, des armes causant des maux superflus, mener des attaques causant des dommages incidents excessifs, etc. Mais les limites de ce « droit » ne sont pas connues par avance et sont amenées à varier au gré du contexte tactique et stratégique, et notamment au gré des enjeux de la guerre et de l'intensité des combats¹⁷⁰⁷. À l'inverse, les règles formelles, dans la mesure où elles présentent un contenu normatif donné *a priori*, limitent effectivement l'étendue du « droit de choisir des méthodes ou moyens de guerre ». Certains moyens d'action sont rejettés par principe hors du champ des possibles militaires.

520. Troisièmement, les règles formelles « cassent » le rapport purement utilitariste à la violence qui caractérise la rationalité militaire et, en conséquence, placent des limites absolues au type ou au niveau de violence pouvant être employé dans la guerre. Rappelons à ce titre que les règles formelles proscriivent la réalisation de certains comportements-types, interdits en eux-mêmes et pour eux-mêmes, indépendamment du contexte de leur réalisation, des motivations subjectives du sujet de droit, du but poursuivi ou des conséquences néfastes qu'entraîneraient l'application stricte du droit¹⁷⁰⁸. De ce fait, les règles formelles imposent des « *limites absolues à l'utilisation de certains instruments et moyens de violence, limites que le guerrier ne peut suspendre au motif qu'il pourrait être démontré ces instruments ou ces moyens soient militairement nécessaires et proportionnés (...)* dans une situation

¹⁷⁰⁵ PA I, art. 35.

¹⁷⁰⁶ Sur ce point, v. *supra*, not. §§ 458-462 et §§ 502-507.

¹⁷⁰⁷ Sur ce point, v. *supra*, §§ 503-507.

¹⁷⁰⁸ Sur ce point, v. *supra*, §§ 433-441.

particulièrement urgente »¹⁷⁰⁹. Par exemple, le TPIY a pu juger que l’interdiction d’attaquer la population civile prévue à l’article 51, § 2 du PA I « *ne prévoit aucune exception* » et qu’il est donc « *exclut (...) d’y déroger en se prévalant des nécessités militaires* »¹⁷¹⁰. Cette règle vaut donc « *indépendamment du motif militaire* »¹⁷¹¹ ayant présidé à l’attaque. De même, il est bien établi que la torture ne peut jamais être justifiée sur le fondement de la nécessité militaire¹⁷¹². Plus généralement, il est admis que les règles formelles « *doivent être respectées même si cela conduit à la perte d’une bataille ou même d’une guerre* », et que « [l]’opportunité ou la nécessité ne peuvent en justifier la violation »¹⁷¹³. Cette intangibilité des règles du droit de la guerre sera explorée plus en détail par la suite, à l’aune des arguments des défenseurs de la *Kriegsräson*¹⁷¹⁴. Pour l’instant, il suffit de remarquer que l’intangibilité des règles formelles n’est pas liée à une qualité extrinsèque – par exemple, leur qualité de « *principes intransgressibles du droit international coutumier* »¹⁷¹⁵ ou leur appartenance au *jus cogens*¹⁷¹⁶ – mais à la structure même des règles formelles, c’est-à-dire au fait que l’appréciation de la légalité des actes dépend de la réalisation objective de la réalisation d’un acte interdit, et non de l’évaluation subjective des moyens employés par le sujet de droit pour parvenir à ses fins¹⁷¹⁷. Dès lors, l’affirmation selon laquelle « *l’argument de la nécessité militaire ne peut être considéré comme une défense pour la violation de règles qui établissent des interdictions absolues (...) et qui ne prévoient pas d’exception pour les circonstances constituant une nécessité militaire* »¹⁷¹⁸ est un truisme : tant que les règles formelles ne se transforment pas en règles hybrides par l’effet d’une clause de dérogation, leur application ne dépend pas de la situation subjective des belligérants, et notamment des contraintes qui s’imposent à eux, aussi exceptionnelles soient-elles. De même, l’ajout de membres de phrases telles que « *en aucune circonstance* »¹⁷¹⁹, « *en toutes*

¹⁷⁰⁹ W. M. REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 852, n. trad.

¹⁷¹⁰ TPIY, *Le Procureur c. Galić*, *op. cit.*, § 44.

¹⁷¹¹ TPIY, *Le Procureur c. Milošević*, jugement du 12 déc. 2007, affaire n°IT-98-29/1, § 906.

¹⁷¹² Sur ce point, v. les sources citées *supra*, § 470.

¹⁷¹³ ÉTATS-UNIS D’AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 67, n. trad.

¹⁷¹⁴ V. *infra*, Chapitre 8.

¹⁷¹⁵ CIJ, *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, *op. cit.*, § 79, p. 257.

¹⁷¹⁶ Selon la Convention de Vienne sur le droit des traités, l’expression *jus cogens* désigne « *une norme impérative du droit international général* », c’est-à-dire « *une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* » (Convention sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janv. 1980, art. 53).

¹⁷¹⁷ Sur cette structure, v. *supra*, §§ 433-441.

¹⁷¹⁸ Cette affirmation est celle du commentateur des arrêts du *Law Reports of Trials of War Criminals*, cité in R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, p. 44, n. trad.

¹⁷¹⁹ V. p. ex. CG I, art. 19, n. s. (« [l]es établissements fixes et les formations sanitaires mobiles du Service de santé ne pourront en aucune circonstance être l’objet d’attaques (...) »); CG II, art. 22, n. s. (« [l]es navires-hôpitaux militaires (...) ne pourront en aucune circonstance être attaqués ni capturés (...) »).

circonstances »¹⁷²⁰, « *en tout temps et en tout lieu* »¹⁷²¹ ou « *quel qu'en soit le motif* »¹⁷²² dans l'énoncé des règles formelles est purement symbolique car, par définition, les circonstances de fait et le motif de l'acte n'entrent pas dans l'appréciation de la légalité d'actes soumis à des règles formelles¹⁷²³.

521. L'importance des règles formelles gît donc dans le fait qu'elles actent la fin de la fluidité, du relatif, du « plus ou moins », de l'analyse coût/bénéfice et du circonstanciel, pour consacrer l'idée fondamentale que dans la guerre, « *tout n'est pas négociable* »¹⁷²⁴. Rejetant la conception utilitariste des règles instrumentales, les règles formelles réinstaurent une logique catégorique : certains actes sont interdits en eux-mêmes et pour eux-mêmes, simplement parce qu'ils sont inacceptables. De ce fait, les règles formelles s'identifient à l'idée que l'on se fait de l'ordre moral comme ordre absolu, intangible et non-négociable¹⁷²⁵. Quel que soit l'ennemi que l'on combat, quelle que soit l'intensité de la lutte et l'extrémité des enjeux, certains actes demeurent interdits – car si tout était toujours fonction des circonstances, le droit de la guerre serait « *livr[é] aux lions* »¹⁷²⁶.

522. Par ailleurs, il faut noter que, pour renforcer la capacité des règles formelles à tenir face aux nécessités de la guerre, il est nécessaire qu'elles reposent sur une justification morale et non utilitariste. En effet, si l'on se contentait de justifier l'existence de règles

¹⁷²⁰ V. p. ex. CG 1949, art. 3 commun, § 1, n. s. (« [l]es personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, (...) seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité (...) ») ; CG I, art. 12, n. s. (« [l]es membres des forces armées et les autres personnes mentionnées à l'article suivant, qui seront blessés ou malades, devront être respectés et protégés en toutes circonstances ») ; CG III, art. 14, n. s. (« [l]es prisonniers de guerre ont droit en toutes circonstances au respect de leur personne et de leur honneur ») ; PA I, art. 51, § 1, n. s. (« [l]a population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes, qui s'ajoutent aux autres règles du droit international applicable, doivent être observées en toutes circonstances ») ; PA II, art. 12, n. s. (« [s]ous le contrôle de l'autorité compétente concernée, le signe distinctif de la croix rouge, du croissant rouge ou du lion-et-soleil rouge, sur fond blanc, sera arboré par le personnel sanitaire et religieux, les unités et moyens de transport sanitaires. Il doit être respecté en toutes circonstances »).

¹⁷²¹ V. p. ex. CG 1949, art. 3 commun, § 1, n. s. (« (...) sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ; b) les prises d'otages ; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés »).

¹⁷²² V. p. ex. CG IV, art. 49, al. 1, n. s. (« [l]es transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre état, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif »).

¹⁷²³ Cette dimension symbolique est notamment relevée par E. DAVID, « Self-Defence and State of Necessity in the Statute of the ICC », in J. DORIA, H.-P. GASSER, M. C. BASSIOUNI (dir.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blischenko*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, coll. « International Humanitarian Law Series », 2009, p. 773 (« [w]ith these pleonastic formulae (...), States wanted to insist on the non-derogable character of those instruments »).

¹⁷²⁴ M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, p. 35, n. trad.

¹⁷²⁵ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, § 236.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 17, n. trad.

formelles prohibitives par l'argument que les actes interdits sont militairement inutiles ou inefficaces¹⁷²⁷, on s'exposerait à ce que la règle formelle soit renversée au motif que l'acte prohibé soit, dans certaines circonstances, utile ou efficace. En effet, on peut toujours imaginer des circonstances spécifiques dans lesquelles n'importe quel acte de violence devient utile, voire même nécessaire¹⁷²⁸ – et c'est d'ailleurs là tout le danger des règles instrumentales. Il est donc préférable de défendre l'existence de cette règle formelle à l'aide d'arguments moraux, tentant à l'horreur de l'acte plutôt qu'à son inutilité, car ceux-ci échappent à la relativisation utilitariste.

523. Quatrièmement, les règles formelles permettent de situer le débat de la légalité des actes sur un terrain proprement juridique plutôt que celui de la technique militaire. En effet, les règles formelles se distinguent par le fait qu'elles définissent un comportement-type qu'il est possible de décomposer en plusieurs éléments constitutifs¹⁷²⁹. Par exemple, la torture fait l'objet, en droit de la guerre, d'une prohibition formelle¹⁷³⁰ que l'on peut découper en cinq éléments constitutifs¹⁷³¹. Grâce à cette décomposition de l'acte de torture, le débat relatif à la licéité de l'acte litigieux portera uniquement sur la question de savoir si les éléments constitutifs de l'acte de torture sont ou non réunis en l'espèce. Il n'est donc pas besoin de porter le débat sur le terrain de la technique militaire, en s'interrogeant sur la question de savoir s'il était nécessaire, au regard du contexte tactique ou stratégique, de recourir à la guerre, ou sur la question de savoir si la souffrance infligée était proportionnée par rapport

¹⁷²⁷ Un cas de figure classique concerne l'interdiction de mettre à mort les combattants ennemis faits prisonniers, consacrée à la fois par le droit conventionnel (v. RH 1907, art. 23, c) ; CG III, art. 13 ; PA I, art. 41) et par le droit coutumier (v. CICR [J.-M. HENKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *op. cit.*, p. 405 [règle 87]). Certains auteurs justifient cette interdiction par le fait qu'il est inutile, sur le plan militaire, de mettre à mort les combattants ennemis faits prisonniers. V. p. ex. J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 96 (« [u]ne fois rendu inoffensif par sa blessure ou sa capture, l'ennemi ne joue plus de rôle dans le déroulement des opérations et n'a plus d'influence sur le sort final de la lutte ; l'exterminer ou le faire souffrir serait absurde et doublement criminel »).

¹⁷²⁸ En ce sens, v. H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 380 (« [p]eut-on soutenir que le refus de faire quartier (...) ou la mise à mort de prisonniers de guerre (...) constituent, dans tous les cas, des actes dépourvus de rationalité et d'utilité militaires (...) ? De même, l'attaque d'hôpitaux militaire ne pourrait-elle jamais être tenue par un belligérant pour une opération profitable ? Et que dire de la terrible efficacité – c'est-à-dire rentabilité militaire, capable de provoquer rapidement et au meilleur coût la capitulation de l'État victime – du bombardement massif et sans discrimination des civils ? »).

¹⁷²⁹ Il est vrai que de nombreuses règles formelles contenues dans des traités internationaux ne voient pas leurs éléments constitutifs définis dans l'énoncé même de la norme. Néanmoins, l'important est qu'il est toujours possible de décomposer l'acte-type en éléments constitutifs. Lorsque tel n'est pas le cas, la doctrine et la jurisprudence se chargeront de préciser ce qu'il faut entendre, par exemple, par « prise d'otage », « bouclier humain », « viol », « pillage », etc.

¹⁷³⁰ V. not. PA I, art. 75, § 2, a), ii) ; CG 1949, art. 3 commun, § 1, a).

¹⁷³¹ Plusieurs définitions de la torture coexistent. Nous retiendrons ici celle des *Éléments des Crimes* de la CPI, qui dégagé cinq éléments constitutifs : « 1. L'auteur a infligé à une ou plusieurs personnes une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales. 2. Ladite ou lesdites personnes étaient protégées par une ou plusieurs des Conventions de Genève de 1949. 3. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant ce statut de personne protégée. 4. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international. 5. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé » (CPI, *Éléments des crimes*, *op. cit.*, pp. 15 et 34).

au but à atteindre¹⁷³². Les règles formelles situent donc le débat sur un terrain étranger à celui de la technique militaires.

524. Cinquièmement, les règles formelles ne soumettent généralement pas l'appréciation de la licéité des actes litigieux à l'adoption du point de vue subjectif de l'auteur de l'acte. En effet, dans la mesure où l'application des règles formelles exige seulement la vérification empirique de certains critères objectifs, elles sortent de l'équation la perspective subjective du destinataire de la norme. Par exemple, la commission d'actes de torture pour obtenir des renseignements est interdite quelle que soit la perception que l'auteur de l'acte avait de la situation dans laquelle il se trouvait. Ce n'est que lorsque le commandant militaire se voit investi d'un « *pouvoir de juger* », c'est-à-dire à chaque fois qu'il se voit reconnaître un certain « *degré de discrétion* », que sa décision « *doit être évaluée à la lumière des informations dont il dispose à ce moment-là* »¹⁷³³. Or, dans la mesure où les règles formelles ne portent pas sur une décision prise dans un contexte donné mais sur des actes-types prédefinis, la situation subjective de l'auteur n'entre normalement pas en compte dans l'évaluation de la légalité¹⁷³⁴.

525. En conclusion, les règles formelles jouissent d'un bien plus haut degré de normativité que les règles instrumentales. En effet, ces règles s'opposent structuralement aux avantages que les règles instrumentales procurent aux militaires : elles s'opposent à la vision anomique et circonstancielle que les spécialistes de la violence ont de l'action militaire, et refusent que

¹⁷³² Les militaires souhaiteraient évidemment déformaliser l'interdiction de la torture et la soumettre aux standards de nécessité ou de proportionnalité, notamment parce que ceci permettrait de déplacer le débat sur le terrain de la technique militaire. V. p. ex. R. BRANCHE, « La torture pendant la guerre d'Algérie », *op. cit.*, p. 389, où l'auteure cite une note écrite par le père Delarue et le colonel Trinquier pendant la Guerre d'Algérie, intitulée « Entre deux maux, choisir le moindre », où il présentent l'argument selon lequel la torture devrait être licite « *pour autant qu'on n'a pas le choix* » (critère de la nécessité) et « *pour autant que [la] douleur [infligée] est proportionnée au but que l'on doit atteindre* » (critère de proportionnalité). Comme pour toute règle instrumentale, ceci implique d'évaluer l'acte (sa nécessité et sa proportionnalité) à l'aune des circonstances de fait.

¹⁷³³ B. J. BILL, « The Rendulic "Rule" », *op. cit.*, p. 137, n. trad.

¹⁷³⁴ Cependant, il est vrai que certaines règles formelles font une place à la perspective subjective de l'auteur. Par exemple, peut-on reprocher à un commandant militaire d'avoir détruit un objectif dont il pensait, au regard des informations dont il disposait, qu'il s'agissait d'un objectif militaire ? Ou bien d'avoir tué intentionnellement des personnes dont il pensait de bonne foi qu'il s'agissait de combattants ennemis, ou bien de civils participant directement aux hostilités ? L'article 85 du PA I semble indiquer que non : il exige en effet que les infractions graves au Protocole soient « *commis[es] intentionnellement* » (PA I, art. 85, § 3). De même, les attaques ne peuvent être qualifiées d'attaques sans discrimination que lorsqu'elles sont conduites « *en sachant que* » (PA I, article 85, § 3, b)) l'attaque causera des dommages incidents excessifs à la population et aux biens civils. Dès lors, lorsque le commandant militaire s'est conformé à son obligation de « *faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil* » (PA I, article 57, § 2, a), i) – encore une autre règle instrumentale –, mais que l'attaque porte *in fine* sur des personnes ou des biens de caractère civil, il semblerait que celle-ci ne puisse être qualifiée d'illicite. Par conséquent, la règle formelle prohibante (par exemple) d'attaquer directement la population civile s'en trouve légèrement relativisée : celle-ci est subordonnée à un élément d'intentionnalité qui fait entrer, de fait, le point de vue subjectif de l'auteur de l'acte. Sur tout ceci, v. B. J. BILL, « The Rendulic "Rule" », *op. cit.*, pp. 137-154.

le champ des possibles demeure par définition ouvert ; elles nient la liberté de principe qu'ont les belligérants quant au choix des moyens de guerre ; elles contrecarrent le rapport purement utilitariste à la violence qui caractérise la rationalité militaire et placent des limites absolues et inconditionnelles au type et au niveau de violence pouvant être licitement employé dans la guerre ; elles situent le débat relatif à la légalité des actes sur un terrain proprement juridique plutôt que sur celui de la technique militaire ; et leur application n'est généralement pas subordonnée à l'adoption du point de vue subjectif de l'auteur de l'acte litigieux.

526. Pour se convaincre du fort degré de normativité des règles formelles, il suffit de voir comment elles sont reçues par les militaires. Du fait de leur indifférence vis-à-vis du contexte de l'action, ces règles font de la légalité une question de noir ou blanc alors que « *l'environnement de combat [est] parsemé de nuances de gris* »¹⁷³⁵. Or, le droit de la guerre ne peut « *pointer définitivement et précisément vers certaines conclusions préétablies* »¹⁷³⁶, car la guerre ne connaît pas de « *règles simples* » qui pourraient s'appliquer « *en toutes circonstances et à tous les niveaux de conflit* »¹⁷³⁷. Les règles formelles imposent donc aux militaires une « *rigidité impossible* » à suivre, car la réalité se présente à eux non pas sous la forme de « *dichotomies ou de trichotomies symétriques et nettes* », mais « *en termes d'innombrables gradations et alternances d'une extrémité à l'autre d'un continuum* »¹⁷³⁸. Par ailleurs, en fixant *a priori* des formes-types, ces règles s'appliquent à un « *futur inconnu* »¹⁷³⁹, alors que les militaires se fixent pour horizon la maxime suivante : « [n]e vous liez pas les mains à l'avance, mais réagissez aux faits au fur et à mesure qu'ils se présentent sur le terrain »¹⁷⁴⁰. En bref, les règles formelles sont néfastes, car, appliqué à la guerre, le droit ne devrait pas avoir pour fonction de « *dicter mécaniquement une décision spécifique* », mais plutôt de « *permettre des décisions créatives et adaptatives* »¹⁷⁴¹. Autre manière de dire que, pour les militaires, le *jus in bello* ne saurait se composer de règles formelles, mais uniquement de règles instrumentales.

*

¹⁷³⁵ W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 35. V. également M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, p. 21 (« *in a complex environment (...) law becomes deformalized; bright-line rules do not work* »).

¹⁷³⁶ M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », *op. cit.*, p. 814, n. trad.

¹⁷³⁷ W. HAYS PARKS, « Air War and the Law of War », *op. cit.*, p. 104, n. trad.

¹⁷³⁸ M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », *op. cit.*, p. 815, n. trad.

¹⁷³⁹ M. KOSKENNIEMI, « Occupied Zone », *op. cit.*, p. 20, n. trad.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 34, n. trad.

¹⁷⁴¹ M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », *op. cit.*, p. 815, n. trad.

527. Conclusion de la Sous-section 2. La proximité de la logique des règles instrumentales avec la logique de la rationalité militaire est frappante. Tout se passe en effet comme si les règles instrumentales reproduisaient les éléments caractéristiques de la rationalité militaire. Ces règles laissent le champ des possibles ouvert, postulent que le choix des moyens appartient aux militaires, font de la licéité des actes une question circonstancielle, et ne posent aucune limite de principe au niveau et au type de violence pouvant être employé. À l'inverse, les règles formelles prennent le contre-pied de la rationalité militaire. Définissant *a priori* la mesure du légal et de l'illégal, elles ferment, au moins partiellement, le champ des possibles militaires ; elles apprécient la licéité des actes de manière objective, refusant d'évaluer subjectivement la situation des auteurs de l'acte ; elles posent des limites dirimantes au niveau et au type de violence, et placent des limites concrètes quant au choix des moyens d'action.

*

528. Conclusion de la Section 2. La distinction entre les règles instrumentales et les règles formelles s'avère pertinente pour décrire la composition matérielle du droit de la guerre moderne. En effet, ce régime juridique se construit dans un double mouvement. D'une part, le droit de la guerre cherche à se doter de règles formelles, identifiant *a priori* les comportements-types que les belligérants peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter, afin de circonscrire les possibilités immenses ouvertes par le droit originel de nécessité. Mais d'autre part, comme le droit de la guerre ne saurait prévoir par avance l'ensemble des situations pouvant intervenir dans la guerre, il doit se doter de règles instrumentales, autorisant les belligérants à agir pour atteindre certains objectifs tout en soumettant leur action à un standard général de comportement. Ceci dans le but de réintroduire une certaine flexibilité dans l'appréhension juridique de l'action militaire. Évidemment, l'idée que le droit de la guerre peut être entièrement lu au travers de la distinction entre règles formelles et règles instrumentales devra attendre une étude plus systématique pour être entièrement vérifiée ; il n'est possible, à ce stade, que d'en formuler l'hypothèse et de poser les jalons d'une étude du droit de la guerre au travers de ce schème théorique.

529. Cela étant, il apparaît que, même incomplète, cette étude des règles du droit de la guerre permet de tirer quelques enseignements instructifs pour la démonstration que cette thèse se propose d'effectuer. Tout d'abord, les règles instrumentales reproduisent – ainsi que leur nom le suggère bien – la logique instrumentale qui se trouve au cœur de la rationalité

militaire : les actes des combattants sont jugés comme des moyens plus ou moins nécessaires, proportionnés ou excessifs de parvenir à des fins. Elles contiennent certes un élément de « prescriptivité » qui les distinguent de la simple rationalité militaire, puisqu'elles permettent de juger les actes militaires et, le cas échéant, de s'y opposer en les déclarant illégaux. Néanmoins, les règles instrumentales sont faiblement normatives. En effet, ces règles semblent difficilement capables de transformer la manière dont les militaires pensent et agissent, conformément à l'exigence de normativité du droit de la guerre. À l'inverse, les règles formelles font preuve d'une forte normativité car, par leur structure interne, elles permettent de placer des limites préétablies et inflexibles à l'action militaire, qui ne sont pas fonction des circonstances de l'action et des nécessités du moment. Soutenues par des arguments moraux, ces règles permettent d'exprimer ce que constitue « bien » agir dans la guerre. Ainsi, les règles formelles semblent concrétiser d'une manière bien plus ferme l'exigence de normativité : en établissant *ex ante* des catégories d'actes prohibés et en faisant de la légalité une question empirique et objective, elles échappent à la relativité qu'entraîne l'évaluation *ad hoc* et subjective des comportements soumis aux règles instrumentales.

Conclusion du chapitre 4

530. Le choix de soumettre l'action militaire à des règles instrumentales ou bien à des règles formelles n'est définitivement pas anodin. Si ces deux types de règles sont bien des règles prescriptives, au sens où elles indiquent comment les destinataires de la norme *doivent* se comporter, elles n'imposent pas au sujet de droit le même degré de contrainte. La formule de Martti Koskenniemi, placée en épithète de ce chapitre, résume bien la différence de nature entre les règles instrumentales et les règles formelles. Si l'on adopte le point de vue des règles instrumentales, tout apparaît sous l'angle de la fluidité. Aucun acte de violence n'est en tant que tel illicite ; tout dépend des circonstances de fait qui conduisirent les sujets de droit à adopter ce comportement. Ainsi, les règles instrumentales intègrent en elles-mêmes l'idée, consubstantielle à la rationalité instrumentale, que n'importe quel acte peut potentiellement se justifier, pourvu qu'il s'intègre dans un calcul d'adéquation des moyens aux fins. Ce sont, en dernière analyse, les finalités poursuivies et les circonstances de l'action qui déterminent *a posteriori* la licéité de l'acte. Les règles instrumentales promeuvent donc une éthique des buts : évaluer la licéité d'un acte suppose de le mettre en relation avec la finalité qu'il poursuit, et de le juger à l'aune de la dialectique moyens/fins. À l'inverse, les règles formelles contiennent en elles l'idée, consubstantielle à la rationalité axiologique, que tout n'est pas négociable. Certains moyens sont illicites en tant que tels, indépendamment des finalités que l'on cherche à réaliser ou bien du contexte dans lequel on agit. Les règles formelles promeuvent donc une éthique des actes : sortant de la dialectique moyens/fins, les actes sont jugés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, au regard de catégories posées *a priori*, effectuant en amont une distinction entre le légal et l'illégal.

531. Au regard de la nécessité de produire un droit de la guerre normatif pour faire échec aux errements de la rationalité militaire¹⁷⁴², il apparaît clairement que les règles formelles et les règles instrumentales ne doivent pas être placées sur un pied d'égalité. En effet, tout l'intérêt des règles formelles réside dans le fait que, par leur structure interne, elles placent des limites inflexibles et dirimantes à l'action militaire. Contrairement à la rationalité militaire, dont la logique même conduit à refuser toute règle préétablie au profit d'une analyse *ad hoc* des situations, et aux règles instrumentales, qui font précisément de la licéité des comportements une affaire d'évaluation *ad hoc*, les règles formelles enferment l'action

¹⁷⁴² V. *supra*, Chapitre 3.

militaire dans des formes figées, posées *a priori* et dont les belligérants ne peuvent se départir pour des raisons circonstancielles. Les règles formelles constituent donc un antidote efficace à la logique amorphe de l'action militaire qui voit la violence comme un moyen, plus ou moins adéquat, efficace et efficient, de réaliser une fin. En effet, les règles formelles disjoignent le couple conceptuel moyens/fins que les militaires établissent spontanément pour juger de la légitimité de leurs actes ; elles coupent la corrélation entre moyens et fins pour juger les actes en eux-mêmes et pour eux-mêmes. Dès lors, les règles formelles portent en elles une idée qui, en plus d'être éminemment contre-intuitive pour les militaires, permet de défendre les préceptes intangibles de l'ordre moral : certains moyens ne peuvent *jamais* être employés, quel que soit l'ennemi que l'on combat, quelle que soit l'importance des fins poursuivies et quels que soient l'enjeu de la guerre ou l'intensité des affrontements. Tout n'est pas négociable.

Conclusion du titre 2

532. Les défenseurs du droit de la guerre sont parfaitement fondés à voir dans l'horizon d'une guerre menée hors du droit, dans laquelle les belligérants seraient absolument libres d'agir comme ils l'entendent, une perspective potentiellement dévastatrice pour l'humanité¹⁷⁴³. Cependant, l'affirmation voulant que « le droit de la guerre » constituerait un remède efficace aux dérives de la rationalité militaire s'avère inexacte. Ceci pour une raison bien simple : « le » droit de la guerre n'existe pas. En tant que production humaine, le droit de la guerre est toujours sujet à formulation et à reformulation, à composition et à recomposition, à interprétation et à réinterprétation en fonction des intérêts et des valeurs que défendent les agents et les institutions du champ juridique¹⁷⁴⁴. Or, le champ du *jus in bello* est un espace hétérogène et clivé : il est peuplé de groupes sociaux qui défendent des valeurs antagonistes, qui ont des intérêts distincts et qui cherchent à orienter le droit de la guerre dans des directions opposées. D'un côté, l'intelligentsia militaire, composée à la fois de militaires de carrière versés en droit de la guerre et de juristes académiques épousant les intérêts de leur appareil militaire national (et de ses alliés), cherche à faire du droit de la guerre un instrument de légitimation de l'action armée – et plus précisément de l'action militaire des armées occidentales. D'un autre côté, les humanitaires, c'est-à-dire le CICR et ses relais dans le monde académique, cherchent à faire du droit de la guerre un porte-voix des intérêts de l'humanité souffrante : il s'agit d'utiliser le droit comme un outil de protection de la personne humaine contre les effets dévastateurs de la guerre.

533. Les observations fines du colonel Claude du Pasquier, membre de la délégation suisse durant le processus de négociation de la CG IV, résument bien l'opposition qui se joue, depuis la naissance du droit de la guerre moderne, entre la position militaire et la position humanitaire. Du Pasquier observe que, durant les négociations, les discussions ont « oscillé entre deux pôles »¹⁷⁴⁵ :

d'une part, le besoin d'instituer et d'étendre la protection des civils contre l'arbitraire des pouvoirs qui les tiennent à leur merci, la voix du droit qui s'élève contre les caprices de la force déchainée, la substitution de critères objectifs à l'appréciation

¹⁷⁴³ Sur cette démonstration, v. *supra*, Chapitres 1 et 2.

¹⁷⁴⁴ Sur ce point, v. *supra*, Introduction, note 143.

¹⁷⁴⁵ C. DU PASQUIER, « Observations générales sur l'élaboration de la Convention relative à la protection des civils à la Conférence diplomatique de Genève », *R.I.C.R.*, vol. 31, n°368, 1949, p. 632.

purement subjective des autorités intéressées, l'organisation de rouages régulateurs dont la composition et le fonctionnement soient des facteurs d'impartialité, enfin la création de voies de plainte et d'organes de contrôle ;

d'autre part, l'hésitation à se lier par des normes rigides, les considérations pratiques qui font redouter les complications formalistes, la crainte de voir les règles tutélaires les plus justifiées devenir le manteau qui couvre les abus les plus pervers, le sentiment des dangers que font courir à l'Etat belligérant les infiltrations secrètes et les machinations ténébreuses, le désir de laisser à la souveraineté nationale le libre usage de ses moyens d'action à l'heure ou le pays combat pour son existence¹⁷⁴⁶.

534. En raison de ce clivage existant dans le champ de production du droit, le droit – en tant que produit de ce champ – apparaît lui-même comme un ensemble clivé, que l'on doit ressaisir, si l'on veut en comprendre toute la complexité, dans son mouvement dialectique interne. Par conséquent, plutôt que d'affirmer sans autre démonstration que le droit de la guerre est nécessaire pour préserver l'humanité des horreurs que ne manqueront pas de faire advenir la froide logique calleuse et bureaucratique de la rationalité militaire, il est impératif de préciser de quel « droit de la guerre » on parle. S'agit-il du droit de la guerre réaliste des militaires, reproduisant l'impératif pragmatique de vaincre l'ennemi par l'emploi de moyens efficaces et économiques, ou bien du droit de la guerre normatif des humanitaires, empreint de considérations morales inconditionnelles visant à protéger la personne humaine ? Les deux chapitres qui s'achèvent avaient justement pour objet de mettre en évidence que, de tous les droits de la guerre en circulation dans le champ juridique, tous n'étaient pas « nécessaires » pour empêcher les dérives de la rationalité militaire. À cet égard, certaines conceptions du droit font plus partie du problème que de la solution. Pour que le droit de la guerre puisse réellement justifier de sa nécessité face à la rationalité militaire, il doit être conçu d'une manière bien spécifique.

535. Tout d'abord, au niveau macroscopique du régime juridique, le droit de la guerre doit être conçu (c'est-à-dire représenté¹⁷⁴⁷) comme un droit de la guerre normatif, trouvant son fondement hors de la guerre, dans le monde des idées morales, plutôt que comme un droit

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*

¹⁷⁴⁷ Sur les représentations de l'ordre juridique et leur importance, v. *supra*, Introduction, § 32.

de la guerre réaliste, simple reflet de la pratique militaire. En effet, pour que le *jus in bello* soit en capacité de s'opposer à l'action militaire – et donc de contrecarrer le rapport éthiquement problématique à la violence que les humanitaires disent vouloir combattre pour éviter que l'humanité ne sombre dans le chaos –, les juristes doivent abandonner l'idée que le droit se doive de demeurer neutre vis-à-vis du conflit opposant les nécessités de la guerre aux impératifs d'humanité. En effet, si la fonction du droit est de poser des limites aux nécessités de la guerre, alors le droit ne peut se résoudre au compromis : il doit, au moins dans certains domaines-clés touchant aux valeurs morales fondamentales, prendre le parti des impératifs d'humanité *contre* les nécessités de la guerre. Ou, pour reprendre les termes de Claude du Pasquier, le droit doit être conduit par le désir de garantir la protection des personnes contre « *l'arbitraire des pouvoirs qui les tiennent à leur merci* », plutôt que par le « *désir de laisser à la souveraineté nationale le libre usage de ses moyens d'action* »¹⁷⁴⁸. Dans le conflit opposant la nécessité à l'humanité, le droit ne peut rester neutre : il doit prendre parti. Que ceci conduise les militaires à qualifier le droit de la guerre d'utopique devrait n'avoir aucune incidence, car la fonction propre du droit est d'indiquer *ce qui doit être*, et non de se borner à refléter *ce qui est*. Un droit qui n'est que le pur reflet des intérêts, des désirs et de la volonté de ses sujets n'est tout simplement pas du droit, mais de l'idéologie.

536. Ensuite, cette normativité, établie à l'échelle macroscopique du régime juridique, doit être concrétisée à l'échelle microscopique des règles juridiques. En effet, plutôt que de se doter de règles instrumentales laissant une large marge d'appréciation et donc une grande liberté d'action aux belligérants, le droit doit contenir un maximum de règles formelles, notamment sur les domaines touchant aux valeurs fondamentales de l'ordre moral. Car les règles formelles réalisent concrètement l'idéal de normativité : elles créent des catégories *a priori* existant hors du monde des faits et de la pratique militaire, qui permettent d'apprécier l'action militaire indépendamment de la manière dont les militaires la conçoivent – c'est-à-dire comme une succession d'événements plus ou moins imprévus, nécessitant de mettre en œuvre les moyens efficaces pour vaincre l'ennemi dans n'importe quelle situation. Refusant la fluidité et la relativité circonstancielle propre à la rationalité militaire *et* aux règles instrumentales, les règles formelles trouvent leur *locus* dans le monde de l'idéal : les actes de violence sont appréhendés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, indépendamment du

¹⁷⁴⁸ C. DU PASQUIER, « Observations générales... », *op. cit.*, p. 632.

contexte de leur réalisation. Grâce aux règles formelles, le droit échappe à la contextualisation et donc à la relativisation infinie des actes de violence. Ou, pour reprendre de nouveau les termes de du Pasquier, le droit substitue des « *critères objectifs* à l'*appréciation purement subjective* des autorités intéressées »¹⁷⁴⁹. Le droit se rapproche ainsi de l'idéal de normativité du *jus in bello* et permet de transcrire juridiquement l'impérativité des normes morales – certains actes ne sont tout simplement pas tolérables, quel que soit l'intensité dramatique du contexte dans lequel ils s'inscrivent.

537. Les juristes doivent se rendre à l'évidence. Si le but du droit de la guerre est de contrecarrer la rationalité militaire et d'assurer la survie des préceptes moraux fondamentaux même dans cette situation d'exception qu'est la guerre, se soumettre au jugement militaire n'est d'aucune aide. Que certaines concessions soient nécessaires pour attirer l'appareil militaire dans l'orbite du droit, soit. Mais le compromis ne doit pas tourner à la compromission. Ceci suppose de tenir bon sur deux points : la normativité macroscopique du *jus in bello* et le formalisme microscopique des règles juridiques.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

Conclusion de la première partie

538. Est-il exact de prétendre, ainsi que le font les juristes pour répondre à l'argument de l'impossibilité du droit de la guerre, que le *jus in bello* est *nécessaire* pour garantir la survie de l'humanité face aux dangers de la guerre ? Une analyse de la logique fondamentale de l'action militaire révèle que tel est bien le cas. En effet, l'action militaire opère à partir d'une rationalité purement instrumentale, centrée sur la recherche de moyens d'action efficaces pour vaincre la résistance de l'ennemi à moindre coût humain, matériel et financier. La rationalité de l'action militaire n'est donc qu'une déclinaison, dans cette sphère particulière de l'agir humain qu'est l'action militaire, de la rationalité instrumentale (**Chapitre 1**). Dès lors, la rationalité militaire ne tolère aucune limite *a priori* à son action, ainsi qu'à la violence qui en est l'éternel compagnon. La recherche d'adéquation moyens/fins commande aux spécialistes de la violence d'être prêts à tout, tout le temps, pour faire face à n'importe quel ennemi dans n'importe quelle situation. D'un point de vue éthique, il n'est pas bien difficile de voir qu'une telle maxime pose problème. En effet, elle risque de conduire les militaires à sacrifier le respect des valeurs morales fondamentales, qui s'imposent à tout un chacun même en temps de guerre, au nom de l'efficacité militaire. L'histoire confirme d'ailleurs cette crainte : de nombreux exemples témoignent de ce que les militaires n'ont aucun scrupule à faire prévaloir l'efficacité militaire sur la morale, tant que les moyens d'action employés leur permettent de vaincre l'ennemi le plus rapidement et le plus efficacement possible. Par conséquent, tant que la rationalité militaire gouverne, la morale risque d'être sacrifiée sur l'autel de l'efficacité (**Chapitre 2**).

539. Ainsi, on ne saurait raisonnablement laisser libres d'agir des personnes dont le seul horizon est celui de l'efficacité. Ce type de comportement doit être encadré par le droit. Mais *quel* droit de la guerre cette rationalité appelle-t-elle ? À l'évidence, enrayer la logique destructrice et amorphe de la rationalité militaire suppose de produire un droit qui refuse de se soumettre aux impératifs dictés par la rationalité militaire. Concrètement, ceci signifie deux choses. Premièrement, que le droit de la guerre doit s'ancrer ailleurs que dans la pratique militaire, laquelle est précisément produite par la rationalité militaire. Il doit trouver son fondement dans les idées morales afin d'occuper une position surplombante lui permettant d'appréhender la rationalité de l'extérieur, dans le but ultime de juger la

rationalité militaire selon des critères qui ne sont pas les siens (**Chapitre 3**). Deuxièmement, il faut que le droit de la guerre juge de la licéité des actes de violence selon des modalités qui ne reproduisent pas la manière dont les militaires construisent déjà la légitimité de leurs actes. Le droit de la guerre doit donc s'extirper de l'idée qu'un acte est licite dès lors qu'il constitue un moyen adapté, nécessaire, proportionné ou raisonnable de réaliser des fins. D'où l'importance des règles formelles, par opposition aux règles instrumentales : en projetant des catégories idéelles qui échappent aux motivations de l'acteur et au contexte *ad hoc* dans lequel il agit, les règles formelles permettent d'appréhender l'action militaire de l'extérieur et de porter sur les actes de violence un regard catégorique plutôt qu'utilitariste (**Chapitre 4**).

540. Rétrospectivement, il apparaît que les quatre chapitres qui précèdent relèvent d'un même schème argumentatif. En effet, chaque chapitre se construit sur une opposition entre deux termes : dans le premier chapitre, la rationalité instrumentale fut opposée à la rationalité axiologique ; dans le second chapitre, l'efficacité militaire fut opposée aux prescriptions de l'ordre moral ; dans le troisième chapitre, l'exigence de réalisme fut distinguée de l'exigence de normativité du droit de la guerre ; dans le dernier chapitre, la logique utilitariste des règles instrumentale fut opposée à la structure catégorique des règles formelles. Tous ces termes s'opposent structuralement. Cette opposition structurale permet une reconstruction logique de la démonstration qui précède : dans chaque chapitre, il fut question d'opposer le domaine général du *pragmatique* au domaine général du *catégorique*¹⁷⁵⁰.

541. Les premiers termes de l'équation relèvent du domaine général du pragmatique. La rationalité instrumentale donne lieu à une action pragmatique, au sens où elle ne s'embarrasse d'aucune doctrine d'action posée *a priori*, mais se concentre uniquement sur une recherche pragmatique de moyens efficaces pour réaliser les fins que l'homme se donne. De même pour l'efficacité militaire : refusant les doctrines, les théories et les règles posées *a priori*, les militaires jugent que l'action guerrière doit uniquement être gouvernée par une recherche pragmatique d'efficacité, pour réaliser dans le monde réel les effets que l'on cherche à produire. L'exigence de réalisme du droit de la guerre relève suppose de composer pragmatiquement avec les faits, avec la pratique militaire et ses évolutions, plutôt que de faire du droit une forme rigide fixée *a priori*. De même enfin pour les règles instrumentales : celles-ci refusent d'indiquer *ex ante* ce que les sujets de droit doivent, peuvent ou ne peuvent

¹⁷⁵⁰ Sur ces deux domaines, v. T. NAGEL, « War and Massacre », *op. cit.*, p. 124.

pas faire, et jugent la licéité d'un acte au regard de sa nécessité, en tant que moyen, pour parvenir à une fin. Elles permettent au sujet de droit d'agir de manière pragmatique.

542. Les seconds termes de l'équation relèvent à l'inverse du domaine général du catégorique. La rationalité axiologique donne lieu à une action catégorique, au sens où elle ne se préoccupe que de suivre des valeurs posées *a priori*, nonobstant les conséquences mondaines qu'entraîne l'adoption d'un comportement conforme à ces valeurs. De même, les prescriptions morales supposent nécessairement que les hommes agissent conformément aux normes du « bien », même si cela peut parfois contredire leurs intérêts ou leurs désirs – elles appellent un respect catégorique. Dans la même veine, l'exigence de normativité du droit de la guerre situe le droit hors des faits : celui-ci ne saurait être négocié pragmatiquement au regard des évolutions technologiques, militaires ou sociales, car il revêt une valeur intrinsèque, transcendante et indépendante des faits. Enfin, les règles formelles indiquent *ex ante* ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, et la distinction du légal et de l'illégal ne peut être remise au cause sur un fondement utilitariste, c'est-à-dire par l'idée que la conformité à une règle empêche de réaliser des fins légitimes. Les règles formelles transcendent les intérêts circonstanciels et imposent un respect catégorique.

543. À partir de cette opposition structurale, il apparaît que le problème fondamentalposé par la rationalité militaire tient au fait qu'*elle fait prévaloir le calcul pragmatique sur l'injonction catégorique*. L'action militaire est déterminée par une évaluation *ad hoc* des faits, et non par la volonté de se conformer à des idées posées *a priori*. Dès lors, l'action militairement efficace sera toujours préférée à l'action moralement droite : les militaires ont pour fonction la réalisation pragmatique d'un résultat (vaincre l'ennemi), pas la quête d'une vie bonne. Ce faisant, si le droit est « nécessaire », c'est uniquement pour *renverser le primat du calcul pragmatique sur l'injonction catégorique*. Et c'est pourquoi un droit réaliste, composé de règles instrumentales, ne permet pas de régler le problème posé par la rationalité militaire : l'exigence de réalisme et la structure interne des règles instrumentales découlent d'une vision pragmatique de l'action humaine et reproduisent ainsi la manière dont les militaires conçoivent leur action en temps de guerre. Dès lors, si l'objectif est réellement de contrecarrer la rationalité militaire, le droit se doit d'inverser l'ordre des priorités. À ce titre, le seul droit de la guerre qui vaille la peine d'être défendu est un droit normatif, composé de règles formelles, car le droit de la guerre n'a de sens que s'il vise à forcer les militaires à agir de manière axiologiquement rationnelle. Telle est, au fond, la finalité ultime que devrait se

donner le droit de la guerre : faire en sorte que les militaires préfèrent agir en fonction des valeurs supérieures, valables indépendamment des circonstances et des conséquences, plutôt de d'agir pragmatiquement en employant tous les moyens efficaces de vaincre l'ennemi, si besoin au mépris des principes moraux essentiels.

544. Le droit de la guerre est donc effectivement « nécessaire », pourvu qu'on le représente comme un régime juridique normatif et qu'il se compose de règles formelles. Cela étant posé, une question demeure. Le droit de la guerre *peut-il* inverser le primat de l'action pragmatique sur les impératifs catégoriques ? *Peut-il* faire prévaloir le respect de la morale sur l'efficacité militaire ? Et plus encore, le droit *doit-il systématiquement* faire prévaloir l'action moralement droite sur l'impératif de vaincre ? N'existe-t-il pas des cas où cette hiérarchie de principe tourne à l'absurde ? Ainsi se trouve posée la question de la possibilité – ou de l'impossibilité – du droit de la guerre.

DEUXIÈME PARTIE. – L’IMPOSSIBILITÉ DU DROIT DE LA GUERRE

545. Que le droit de la guerre soit nécessaire est une chose ; qu'il soit possible en est une autre. À ce titre, l'intuition commune, accompagnée par les écrits critiques de pacifistes et de militaires, jette le doute sur l'idée qu'un droit dans la guerre (*jus in bello*) soit possible¹⁷⁵¹. En effet, « droit » et « guerre » ne constituent-ils pas des termes antinomiques ? La guerre ne se déroule-t-elle pas dans un espace hors-droit ? Et quand bien même la perspective d'une guerre se déroulant hors de toute contrainte juridique apparaît moralement intolérable¹⁷⁵², le droit est-il réellement en capacité d'encadrer une situation qui semble, par définition, lui échapper ?

546. Il existe de fortes raisons de penser que, à un niveau fondamental, le droit de la guerre repose sur une impossibilité conceptuelle. Cependant, l'impossibilité de soumettre la guerre au droit n'a pas fondamentalement trait, ainsi que le croyaient Clausewitz et d'autres après lui, à la nature de l'action militaire – c'est-à-dire au fait que, dans la guerre, les militaires font face à l'inconnu et à l'incertain, que les circonstances changent et fluctuent constamment de sorte qu'il est impossible de normer ou de régler l'action militaire¹⁷⁵³. Ceci n'est qu'une manifestation épiphénoménale d'une réalité plus large relevant de la théorie juridico-politique plutôt que de l'action militaire¹⁷⁵⁴.

547. Pour comprendre l'origine de cette impossibilité conceptuelle, il faut saisir ce dont le projet du droit de la guerre est le nom. Ce projet vise non pas simplement à soumettre au droit une activité sociale parmi d'autres, mais à réintroduire du droit au sein d'un milieu – la guerre – dont il fut constitutivement exclu. En effet, dans l'ordre juridique international, le déclenchement de la guerre fait naître une condition particulière – l'état de guerre – en tous points similaire à la condition résultant de la proclamation de l'état d'exception en droit interne : une fois la guerre déclenchée, l'État opère désormais dans une zone d'exception où les règles valables en temps normal sont suspendues au profit de l'action effective. Par

¹⁷⁵¹ Sur ce point, v. *supra*, Introduction, §§ 2-14.

¹⁷⁵² Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2.

¹⁷⁵³ Sur ce point, v. *supra*, Introduction, not. §§ 3-4.

¹⁷⁵⁴ Sur ce point, v. *infra*, Chapitre 6, § 770, note 2486.

conséquent, le projet consistant à soumettre la guerre à l'empire du droit doit être conçu comme une tentative libérale visant à réintégrer l'état d'exception – ici, l'état exceptionnel de la guerre – dans le droit (**Titre 3**). En tant que tel, ce projet n'est pas nécessairement voué à l'échec. Comme en atteste l'expérience tirée du droit interne, il est possible de réintégrer l'état d'exception dans le droit en créant des régimes juridiques d'exception, instaurant un droit spécial pour les situations de crises mettant en échec le droit commun. Il n'est donc pas impossible que, dans une grande variété de situations historiques, le droit parvienne à domestiquer l'anomie de l'état de guerre et à encadrer formellement l'usage de la violence militaire. Néanmoins, il faut se garder de croire que le droit puisse vaincre définitivement l'éventualité même que des circonstances exceptionnelles mettent en échec l'opération du droit, même s'il s'agit d'un droit spécialement prévu pour les situations de crises extrêmes. Le droit, même spécial, est par définition incapable de triompher de l'exception. Pour cette raison, la résorption définitive de l'état exceptionnel de la guerre dans le droit, c'est-à-dire le projet du droit de la guerre lui-même, est frappé d'une impossibilité radicale (**Titre 4**).

TITRE 3. – LE DROIT DE LA GUERRE, UN PROJET LIBERAL VISANT A REINTEGRER L’ETAT EXCEPTIONNEL DE LA GUERRE DANS LE DROIT

548. Comprendre pourquoi, à un niveau élémentaire, le droit de la guerre repose sur une impossibilité conceptuelle nécessite de saisir ce qu'est, fondamentalement, le droit de la guerre. Car le droit de la guerre n'est pas un régime juridique comme les autres, un simple « fragment »¹⁷⁵⁵ du droit international public que l'on pourrait mettre sur le même plan que le droit de la mer, le droit du commerce international ou le droit de l'environnement. En effet, dans sa construction même, le droit de la guerre réalise un mouvement conceptuel qui est étranger à tous les autres régimes juridiques du droit international public : le droit de la guerre n'a pas vocation à attirer dans l'orbite du droit une activité ordinaire de la vie internationale, vis-à-vis de laquelle l'ordre juridique entretiendrait un rapport neutre et indifférent, mais de ré-attirer dans l'orbite du droit une activité que l'ordre juridique international rejette initialement hors de lui-même, comme un phénomène échappant à son emprise.

549. Pour saisir cette caractéristique du droit de la guerre, en tous points déterminante pour les raisonnements qui suivent, il convient d'appréhender la place que la guerre occupe dans l'ordre juridique international à l'aune du concept d'état d'exception. Seul ce concept permet de rendre compte de la nature du droit de la guerre et du mouvement conceptuel étrange qu'il cherche à réaliser. Ainsi, l'ensemble des raisonnements qui suivent dans cette seconde partie reposent sur cette prétention : la guerre est initialement rejetée hors de l'ordre juridique international car l'état de guerre, c'est-à-dire la condition juridique résultant du recours à la guerre, s'analyse comme un état d'exception (**Chapitre 5**). Sous cet angle, le projet de soumission de la guerre à l'empire du droit, et donc le *jus in bello* lui-même, s'éclaire d'un jour nouveau. En effet, le droit de la guerre naît de l'appel que tout état d'exception ne manque jamais de faire naître dans l'esprit libéral : pour éviter que la

¹⁷⁵⁵ Sur le débat sur la fragmentation du droit international, v. not. M. KOSKENNIEMI, P. LEINO, « Fragmentation of International Law ? Postmodern Anxieties », *L.J.I.L.*, vol. 15, n°3, 2002, pp. 553-579 ; CDI, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la CDI, adopté lors de la 58^{ème} session, U.N. Doc. A/CN.4/L.702 ; A.-C. MARTINEAU, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013.

proclamation de l'état d'exception n'expose tout un chacun au pouvoir arbitraire de l'État, il est nécessaire de produire un droit d'exception, spécifiquement conçu pour limiter l'action de l'État en période d'exception. Tel est le mouvement conceptuel paradoxal que cherche à réaliser le droit de la guerre : conçu comme un droit d'exception, le droit de la guerre s'attache à « effacer » le caractère exceptionnel de la guerre en réintégrant *a posteriori* la guerre dans l'ordre juridique international (**Chapitre 6**).

Chapitre 5. – Le rejet initial de la guerre hors de l'ordre juridique international : l'état de guerre comme état d'exception

En substance, le déclenchement de la guerre crée une zone d'anarchie dans l'ordre mondial, une zone dans laquelle le droit normal applicable aux relations pacifiques entre les États est suspendu.

Richard R. BAXTER¹⁷⁵⁶

550. Jusqu'au début du XX^{ème} siècle, la guerre était principalement pensée par analogie avec le *jugement*¹⁷⁵⁷. En effet, en l'absence de juge international compétent pour trancher les litiges en dernière instance et de pouvoir exécutif mondial capable de faire appliquer les décisions de justice, la guerre apparaissait comme un substitut au procès judiciaire propre aux sociétés barbares qui, à l'image de la société internationale, vivent à l'état de nature¹⁷⁵⁸. Dans une telle configuration, la guerre était conçue comme une procédure permettant aux membres de la société – ici, aux États – de régler leurs différends dans une société sans ordre civil constitué, et donc sans juges ni gendarmes. Les juristes, filant la métaphore, se représentaient alors le droit de la guerre comme un droit de procédure, encadrant la « procédure guerrière » de la même manière que le droit interne encadre la procédure pénale ou la procédure civile¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁶ R. R. BAXTER, « So-Called "Unprivileged Belligerency": Spies, Guerrillas, and Saboteurs », *B.Y.I.L.*, vol. 28, 1951, p. 323, n. trad.

¹⁷⁵⁷ V. p. ex. R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, 1^{ère} éd., vol. 3, Londres, William G. Benning & Co., 1857, p. 2 (« war is the terrible litigation of States ») ; T. TWISS, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*, 1^{ère} éd., vol. 2, Oxford, Londres, Clarendon Press/Longman, 1863, p. vii (la guerre est un « High Trial of Right between Nations ») ; G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., pp. 28 et 35 ; J. C. BLUNTSHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 270-271.

¹⁷⁵⁸ V. p. ex. H. WHEATON, *Elements of International Law*, 3^{ème} éd., Philadelphie, Lea and Blanchard, 1846, p. 339 (« [t]he independent societies of men called States acknowledge no common arbiter or judge (...). The law by which they are governed (...) is deficient in those positive sanctions which are annexed to the municipal code of each distinct society. Every State has therefore a right to resort to force, as the only means of redress for injuries inflicted upon it by others, in the same manner as individuals would be entitled to that remedy were they not subject to the laws of civil society ») ; A. RIQUELME, *Elementos de derechos público internacional*, Madrid, D. S. Saunaque, 1849, p. 118 (« [e]l derecho de hacer la Guerra nace como se vé del principio de la propia conservacion, que lo mismo se estiende á los individuos, que alcanza á los estados. Pero entre las querellas de los estados, y las de los particulares, existe la diferencia de que estas se deciden por las leyes aplicadas por los tribunales (...) ; cuando las que se suscitan entre las naciones, como sobre ellas no hayt jurisdiccion, ni tribunales, (...) la fuerza de las armas la termina con la violencia »).

¹⁷⁵⁹ V. p. ex. F. DESPAGNET, C. DE BOECK, *Cours de droit international public*, op. cit., p. 802 (« la guerre peut et doit être l'objet d'une réglementation véritablement juridique, (...) absolument comme la loi soumettait à des règles précises l'exercice de la lutte privée entre les individus, quand le Droit de la procédure encore insuffisamment développé, par exemple à l'époque du duel judiciaire, n'avait pas assuré l'action directe des tribunaux et l'efficacité de leurs sentences par une sanction »).

551. Si cette analogie entre la guerre et le jugement n'est pas dénuée d'intérêt, elle est critiquable sur de nombreux points¹⁷⁶⁰. En particulier, il est clair que la simple existence d'un juge compétent pour trancher les litiges et d'un pouvoir exécutif capable de faire appliquer les décisions de justice et de maintenir l'ordre public peut ne pas suffire à prévenir l'irruption de la guerre – les guerres intestines, qui déchirent les sociétés civiles organisées, ne sont pas rares. Par ailleurs, l'idée que le droit de la guerre soit un simple droit de procédure, organisant le « débat militaire » de la même manière que les droits procéduraux organisent le débat judiciaire devant les tribunaux, présente des limites évidentes¹⁷⁶¹. En effet, dans l'ordre juridique interne, la procédure civile ou pénale a justement pour objet d'évincer la violence du règlement des différends et de lui substituer le dialogue judiciaire. À l'inverse, le droit de la guerre accepte *ab initio* que la violence, plutôt que le dialogue judiciaire, soit employée pour résoudre un conflit.

552. En réalité, ce n'est pas avec le concept de jugement que la guerre présente l'analogie la plus pertinente, mais avec le concept d'état d'exception. L'état d'exception peut provisoirement être défini comme la condition juridique résultant de la suspension de l'ordre juridique par les autorités suprêmes d'un État, celles-ci jugeant que les règles en vigueur empêchent l'État d'affronter une situation exceptionnelle par des moyens effectifs¹⁷⁶². L'état d'exception désigne donc une pratique du pouvoir consistant, pour les autorités suprêmes d'un État, à s'affranchir des règles opposables à l'action de l'État au motif que la menace exceptionnelle à laquelle celui-ci fait face ne peut être combattue effectivement dans les limites tracées par le droit. Cette pratique permet ainsi aux autorités étatiques de recourir à des moyens d'action que l'ordre juridique jugerait illicites s'ils étaient employés en temps normal.

553. Or, la condition juridique résultant du déclenchement de la guerre dans l'ordre international n'est-elle pas en tous points similaire à la condition juridique provoquée par la proclamation de l'état d'exception dans l'ordre interne ? En effet, en recourant à la guerre, les États ne s'affranchissent-ils pas des règles fondamentales de l'ordre international au motif que la menace à laquelle ils font face ne peut être combattue dans le respect des règles

¹⁷⁶⁰ Sur cette critique, v. not. F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, pp. 21-23 ; P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, *op. cit.*, pp. 524-525 ; L. OPPENHEIM, *International Law*, 1^{ère} éd., vol. 2, *op. cit.*, pp. 56-57 et 73-74.

¹⁷⁶¹ V. p. ex. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 282.

¹⁷⁶² Sur la définition du concept d'état d'exception, v. *infra*, §§ 558-605.

opposables à l'action de l'État en temps normal ? Et ce faisant, les États ne pénètrent-ils pas dans un espace d'action où les règles valables en temps normal sont suspendues au nom de la nécessité d'agir de manière effective pour vaincre l'ennemi ?

554. La littérature spécialisée dans le droit de la guerre entretient un rapport ambivalent au concept d'état d'exception. D'un côté, de nombreux auteurs reconnaissent que l'irruption de la guerre plonge les relations internationales dans un « *état exceptionnel* »¹⁷⁶³ et admettent que le droit de la guerre constitue lui-même un « *ordre juridique d'exception* »¹⁷⁶⁴. Pourtant, à part quelques références faites en passant au concept d'état d'exception¹⁷⁶⁵, rares sont les études qui ont cherché à démontrer que l'état de guerre est l'une des formes concrètes que peut revêtir le paradigme de l'état d'exception¹⁷⁶⁶. Cette lacune dans la littérature juridique amène certains observateurs à dire que les liens existant entre la guerre et l'état d'exception sont « *sous-explorés théoriquement* », alors même que « *certain aspects associés à l'exercice des pouvoirs d'urgence au niveau national se reflètent également sur le plan*

¹⁷⁶³ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 9. V. ég. A. MORIN, *Les lois relatives à la guerre...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 180 (où l'auteur qualifie l'état amené par la guerre d'*« état exceptionnel »*) ; P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, *op. cit.*, p. 618 (où l'auteur qualifie l'état déclenché par la guerre d'*« état exceptionnel »*) ; C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, vol. 4, *op. cit.*, p. 38 (où l'auteur dit que l'acte de guerre est un *« acte exceptionnel »*) ; R. R. BAXTER, « So-Called "Unprivileged Belligerency" », *op. cit.*, p. 323, n. trad. (où l'auteur dit que le déclenchement de la guerre crée *« une zone dans laquelle le droit normal applicable aux relations pacifiques entre les États est suspendu »*) ; CDI, *Reports of the International Law Commission on the Second Part of its Seventeenth Session, 3-28 January 1966, and on its Eighteenth Session, 4 May-19 July 1966*, *op. cit.* p. 95 (où la CDI estime que *« the outbreak of hostilities between States must be considered as an entirely abnormal condition »*) ; CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 3 (où les auteurs qualifient les conflits armés de *« situations exceptionnelles »*) ; J. D. OHLIN, « The Crime of Bootstrapping », *op. cit.*, p. 1455 (où l'auteur qualifie l'état auquel s'applique le *jus in bello* de *« alternate legal paradigm »*).

¹⁷⁶⁴ F. MAURICE, « L'ambition humanitaire », *op. cit.*, p. 386.

¹⁷⁶⁵ V. not. E. LIEBLICH, « The Facilitative Function of *Jus in Bello* », *op. cit.*, p. 327, n. s. (« [w]ar enables the ultimate exercise of political power, both by making the friend–enemy distinction concrete and by constituting the quintessential state of exception, in which the sovereign is revealed in its most potent form ») ; E. LIEBLICH, « Internal *Jus ad Bellum* », *op. cit.*, p. 732, n. s. (« [t]he factual existence of armed conflict was thus phrased as a precondition for the switch between the ordinary human rights law of peacetime and the "state of exception" of the laws of war ») ; B. R. FARLEY, A. PRADHAN, « Establishing a Practical Test for the End of Non-International Armed Conflict », *R.I.C.R.*, vol. 106, n°927, 2024, p. 1175, n. s. (« armed conflict – along with the application of IHL – is inherently a state of exception ») ; F. ZUMPANI, « International Law, War and Human Rights: The Humanitarian Response Against the State of Emergency », *Athens Journal of Social Sciences*, vol. 1, n°2, 2014, pp. 121-132, *passim* ; C. L. LIM, « *Inter arma silent leges?* Black Hole Theories of the Laws of War », in V.V. RAMRAJ (dir.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, C.U.P., 2008, pp. 385-407.

¹⁷⁶⁶ V. néanmoins P. DELVOLVE, « La guerre comme situation d'exception », in J. BAECHLER, P. DELVOLVE (dir.), *Guerre et droit*, Paris, Hermann, coll. « L'homme et la Guerre », 2017, pp. 201-218 (où l'ensemble de la démonstration est cependant vicié par une mauvaise compréhension du concept d'état d'exception, celui-ci étant conçu comme un ensemble de règles de droit) ; L. DE SIQUIERA, « Rethinking Military Necessity in the Law of Armed Conflict », *Research Gate*, 2012 (où le concept d'état d'exception n'est cependant pas mobilisé pour rendre compte de la place de la guerre dans l'ordre juridique international, mais pour éclairer le concept de nécessité militaire) ; O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, C.U.P., coll. « Cambridge Studies in International and Comparative Law », 2006, pp. 326-364 (où l'étude est tournée vers la démonstration du fait que le *jus in bello* constitue un régime juridique d'exception plutôt que sur la manière dont la guerre est conçue dans l'ordre juridique international). À ce jour, l'étude la plus pertinente au regard de notre sujet est celle de J. DILL, « Threats to State Survival as Emergencies in International Law », *International Theory*, vol. 15, n°2, 2023, pp. 155-183.

international »¹⁷⁶⁷. Ceci est d'autant plus étrange que la guerre constitue « *l'exemple paradigmique* »¹⁷⁶⁸ de situation justifiant le déclenchement de l'état d'exception en droit interne et que le plus célèbre (et le plus controversé) théoricien de l'état d'exception, Carl Schmitt, envisageait bien la guerre et son droit sous l'angle de la problématique de l'*Ausnahmezustand*¹⁷⁶⁹.

555. Cette lacune dans la littérature spécialisée est probablement liée au fait que les deux notions en cause – l'état d'exception et l'état de guerre – sont éminemment controversées. Tout d'abord, le concept d'état d'exception « pose d'énormes problèmes conceptuels et politiques »¹⁷⁷⁰, sur l'ombre desquels plane la figure menaçante de Carl Schmitt, théoricien anti-libéral, membre éphémère du parti nazi et défenseur de la primauté du politique sur le droit¹⁷⁷¹. De ce fait, les discussions portant sur le concept d'état d'exception sont généralement perçues comme des discussions complexes et polémiques, relevant de la juridiction exclusive du droit constitutionnel, de la théorie du droit ou de la philosophie politique. De plus, en droit international, la notion d'état de guerre fait elle-même l'objet de controverses. En effet, avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, la guerre aurait « cessé d'exister en tant que condition juridique »¹⁷⁷². Il n'existerait donc plus rien de tel que « l'état de guerre ». On comprendrait donc que le rapprochement entre état de guerre et état d'exception ne constitue pas un thème privilégié de la littérature scientifique : il s'agirait de comparer un concept flou et politiquement controversé à une notion que le droit international aurait relégué au rang de curiosité historique.

¹⁷⁶⁷ O. GROSS, F. NI AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, op. cit., pp. 326-327, n. trad. V. ég. F. COUVEINHES-MATSUMOTO, « État d'urgence au dedans, unilatéralisme au dehors ? », in J.-L. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. MILLARD, (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, coll. « Actualité », 2017, p. 141 (« [i]l existe une similarité entre le déclenchement de l'état d'urgence au sein d'un État, et le recours à l'unilatéralisme dans les relations internationales »).

¹⁷⁶⁸ A. GREENE, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law. Constitutions in an Age of Crisis*, Londres, Hart, coll. « Hart Studies in Security and Justice », 2018, p. 39, n. trad. V. ég. E. LIEBLICH, « The Facilitative Function of *Jus in Bello* », op. cit., p. 327 (où la guerre est décrite comme « *the quintessential state of exception* »).

¹⁷⁶⁹ C. SCHMITT, *La dictature*, op. cit., not. pp. 245 et 250 (où l'expression originale, « *kriegsrecht* », renvoie sans équivoque au *jus in bello* et non à la loi martiale, comme c'est parfois le cas dans les écrits de langue allemande). En ce sens, v. R. VOIGT, *Ausnahmezustand. Carl Schmitt's Lehre von der kommissarischen Diktatur*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, coll. « Staatsverständnisse », 2019, not. p. 103.

¹⁷⁷⁰ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception. Présentation de l'ouvrage *L'état d'exception* », Paris, PUF (Léviathan), 2001 », *Revue juridique de l'Ouest*, Année 2004, n°2, p. 233.

¹⁷⁷¹ Sur Carl Schmitt et l'héritage de sa pensée, v., parmi une littérature abondante, J.-W. MÜLLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2003 ; J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 2001, J.-C. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, Paris, La Découverte, coll. « Poche », 2016.

¹⁷⁷² C. GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », op. cit., p. 287.

556. Plus fondamentalement, cette lacune s'explique peut-être par le fait que le rapprochement entre l'état de guerre et l'état d'exception risque d'emmener les spécialistes du *jus in bello* sur un terrain glissant, menaçant l'édifice même sur lequel se bâtit le droit de la guerre. En effet, l'une des caractéristiques essentielles de la proclamation de l'état d'exception réside dans le fait que les autorités publiques pénètrent dans une zone d'anomie où l'action étatique n'est plus gouvernée par des règles de droit posées *a priori* mais par un impératif pratique : agir concrètement en vue d'éradiquer la menace. L'État d'exception permet à l'État d'agir hors du droit¹⁷⁷³. Par conséquent, si l'état de guerre est un état d'exception, alors cela entraîne nécessairement des conséquences quant à la capacité du droit à encadrer juridiquement l'action guerrière : ce projet se heurte *ab initio* au fait que l'appareil militaire opère dans une zone d'où le droit fut constitutivement exclu.

557. Avant de s'intéresser aux conséquences, il convient de dresser le constat. La condition juridique résultant du recours à la guerre est-elle réellement un état d'exception ? Répondre à cette question suppose, dans un premier temps, de définir avec rigueur le concept d'état d'exception. Or, ce concept étant principalement pensé par ses théoriciens à l'aune du droit interne, il sera nécessaire de faire un détour par l'ordre juridique national avant de mettre en évidence la pertinence de ce concept pour l'ordre juridique international. Aux fins de la présente étude, l'état d'exception désignera la condition résultant de la suspension de l'ordre juridique par les autorités suprêmes d'un État pour affronter une situation exceptionnelle par des moyens effectifs (**Section 1**). Une fois ce concept posé, il deviendra possible de voir que, en recourant à la guerre, les États créent un état alternatif des relations internationales, l'état de guerre, qui n'est autre que l'une des formes concrètes que peut revêtir le paradigme de l'état d'exception (**Section 2**).

Section 1. – L'état d'exception, ou la condition résultant de la suspension de l'ordre juridique pour affronter une situation exceptionnelle par des moyens effectifs

558. Dans la littérature spécialisée, il existe un flou quant à la nature même de l'objet que le concept d'état d'exception devrait avoir pour fonction de représenter. S'agit-il de

¹⁷⁷³ Sur tout ceci, v. *infra*, §§ 591-598.

« *dispositifs institutionnels* »¹⁷⁷⁴ ? De « *phénomènes juridiques* »¹⁷⁷⁵ ? De « *cadres constitutionnels* »¹⁷⁷⁶ ? Des « *pouvoirs d'urgence* »¹⁷⁷⁷ ? D'un « *ensemble de moyens* »¹⁷⁷⁸ ? De « *dispositifs* »¹⁷⁷⁹ ? Ou bien plutôt d'un « *moment* »¹⁷⁸⁰, d'une « *situation* »¹⁷⁸¹ ? Et, dans tous les cas, à quelles *chooses* ces *mots* renvoient-ils dans la réalité objective ?

559. À un niveau basal, l'état d'exception doit, comme toute œuvre juridique¹⁷⁸², être appréhendé comme le produit d'une pratique¹⁷⁸³. En effet, dans le monde réel, l'état d'exception désigne (comme le dit bien l'expression elle-même) un état des choses, une condition, un statut particulier créé par les autorités politiques suprêmes d'un État – le souverain, pour Schmitt¹⁷⁸⁴ – et débattu au sein du champ juridique. Dans son concept, l'état d'exception désigne donc une pratique du pouvoir consistant à affirmer qu'un certain état des choses – dont le contenu reste à éclaircir – existe¹⁷⁸⁵. Il est entendu que cette pratique a pu prendre différentes formes au cours de l'histoire¹⁷⁸⁶ et que l'état d'exception a, en tant

¹⁷⁷⁴ B. MANIN, « Le paradigme de l'exception. Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme », trad. R. ROBERT, *La vie des idées*, 2015.

¹⁷⁷⁵ G. AGAMBEN, « État d'exception », trad. J. GAYRAUD, in G. AGAMBEN, *Homo Sacer. L'intégrale 1997-2015*, Paris, Seuil, coll. « Opus », 2016 [2003], p. 179.

¹⁷⁷⁶ O. GROSS, « Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional? », *Yale Law Journal*, vol. 112, p. 1021, n. trad.

¹⁷⁷⁷ V. le titre de l'étude de J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n°1, 2004, pp. 210-239, n. trad.

¹⁷⁷⁸ J.-F. KERVEGAN, « État d'exception », in S. RIALS, P. RAYNAUD (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. « Quadrigé », 2003, p. 252kels.

¹⁷⁷⁹ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Fondements de la politique », 2013, p. 23.

¹⁷⁸⁰ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, vol. 6, 2008, p. 29.

¹⁷⁸¹ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 99.

¹⁷⁸² Sur ce point, v. *supra*, Introduction, § 31.

¹⁷⁸³ En ce sens, v. F. JOHNS, « Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception », *E.J.I.L.*, vol. 16, n°4, 2005, p. 164 (l'état d'exception est le produit d'*« efforts by a range of legal authorities* », qui se livrent à un travail de « *legal representation and classification* ») ; M. NEOCLEOUS, *Critique of Security*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2008, p. 70 (les États « *employ countless legal advisors to explain and defend emergency tactics* », de sorte que « *"exceptional" moments of power are always filled to the brim with legal expertise, procedure and analysis* »).

¹⁷⁸⁴ C. SCHMITT, *Political Theology*, op. cit., p. 5 (« *[s]overeign is he who decides on the exception* »).

¹⁷⁸⁵ Dans cette étude, le concept d'état d'exception revêt une fonction strictement descriptive. Il s'agit de décrire la pratique consistante, pour les autorités suprêmes d'un État, à créer un espace d'action situé hors du droit pour affronter efficacement une situation excédant les limites tracées par l'ordre juridique. En tant que telle, cette description n'implique aucun jugement de valeur, car description et justification d'un fait sont deux opérations intellectuelles qui se déplacent sur des plans épistémologiques distincts : *décrire* une pratique ne revient pas *ipso facto* à la *justifier*. On peut considérer que l'État *devrait pouvoir* s'affranchir du droit et opérer dans cet espace anomique, comme on peut considérer que l'État *ne devrait jamais pouvoir* sortir de l'ordre légal et que le simple fait de s'affranchir du droit constitue en lui-même une illégalité (sur ces différentes manières d'appréhender les situations d'exception, v. *infra*, Chapitre 6). Ces jugements de valeur n'ont aucune incidence sur le fait que *cette pratique existe de fait*, mais seulement sur les conséquences juridiques de sa mise en œuvre.

¹⁷⁸⁶ Sur les différentes formes qu'à revêtu le concept d'état d'exception au cours de l'histoire, v. not. C. SCHMITT, *La dictature*, op. cit. ; F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d'exception*, op. cit., pp. 39-203 ; B. MANIN, « Le paradigme de l'exception », op. cit., pp. 2-19. V. également les essais réunis dans M. GOUPY, F. RIVIERE (dir.), *De la dictature à l'état d'exception. Approche historique et philosophique*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 2022.

que concept, vocation à représenter cette pratique par-delà les contextes historiques dans lesquels elle se réalise. De plus, il est clair que la définition d'un concept peut être plus ou moins large et, de ce fait, désigner un ensemble plus ou moins serré de phénomènes. Ainsi, lorsqu'on lit « *qu'il existe, selon les ancrages disciplinaires et d'un auteur à l'autre, des conceptions diverses des formes concrètes que* [le paradigme de l'état d'exception] *peut revêtir* »¹⁷⁸⁷, on doit comprendre qu'il existe en réalité différentes conceptions de l'état d'exception – et donc différents concepts – en circulation dans le champ académique.

560. À ce titre, le concept d'état d'exception a connu un élargissement important au cours de la période récente¹⁷⁸⁸. Sous l'influence de l'idée que l'état d'exception serait devenu permanent¹⁷⁸⁹, le concept englobe désormais tout un ensemble de pratiques relativement ordinaires de restriction des droits fondamentaux et de concentration du pouvoir dans les mains de l'exécutif¹⁷⁹⁰. Cette idée, qui « *tort les concepts pour en faire un slogan* »¹⁷⁹¹, renvoie l'état d'exception au statut de mot-valise, de « *jargon* »¹⁷⁹² invoqué de manière tout à fait banale par les acteurs du débat public pour décrire un éventail de pratiques tellement large qu'il perd de vue la notion, centrale s'il en est, d'*exception*¹⁷⁹³.

561. À rebours de cette tendance à l'élargissement et à la banalisation du concept, la présente étude offrira une définition restrictive du concept d'état d'exception. Cependant, avant de s'attacher à définir le contenu de cet état spécifique des choses que désigne le

¹⁷⁸⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ? D'un état d'urgence à l'autre, ou l'intégration des régimes d'exception dans les États de droit contemporains », *Revue française d'administration publique*, vol. 176, n°2020/4, 2020, p. 176.

¹⁷⁸⁸ Sur ce point, v. F. SAINT-BONNET, « Si l'état d'exception est partout, il n'est nulle part », in D. FONSECA (dir.), *Logiques des législations antiterroristes : entre reconfiguration et défiguration du droit ?*, Paris, Fondation Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2021, pp. 23-35.

¹⁷⁸⁹ Sur ce point, v. not. W. BENJAMIN, « Sur le concept d'histoire », in W. BENJAMIN, *Sur le concept d'histoire, suivi de Eduard Fuchs, le collectionneur et l'historien et de Paris, La capitale du XIXe siècle*, trad. O. MANNONI, préf. P. BOUCHERON, Paris, Payot & Rivages, coll. « Petite Bibliothèque Payot », p. 64 (« [c'est] la tradition des opprimés qui nous l'enseigne : "l'état d'exception" dans lequel nous vivons est en vérité la règle »); G. AGAMBEN, « État d'exception », *op. cit.*, pp. 182 et 251 (l'état d'exception « se présente toujours plutôt comme une technique de gouvernement que comme une mesure exceptionnelle, mais laisse aussi venir au jour sa nature de paradigme constitutif de l'ordre juridique (...). [L'état d'exception] a continué à fonctionner presque sans interruption à partir de la Première Guerre mondiale (...) jusqu'à nos jours. L'état d'exception a même atteint aujourd'hui son plus large déploiement planétaire »).

¹⁷⁹⁰ En ce sens, v. J. HUYSMANS, « The Jargon of Exception – On Schmitt, Agamben and the Absence of Political Society », *International Political Sociology*, vol. 2, n°2, 2008, p. 165 ; M. GOUPY, « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? Une réflexion sur le succès de la notion d'état d'exception à l'ombre de la pensée de Michel Foucault », *R.I.E.J.*, vol. 79, n°2, 2017, pp. 97-98.

¹⁷⁹¹ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception, métamorphose de la modernité politique », in M. GOUPY, F. RIVIERE (dir.), *De la dictature à l'état d'exception. Approche historique et philosophique*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 2022.

¹⁷⁹² J. HUYSMANS, « The Jargon of Exception », *op. cit.*

¹⁷⁹³ F. SAINT-BONNET, « De la banalisation des états d'urgence », *Jus Politicum*, vol. 21, 2021 (rendre à l'état d'exception ses « *lettres de noblesses* » suppose de « résister à la tentation d'en banaliser l'invocation »).

vocable « état d’exception », il faut voir que la pratique de l’état d’exception ne prend sens qu’au regard du dilemme auquel les sociétés libérales font face lorsqu’elles sont confrontées à une situation d’exception (**Sous-section 1**). Sous cet angle, la proclamation de l’état d’exception apparaît comme une réponse a-libérale au dilemme provoqué par l’apparition d’une telle situation exceptionnelle : il s’agit de faire naître une condition juridique dans laquelle le droit est suspendu au profit de l’action effective, dans le but d’affronter efficacement la menace qui se présente (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – Les sociétés libérales face à la situation d’exception : exposé d’un dilemme

562. On ne peut rendre compte de la pratique consistant à créer un « état d’exception », ni définir rigoureusement le contenu même de cet « état », qu’à condition de voir qu’il s’agit d’une réponse que les sociétés libérales peuvent apporter lorsqu’elles sont confrontées à l’apparition d’une situation de crise qui met l’ordre juridique libéral en échec¹⁷⁹⁴. Il s’agira donc, dans un premier temps, de fournir une définition sommaire de la conception de l’État au sein des sociétés libérales, en exposant les trois piliers fondamentaux de l’État de droit : le principe de séparation des pouvoirs, le principe de légalité de l’action étatique et le principe de la garantie des droits civils et politiques (**§ I**). L’apparition d’une situation d’exception au sein des sociétés libérales met ces principes fondamentaux en échec et place ces sociétés face à un dilemme déchirant, duquel naîtra la pratique de l’état d’exception : elles doivent choisir entre la sauvegarde de l’État et la conservation du droit (**§ II**).

§ I. – Séparation des pouvoirs, légalité de l’action étatique, garantie des droits fondamentaux : une définition sommaire de la conception de l’État au sein des sociétés libérales

563. S’il est clair que la pratique de l’état d’exception existait bien avant la naissance de la théorie politique moderne¹⁷⁹⁵, ce n’est qu’à partir de l’adoption du libéralisme politique

¹⁷⁹⁴ Sur les différentes manières d’appréhender juridiquement les situations d’exception, v. *infra*, Chapitre 6.

¹⁷⁹⁵ Sur les formes qu’a revêtu le concept d’état d’exception au cours de l’histoire, v. la littérature citée *supra*, note 1786. Sur la théorie politique moderne, v. not. J. TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat*

par les États occidentaux que l'état d'exception fut érigé au rang de problème juridico-politique fondamental¹⁷⁹⁶. Avant cela, la pratique de l'état d'exception ne présentait « *pas de difficulté théorique ou pratique considérable* »¹⁷⁹⁷. Ceci est lié au fait que, sous l'ère moderne, cette pratique conduira à contredire frontalement l'idée fondatrice du libéralisme politique, absente des théories antérieures de l'État, à savoir l'idée que le droit est un ensemble de commandements, et que l'État lui-même est soumis aux commandements du droit¹⁷⁹⁸. Pour comprendre ce qu'est l'état d'exception, il est donc nécessaire de brosser à grands traits la conception que les sociétés libérales se font de l'État, en présentant les principes fondamentaux qui régissent son action. Ceci permettra de voir par la suite que certaines circonstances de fait peuvent mettre ces fondamentaux en échec, et que l'état d'exception constitue l'une des réponses possibles à ce problème¹⁷⁹⁹.

564. Comme l'avait perçu Hegel et Marx après lui, la théorie politique libérale repose sur une séparation entre la société civile et l'État¹⁸⁰⁰. En-deçà de l'État se trouve la société civile, c'est-à-dire l'espace dans lequel les personnes privées interagissent entre elles, motivées par la poursuite de leurs intérêts particuliers et l'assouvissement de leurs désirs personnels¹⁸⁰¹. Au-dessus de la société civile se trouve l'État, entendu comme une institution publique ayant la charge d'administrer la société civile¹⁸⁰². Là où les personnes privées agissent sur la base de leurs intérêts et de leurs désirs subjectifs, l'État se place « *au-dessus des éléments particuliers* » et se constitue « *comme universalité* »¹⁸⁰³, comme entité neutre et objective dont l'action vise, du moins en théorie, à réaliser l'intérêt général plutôt que des intérêts particuliers.

565. Cette séparation entre la société civile et l'État explique pourquoi le libéralisme politique fait du rapport entre l'ordre et la liberté le problème majeur de la théorie

de Bodin à Rousseau, Paris, Seuil, coll. « Points Essais, Philosophie », 2001 ; R. TUCK, *Philosophy and Government, 1572-1651*, Cambridge, C.U.P., coll. « Ideas in Context », 1993.

¹⁷⁹⁶ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 233 ; F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*

¹⁷⁹⁷ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*

¹⁷⁹⁸ *Ibid.* Sur la transformation ayant amené à définir le droit comme un ensemble de commandements, v. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*

¹⁷⁹⁹ Dans les lignes qui suivent, il ne s'agira que de fournir une définition sommaire de la conception de l'État au sein des sociétés libérales. Il s'agira donc simplement d'exposer certains éléments définitoires de l'État libéral, sans prétendre à l'exhaustivité et sans prétendre faire œuvre théorique.

¹⁸⁰⁰ M. NEOCLEOUS, *Administering Civil Society. Towards a Theory of State Power*, Londres, MacMillan Press, 1996, pp. 1-12.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*

¹⁸⁰² *Ibid.*

¹⁸⁰³ K. MARX, « Sur la question juive », trad. J.-F. POIRIER, in D. BENSAÏD, *Sur la question juive*, Paris, La Fabrique, 2006 [1843], p. 42.

politique¹⁸⁰⁴. D'un côté, les libéraux s'accordent pour dire que l'État est une institution nécessaire à la garantie de la liberté. En effet, en l'absence d'État, aucune institution ne peut s'interposer dans le cas où un individu empiète sur la liberté d'un autre : la condition humaine est celle d'une guerre de tous contre tous, où le fort impose sa volonté au faible. L'État doit donc être institué afin d'instaurer un ordre dans lequel la liberté de chacun puisse s'épanouir. Mais d'un autre côté, les libéraux voient bien que l'État constitue une menace pour la liberté. Doté d'une force matérielle sans équivalent, l'État fait peur : ses pouvoirs coercitifs pourraient être employés pour servir un autre but que celui de la garantie de la liberté de chacun¹⁸⁰⁵. Il faut donc « *concevoir un système qui donne [à l'État] le pouvoir nécessaire pour protéger la liberté individuelle, mais qui empêche également les gouvernants d'abuser de ce pouvoir* »¹⁸⁰⁶. Tel est le problème fondamental de la théorie libérale – garantir à la fois l'ordre et la liberté.

566. Dans cette optique, le droit joue un rôle fondamental. En effet, dans la théorie politique libérale, le droit est ce qui permet de dépasser la contradiction apparente entre ordre et liberté¹⁸⁰⁷. En soumettant l'action de l'État à l'empire du droit, les libéraux rejettent l'absolutisme monarchique¹⁸⁰⁸ et à l'idée qu'une seule personne puisse décider arbitrairement de tout, « *sans contre-pouvoirs terrestres et sans libertés juridiquement opposables* »¹⁸⁰⁹. Sous l'influence du libéralisme politique, l'État devient État de droit (*Rechtsstaat*) plutôt qu'État de puissance (*Machtsstaat*)¹⁸¹⁰. Pour traduire concrètement cet idéal d'une société dans laquelle l'État ne pourrait agir qu'en vue d'assurer la liberté de chacun¹⁸¹¹, les sociétés libérales se dotent de certains mécanismes visant à garantir que le pouvoir de l'État ne soit pas détourné de son but originel. Ces mécanismes, qui sont autant

¹⁸⁰⁴ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 63.

¹⁸⁰⁵ Typiquement, les pouvoirs de l'État pourraient être mis au service des intérêts d'une minorité, qui soumettrait la majorité à la tyrannie de sa volonté arbitraire.

¹⁸⁰⁶ K. MINOGUE, H. K. GIRVETZ, T. BALL, R. DAGGER et al., « Liberalism », *Encyclopaedia Britannica*, 11 juil. 2015, n. trad. (où « gouvernement » (*government*) fut remplacé par « État »)

¹⁸⁰⁷ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., not. p. 72.

¹⁸⁰⁸ Sur le fait que le libéralisme politique se construit en réaction à l'absolutisme monarchique, v. not. J. PICQ, *Une histoire de l'État en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005, pp. 229-243 ; J.-J. RAYNAL, *Histoire des grands courants de la pensée politique*, Paris, Hachette, coll. « Les Fondamentaux », 2020, pp. 87-107 ; A. JARDIN, *Histoire du libéralisme politique. De la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Paris, Hachette, 1985, pp. 7-20.

¹⁸⁰⁹ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », op. cit.

¹⁸¹⁰ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, trad. L. DEROCHE, préf. O. BEAUD, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige », 1993 [1928], p. 264. Sur les notion d'Etat de droit, Rechtsstaat et Rule of Law, v. not. L. HEUSCHLING, *Etat de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002.

¹⁸¹¹ J. SHKLAR, « The Liberalism of Fear », in. L. ROSENBLUM (dir.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1989, p. 21 (« [L]iberalism has only one overriding aim: to secure the political conditions that are necessary for the exercise of personal freedom »).

de principes fondamentaux de l'État de droit, sont nombreux¹⁸¹². Pour ce qui nous intéresse, seuls trois de ces principes retiendront notre attention.

567. Premièrement, les sociétés libérales consacrent le *principe de la séparation des pouvoirs*. En effet, dans les sociétés libérales, « *la puissance de l'État (...) est divisée* »¹⁸¹³, scindée en différents « pouvoirs », afin qu'une seule personne ou qu'un seul organe ne cumule pas entre ses mains toute la puissance de l'État¹⁸¹⁴. On distingue habituellement entre trois pouvoirs : le pouvoir législatif, compétent pour voter les lois, les modifier ou les abroger, le pouvoir exécutif, qui dispose, via l'administration, du pouvoir d'exécuter matériellement les lois, et le pouvoir judiciaire, compétent pour rendre la justice sur la base des lois en vigueur. Une fois le pouvoir d'État divisé en plusieurs branches, les sociétés libérales établissent un système de contre-pouvoirs, de *checks and balances*, afin d'éviter que l'un des trois pouvoirs n'en vienne à dominer les autres.

568. Deuxièmement, les sociétés libérales reconnaissent le *principe de légalité de l'action étatique*. Dans son énoncé général, le principe de légalité de l'action étatique affirme que « [l']action de l'État doit être conforme [au droit] »¹⁸¹⁵. Ainsi, le principe de légalité traduit juridiquement l'idée fondatrice du libéralisme politique, selon laquelle la soumission de l'État au droit est une condition *sine qua non* de la limitation de son pouvoir, et donc de la garantie de la liberté individuelle contre les abus du pouvoir d'État. Quant à ce principe, deux éléments doivent être soulignés.

569. Tout d'abord, il est entendu que le principe de légalité s'applique à l'ensemble des pouvoirs constitués, et donc notamment à l'action du pouvoir exécutif, dont on peut légitimement considérer qu'il s'agit de « [l']a branche la plus dangereuse »¹⁸¹⁶. En effet, le pouvoir exécutif dispose de l'administration, c'est-à-dire de l'ensemble des moyens d'action concrets de l'État (police, fisc, armée, etc.), laquelle lui est hiérarchiquement

¹⁸¹² COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Liste des critères de l'État de droit*, adoptée par la Commission à sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016), 18 mars 2016, Étude n°711/2013, CLD-AD(2016)007.

¹⁸¹³ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 264.

¹⁸¹⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. 1, Paris, 1824 [1748], p. 303 (« [p]our qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »).

¹⁸¹⁵ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Liste des critères de l'État de droit*, op. cit., § 44, p. 11. Pour éviter toute confusion entre les différents sens que l'on peut attribuer au terme de « loi », nous avons traduit ce terme par celui de « droit », également plus conforme à l'intention des rédacteurs du document.

¹⁸¹⁶ M. S. PAULSEN, « The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is », *Georgetown Law Journal*, vol. 83, n°2, 1996, pp. 217-345 ; M. S. FLAHERTY, « The Most Dangerous Branch », *Yale Law Journal*, vol. 105, n°7, 1996, pp. 1725-1839.

subordonnée¹⁸¹⁷. Au travers de l'administration, le pouvoir exécutif se trouve au plus proche des citoyens. Ce pouvoir doit donc faire l'objet d'un encadrement juridique particulièrement strict pour éviter que tout un chacun ne soit soumis au pouvoir arbitraire des agents de l'État, et en premier lieu de la police. En tant qu'il s'applique aux agents de l'État, le principe de légalité comporte une double exigence : i) que les agents de l'État « *soient autorisés à agir* » par la loi et ii) « *qu'ils agissent dans la limite des pouvoirs qui leur ont été conférés* »¹⁸¹⁸ par la loi. Les agents de l'État ne peuvent donc agir que dans les cas et sous les conditions fixés par la loi¹⁸¹⁹.

570. Ensuite, il est admis que le pouvoir exécutif ne fixe pas lui-même les règles applicables à l'action de ses agents, de la même manière que le pouvoir législatif n'exécute pas lui-même les lois qu'il adopte¹⁸²⁰. Dans les sociétés libérales, l'action des agents de l'État est en principe circonscrite par la loi entendue au sens strict, c'est-à-dire par les règles édictées par le législateur. En effet, il y aurait un grand danger à ce que le pouvoir disposant des moyens d'action concrets de l'État jouisse également du pouvoir de définir quand et comment ces moyens d'action concrets doivent être employés – soumettre un organe au respect du droit n'a aucun sens si cet organe peut décider lui-même du droit s'appliquant à son action¹⁸²¹. C'est donc en principe au législateur qu'il revient de définir le périmètre de l'action administrative, en fixant les cas dans lesquels les agents de l'État sont autorisés à agir et l'étendue des pouvoirs dont ils disposent.

571. Troisièmement, les sociétés libérales garantissent la protection des droits fondamentaux de l'individu. En effet, les sociétés libérales se bâtissent sur l'idée que tout homme jouit d'une sphère d'autonomie qui préexiste à l'État et, en conséquence, de droits opposables qui lui sont opposables¹⁸²². L'État a l'obligation de respecter ces droits fondamentaux, en ne s'ingérant pas illégalement dans cette sphère de liberté, et de protéger ces droits fondamentaux, dans le cas où les droits d'un individu sont menacés par les

¹⁸¹⁷ V. p. ex. FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 20.

¹⁸¹⁸ COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Liste des critères de l'État de droit*, op. cit., § 45, p. 12.

¹⁸¹⁹ Ici, le terme de « « loi » doit être entendu au sens strict, comme l'ensemble des règles générales adoptées par le législateur (v. le paragraphe qui suit).

¹⁸²⁰ V. p. ex. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. MAZEL, préf. S. GOYARD-FABRE, Paris, Flammarion, coll. « GF », 1984 [1689], pp. 250-251.

¹⁸²¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 278 (« « être lié à sa loi » est une expression vide de sens pour ceux qui peuvent faire des "lois" à volonté »).

¹⁸²² Ibid., p. 264.

agissements d'un autre¹⁸²³. On s'accorde pour reconnaître que, mis à part quelques droits absolus qui ne tolèrent aucune ingérence, cette sphère d'autonomie n'est le plus souvent pas illimitée¹⁸²⁴. En effet, il existe des motifs légitimes, ayant trait notamment à la sécurité nationale et au maintien de l'ordre public, justifiant que l'autorité publique s'ingère dans l'exercice des droits relatifs – droit à la liberté d'expression, à la liberté de réunion, à la vie privée, à la liberté de circulation, etc.¹⁸²⁵ Néanmoins, pour que de telles ingérences soient justifiées, il est impératif qu'elles reposent sur une base légale définissant les conditions auxquelles la puissance publique peut s'ingérer dans l'exercice des droits fondamentaux¹⁸²⁶. Et, dans les sociétés libérales, c'est en principe au législateur qu'il revient de fixer les règles relatives à l'ingérence de l'État dans l'exercice des droits individuels¹⁸²⁷. En protégeant les droits fondamentaux, le libéralisme espère prévenir l'émergence d'un État totalitaire, dans lequel le pouvoir exécutif jouirait d'un pouvoir absolu sur la vie des citoyens – décider ce qu'ils doivent penser, comment ils doivent vivre, voire même *si* ils doivent vivre¹⁸²⁸.

572. Ces trois principes – séparation des pouvoirs, principe de légalité, protection des droits fondamentaux – ont pour fonction d'enfermer l'action étatique dans le cadre formel du droit, afin que « [t]outes les activités de l'État (...) se décomposent en un fonctionnement calculable, obéissant à des normes fixées à l'avance »¹⁸²⁹ : les agents ne pouvant agir que

¹⁸²³ On pourrait également ajouter l'obligation de garantir les droits fondamentaux. En ce sens, v. p. ex. ONU, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the Right to Adequate Food as a Human Right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur*, 7 juil. 1987, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23, §§ 66-69, pp. 14-15 (« [s]tate responsibility for human rights can be examined at three levels: The obligation to respect, the obligation to protect, and the obligation to fulfil human rights. The obligation to respect requires the State, and thereby all its organs and agents, to abstain from doing anything that violates the integrity of the individual or infringes on her or his freedom. (...) The obligation to protect requires from the State and its agents the measures necessary to prevent other individuals or groups from violating the integrity, freedom of action, or other human rights of the individual (...). The obligation to fulfil requires the State to take the measures necessary to ensure for each person within its jurisdiction opportunities to obtain satisfaction of those needs, recognized in the human rights instruments, which cannot be secured by personal efforts »).

¹⁸²⁴ Sur ce point, v. not. M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruxlant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2011.

¹⁸²⁵ V. p. ex. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adoptée à Strasbourg le 4 nov. 1950, entrée en vigueur le 3 sept. 1953, art. 8 à 11, §§ 2 [ci-après : « Conv. EDH »] ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 16 déc. 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, art. 6, § 1, art. 9, § 1, art. 18, § 3 et art. 19, § 3 [ci-après : « PIDCP »].

¹⁸²⁶ V. p. ex. COUR EDH, *Big Brother Watch et al. c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mai 2021, req. n°58170/13, 62322/14 et 24960/15, § 332 (« [u]ne ingérence dans les droits (...) ne peut se justifier (...) que si elle est prévue par la loi (...). Les termes "prévue par la loi" signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne (...). La mesure doit aussi être compatible avec la prééminence du droit (...). La loi doit donc être accessible à la personne concernée et prévisible quant à ses effets »). Sur cette exigence de légalité, v. not. C. ROMAINVILLE, « La protection de l'État de droit par la Convention européenne des droits de l'Homme – La Cour européenne et l'exigence de légalité », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, vol. 33, 2019.

¹⁸²⁷ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d'exception*, op. cit., pp. 233-235. Pour un exemple, v. FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 34 (« [l]a loi fixe les règles concernant (...) les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »).

¹⁸²⁸ Sur ce point, v. not. S. MARKS, « The European Convention on Human Rights and its "Democratic Society" », *B.Y.I.L.*, vol. 66, n°1, 1996, pp. 209-238.

¹⁸²⁹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 269-270

dans les cas et sous les conditions fixés par la loi, il devient possible de « *prévoir avec une certitude raisonnable comment l'autorité utilisera ses pouvoirs de coercition dans des circonstances données* »¹⁸³⁰. Dans l'esprit libéral, cet idéal de calculabilité et de prévisibilité de l'action étatique vise à prévenir toute forme d'arbitraire, et notamment toute forme d'immixtion arbitraire du pouvoir dans la sphère d'autonomie des individus¹⁸³¹. En effet, si les modalités de l'action étatique sont fixées *a priori* par le droit, alors les représentants de l'État ne peuvent agir que dans un cadre *prédéfini*, et il leur est impossible d'agir *au-delà* de ce cadre en prétextant, par exemple, de la nécessité ou de l'opportunité de leurs actes¹⁸³². L'État libéral apparaît donc comme « *un État dont l'ensemble de l'activité est intégralement appréhendé par un ensemble de compétences délimitées exactement* »¹⁸³³ : les paramètres de l'action étatique sont définis en amont et toute action se déployant au-delà de ces paramètres est *par principe illégale*¹⁸³⁴. D'où la maxime voulant que, dans les sociétés libérales, les citoyens sont soumis au *government of laws* et non au *government of men*¹⁸³⁵. En effet, dans le régime libéral idéal, les agents de l'État seraient non pas des hommes agissant en vertu de leur volonté propre, mais des automates qui se contenteraient d'exécuter le droit, compris comme un ensemble d'énoncés enjoignant l'agent à réagir d'une manière prédéterminée lorsqu'il fait face à des circonstances de fait prédéfinies¹⁸³⁶.

573. Pour fonctionner correctement, ce système idéal suppose que la loi entretienne un rapport intime avec la vie réelle. En effet, si l'action de l'État est subordonnée aux prescriptions du droit, alors il est essentiel que le droit com-prenne la vie de manière à permettre à l'État d'agir dans toutes les situations où son action s'avère nécessaire. Plus précisément, si l'État – c'est-à-dire, en pratique, le pouvoir exécutif et les agents qui lui sont

¹⁸³⁰ Friedrich HAYEK, cité in K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, pp. 63-64, n. trad.

¹⁸³¹ Sur l'idéal de calculabilité de l'action étatique propre au libéralisme politique, v. *infra*, Chapitre 7, §§ 826-831.

¹⁸³² En ce sens, v. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 270 (dans les États libéraux, le « *système de normations légales* (...) est "souverain", c'est-à-dire qu'en aucune partie il ne peut connaître de dérogation ou même d'influence par les motifs et les nécessités de l'existence politique »).

¹⁸³³ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 269.

¹⁸³⁴ En ce sens, la Cour EDH déclare inconventionnelles toutes les mesures portant atteinte aux droits et libertés qui ne sont pas définies en amont par la loi (entendue au sens large). V. p. ex. COUR EDH, *Heglas c. République Tchèque*, arrêt du 1^{er} mars 2007, req. n°5935/02, §§ 74-75 (où la Cour juge que, « [s]ur la base des informations dont elle dispose, (...) la matière [en l'espèce, une méthode d'enregistrement des conversations, ndla] n'était pas régie par une "loi" répondant aux critères fixés par sa jurisprudence, mais plutôt par une pratique qui ne saurait passer pour base légale spécifique qui fixerait des conditions suffisamment précises pour une telle atteinte (...). La Cour arrive donc à la conclusion qu'il n'a pas été démontré devant elle que l'ingérence était prévue par la loi. Ce constat lui suffit pour conclure à la violation de l'article 8 »).

¹⁸³⁵ Cette citation généralement attribuée à John ADAMS (1735-1826).

¹⁸³⁶ Les agents de l'État se borneraient ainsi à agir sur la base strictement logique dans laquelle Kelsen voyait l'énoncé logique de toute norme : face à une situation de fait prédéfinie (« si A est »), l'agent est enjoint à réagir d'une manière prédéterminée (« alors B doit être »). Sur ce point, v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 6-13. Ceci suppose évidemment que le comportement des agents de l'État soient soumis à des règles formelles plutôt qu'à des règles instrumentales. Sur cette distinction, v. *supra*, Chapitre 4.

subordonnés – ne peut agir que dans les situations où la loi l'y autorise et dans la limite des pouvoirs conférés par la loi¹⁸³⁷, alors il est primordial pour la viabilité du système que la loi *i)* prévoie par avance toutes les situations dans lesquelles l'État devrait être habilité à agir et *ii)* qu'elle octroie à l'État des pouvoirs suffisants pour lui permettre d'agir efficacement dans chaque situation. Tout en laissant pour l'instant de côté la question de savoir si le droit est réellement capable d'un tel niveau d'anticipation¹⁸³⁸, il suffit de voir que, dans les faits, l'édifice libéral est régulièrement ébranlé par l'apparition de situations exceptionnelles, mettant le système libéral en échec et plaçant les sociétés libérales face à un dilemme insurmontable.

§ II. – Le dilemme découlant de l'apparition d'une situation d'exception dans les sociétés libérales

574. La vie des États est périodiquement secouée par l'apparition de situations exceptionnelles qui font voler en éclat le cadre formel dans lequel le libéralisme politique cherche à enfermer l'action de l'État. Ces situations exceptionnelles peuvent être définies abstrairement de la manière suivante : il s'agit de situations d'extrême urgence dont les autorités suprêmes jugent qu'elles ne peuvent être combattues dans les limites fixées par le droit¹⁸³⁹. Une présentation rigoureuse de ces situations d'exception exige d'en décomposer les deux éléments constitutifs : l'exception et l'urgence.

575. **Premièrement**, les situations d'exception se définissent par le fait qu'elles relèvent de la définition juridique de l'exception, si l'on entend par-là « *ce qui n'est pas codifié dans l'ordre juridique existant* »¹⁸⁴⁰. Il s'agit de situations apparaissant, du point de vue du droit, comme des situations hors de prise¹⁸⁴¹, dont l'ordre juridique n'a pas anticipé la survenance et qui sont de ce fait insusceptibles d'être subsumées sous les règles en vigueur¹⁸⁴². Les

¹⁸³⁷ Sur ce point, v. *supra*, § 568-570

¹⁸³⁸ Ce point fera l'objet d'une analyse détaillée *infra*, Chapitre 7.

¹⁸³⁹ En ce sens, v. M. GOUZY, « Le non-droit, l'état d'exception et l'incertitude juridique comme outils de domination politique », *Astérian*, vol. 19, 2018, § 15 (où l'auteure définit la situation donnant lieu à l'activation de l'état d'exception comme « une situation de crise ou de désordre grave, nécessitant la suspension du droit en vue de permettre le rétablissement de l'ordre concret par tous les moyens nécessaires, afin de pouvoir restaurer ensuite l'application normale du droit »).

¹⁸⁴⁰ C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 6, n. trad.

¹⁸⁴¹ Comme le dit bien l'étymologie même du mot, *ex capere* signifiant « hors de prise » (F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 31).

¹⁸⁴² Dans le même sens, v. J.-C. LE COSTUMER, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, vol. 6, 2008, p. 19 (« [l']exception (...) est, par

situations d'exception révèlent ainsi l'existence d'un « *cas singulier qui est exclu de la norme générale* »¹⁸⁴³ et, par-delà, une lacune au sein du droit liée à un défaut d'anticipation de la part du législateur : celui-ci n'a pas prévu toutes les situations pouvant se présenter dans les faits, puisqu'apparaît une cas singulier que l'ordre juridique ne parvient pas à comprendre, à absorber en son sein, à subsumer sous ses règles générales¹⁸⁴⁴. Pour ce qui nous intéresse, ce défaut d'anticipation du législateur peut prendre deux formes¹⁸⁴⁵.

576. Tout d'abord, le législateur peut n'avoir pas anticipé la survenance d'une situation particulière, apparaissant *hic et nunc* pour la première fois, de sorte qu'aucune règle ne dit *si* l'État peut agir dans cette situation ni *comment* il doit agir (quelles sont les autorités compétentes, les procédures à respecter, l'étendue des pouvoirs des agents, etc.). Il s'agit donc du cas où « *les lois n'ont rien prescrit sur de certains cas qui se présentent* »¹⁸⁴⁶. Par exemple, on peut imaginer que le législateur n'a pas anticipé l'éventualité d'une épidémie grave ou d'attentats terroristes, de sorte qu'aucune règle n'habilite l'État à agir dans ces deux cas ni ne définit les modalités pratiques de son action. Le droit fait donc face à une exception, soit à une situation qui n'est pas prévue par l'ordre juridique et qui révèle l'existence d'une lacune, d'un vide de droit, nécessitant l'intervention *ex post facto* du législateur pour créer un régime juridique *ad hoc* d'intervention de l'État.

577. Ensuite, le législateur peut avoir anticipé la survenance d'une situation particulière, mais l'avoir fait d'une manière insatisfaisante. Il s'agit du cas où la loi « *prescrit ce qui doit se faire (...), mais qu'on ne peut exécuter [ces prescriptions] dans de certaines conjonctures sans nuire fort à l'État* »¹⁸⁴⁷. La loi habilite l'État à agir pour faire face à une situation donnée et fixe les modalités de son action, mais que les circonstances particulières qui se

opposition radicale à la norme, ce qui justement ne peut pas être compris dans le champ d'une norme ») ; F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.* (« [s]i l'exception était la nouvelle norme, elle aurait rompu toute amarre avec ce qui la caractérise fondamentalement : le fait de lui échapper, d'être "hors de prise", comme le rappelle son étymologie ex capere, d'être insusceptible de toute subsumption juridique sous une norme supérieure »). L'exception n'est donc pas « *une situation dans laquelle une règle spéciale s'applique à une situation de fait déterminée, alors que cette situation est couverte par une règle générale, autre que la règle particulière* » (X. MAGNON, « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », *Revue de droit public*, Hors-série, 2021) : l'exception révèle l'existence d'un cas qui n'est pas couvert par la norme générale, qui échappe à son champ d'application.

¹⁸⁴³ G. AGAMBEN, « Le Pouvoir souverain et la vie nue », trad. M. RAIOLA, in G. AGAMBEN, *Homo Sacer. L'intégrale 1997-2015*, Paris, Seuil, coll. « Opus », 2016 [1995], p. 25.

¹⁸⁴⁴ J.-C. MONOD, « Préface », in C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 19 (« l'exception dérègle toujours la norme et déjoue l'effort de "normation", elle empêche le droit (...) de "normer" définitivement une existence historique qui fait surgir de nouvelles violences, de nouvelles "irrégularités" étrangères ou hostiles à la logique normalisatrice de l'État »).

¹⁸⁴⁵ Ces deux formes sont déjà identifiées par J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, pp. 263-246.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 263.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, pp. 263-264.

matérialisent *hic et nunc* révèlent l'impossibilité de se conformer strictement aux prescriptions de la loi. Les procédures à suivre sont trop strictes, les moyens d'action trop limités, les interdits trop nombreux, de sorte qu'une « *observation rigide et étroite des lois est capable de causer bien du préjudice* »¹⁸⁴⁸. Ainsi par exemple du cas où le législateur a adopté un régime juridique d'intervention de l'État en cas d'épidémie ou d'attentats terroristes, mais où ces situations se matérialisent en fait d'une manière si particulière que l'État s'avère incapable d'agir efficacement tout en se maintenant dans les limites fixées par la loi¹⁸⁴⁹. On fait donc de nouveau face à une situation d'exception : les circonstances excèdent le cadre de la loi et révèlent des lacunes, nécessitant une intervention *ex post facto* du législateur.

578. En droit, les exceptions sont communes et ne posent le plus souvent aucun problème sérieux. En effet, il suffit le plus souvent d'attendre que l'ordre juridique résorbe l'exception dans le droit, ce qui peut se traduire par l'adoption d'un régime législatif *ad hoc* ou l'adaptation jurisprudentielle du régime existant. L'État disposera alors d'une base légale l'habilitant à agir et définissant les modalités de son action. La situation exceptionnelle aura ainsi été « *récupéré[e] par la norme* »¹⁸⁵⁰, et l'ordre juridique aura donc réinstauré son empire sur les contingences de la vie. Ce n'est que lorsque ces événements non-anticipés se doublent de la seconde caractéristique des situations d'exception – l'urgence – qu'elles mettent réellement l'édifice libéral en danger.

579. **Deuxièmement**, les situations d'exception dont il est question ici se distinguent de l'exception commune par le fait qu'elles appellent une action urgente de la part de l'État, celui-ci faisant face à une situation menaçant gravement et immédiatement la vie de l'État¹⁸⁵¹. Il peut s'agir, par exemple, d'une insurrection, d'une épidémie, d'une catastrophe naturelle, d'une invasion extérieure ou d'attentats terroristes. À chaque fois, les situations d'exception marquent la « *la rupture d'une linéarité* »¹⁸⁵² : une crise existentielle vient

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 263.

¹⁸⁴⁹ Par exemple, l'État fait face à une épidémie ou à des attentats terroristes d'une ampleur et d'une magnitude tels qu'ils rendent instantanément obsolètes les règles en vigueur, le cadre juridique dessiné par celles-ci se révélant inadéquat au regard de la situation.

¹⁸⁵⁰ J.-C. LE COSTUMER, « La norme et l'exception », *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁵¹ Dans la pratique de l'état d'exception et la littérature y relative, il existe toujours un flou sur le contenu concret du terme « État ». Qui, concrètement, se trouve mis en danger par la situation exceptionnelle ? L'État, entendu comme entité métaphysique ? Les gouvernants ? La bourgeoisie ? Le peuple ? La nation ? En fonction des circonstances, différentes personnes ou groupes peuvent être visés par le mot « État », d'où le choix de maintenir ce terme dans la définition des situations donnant lieu à l'activation de l'état d'exception.

¹⁸⁵² N. GRANGE, *L'urgence et l'effroi. L'état d'exception, la guerre et les temps politiques*, Lyon, ENS Éditions, coll. « La croisée des chemins », 2018, p. 38.

bouleverser la vie ordinaire, ce qui peut se traduire dans les faits par des déplacements de population, des affrontements violents, des morts et des blessés ou l'arrêt du fonctionnement régulier des institutions. Quelle que soit la nature de la crise, elle fait naître dans l'esprit des autorités publiques le spectre de la guerre civile¹⁸⁵³. Ainsi, ces situations mettent en scène une situation d'extrême urgence qui exige de l'État une action immédiate. Les pouvoirs publics se trouvent confrontés à la nécessité d'agir *ici et maintenant*, sans perdre de temps, afin de réprimer une insurrection, de contenir la propagation d'un virus, d'organiser la société pour repousser une agression extérieure, de contenir les effets d'une catastrophe naturelle, etc.

580. De telles situations, qui exigent une action rapide de l'État (urgence) dans un domaine qui échappe aux prescriptions de la loi (exception), exercent une pression extrême sur les trois piliers de l'édifice libéral – le principe de légalité de l'action étatique, le principe de la séparation des pouvoirs et le principe de la protection des droits fondamentaux.

581. Tout d'abord, les situations d'exception appellent l'État à violer le principe de légalité de l'action étatique. Pour rappel, ce principe repose sur une double exigence : que l'État n'agisse que *dans les cas où* il est autorisé à agir et dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés¹⁸⁵⁴. Or, ici, l'État fait face à la nécessité d'agir soit dans un cas qui n'est pas prévu par la loi, soit dans un cas qui est prévu par la loi mais de manière inadéquate, celle-ci imposant à l'État des contraintes impossibles à respecter dans les circonstances spécifiques qu'il doit affronter. Dès lors, face à l'exception, l'État se trouve légalement démunis : soit aucune loi ne l'habilite à agir ni ne fixe l'étendue de ses pouvoirs, soit la loi édicte des règles dont l'observation stricte est impossible dans les circonstances présentes. Dans les deux cas, l'urgence de la situation pousse l'État à agir *contra et extra legem* et, ce faisant, à passer outre le principe de légalité.

582. Ensuite, ces situations d'exception mettent en tension le principe de séparation des pouvoirs. En effet, dans ces situations à la fois extrêmement pressantes et non-anticipées par l'ordre juridique, le pouvoir exécutif, qui dispose seul des moyens d'action concrets de l'État au travers de l'administration, ne peut raisonnablement attendre que le législateur crée de

¹⁸⁵³ *Ibid.*

¹⁸⁵⁴ Sur ce point, v. *supra*, § 569.

toutes pièces un régime juridique *ad hoc* pour l'habiliter à agir et définir les conditions de son action. Le législateur peut « *ne pas être prêt ou désireux d'agir en temps voulu* »¹⁸⁵⁵ : on peut imaginer que la réunion de l'assemblée législative prenne du temps, ou bien que, même réunie, cette assemblée soit « *trop nombreuse et trop lente à dépêcher les affaires qui demandent une prompte exécution* »¹⁸⁵⁶. Dans un tel cas de figure, l'exécutif est donc poussé à concentrer tous les pouvoirs entre ses mains, à commencer par le pouvoir de fixer lui-même les règles devant gouverner son action¹⁸⁵⁷.

583. Enfin, les situations d'exception mettent en danger la protection des droits fondamentaux des individus. Dans la pensée libérale, ces droits ne sont certes pas absous pour la plupart¹⁸⁵⁸, mais dans tous les cas, l'ingérence dans les droits fondamentaux suppose une base légale claire, définissant avec précision les modalités de l'ingérence¹⁸⁵⁹. En temps normal, l'État ne saurait évidemment s'ingérer dans l'exercice des droits fondamentaux au-delà de ce que la loi permet. Or, les situations d'exception exigent précisément d'aller au-delà de ce que la loi autorise pour permettre la mise en œuvre de procédés efficaces, sans lesquels la crise ne pourrait être résolue. Les droits fondamentaux apparaissent donc comme des « *entraves juridiques* »¹⁸⁶⁰ à l'adoption de mesures efficaces pour surmonter l'exception. Les situations d'exception provoquent ainsi un rétrécissement de la sphère d'autonomie des individus : la crise n'étant pas (ou pas bien) anticipée par la loi, le pouvoir exécutif doit adopter des mesures littéralement hors-norme, portant une atteinte exceptionnelle aux droits fondamentaux des individus.

584. En résumé, les situations d'exception peuvent être définies comme des situations d'extrême urgence qui ne peuvent être combattues à l'intérieur des limites tracées par l'ordre juridique libéral, celui-ci empêchant l'État d'agir comme le requièrent les nécessités de l'instant.

¹⁸⁵⁵ J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of the Exception », *op. cit.*, p. 219, n. trad.

¹⁸⁵⁶ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 264.

¹⁸⁵⁷ Or, c'est en théorie le pouvoir législatif qui fixe les règles gouvernant l'action du pouvoir exécutif. Sur ce point, *v. supra*, § 567.

¹⁸⁵⁸ Sur ce point, *v. supra*, § 571.

¹⁸⁵⁹ Sur ce point, voir la jurisprudence de la Cour EDH citée *supra*, § 572.

¹⁸⁶⁰ C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 75.

585. La pandémie de Covid-19 constitue un bon exemple contemporain de situation d'exception¹⁸⁶¹. Tout d'abord, la crise provoquée par la pandémie de Covid-19 apparut sous la forme d'une exception au droit en vigueur. En effet, elle mis en évidence l'existence d'une situation imprévue, anticipée de manière insatisfaisante par l'ordre juridique, révélant une lacune au sein du droit¹⁸⁶². Les deux fondements juridiques pouvant potentiellement servir de base légale à l'action de l'État, à savoir le pouvoir de police administrative générale du Premier ministre¹⁸⁶³ et l'article L3131-1 du Code de la santé publique¹⁸⁶⁴, furent jugés inadaptés par le Premier ministre pour faire face à la pandémie de Covid-19¹⁸⁶⁵. Le pouvoir exécutif jugea donc qu'affronter cette crise, « *exceptionnelle par sa nature et son ampleur* », nécessitait la mise en œuvre de « *moyens exceptionnels* »¹⁸⁶⁶, c'est-à-dire de moyens excédant les limites tolérées par l'ordre juridique en vigueur¹⁸⁶⁷.

586. Ensuite, la pandémie de Covid-19 fit naître une *situation d'extrême urgence*, exigeant de l'État une réaction rapide afin de contenir la propagation du virus et de réduire le nombre de décès. Ce « *sentiment d'urgence* », voire de « *panique* »¹⁸⁶⁸, se traduisit par l'adoption de mesures d'urgence par le pouvoir exécutif qui, à l'image du confinement généralisé de la population, constituaient des ingérences dans l'exercice des libertés publiques des citoyens et relevaient ainsi du domaine de la loi¹⁸⁶⁹. L'adoption de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020

¹⁸⁶¹ Sur la pandémie de Covid-19 lue à l'aune de la notion d'état d'exception, v. p. ex. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ?... », *op. cit.* ; F. SAINT-BONNET, « De la banalisation des états d'urgence », *op. cit.*

¹⁸⁶² En ce sens, v. CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, 18 mars 2020, avis n°399873, § 15, p. 3 (où le Conseil d'État constate l'absence « d'un cadre organisé et clair d'intervention [de l'État] » en matière de « *catastrophe sanitaire* ») ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ? », *op. cit.*, p. 877 (qui relève « *le caractère inédit de la situation* » et « *l'inadaptation des outils disponibles pour l'affronter* »).

¹⁸⁶³ CONSEIL D'ÉTAT, *Labonne*, arrêt du 8 août 1919, n°56377.

¹⁸⁶⁴ France, *Code de la santé publique*, art. L3131-1 (« *[e]n cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* »).

¹⁸⁶⁵ Sur ce point, v. le discours prononcé par le Premier ministre devant l'Assemblée nationale, 21 mars 2020 : « *[a]ctuellement, notre droit dispose de deux fondements pour prendre des mesures sanitaires : le pouvoir de police générale du Premier ministre et l'article L.3131-1 du code de la santé publique. C'est sur ce second fondement que nous avons pris depuis janvier toutes les mesures qu'appelait la crise. Cet article permet au ministre de la santé de prendre "toute mesure pour protéger la santé de la population", en cas de "menace" d'épidémie. Mais nous ne sommes plus confrontés à une "menace" d'épidémie. Nous sommes dans la bataille et elle ne fait que commencer. Ce texte n'est pas conséquent plus approprié. Il nous est apparu nécessaire que la mesure de confinement durable de nos concitoyens soit fondée sur un régime spécifique encadrant les restrictions temporaires apportées à des libertés fondamentales* ».

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ Moyens exceptionnels au nombre desquels la possibilité d'interdire la circulation des personnes et des véhicules, d'interdire la sortie du domicile, d'ordonner la mise en quarantaine ou le placement en isolement des personnes, d'ordonner la fermeture de certains établissements accueillant du public, de limiter voire d'interdire les rassemblements sur la voie publique, etc. (v. FRANCE, *Code de la santé publique*, art. L3131-15, créé par la Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19).

¹⁸⁶⁸ FRANCE, PREMIER MINISTRE, Discours prononcé devant l'Assemblée nationale le 21 mars 2020.

¹⁸⁶⁹ Sur ce point, v. par ex. J. BOUDON, « Note complémentaire sur l'illégalité du décret n°2020-260 du 16 mars », *Le club des juristes*, 7 avril 2020.

(loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19) aura permis de résorber *a posteriori* l'exception dans le droit, en fixant un cadre législatif *ad hoc* à l'action de l'État en pareille hypothèse. Elle laisse néanmoins en suspens la question de la licéité des mesures d'exception prises par le pouvoir exécutif pour combattre la crise *avant* l'entrée en vigueur de cette loi, telles que le confinement général de la population, déclaré par décret dès le 16 mars 2020¹⁸⁷⁰.

587. Sur le plan normatif, l'apparition d'une situation non-anticipée par l'ordre juridique exigeant une action rapide et effective soulève une question délicate. L'État peut-il « *sortir de la légalité* » et « *abandonner les moyens ordinaires fixés par le droit* », en vue « *d'assurer sa propre sauvegarde* »¹⁸⁷¹ ? Les différentes réponses pouvant être apportées à ce problème normatif seront étudiées plus loin¹⁸⁷². Pour l'instant, il suffit de remarquer, sur un plan purement descriptif, que les situations d'exception plongent les sociétés libérales dans un dilemme aux « *dimensions tragiques* »¹⁸⁷³. En effet, ces situations échappent, par définition, à l'empire du droit : elles ne peuvent être combattues de manière effective tout en se maintenant dans les bornes tracées par l'ordre juridique. Dès lors, l'apparition de situations d'exception met en évidence le fait que les garanties fondamentales de l'ordre juridique libéral, si nécessaires pour prévenir la résurgence d'un pouvoir totalitaire, « *peuvent empêcher [l'État] de répondre efficacement et avec énergie* »¹⁸⁷⁴ aux situations de crises extrêmes. Confrontées à l'exceptionnel, les sociétés libérales font face à un dilemme opposant « *deux impératifs : la conservation du droit et la sauvegarde de l'État* »¹⁸⁷⁵. L'alternative s'exprime dans les termes suivants. Faut-il préférer agir de manière rapide et effective pour combattre la crise et rétablir une situation normale, quitte à agir hors du cadre juridique et à transgresser les principes fondamentaux de l'ordre libéral ? Ou bien faut-il préférer adhérer de manière catégorique aux principes fondamentaux de l'ordre juridique libéral, quitte à se priver de moyens d'action efficaces pour résoudre rapidement la crise et

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*

¹⁸⁷¹ M. GOUZY, « Introduction », in M. GOUZY, F. RIVIERE (dir.), *De la dictature à l'état d'exception. Approche historique et philosophique*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 2022.

¹⁸⁷² V. *infra*, Chapitre 6.

¹⁸⁷³ P. LAHAV, « A Barrel without Hoops: The Impact of Counterterrorism on Israel's Legal Culture », *Cardozo Law Review*, vol. 10, n°3, 1988, p. 531, n. trad.

¹⁸⁷⁴ J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of the Exception », *op. cit.*, p. 210, n. trad. (où « *gouvernement* » (*government*) fut remplacé par « *État* »).

¹⁸⁷⁵ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.* Sur le fait que les situations d'exception font naître un dilemme, v. également J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of the Exception », *op. cit.*, p. 210 ; O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, pp. 1027-1042 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d'exception*, *op. cit.*, p. 240 ; P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, vol. 10, 1979, p. 32.

protéger la société contre les dangers qui la menacent ? Les sociétés libérales sont amenées à « *choisir entre le droit et la raison d'État* »¹⁸⁷⁶.

588. Comme le dilemme du soldat¹⁸⁷⁷, ce dilemme n'est qu'une traduction, à un niveau plus spécifique, du conflit opposant la rationalité instrumentale à la rationalité axiologique¹⁸⁷⁸. Or, nous avons vu que ce conflit était insusceptible d'être résolu dans ses propres termes – chaque choix (le droit ou la raison d'État) peut être qualifié de légitime, mais à l'intérieur de conceptions différentes de la légitimité des actes. En effet, dans le cas où l'État décide de s'affranchir du respect du droit au profit d'une action rapide et effective, il place l'impératif de sauvegarde de l'État au-dessus de l'impératif libéral de conservation du droit. Or, ce faisant, l'État libéral ne renie-t-il pas ce qui le caractérise en propre, à savoir l'idée que l'action de l'État *doit* être soumise au droit, qu'elle *doit* se déployer dans le cadre tracé par l'ordre juridique ? Et alors, qu'est-ce qui distingue encore l'État libéral de son *némésis*, l'État totalitaire ? À l'inverse, dans le cas où l'État décide d'affronter la crise dans le cadre tracé par l'ordre juridique et de se priver de certains moyens d'action efficaces au motif de leur illicéité, l'État place l'impératif libéral de conservation du droit au-dessus de l'impératif de sauvegarde de l'État. Or, ce faisant, l'État libéral ne fait-il pas du droit un « pacte suicidaire »¹⁸⁷⁹ ? Face à l'exception véritable, ce fétichisme de la forme ne tourne-t-il pas à l'absurde ?

*

589. Conclusion de la Sous-section 1. Partant du postulat que la pratique de l'état d'exception ne pouvait être comprise dans toute sa complexité qu'en saisissant le problème pratique auquel elle s'évertuait à répondre, les développements qui précèdent se sont attachés à mettre ce problème en lumière. Les sociétés libérales s'évertuent à enfermer l'action de l'État dans un cadre formel définissant *a priori* les situations justifiant l'intervention de l'État et l'étendue des pouvoirs à disposition de l'État dans chaque situation. Or, il arrive que, dans

¹⁸⁷⁶ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 32.

¹⁸⁷⁷ Sur le dilemme du soldat, confronté à l'impératif de vaincre en même temps que de se battre conformément à la morale, v. *supra*, Chapitre 3, § 231.

¹⁸⁷⁸ Sur ce conflit, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 230-237.

¹⁸⁷⁹ L'expression voulant que *law is not a suicide pact* est une expression répandue dans le discours juridique étatsunien. Cette citation trouve certainement son origine *in* ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, COUR SUPRÈME, *Terminiello v. Chicago*, arrêt du 16 mai 1949, 337 U.S. 1 (1949), p. 37, opinion dissidente du Juge Robert H. JACKSON (« [t]his Court has gone far toward accepting the doctrine that civil liberty means the removal of all restraints (...), and that all local attempts to maintain order are impairments of the liberty of the citizen. The choice is not between order and liberty. It is between liberty with order and anarchy without either. There is danger that, if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact »).

certaines situations extrêmes, ce cadre formel empêche l'État d'agir efficacement pour affronter les nécessités de l'instant. En effet, la vie des États est marquée par l'apparition de situations d'extrêmes urgences qui ne peuvent être combattues dans le respect des limites fixées par l'ordre juridique libéral, et placent ainsi les sociétés libérales face à un dilemme : faut-il préférer agir de manière rapide et effective, quitte à transgresser les principes essentiels de l'ordre juridique libéral ? Ou bien faut-il opter pour le respect inconditionnel de ces principes, quitte à se priver de moyens effectifs pour combattre la menace ? Les différentes manières de répondre à ce dilemme seront étudiées par la suite¹⁸⁸⁰. Pour l'instant, il suffit de voir que la pratique de l'état d'exception est une réponse *a-libérale* au dilemme provoqué par l'apparition d'une situation d'exception au sein des sociétés libérales, puisqu'elle consiste à proclamer la suspension du droit en vigueur pour affronter la crise.

Sous-section 2. – La proclamation de l'état d'exception, une réponse a-libérale au dilemme provoqué par l'apparition d'une situation d'exception

590. La pratique de l'état d'exception constitue une réponse au dilemme dans lequel sont plongées les sociétés libérales confrontées à l'exception qui peut, à première vue au moins, être qualifiée d'*a-libérale*¹⁸⁸¹. En effet, en tant que pratique du pouvoir, l'état d'exception désigne le fait, pour les autorités suprêmes de l'État, d'affronter l'exception hors des prescriptions imposées par l'ordre juridique, celles-ci étant perçues comme entravant la capacité de l'État à agir de manière effective pour combattre la crise¹⁸⁸². La pratique de l'état d'exception s'inscrit donc dans les termes du dilemme identifié ci-dessus, puisqu'elle revient à faire prévaloir l'impératif de sauvegarde de l'État sur la conservation du droit. Dès lors, la proclamation de l'état d'exception a pour conséquence de faire naître une condition particulière : les autorités suprêmes de l'État ouvrent un espace d'action spécial, irréductible à l'espace d'action dans lequel l'État opère en période ordinaire. Celui-ci se distingue par deux caractéristiques essentielles. Tout d'abord, l'état d'exception désigne un espace d'action situé hors du droit, car la proclamation de l'état d'exception entraîne la suspension

¹⁸⁸⁰ V. *infra*, Chapitre 6.

¹⁸⁸¹ V. cependant *infra*, §§ 574-588.

¹⁸⁸² En ce sens, v. not. M. GOUZY, « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ?.. », *op. cit.*, p. 99 (« *il y a état d'exception lorsque les moyens ordinaires de l'État, s'exerçant dans le cadre fixé par son propre droit, sont jugés insuffisants pour faire face à une situation de crise grave, et qu'il est décidé alors de suspendre ce cadre ordinaire ou d'y déroger* ») ; F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 29 (« *l'état d'exception est entendu comme un moment pendant lequel les règles de droit prévues pour des périodes de calme sont transgessées, suspendues ou écartées pour faire face à un péril* »).

de l'ordre juridique et provoque ainsi l'ouverture d'une zone d'anomie (**§ I**). Ensuite, l'état d'exception constitue un espace d'action gouverné non par des règles de droit posées *a priori*, puisque le droit est suspendu, mais par un impératif pratique : agir de manière effective pour vaincre la menace et rétablir l'empire du droit libéral (**§ II**).

§ I. – L'état d'exception, un espace d'action situé hors du droit : suspension de l'ordre juridique et ouverture d'une zone d'anomie

591. Au sein de la littérature spécialisée, il existe un désaccord profond sur la question de la « *juridicité de l'état d'exception* »¹⁸⁸³, c'est-à-dire sur la question de l'emplacement topologique de l'état d'exception. En proclamant l'état d'exception, les autorités de l'État pénètrent-elles réellement dans un espace hors-droit, dans une zone d'anomie où aucune règle, norme ou principe de saurait être opposée à leur action ? Ou bien l'état d'exception constitue-t-il un espace d'action compris au sein de l'ordre juridique et, par conséquent, soumis à des règles, normes ou principes juridiques ?

592. Pour certains auteurs tels que Carl Schmitt, François Saint-Bonnet ou Giorgio Agamben, l'état d'exception désigne bel et bien un « *temps singulier, hors du droit* »¹⁸⁸⁴. Ils se représentent l'état d'exception comme un « *espace vide de droit, (...) où toutes les déterminations juridiques (...) sont désactivées* »¹⁸⁸⁵. Une fois que l'État a pénétré dans l'état d'exception, ses agents se tiennent « *hors du système juridique normalement valide* »¹⁸⁸⁶. L'état d'exception se situerait donc topologiquement *hors du droit*. D'autres auteurs, à l'image de Michel Troper, jugent que tout ceci n'a aucun sens. En effet, l'état d'exception est un objet créé par l'ordre juridique lui-même, qui n'existe et « *ne peut être défini que par les règles qui le régissent* »¹⁸⁸⁷. L'état d'exception n'est donc rien d'autre que « *la situation qui fait l'objet de règles sur l'état d'exception* »¹⁸⁸⁸. Car pour Michel Troper,

¹⁸⁸³ X. MAGNON, « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », *op. cit.*

¹⁸⁸⁴ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 246. F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.* (où l'auteur affirme que l'état d'exception « *ne saurait relever du droit positif* »).

¹⁸⁸⁵ G. AGAMBEN, « État d'exception », *op. cit.*, p. 219. Il existe en réalité deux conceptions de l'état d'exception dans la pensée de Giorgio AGAMBEN, l'une faisant de l'état d'exception un espace de pur non-droit, l'autre faisant de l'état d'exception un espace d'indétermination entre droit et fait. Sur ce point, v. M. GOUPY, « Le non-droit », *op. cit.*, §§ 21-33.

¹⁸⁸⁶ C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 7, n. trad.

¹⁸⁸⁷ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 102. Dans le même sens, v. not. X. MAGNON, « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », *op. cit.* ; F. JOHNS, « Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception », *op. cit.* ; M. NEOCLEOUS, *Critique of Security*, *op. cit.*, pp. 69-70.

¹⁸⁸⁸ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 102.

la proclamation de l'état d'exception est une hypothèse qui est prévue et anticipée par l'ordre juridique, lequel soumet cette situation particulière à des règles spéciales, dérogatoires du droit commun. Dès lors, proclamer l'état d'exception ne revient pas à entrer dans une zone d'anomie, mais à suspendre les règles de droit commun et à « *en applique[r] d'autres, évidemment moins libérales, qui conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux* »¹⁸⁸⁹. Ainsi, quoiqu'il arrive, « *le droit s'applique toujours, en période normale comme en période exceptionnelle* », car il existe en réalité « *deux séries de règles de droit, applicables pour deux types de situations différentes* »¹⁸⁹⁰ : un droit commun pour les situations normales, et un droit spécial pour les situations d'exception. Par conséquent, basculer dans l'état d'exception ne revient pas abandonner les règles juridiques et à pénétrer dans une zone d'anomie, mais tout simplement à appliquer d'autres règles juridiques que celles valables en temps normal, de sorte que l'état d'exception ne se situe pas « *en dehors du droit* »¹⁸⁹¹ – il n'a, pour ainsi dire, « *rien d'exceptionnel* »¹⁸⁹².

593. Comme souvent, le désaccord tient au fait que ces auteurs ne parlent pas de la même chose. Au travers du concept d'état d'exception, Schmitt, Saint-Bonnet et Agamben visent à décrire la réaction de l'État à une situation rare et spécifique, distincte de celle visée par Michel Troper. Pour ces premiers auteurs, l'état d'exception désigne une réaction de l'État confronté à une situation exceptionnelle, c'est-à-dire à une situation qui se présente sous la forme d'une exception au droit en vigueur, au sens technique du terme : l'État fait face à une situation qui se définit, au regard du droit, par « *le fait de lui échapper, d'être "hors de prise", (...) d'être insusceptible de toute subsomption juridique sous une norme supérieure* »¹⁸⁹³. L'hypothèse visée par ces auteurs est plus spécifiquement celle dans laquelle une situation menaçant gravement l'État ne peut être combattue par des mesures légales, prises conformément aux prescriptions de l'ordre juridique, de sorte que les limites fixées par le droit « *empêchent [les gouvernants] de défendre ce que la communauté estime devoir être sauvégarde absolument* »¹⁸⁹⁴. L'état d'exception désigne alors le fait que les gouvernants

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 99

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 109

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 105

¹⁸⁹² *Ibid.*, p. 109

¹⁸⁹³ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.* V. ég. G. AGAMBEN, « Le Pouvoir souverain et la vie nue », *op. cit.*, pp. 23-34 ; C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 6-7. Michel TROPER a cependant raison d'insister sur le fait que la situation d'exception n'est pas une « *réalité objective* », existant comme telle dans le monde empirique, mais « *seulement des réalités qualifiées par le droit* », ou plutôt par les opérateurs du droit (M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 102). Sur l'idée que la qualification d'une situation de « *situation d'exception* » est le produit d'un travail juridique, v. *infra*, Chapitre 7, §§ 856-860.

¹⁸⁹⁴ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*

« franchissent (...) les frontières de la légalité »¹⁸⁹⁵ pour affronter une situation par des moyens que le droit ne leur permet pas d'employer.

594. On comprend donc que, pour ces auteurs, l'état d'exception désigne nécessairement un espace d'action situé hors du droit. En effet, cela est compris dans le concept même d'état d'exception, qui vise à décrire « *une réponse, une réaction, à une situation non anticipée* »¹⁸⁹⁶, c'est-à-dire à une situation dont l'éventualité n'est *pas comprise au sein de l'ordre juridique* et qui nécessite donc par définition une *réponse extra-juridique*, outrepas-sant les limites fixées par le droit et donc *prima facie illicite*¹⁸⁹⁷. L'ordre juridique étant jugé incapable d'absorber adéquatement la situation d'urgence qui se présente, il se crée « *une lacune dans le droit public à laquelle le pouvoir exécutif est contraint de porter un remède* »¹⁸⁹⁸ : le pouvoir exécutif recourt en fait aux moyens qui devraient pouvoir être employés en droit¹⁸⁹⁹. En attendant qu'un régime juridique *ad hoc* vienne fixer le cadre d'intervention de l'État face à cette situation nouvelle et non-anticipée, le pouvoir exécutif agit tout simplement hors du droit.

595. Or, Michel Troper désigne par le vocable « état d'exception » la réponse de l'État à une situation bien différente. Pour lui, l'état d'exception désigne la réaction de l'État lorsqu'il se trouve « *en présence de circonstances graves, une guerre extérieure, civile, le terrorisme, une catastrophe naturelle* », réaction qui consiste à « *met[tre] en œuvre des moyens exceptionnels, c'est-à-dire qu'on concentre le pouvoir entre les mains de certaines autorités (...), on leur donne des compétences plus étendues et on leur permet de porter atteinte aux libertés fondamentales* »¹⁹⁰⁰. Par conséquent, Michel Troper ne construit pas l'état d'exception comme la réponse à une situation se présentant sous la forme d'une exception au droit en vigueur. Pour lui, l'état d'exception désigne seulement la réponse que l'État apporte à une situation de crise. Il ampute ainsi l'événement déclencheur de l'état d'exception de son élément essentiel et distinctif : sa qualité d'exception au droit en vigueur,

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*

¹⁸⁹⁶ N. GRANGE, *L'urgence et l'effroi*, op. cit., p. 31.

¹⁸⁹⁷ Il existe plusieurs manières d'appréhender la réaction de l'État confronté à l'exceptionnel et toutes ne jugent pas illicites le fait d'outrepasser les limites fixées par le droit. Sur les différentes manières d'appréhender la pratique de l'état d'exception, v. *infra*, Chapitre 6.

¹⁸⁹⁸ G. AGAMBEN, « État d'exception », op. cit., p. 202.

¹⁸⁹⁹ N. GRANGE, *L'urgence et l'effroi*, op. cit., p. 41 (la pratique de l'état d'exception consiste à employer « *des moyens qui viennent se substituer à la règle, qui viennent en lieu et place de la règle* »). V. ég. la théorie des lacunes développée par A. MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles dans l'évolution du droit public », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 413-428.

¹⁹⁰⁰ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », op. cit., p. 100.

c'est-à-dire l'impossibilité devant laquelle il place l'État d'agir conformément aux prescriptions juridiques, puisque la situation à laquelle il fait face n'est pas anticipée, ou pas bien anticipée¹⁹⁰¹, par l'ordre juridique. En réalité, Michel Troper vise par le vocable « état d'exception » la réaction de l'État confronté à des situations de crise *faisant déjà l'objet de régimes juridiques ad hoc*, tels que la loi de 1955 sur l'état d'urgence ou l'article 16 de la Constitution de 1955. Il est évident que si la pratique de l'état d'exception désignait le fait, pour l'État, de déclencher les mécanismes prévus par ces régimes spéciaux, alors l'état d'exception ne serait pas une situation *échappant au droit* mais une « *situation simplement différente de la situation normale, une situation qui par conséquent justifie que l'on mette en œuvre des règles différentes des règles habituelles* »¹⁹⁰². En effet, les situations de crise visées par ces régimes spéciaux n'ont plus rien d'*« exceptionnel »* au sens propre du mot car, par l'adoption de ces régimes spéciaux, l'ordre juridique a *réintégré l'exception dans le droit*. Le caractère « exceptionnel » de ces situations ne l'est que dans un sens très banal. Il s'agit de situations « *moins fréquente[s]* »¹⁹⁰³, mais aussi moins « *désirable[s]* »¹⁹⁰⁴, puisqu'elles entraînent l'application de règles juridiques « *moins libérales* »¹⁹⁰⁵ que celles applicables en temps normal.

596. Cependant, dans son concept, l'état d'exception ne désigne pas l'espace d'action dans lequel l'État pénètre lorsqu'il doit affronter une situation de crise régie par des règles de droit spéciales, dérogatoires du droit commun, mais l'espace d'action dans lequel l'État pénètre lorsqu'il doit affronter une situation de crise qui ne peut être combattue efficacement tout en se maintenant dans les limites fixées par le droit, qu'il s'agisse du droit ordinaire, c'est-à-dire du droit applicable en temps normal, ou d'un droit spécial, spécifiquement conçu pour encadrer l'action de l'État en temps de crise¹⁹⁰⁶. Autrement, l'état d'exception n'a effectivement « *rien exceptionnel* »¹⁹⁰⁷ puisque l'État n'est pas confronté à une « *exception* », c'est-à-dire à une situation insusceptible d'être subsumée sous les règles en vigueur et exigeant, du fait de l'urgence, d'agir au-delà du droit¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰¹ Sur la distinction entre les deux types de défaut d'anticipation du législateur, v. *supra*, §§ 575-577.

¹⁹⁰² M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'*exceptionnel* », *op. cit.*, pp. 100-101.

¹⁹⁰³ *Ibid.*, p. 101.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁹⁰⁶ Se dessine ainsi l'hypothèse d'un état d'exception déclaré en réaction à l'incapacité d'un *régime juridique d'exception* (tel que le régime prévu par la loi de 1955 sur l'état d'urgence), plutôt que du droit applicable en temps normal, à apprêhender adéquatement la crise qui se présente. Cette hypothèse, que nous nommerons l'hypothèse de la « *sur-exception* », sera exposée *infra*, Chapitre 7.

¹⁹⁰⁷ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'*exceptionnel* », *op. cit.*, p. 109.

¹⁹⁰⁸ Sur la définition de l'exception, v. *supra*, § 593.

597. On comprendra donc que l'état d'exception désigne un ensemble extrêmement serré de phénomènes, une pratique « *par définition rare et fugace* »¹⁹⁰⁹. En effet, dans les démocraties libérales, « *la déclaration de l'état d'exception [fut] progressivement remplacée par une généralisation sans précédent du paradigme de la sécurité comme technique normale de gouvernement* »¹⁹¹⁰. La multiplication des lois d'exception visant à anticiper toutes les éventualités de crise que l'État peut avoir à affronter en pratique est devenue l'option privilégiée¹⁹¹¹. Matérialisant la « *gêne des pouvoirs publics à agir hors des rets de la légalité* »¹⁹¹², ces législations visent à résorber l'exception dans le droit en créant des régimes juridiques *ad hoc*, spécifiquement conçus pour chaque situation de crise¹⁹¹³. Or, si la mise en œuvre de ces dispositifs législatifs s'accompagne effectivement d'une concentration du pouvoir dans les mains de l'exécutif et d'une restriction des droits fondamentaux, ils n'ouvrent aucun espace situé hors du droit – ils ne presupposent pas de transgresser le principe de légalité, puisque le périmètre de l'action étatique est bien « défini par la loi »¹⁹¹⁴. Dès lors, les législations d'exception se bornent à créer un droit spécial, qui peut entrer en vigueur dans certains cas prédefinis et déroger au droit normal ; elles ouvrent ainsi un espace d'action situé hors du droit commun, mais ne permettent pas à l'État d'opérer hors du droit tout court : face aux situations prévues et anticipées par les législations d'exception, l'action de l'État demeure soumise à l'empire du droit, même s'il s'agit d'un droit spécial, dérogeant aux règles applicables en temps normal¹⁹¹⁵. Par conséquent, le déclenchement des mécanismes prévus par des lois d'exception telle que la loi de 1955 sur l'état d'urgence « *ne relève pas de l'état d'exception* »¹⁹¹⁶, mais de l'opération ordinaire du droit¹⁹¹⁷. Ici, on se contente effectivement de « *mett[re] en œuvre des règles différentes des*

¹⁹⁰⁹ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*

¹⁹¹⁰ G. AGAMBEN, « *État d'exception* », *op. cit.*, p. 188.

¹⁹¹¹ J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « *The Law of the Exception* », *op. cit.*, p. 215 ; F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*

¹⁹¹² F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l'état d'exception. Rapport introductif », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 36, 2021, p. 96.

¹⁹¹³ Le concept de législation d'exception sera défini plus en détail *infra*, Chapitre 6.

¹⁹¹⁴ Comme le relève François SAINT-BONNET, les dispositifs prévus par les lois d'exception sont des « *"dérrogations" plus que des "exceptions"*, en ce sens qu'elles sont prévues par le droit et s'analysent comme des solutions alternatives aux solutions "normales" » (F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*, note 7).

¹⁹¹⁵ Typiquement, la loi française sur l'état d'urgence constitue « *un dispositif (...) normal, bien que spécial, de lutte contre le terrorisme* » ; par conséquent, au plan théorique, l'état d'urgence prévu par la loi de 1955 « *ne relève pas de l'état d'exception* » (F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*)

¹⁹¹⁶ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.* ; J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « *The Law of the Exception* », *op. cit.*, p. 215.

¹⁹¹⁷ En ce sens, v. J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « *The Law of the Exception* », *op. cit.*, p. 215 (« *[a]dvanced democracies do not necessarily need to use constitutional powers when confronting emergencies. They often prefer to deal with emergencies through ordinary legislation. Such legislation may delegate a great deal of authority to the executive and may be enacted for temporary periods. And there may be a sense that the legislation is in some ways exceptional. But, however unusual it may be, emergency legislation remains ordinary within the framework of the constitutional system: it is an act of the legislature working within its normal competence* »).

règles habituelles »¹⁹¹⁸, pour reprendre les mots de Michel Troper. Les choses seraient différentes si la crise anticipée par ces législations d’exception se matérialisait en fait d’une manière si inédite qu’elle pousserait l’État à agir au-delà des limites fixées par les lois d’exception elles-mêmes¹⁹¹⁹. Dans un tel cas de figure, l’État pénétrerait effectivement dans l’état d’exception, c’est-à-dire dans une zone d’action où le droit (spécial, en l’occurrence) cesse de s’appliquer.

598. En conclusion, la première caractéristique distinctive de l’état d’exception réside dans le fait que ce concept désigne par définition un espace d’action situé hors du droit. L’état d’exception se matérialise lorsque les autorités suprêmes d’un État décident qu’une situation exceptionnelle et urgente exige de sortir du cadre tracé par le droit en employant des moyens d’action que l’ordre juridique ne permet pas d’employer. À l’heure de la multiplication des législations d’exception, la portée de ce concept est nécessairement très restreinte : rares sont les cas où l’ordre juridique peut encore être mis en échec par des événements imprévus et non-anticipés (ou mal anticipés). Or, si l’état d’exception désigne bien un espace d’action dont la caractéristique essentielle est de se situer topologiquement hors du droit, que reste-t-il, dans cet espace, en l’absence de droit ? En d’autres termes, le vide laissé par l’absence de droit est-il comblé par quelque chose, et si oui, par quoi ?

§ II. – L’état d’exception, un espace d’action gouverné par un impératif pratique : agir de manière effective pour vaincre l’exception et rétablir une situation normale

599. Si l’état d’exception constitue un espace où l’État est délié de toute contrainte juridique, l’action qui s’y déploie n’est pas complètement détachée de toute « *idée normative* »¹⁹²⁰, c’est-à-dire de toute perspective juridique. En effet, la proclamation de l’état d’exception trouve son origine dans le fait qu’une situation d’extrême urgence a fait voler en éclat le « *cadre de vie normal et ordinaire* »¹⁹²¹ que présuppose l’application régulière du droit libéral. Dans ce contexte, la proclamation de l’état d’exception ne peut viser qu’un seul

¹⁹¹⁸ M. TROPER, « L’état d’exception n’a rien d’exceptionnel », *op. cit.*, p. 101.

¹⁹¹⁹ On peut en effet s’interroger sur la capacité des législations d’exception à réintégrer entièrement et définitivement l’exception dans le droit. Ce problème, crucial pour la prétention du droit à encadrer juridiquement la guerre, sera étudié *infra*, Chapitre 7.

¹⁹²⁰ C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁹²¹ C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 13, n. trad.

objectif : il s'agit de restaurer les conditions de possibilité de l'ordre juridique libéral, de « *rétablissement les conditions dans lesquelles le système constitutionnel ordinaire de droits et de procédures peut recommencer à fonctionner* »¹⁹²². D'où le mouvement paradoxal dessiné par la pratique de l'état d'exception : il s'agit de sortir de l'ordre juridique libéral « *pour le restaurer ou le maintenir* »¹⁹²³.

600. Dès lors, l'action de l'État en période d'exception cherche effectivement à réaliser une « idée normative », à savoir l'idée que la constitution libérale doit être restaurée dans ses conditions de possibilité. Sans cette perspective normative, l'action du temps de crise ne serait « *qu'une espèce de despotisme* »¹⁹²⁴. Ce mouvement paradoxal de sortie de l'ordre juridique pour en restaurer concrètement les conditions de possibilité permet aux défenseurs de l'état d'exception de contredire l'argument de leurs détracteurs, consistant à affirmer que l'état d'exception nuit au libéralisme politique car il revient à en abandonner les fondements mêmes¹⁹²⁵. En effet, l'état d'exception fait certes table rase des principes libéraux, mais uniquement pour les défendre dans leur existence concrète : on se bat certes hors des principes du libéralisme politique, mais on se bat néanmoins en son nom.

601. Toujours est-il que, si l'horizon normatif rattache l'état d'exception au libéralisme politique, la pratique concrète des agents de l'État s'en éloigne grandement. En effet, en entrant dans l'état d'exception, le pouvoir exécutif concentre le pouvoir entre ses mains et adopte des mesures portant des atteintes graves aux droits fondamentaux. Cependant, dans l'état d'exception, l'action de l'État ne doit pas être évaluée à l'aune des principes fondamentaux du libéralisme politique et des règles normalement en vigueur, mais à l'aune de sa capacité à « *atteindre un résultat concret* »¹⁹²⁶ – vaincre la crise et rétablir l'application de l'ordre juridique libéral. L'action de l'État se détermine au regard de l'insurrection à réprimer, du virus dont la propagation doit être stoppée, de l'agression extérieure à combattre, etc. C'est cette situation objective qui, en l'absence de droit, détermine *ce que*

¹⁹²² J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of the Exception », *op. cit.*, p. 212, n. trad. Il n'est permis de sortir de l'ordre juridique que pour le conserver, jamais pour le changer. En ce sens, v. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Traité sur l'Union européenne*, décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, cons. 19.

¹⁹²³ N. GRANGE, *L'urgence et l'effroi*, *op. cit.*, p. 30. Ou, pour reprendre les termes de Carl Schmitt, l'état d'exception a pour fonction, dans le cas où « *l'existence de la Constitution est menacée* », de « *protéger cette même Constitution dans son existence concrète* » en proclamant sa « *suspension temporaire* » (C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 207).

¹⁹²⁴ C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁹²⁵ Sur cet argument, v. *infra*, Chapitre 6.

¹⁹²⁶ C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, pp. 74-75.

l'État doit faire. Ainsi, l'état d'exception est le domaine de la « *technicité pure* »¹⁹²⁷, c'est-à-dire de la rationalité instrumentale : l'État est placé face à la nécessité d'*« intervenir dans le déroulement causal des évènements à l'aide de moyens dont la justesse s'exprime par leur adéquation à une fin»*¹⁹²⁸. Ainsi, « *la fin, qui consiste à réaliser une situation concrète, domine exclusivement, libérée de toutes les entraves juridiques, et est uniquement déterminée par la nécessité* »¹⁹²⁹ : seul le but à atteindre, lu à la lumière des circonstances concrètes qui se présentent, permet de déterminer ce qui doit être fait.

602. On retrouve ainsi dans le concept d'état d'exception les caractéristiques fondamentales de la rationalité instrumentale (et, par extension, de la rationalité militaire) : la dialectique moyens/fins bien sûr, mais également le fait qu'il est impossible d'énoncer *a priori* ce qui doit être fait pour rétablir une situation normale¹⁹³⁰. En effet, s'agissant d'une situation d'exception, ne s'étant (par définition) jamais matérialisée dans la forme que l'État doit affronter *hic et nunc*, il est impossible d'énoncer *a priori* ce que l'État doit faire. Le pouvoir exécutif se retrouve donc « *autorisé à faire tout ce qui est nécessaire en fonction de la situation objective* »¹⁹³¹. Il opère à partir de la seule nécessité d'agir, celle-ci constituant « *le déclencheur, la justification et la limite* »¹⁹³² de l'action étatique en période de crise¹⁹³³.

603. Cependant, que le droit s'efface au profit de la rationalité instrumentale ne signifie pas que les actions de l'État en période exceptionnelle ne puissent pas être jugées et critiquées. Au contraire, l'action étatique peut toujours être évaluée comme étant « *correcte ou erronée* », mais cette appréciation ne prend aucunement le droit et les règles juridiques pour référentiel : ce jugement se déploie à partir de « *la question de savoir si les mesures sont correctes au sens technique objectif du terme, c'est-à-dire si elles sont opportunes* »¹⁹³⁴. Le droit ayant cédé au profit de la rationalité instrumentale, seul le jugement instrumental, centré sur l'adéquation des moyens pour parvenir aux fins, permet d'évaluer l'action du temps de crise.

¹⁹²⁷ *Ibid.*, p. 75.

¹⁹²⁸ *Ibid.*, p. 62.

¹⁹²⁹ C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹³⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 191-209.

¹⁹³¹ C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹³² F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 30.

¹⁹³³ Et l'on sait désormais que la nécessité, en tant que règle instrumentale, n'enferme l'action de l'État dans aucune limite prédéterminée. Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4.

¹⁹³⁴ C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 75.

*

604. Conclusion de la Sous-section 2. La sortie du cadre normal de la vie étatique et l'entrée dans l'état d'exception entraîne deux conséquences fondamentales, que l'on peut résumer en une phrase : le droit s'efface au bénéfice de la rationalité instrumentale, soit l'action guidée par la nécessité pratique d'employer des moyens efficaces en vue de parvenir à un résultat. En réalité, ces effets de l'entrée dans l'état d'exception sont compris dans la définition même du concept. Car l'état d'exception ne désigne pas simplement la situation dans laquelle l'État est amené à faire face à une crise majeure, mais la situation dans laquelle les autorités suprêmes d'un État décident de suspendre l'application des règles de droit et des garanties qu'elles consacrent, au motif que la situation d'extrême urgence à laquelle l'État fait face ne peut être combattue efficacement tout en se maintenant dans les limites tracées par l'ordre juridique. Les effets de l'entrée dans l'état d'exception découlent logiquement de cette définition. D'une part, la proclamation de l'état d'exception entraîne la suspension de l'ensemble des règles de droit dont l'État estime qu'elles font obstacle à l'impératif d'agir rapidement et efficacement pour rétablir une situation normale. D'autre part, l'action de l'État est déterminée non par des règles posées *a priori*, mais par la nécessité d'adopter des mesures concrètes pour parvenir à un résultat concret. Dès lors, le domaine de l'état d'exception n'est plus celui de la légalité, mais de la technicité pure, dégagée de toute contrainte juridique : les lacunes révélées par l'irruption d'une situation d'exception sont comblées au travers d'une action effective, consistant à employer en fait les moyens qui devraient pouvoir être employés en droit.

*

605. Conclusion de la Section 1. Dans sa forme abstraite, le concept d'état d'exception renvoie à tout un ensemble de phénomènes historiques spécifiques qui peuvent être subsumés sous l'idéal-type suivant : *face à une situation d'extrême urgence menaçant gravement la vie de l'État, les autorités suprêmes décident de suspendre l'application de l'ordre juridique, jugeant que la crise ne peut être résolue tout en demeurant dans les limites du droit*¹⁹³⁵. Une fois pénétré dans l'état d'exception, deux effets se font sentir : i) l'action de l'État se trouve libérée des prescriptions de l'ordre juridique, et ii) celle-ci n'étant plus guidée que par un impératif pratique : mettre en œuvre les moyens nécessaires pour vaincre la menace et rétablir l'empire du droit libéral. Dès lors, l'état d'exception – c'est-à-dire le

¹⁹³⁵ En ce sens, v. la littérature citée *supra*, note 1882.

véritable état d'exception, celui qui échappe *réellement* à l'emprise du droit, y compris à l'emprise des législations d'exception – se déroule effectivement hors du droit : la proclamation de l'état d'exception crée une zone d'anomie dans laquelle la rationalité instrumentale, affranchie de toute contrainte juridique, règne en maître. Or, l'état d'exception étant « *arrimé à la norme parce qu'il lui est consubstantiel* »¹⁹³⁶, celui-ci devrait pouvoir se matérialiser dans n'importe quelle branche du droit, car toute branche du droit connaît cette dialectique de la norme et de l'exception. Or, il est particulièrement étonnant que la recherche juridique n'ait jusqu'à présent pas perçu que l'état alternatif des relations internationales provoqué par le recours à la guerre, l'état de guerre, n'est rien d'autre qu'une forme concrète du paradigme de l'état d'exception¹⁹³⁷.

Section 2. – Le recours à la guerre et la création d'un état alternatif des relations internationales : l'état de guerre, une forme concrète du paradigme de l'état d'exception

606. Tout au long du XIX^{ème} siècle, la doctrine juridique considérait que le recours à la guerre entre États plongeait les relations internationales dans un état alternatif, distinct de la condition juridique prévalant en temps de paix : l'état de guerre. Certains estimaient même que cet état de guerre était « *anologue à l'état de siège* »¹⁹³⁸, faisant par-là un rapprochement explicite entre l'état de guerre en droit international et l'un des lois spéciales visant à encadrer l'usage de l'état d'exception en droit interne¹⁹³⁹. L'état de guerre était considéré comme un état anormal des relations internationales, dont le déclenchement avait « *pour conséquence nécessaire de suspendre ou de modifier partiellement le droit existant* »¹⁹⁴⁰. Ainsi, à ceci près que l'état d'exception n'avait pas encore été théorisé à cette époque¹⁹⁴¹,

¹⁹³⁶ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.* Nous reviendrons sur cette prétention *infra*, Chapitre 7.

¹⁹³⁷ Sur les raisons de cette lacune dans la littérature juridique, v. *supra*, §§ 554-556.

¹⁹³⁸ A. MORIN, *Les lois relatives à la guerre...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 174.

¹⁹³⁹ Sur l'état de siège, v. not. C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, pp. 243-281 ; G. LEBRETON, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, vol. 6, 2008, not. pp. 82-86 ; L. KLEIN, « Restaurer l'ordre par la force des armes et dans le respect du droit : étude historique comparée de la loi martiale et de l'état de siège », *Droit public comparé*, vol. 2, 2024 ; F. SAINT-BONNET, « La quintessence de l'état d'exception. L'état de siège politique à l'époque de la commune », in P.-O. CHAUMET, *La Commune de Paris au prisme du droit*, Paris, Mare & Martin, coll. « Histoire du droit et des institutions », 2022, pp. 67-76.

¹⁹⁴⁰ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 279.

¹⁹⁴¹ La notion d'état d'exception émerge en Allemagne, dans l'entre-deux-guerres, sur la plume de Carl Schmitt. Sur la genèse du concept d'état d'exception, v. M. GOUPY, « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt. Réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », *Archives de philosophie du droit.*, vol. 58, n°1, 2015, pp. 355-371.

tout était en place pour que la doctrine reconnaisse que la condition juridique créée par le recours à la guerre en droit international, l'état de guerre, n'était rien d'autre que l'une des formes concrètes que peut revêtir le paradigme de l'état d'exception. Pourtant, rien n'en fut. Avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, la notion d'état de guerre fut progressivement bannie du discours juridique¹⁹⁴².

607. Les développements qui suivent vont s'attacher à démontrer que l'état de guerre n'est qu'une forme particulière que peut revêtir le concept général d'état d'exception et, en ce sens, que la notion d'état de guerre décrit toujours adéquatement la condition juridique particulière résultant d'un recours à la guerre¹⁹⁴³. En effet, l'état de guerre désigne la condition résultant de la suspension du cadre libéral tracé par l'ordre juridique international, lequel impose aux États l'obligation fondamentale de résoudre les conflits par des voies pacifiques plutôt que par la violence des armes (**Sous-section 1**). De ce fait, l'état de guerre reproduit les deux caractéristiques distinctives de l'état d'exception : le déclenchement de la guerre fait naître un espace d'action dans lequel l'ordre juridique international est suspendu au profit de l'action effective (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – L'état de guerre, ou la condition résultant de la suspension du cadre libéral tracé par l'ordre juridique international

608. Dans la section précédente, la pratique de l'état d'exception fut présentée comme le fait, pour l'État, de se dégager du cadre formel imposé par l'ordre juridique libéral pour affronter une crise exceptionnelle par des moyens effectifs. Or, la même logique est à l'œuvre en droit international lorsque les États recourent à la guerre. En effet, le droit international soumet l'action étatique à un cadre juridique libéral, imposant aux États d'agir dans le respect du principe fondamental de résolution pacifique des conflits (**§ I**). Or, il arrive que certaines situations exceptionnelles placent l'État face à la nécessité de s'affranchir de ce cadre juridique. Intégrant cette éventualité, l'ordre juridique international reconnaît aux États la possibilité de faire exception au cadre juridique libéral du droit international en

¹⁹⁴² Sur ce point, v. *supra*, Introduction, § 36.

¹⁹⁴³ Ou, pour reprendre le vocabulaire consacré, que cette notion décrit toujours adéquatement la condition juridique résultant d'un recours à la force armée (*jus ad bellum*) ou de l'apparition d'un conflit armé (*jus in bello*). Sur cette évolution terminologique et normative, v. *supra*, Introduction, § 36.

pénétrant dans un espace d'action alternatif où ces situations exceptionnelles pourront être affrontées effectivement : l'état de guerre (**§ II**).

§ I. – Le cadre juridique libéral du droit international : le principe fondamental de résolution pacifique des conflits

609. Qu'il se déploie sur le plan interne ou sur le plan international, le combat libéral contre la souveraineté absolue trouve sa source dans une profonde méfiance à l'égard de la politique¹⁹⁴⁴. Cette méfiance se traduit, dans l'ordre interne, par une limitation du pouvoir politique à l'intérieur des frontières de l'État, afin de prémunir les gouvernés de tout exercice arbitraire du pouvoir par les gouvernants¹⁹⁴⁵. Dans l'ordre international, cette méfiance se traduit par une limitation du pouvoir politique à l'extérieur des frontières de l'État, afin de protéger les membres de la société internationale, c'est-à-dire les États eux-mêmes, de tout exercice arbitraire du pouvoir par l'un d'entre eux. Ainsi, là où le combat libéral prend, dans l'ordre interne, la forme d'une lutte contre la trop grande centralisation du pouvoir politique, le combat pour l'État de droit dans la sphère internationale prend la forme d'une lutte contre la trop forte décentralisation du pouvoir politique¹⁹⁴⁶.

610. Car, dans la sphère internationale, l'autonomie du politique apparaît de manière bien plus menaçante que dans l'ordre interne¹⁹⁴⁷. En effet, il n'existe aucun État mondial chargé, à l'image de l'État national, d'édicter des lois générales, d'en garantir l'exécution, de rendre la justice et de maintenir l'ordre public¹⁹⁴⁸. Dans ces conditions, la vie internationale est

¹⁹⁴⁴ C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 119 (« [d]ès ses débuts, la pensée libérale a accusé de violence l'État et la politique »). Sur l'idée que le droit international se construit dans l'opposition à la politique, v. M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 16-24.

¹⁹⁴⁵ C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 116 (en vue d'« annihiler le politique, domaine de la violence et de l'esprit de conquête », le « levier » utilisé par les libéraux « est le concept d'État de droit »).

¹⁹⁴⁶ I. HURD, « The UN Security Council and the International Rule of Law », *Chinese Journal of International Politics*, vol. 7, n°3, 2014, p. 376 (« [t]he international rule of law shares some foundations with the domestic model of the rule of law, though the two have some necessary differences. They share the idea that social order is enhanced to the extent that it is organized by a clear and coherent set of rules and laws. But the two were designed in very different contexts to respond to very different political needs. The domestic rule of law arose as a solution to the dangers of centralized authority; it has been brought into being in diverse ways in various societies in order to manage relations between strong governments and their citizens, and to place limits on the overbearing sovereign. The international rule of law arose as an institutional solution to the problem of decentralized authority, where numerous independent countries each holding legal equality interact and produce externalities. International law is thus a response to the problems and inefficiencies that arise where sovereignty is dispersed rather than concentrated »).

¹⁹⁴⁷ R. KOLB, « Considérations générales sur la violence et le droit international », *A.F.R.I.*, vol. 6, 2005, p. 30 (« l'anarchie internationale, par sa magnitude, est encore plus grave que l'anarchie interne »).

¹⁹⁴⁸ Sur ce thème classique du droit international, v. not. H. SUGANAMI, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, C.U.P., coll. « Cambridge Studies in International Relations », 1989 ; C. BOTTICI, *Men and States: Rethinking the Domestic Analogy in a Global Age*, trad. K. WHITTLE, Hounds Mills, Palgrave Macmillan, 2009 ;

particulièrement sujette à l'exercice arbitraire du pouvoir – la force, plutôt que le droit, risque d'y imposer ses lois. En pratique, malgré le système de sécurité collective mis en place par la Charte des Nations Unies, les États puissants ne sont pas réellement empêchés de recourir à la violence pour augmenter leur puissance¹⁹⁴⁹. Et, de l'autre côté du fusil, « [s]i un État est en difficulté dans le système international, il ne peut composer le 17, car personne (...) ne viendra à son secours »¹⁹⁵⁰. Ainsi, depuis la perspective libérale, la condition de l'ordre international est celle de l'état de nature, soit une condition dans laquelle la guerre pointe toujours à l'horizon. Par conséquent, le combat libéral prend la forme d'une lutte contre l'emploi unilatéral de la force, c'est-à-dire contre la guerre, considérée comme un mal à éradiquer¹⁹⁵¹.

611. Or, dans ce combat libéral contre la violence¹⁹⁵², le droit joue un rôle majeur. Les libéraux estiment en effet que « [l]e droit est, par essence, un ordre pour la promotion de la paix. Son but est d'assurer la coexistence pacifique d'un groupe d'individus de manière à ce qu'ils puissent régler leurs conflits inévitables de manière pacifique, c'est-à-dire sans recours à la force »¹⁹⁵³. En particulier, le droit permet de transformer l'affrontement politique violent en débat juridique réglé et, ainsi, de « réduire l'ennemi (...) à l'adversaire que l'on affronte dans un débat »¹⁹⁵⁴. Dans la société libérale idéale, toute violence aurait été purgée des relations privées – il n'y aurait « plus d'autre affrontement que la discussion »¹⁹⁵⁵. Raisonnant par analogie, les juristes libéraux se donnent pour objectif

R. TUCK, *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, O.U.P., 1999.

¹⁹⁴⁹ L'actualité des guerres de conquête territoriale menée par la Russie ou par Israël en témoignent.

¹⁹⁵⁰ John MEARSHEIMER, cité par J. DILL, « Threats to State Survival... », *op. cit.*, p. 155, n. trad.

¹⁹⁵¹ R. KOLB, « Considérations générales... », *op. cit.*, p. 28 (« l'idée du bien commun à tous les membres de la communauté impose de mettre un frein à l'utilisation unilatérale de la force, car un système de justice privée, l'histoire le prouve, est frappé des plus graves déficiences et aboutit à l'anarchie. Aucun ordre social n'est possible dans un système où prévaut la loi du plus fort et le conflit permanent de tous contre tous »). V. également M. BOURQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 35, 1931, pp. 173-174 (« [n]ous touchons ici au cœur même du problème international. Devant cette question [la mise de la guerre hors la loi, *ndlr*], tout recule au second plan, parce que, en définitive, tout est conditionné par elle. La guerre n'est pas seulement une monstrueuse aberration. Elle est l'obstacle qui rend impossible toute organisation solide de la communauté internationale. Quand elle éclate, l'armature du droit se déchire; quand elle prend fin, les souvenirs et les appréhensions qu'elle laisse continuent d'empoisonner l'atmosphère. Aucun résultat décisif ne peut être acquis aussi longtemps que le monde reste ployé sous sa menace. Toute l'histoire de l'humanité l'atteste : guerres privées, guerres civiles, guerres internationales, peu importe; le refoulement de la guerre est la condition sine qua non du progrès social »).

¹⁹⁵² Sur ce point, v. H. JOAS, « The Dream of Modernity without Violence », in H. JOAS, *War and Modernity*, trad. R. LIVINGSTON, Cambridge, Polity Press, 2003 [2000], pp. 29-42.

¹⁹⁵³ H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, Cambridge, Harvard University Press, 1942, p. 1, n. trad. Dans le même sens, v. M. CHEMILLIER-GENDRAU, « Droit de la guerre ou droit à la paix ? », *L'Homme et la société*, vol. 107-108, 1993, p. 1 (« le droit a pour fonction d'assurer la paix sociale à travers des processus d'élaboration et d'application de la norme qui concourent à lui assurer une dose d'objectivité. (...) La guerre est et demeure subjectivité, pure irruption de subjectivité (...) »). Plus généralement, sur les rapports entre droit et violence, v. F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Le droit et la violence », *Droits*, vol. 64, n° 2, 2016, pp. 221-241.

¹⁹⁵⁴ C. SCHMITT, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*

ultime « *d'éliminer des relations interétatiques l'emploi le plus terrible de la force, à savoir la guerre* »¹⁹⁵⁶ : ils cherchent à créer une sphère internationale pacifiée, d'où la violence serait, au moins en principe, exclue des relations interétatiques. Pour ce faire, les juristes comptent sur la capacité du droit international à « *transformer la lutte des forces physiques en simple procès judiciaire* »¹⁹⁵⁷. Ainsi, exactement de la même manière que le droit national s'est substitué à la violence dans les relations privées internes, les libéraux s'acharnent à substituer le droit international à la guerre dans les relations internationales.

612. En pratique, le libéralisme politique s'efforce de créer cet espace international pacifié par l'imposition d'un cadre juridique libéral que les États doivent respecter dans leurs rapports réciproques et dont le principe de résolution pacifique des conflits constitue l'épine dorsale. En permettant de traduire les conflits politiques pouvant mener à l'affrontement armé en différends juridiques pouvant être réglés sur la base du droit, ce cadre juridique libéral traduit concrètement, sur le plan des normes et des institutions, le programme visant à substituer le droit à la force dans les rapports internationaux. Sur le plan des normes, ce cadre intègre deux obligations fondamentales, construites en miroir l'une de l'autre : l'obligation (négative) de ne pas trancher les conflits internationaux par la voie des armes, et l'obligation (positive) de régler les conflits internationaux par des voies pacifiques¹⁹⁵⁸. Sur le plan des institutions, ce cadre suppose à la fois la création d'institutions de règlement pacifique des différends et la création d'institutions de contrainte, disposant de moyens matériels pour forcer les États à régler leurs différends par des voies non-violentes et imposer le respect des décisions rendues par les organes de règlement pacifique des différends.

613. Si l'on suit l'historiographie traditionnelle, ce cadre juridique libéral, parfois nommé *jus contra bellum*¹⁹⁵⁹, est une invention récente. En effet, selon un récit bien installé, le droit international classique, c'est-à-dire antérieur à l'adoption du Pacte de la Société des Nations en 1919, était « indifférent » vis-à-vis du recours à la guerre : les États jouissaient d'un

¹⁹⁵⁶ H. KELSEN, *Peace Through Law*, Chapel Hill, North Carolina University Press, 1944, pp. 4-5, n. trad. Sur l'idée que le procès est une mise en scène de l'affrontement, v. G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », *Droit & Société*, vol. 17-18, 1991, pp. 9-24.

¹⁹⁵⁷ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 271.

¹⁹⁵⁸ Prises ensemble, ces obligations composent ce que l'on nommera le « principe de résolution pacifique des conflits ».

¹⁹⁵⁹ O. CORTEN, *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 3^{ème} éd., 2020 ; R. KOLB, *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, coll. « Droit international public », 2^{ème} éd., 2009.

pouvoir discrétionnaire pour entrer en guerre¹⁹⁶⁰. Or, ce récit a récemment été remis en cause¹⁹⁶¹. C'est qu'en effet, l'historiographie traditionnelle peut difficilement être conciliée avec la pratique de l'époque¹⁹⁶² et avec doctrine classique, qui estimait déjà que « [l]a règle du monde actuel n'est plus la guerre, [mais] la paix », et qu'« [e]n temps de paix ce n'est pas la violence qui préside aux relations entre États, [mais] le droit »¹⁹⁶³. En d'autres termes, pour les auteurs de l'ère classique, le droit international s'était déjà substitué, au moins partiellement, à la violence dans les rapports internationaux.

614. Ainsi, ce cadre juridique libéral existait avant 1919, bien qu'il ne trace à l'époque « *que des limites extrêmement souples* » au droit de faire la guerre – qui n'en demeurent pas moins « *des limites juridiques* »¹⁹⁶⁴. Sans prétendre à l'exhaustivité dans cette matière, il s'agira d'exposer ce cadre juridique libéral et de montrer son renforcement progressif en distinguant trois périodes : une période classique (1860-1919), une période de transition (1919-1945), et une période moderne (1945-aujourd'hui).

615. Sous l'ère classique (1860-1919), l'ordre juridique international impose effectivement aux États de respecter un cadre juridique libéral de résolution pacifique des conflits, même si les normes étaient peu contraignantes et les institutions peu effectives ou inexistantes.

616. Sur le plan normatif, le droit international antérieur à 1919 consacrait déjà une interdiction de recourir à la force pour trancher les conflits. Cette interdiction était comprise à l'état implicite dans la structure même de l'ordre juridique international, conçu comme un ordre normatif gouvernant les relations entre États indépendants¹⁹⁶⁵. En effet, il était admis bien avant 1919 que les États jouissaient d'un droit à l'indépendance, en vertu duquel

¹⁹⁶⁰ Sur ce récit, v. la littérature citée par A. VERDEBOUT, *Rewriting Histories on the Use of Force*, Cambridge, C.U.P., coll. « Cambridge Studies in International and Comparative Law », 2021, p. 2, note 5.

¹⁹⁶¹ V. not. A. VERDEBOUT, *Rewriting Histories on the Use of Force*, *op. cit.* ; A. VERDEBOUT, « The Contemporary Discourse on the Use of Force in the Nineteenth Century: A Diachronic and Critical Analysis », *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 1, n°2, 2014, pp. 223-246 ; H. SIMON, « The Myth of *Liberum Ius Ad Bellum*: Justifying War in 19th-Century Legal Theory and Political Practice », *E.J.I.L.*, vol. 29, n°1, 2018, pp. 113-136 ; R. LESAFFER, « Too Much History: From War as sanction to the Sanctioning of War », in M. WELLER (dir.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, O.U.P., 2015, pp. 35-55. V. déjà O. CORTEN, « Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation », *R.I.E.J.*, vol. 37, n° 2, 1996, pp. 80-82.

¹⁹⁶² Sur cette pratique, v. A. VERDEBOUT, *Rewriting Histories on the Use of Force*, *op. cit.*, pp. 113-211

¹⁹⁶³ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁶⁴ O. CORTEN, « Droit, force et légitimité... », *op. cit.*, p. 81.

¹⁹⁶⁵ V. p. ex. W. E. HALL, *International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1880, p. 36, n. s. (« *since states exist, and are independent beings, possessing property, they have the right to do whatever is necessary for the purpose of continuing and developing their existence, of giving effect to and preserving their independence, and of holding and acquiring property, subject to the qualification that they are bound to respect these rights in others* »).

« [a]ucune puissance ne peut dicter à [aucune autre] ses règles de conduite »¹⁹⁶⁶. Et il était donc admis que chaque État puisse exiger « que les autres États s'abstiennent (...) de commettre n'importe quel acte s'analysant comme une violation de son indépendance ainsi que de sa suprématie territoriale et personnelle »¹⁹⁶⁷, ce qui incluait évidemment les actes de violence armée. Il était ainsi en principe interdit d'envahir le territoire d'un État étranger¹⁹⁶⁸, d'y étendre sa puissance¹⁹⁶⁹, de s'ingérer dans ses affaires intérieures¹⁹⁷⁰, d'imposer par la violence un traité auquel un État n'aurait pas librement consenti¹⁹⁷¹ et d'attaquer son territoire, ses fortifications ou ses forces armées¹⁹⁷². Le fondement théorique de l'ensemble de ces règles prohibitives est à chaque fois le même : la société internationale se composant d'États également souverains et indépendants, il est par définition interdit de chercher à imposer par la violence une décision à un État qui, agissant dans l'exercice de ses droits légitimes, n'en veut pas. Ceci contreviendrait au droit dont chaque État jouit « de ne suivre que les inspirations de sa conscience »¹⁹⁷³ dans toutes les matières relevant de sa compétence et, corrélativement, à l'obligation de « respecter l'indépendance des autres »¹⁹⁷⁴. Ainsi, même sous l'ère classique, « [v]iolences et paix sont deux notions qui répugnent entre elles »¹⁹⁷⁵. En temps de paix, un État ne peut recourir à la violence armée pour « placer [un autre État] dans une position subordonnée »¹⁹⁷⁶. Sur ce fondement, la doctrine considérait déjà avant 1919 que, lorsqu'elle n'est pas justifiée¹⁹⁷⁷, la violence unilatérale constitue « en elle-même un acte coupable »¹⁹⁷⁸, un « acte de brigandage international »¹⁹⁷⁹ qui menace le « fondement du droit des gens en temps de paix »¹⁹⁸⁰. Le

¹⁹⁶⁶ A. G. HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, 3^{ème} éd., trad. J. BERGSON, Berlin/Paris, Schroeder/Cotillon, p. 102. V. également H. W. HALLECK, *International Law; or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, 1^{ère} éd., San Francisco, H. H. Bancroft & Co., 1^{ère} éd., 1861, p. 81 (« sovereignty implies its independence of the control of any other state ») ; J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 81 (« [l]a souveraineté d'un État consiste (...) dans l'indépendance de cet État vis-à-vis d'un État étranger ») ; W. E. HALL, *International Law*, op. cit., p. 241 (« as a general rule a state lies under an obligation to respect the independence of others »).

¹⁹⁶⁷ L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, 1^{ère} éd., vol. 1, Londres, Longmans, Green & Co., 1905, p. 171, n. trad.

¹⁹⁶⁸ V. not. la littérature citée par A. VERDEBOUT, *Rewriting Histories on the Use of Force*, op. cit., p. 46.

¹⁹⁶⁹ V. p. ex. F. F. MARTENS, *Traité de droit international*, vol. 1, Paris, A. Marescq, 1883, p. 392.

¹⁹⁷⁰ V. not. la littérature citée par A. VERDEBOUT, *Rewriting Histories on the Use of Force*, op. cit., pp. 36-107.

¹⁹⁷¹ V. p. ex. P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public européen et américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, vol. 1, Paris, A. Durand/Pedone-Lauriel, 1885, p. 733.

¹⁹⁷² V. p. ex. F. F. MARTENS, *Traité de droit international*, vol. 3, op. cit., pp. 160-162 ; C. C. HYDE, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, Boston, Little Brown, 1922, p. 107.

¹⁹⁷³ C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, Paris, A. Rousseau/Pedone-Lauriel et al., 4^{ème} éd., vol. 1, 1888, p. 357.

¹⁹⁷⁴ W. E. HALL, *International Law*, op. cit., p. 241, n. trad.

¹⁹⁷⁵ P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, op. cit., p. 465.

¹⁹⁷⁶ W. E. HALL, *International Law*, op. cit. p. 241, n. trad.

¹⁹⁷⁷ Sur les exceptions à l'interdiction de recourir à la guerre dans le droit international classique, v. *infra*, §§ 630-634.

¹⁹⁷⁸ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 256.

¹⁹⁷⁹ T. J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, 4^{ème} éd., op. cit., p. 346, n. trad.

¹⁹⁸⁰ C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, vol. 1, op. cit., p. 267.

droit international classique contenait donc bel et bien une interdiction du recours unilatéral à la guerre¹⁹⁸¹.

617. De plus, le droit international antérieur à 1919 contenait, en miroir, une obligation positive de résoudre les différends internationaux par des moyens pacifiques. Cette règle était largement acceptée par la doctrine, qui admettait que, lorsqu'un conflit s'élève entre plusieurs États, ceux-ci sont dans l'obligation de chercher à « *obtenir [justice] par les voies pacifiques et amiables* »¹⁹⁸². À partir de 1899, cette règle fera l'objet d'une consécration conventionnelle à l'article premier de la Convention de la Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux¹⁹⁸³. Ces éléments conduisent certains auteurs contemporains à affirmer que l'obligation de régler les différends par des moyens pacifiques « *était en passe de devenir une règle coutumière avant l'apparition du Pacte [de la SDN]* »¹⁹⁸⁴. Il ne s'agissait cependant que d'une obligation de moyen et non de résultat, les États devant simplement employer « *tous leurs efforts* »¹⁹⁸⁵ pour régler pacifiquement les conflits.

618. Sur le plan institutionnel, le droit international classique présentait certaines institutions de règlement pacifique des différends. Sans chercher à reproduire les classifications complexes des auteurs de l'époque, et sans intégrer dans ce schéma la question controversée de la place des représailles dites « pacifiques »¹⁹⁸⁶, les États pouvaient recourir à des modes diplomatiques de règlement des différends (bons offices, médiation, conciliation, etc.) ou bien à des modes juridiques de règlement des différends tels que l'arbitrage. Sur ce dernier point, l'époque allant de 1860 à la Première Guerre mondiale se caractérise par une croyance très largement partagée dans la capacité de l'arbitrage

¹⁹⁸¹ Cependant, comme nous le verrons par la suite, les exceptions à cette règle étaient formulées de manière si larges et si vagues qu'elles en venaient finalement à défaire la norme. V. *infra*, §§ 630-634.

¹⁹⁸² C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, vol. 4, *op. cit.*, p. 17. V. également J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 275 (les États doivent « *fai[re] usage (...) de tous les moyens pacifiques pour obtenir satisfaction en temps utile* ») ; Pasquale FIORE, cité in C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, vol. 4, *op. cit.*, p. 2 (les États doivent employer « *tous les moyens pour résoudre pacifiquement une question de droit* ») ; W. E. HALL, *A Treatise on International Law*, 5^{ème} éd., p. 379 (qui parle d'un « *duty of endeavouring to preserve peace by all reasonable means* ») ; A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 152 (qui fait état d'une obligation, à la charge des États, d'utiliser les « *moyens d'obtenir justice et satisfaction* [autres que la guerre] »). Certains auteurs jugent cependant qu'il ne s'agit que d'un devoir moral. V. p. ex. L. OPPENHEIM, *International Law*, 1^{ère} éd., vol. 2, *op. cit.*, pp. 5-6 ; J. WESTLAKE, *International Law*, 1^{ère} éd., vol. 2, Cambridge, C.U.P., 1907, p. 4 ; H. BONFILS, P. FAUCHILLE, *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 633.

¹⁹⁸³ Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, adoptée à La Haye le 29 juil. 1899, entrée en vigueur le 29 déc. 1900, art. 1^{er} (« *[e]n vue de prévenir autant que possible le recours à la force dans les rapports entre États, les Puissances signataires conviennent d'employer tous leurs efforts pour assurer le règlement pacifique des différends internationaux* »).

¹⁹⁸⁴ I. BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, 1^{ère} éd., Oxford, O.U.P., 1963, p. 56, n. trad.

¹⁹⁸⁵ Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, art. 1^{er}.

¹⁹⁸⁶ Sur ce point, v. A. VERDEBOUT, *Rewriting Histories on the Use of Force*, *op. cit.*, pp. 24-30.

international à mettre fin à la guerre¹⁹⁸⁷. À partir de 1899, les États instituèrent une Cour permanente d'arbitrage dans le but de « *faciliter le recours immédiat à l'arbitrage pour les différends internationaux qui n'ont pu être réglés par la voie diplomatique* »¹⁹⁸⁸. Reproduisant l'idéal libéral d'une société internationale pacifiée par le droit, le traité fondateur de cette institution se donnait pour objectif d'« *étendre l'empire du droit* » dans les relations internationales, afin de « *concourir au maintien de la paix générale* » par « *le règlement amiable des conflits internationaux* »¹⁹⁸⁹. Cependant, le droit international classique ne contenait aucune institution centralisant un pouvoir de contrainte à l'échelle internationale. Il n'existe, avant 1919, aucun équivalent fonctionnel du Conseil de sécurité de l'ONU – et certains verront dans cette lacune institutionnelle les causes de la Première puis de la Seconde Guerre mondiale¹⁹⁹⁰.

619. Sous cet angle, l'époque de transition (1919-1945) est moins révolutionnaire qu'elle n'y paraît. Elle s'inscrit dans la continuité de l'histoire antérieure plutôt que dans une rupture avec celle-ci.

620. Sur le plan normatif, cette époque se caractérise par une consécration conventionnelle des deux obligations fondamentales du cadre juridique libéral. Si le Pacte de la Société des Nations (1919) ne contient aucune interdiction générale du recours à la guerre, mais seulement une interdiction de certaines formes de guerre¹⁹⁹¹, le Pacte de Paris (1928)

¹⁹⁸⁷ À ce titre, la sentence *Alabama*, rendue par un tribunal arbitral *ad hoc* en 1872, souleva une vague d'espoir chez les juristes libéraux : celle-ci démontrait par l'exemple que deux grandes puissances (les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni) pouvaient vider un différend politiquement sensible sur la base du droit plutôt que de la violence. L'IDI, créé l'année suivante, se fondait explicitement sur cette croyance dans le pouvoir pacificateur de l'arbitrage et mis immédiatement l'arbitrage à son ordre du jour (v. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, *op. cit.*, p. 40).

¹⁹⁸⁸ *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, art. 20.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, préambule, al. 2, 3 et 5. Sur l'origine de cette institution, v. not. L. BARCELO, « Aux origines de la Cour permanente d'arbitrage : la première Conférence de La Haye (1899) », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, vol. 189, 1998, pp. 17-23.

¹⁹⁹⁰ Sur ce point, v. p. ex. S. WERTHEIM, « The League That Wasn't: American Designs for a Legalist-Sanctionist League of Nations and the Intellectual Origins of International Organization, 1914-1920 », *Diplomatic History*, vol. 35, n°5, 2011, pp. 802-804.

¹⁹⁹¹ Si l'article 10 du Pacte de la Société des Nations énonce que « [I]es Membres de la Société s'engagent à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les Membres de la Société » (*Pacte de la Société des Nations*, adopté à Paris le 28 juin 1919 et entré en vigueur le 10 janv. 1920, art. 10), la doctrine considère que le Pacte ne contient aucune obligation générale de recourir à la guerre, seulement certaines obligations spécifiques. En ce sens, v. p. ex. H. WEHBERG, « Le problème de la mise de la guerre hors la loi », *R.C.A.D.I.*, vol. 24, 1928, p. 163 (« [I]e Pacte de la Société des Nations est dominé par ce principe que la guerre entre États membres de la Société des Nations ne doit être considérée comme interdite que dans des cas précis. Ce principe se dégage déjà du préambule où il est dit "que, pour développer la coopération entre les nations et pour leur garantir la paix et la sûreté, il importe d'accepter certaines obligations de ne pas recourir à la guerre". Donc, dans la mesure où l'on ne peut déduire du Pacte aucune interdiction spéciale de manière expresse ou tacite, les membres de la Société des Nations pourront, à l'avenir, régler un différend par les armes. Le Pacte distingue les guerres permises et les guerres défendues »).

contient un engagement général de «*franche renonciation à la guerre*»¹⁹⁹². L'article premier énonce en effet que «*[l]es Hautes Parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles*»¹⁹⁹³. Si la doctrine s'accorde en général pour voir dans cette disposition la première consécration conventionnelle de l'interdiction de la guerre en droit international¹⁹⁹⁴, elle laisse plusieurs questions ouvertes, et notamment la question de savoir si le Pacte contient une exception implicite de légitime défense¹⁹⁹⁵.

621. De plus, le Pacte de la SDN consacre l'obligation de soumettre les différends susceptibles de conduire à la guerre «*soit à la procédure d'arbitrage, soit à l'examen du Conseil*»¹⁹⁹⁶. En 1928, le Pacte de Paris formulera cette obligation de manière encore plus ferme, les États contractants reconnaissant «*que le règlement de tous les différends ou conflits, de quelque nature ou de quelque origine qu'ils puissent être, qui pourront surgir entre elles, ne devra jamais être recherché que par des moyens pacifiques*»¹⁹⁹⁷. Ainsi, sous l'empire du Pacte de Paris, les États ont non seulement l'interdiction de recourir à la guerre pour trancher leurs différends, mais également l'obligation vider leurs différends par des moyens pacifiques. Ce traité vise donc à créer un espace international pacifié dans lequel le dialogue se substitue intégralement à la force dans les rapports internationaux¹⁹⁹⁸.

622. Sur le plan institutionnel, l'époque de transition se caractérise par des évolutions majeures. Tout d'abord, les institutions de règlement pacifique des différends sont renforcées par la création d'une procédure diplomatique devant le Conseil de la SDN¹⁹⁹⁹, par une tentative de renforcer l'arbitrage international en rendant celui-ci obligatoire²⁰⁰⁰, mais surtout par la création de la CPJI, qui tiendra sa séance inaugurale en 1922. Les promoteurs de la CPJI espéraient ainsi que, grâce à cette institution, les «*conflits de la force*» tendraient

¹⁹⁹² *Pacte de Paris*, al. 3.

¹⁹⁹³ *Ibid.*, art. 1^{er}.

¹⁹⁹⁴ V. p. ex. Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, op. cit., p. 85 ; S. C. NEFF, *War and the Law of Nations*, op. cit., p. 293 ; R. LESAFFER, «*Too Much History*», op. cit., p. 52 ; S. CASEY-MALSEN, *Jus ad Bellum. The Law on Inter-State Use of Force*, 1^{re} éd., Oxford, Hart, 2020, p. 11.

¹⁹⁹⁵ Sur ce point, v. *infra*, § 636.

¹⁹⁹⁶ *Pacte de la Société des Nations*, art. 12. Sur les règles gouvernant ces deux types de procédures, v. *Pacte de la Société des Nations*, art. 13-15.

¹⁹⁹⁷ *Pacte de Paris*, art. 2.

¹⁹⁹⁸ Pour reprendre les termes du préambule, le Pacte de Paris vise à faire en sorte que tout changement dans la sphère internationale ne puisse plus se faire que «*dans l'ordre et la paix*» (*Pacte de Paris*, préambule, al. 4).

¹⁹⁹⁹ *Pacte de la Société des Nations*, art. 15.

²⁰⁰⁰ *Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux*, adopté à Genève le 2 oct. 1924, non-entrée en vigueur.

progressivement à se soumettre à « *la puissance souveraine du droit* »²⁰⁰¹. Mais surtout, l'époque de transition est marquée par l'instauration du tout premier système centralisé de sécurité collective. En effet, le Pacte de la SDN prévoit la création d'un Conseil, composé de représentants des États membres, chargé de connaître de « *toute question (...) affectant la paix du monde* »²⁰⁰². Et, dans un schéma où la guerre est désormais conçue comme un problème intéressant « *la Société tout entière* »²⁰⁰³ et où les Membres de la Société ont le devoir de « *maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les Membres de la Société* »²⁰⁰⁴, c'est au Conseil qu'il revient d'« *avise[r] aux moyens d'assurer l'exécution de cette obligation* »²⁰⁰⁵. Par ailleurs, dans le cas où les sentences arbitrales ne sont pas exécutées, le Conseil est chargé de « *proposer les mesures qui doivent en assurer l'effet* »²⁰⁰⁶. Cependant, le Conseil ne dispose d'aucun moyen propre pour garantir la paix ou l'exécution des décisions arbitrales. Son action ne peut se déployer que par l'entremise des États membres de la Société²⁰⁰⁷. Certains verront dans ce défaut, c'est-à-dire dans l'absence d'un pouvoir de contrainte centralisé et autonome, les causes de l'incapacité de la SDN à prévenir l'irruption de la Seconde Guerre mondiale.

623. Enfin, c'est à l'époque moderne (1945-aujourd'hui) que le cadre libéral du droit international prend la forme qu'on lui connaît désormais.

624. Sur le plan normatif, l'interdiction de recourir à la violence pour régler les conflits internationaux prend une forme nouvelle, en abandonnant le vocable de « guerre » au profit d'une interdiction de « *recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* »²⁰⁰⁸. En miroir, l'obligation de vider les conflits par des voies pacifiques abandonne sa dimension d'obligation de moyen pour devenir une obligation de résultat. L'article 2, § 3 de la Charte énonce en effet sans ambages que « *[l]es Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des*

²⁰⁰¹ Léon BOURGEOIS, *in* SOCIETE DES NATIONS, *Procès-Verbaux des séances du Comité consultatif de juristes, 16 juin–24 juillet 1920*, La Haye, van Langenhuyzen, 1920, p. 2.

²⁰⁰² *Pacte de la Société des Nations*, art. 4.

²⁰⁰³ *Ibid.*, art. 11.

²⁰⁰⁴ *Ibid.*, art. 10.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, art. 13.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, art. 16.

²⁰⁰⁸ *Charte des Nations Unies*, art. 2, § 4.

moyens pacifiques »²⁰⁰⁹. Ainsi, lorsque les États font face à un conflit susceptible de conduire à la guerre, ils doivent « *en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix* »²⁰¹⁰. La Charte des Nations Unies s'évertue ainsi à substituer le droit au dialogue judiciaire ou diplomatique – l'Organisation mondiale visant, après tout, à « *préserver les générations futures du fléau de la guerre* » et à permettre aux États de « *vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage* »²⁰¹¹.

625. Sur le plan institutionnel, l'ONU se dote de plusieurs institutions de règlement pacifique des différends, qui se surajoutent aux institutions existantes (bons offices, médiation, conciliation, tribunaux arbitraux, etc.). Tout d'abord, les différends peuvent être soumis à l'*« organe judiciaire »*²⁰¹² de l'ONU, à savoir la CIJ. Cette juridiction jouit d'une compétence pour connaître de « *toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur* »²⁰¹³. Ensuite, le Conseil de sécurité de l'ONU peut s'immiscer dans les différends internationaux et « *recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées* », en gardant à l'esprit que, « *d'une manière générale, les différends d'ordre juridiques devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice (...)* »²⁰¹⁴. Et dans le cas où les États membres de l'Organisation ne parviennent pas à régler le conflit par la voie de la diplomatie, de l'arbitrage ou du règlement judiciaire, « *elles le soumettent au Conseil de sécurité* », qui peut « *recommander tels termes de règlement qu'il juge appropriés* »²⁰¹⁵.

626. Enfin, l'ONU se distingue de la SDN par la mise en place d'une « *agence internationale investie du pouvoir de recourir à la force* »²⁰¹⁶ : le Conseil de sécurité. Aux termes de l'article 24 de la Charte, les États membres de l'Organisation « *confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité*

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, art. 2, § 3.

²⁰¹⁰ *Ibid.*, art. 33.

²⁰¹¹ *Ibid.*, préambule, al. 2 et 7.

²⁰¹² *Ibid.*, art. 92.

²⁰¹³ *Statut de la Cour internationale de justice*, adopté à San Francisco le 26 juin 1945, entré en vigueur le 24 oct. 1945, art. 36, § 1.

²⁰¹⁴ *Charte des Nations Unies*, art. 36, §§ 1 et 3.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, art. 37, §§ 1 et 2.

²⁰¹⁶ Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, op. cit., p. 303, n. trad.

internationales », qui agit « *en leur nom* »²⁰¹⁷. Lorsqu'il « *constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression* »²⁰¹⁸, le Conseil de sécurité peut prendre des mesures concrètes pour « *maintenir et rétablir la paix et la sécurité internationales* »²⁰¹⁹. Et, contrairement au Conseil de la SDN, le Conseil de sécurité de l'ONU dispose d'un véritable pouvoir de contrainte. Tout d'abord, le Conseil peut prendre des « *mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée* », telles que « *l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques* »²⁰²⁰. Et dans le cas où le Conseil estime que ces mesures « *seraient inadéquates* » ou « *qu'elles se sont révélées telles* », le Conseil peut « *entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales* »²⁰²¹. En théorie, le Conseil de sécurité devrait pouvoir recourir directement à la force armée, par l'entremise d'unités militaires mises à disposition par les États membres de l'Organisation²⁰²². Néanmoins, aucun accord n'ayant été conclu au titre de l'article 43 de la Charte, aucune « *armée permanente de l'ONU* »²⁰²³ ne vit finalement le jour²⁰²⁴.

627. Ce bref exposé historique met en évidence le fait que le droit international cherche à imposer aux États un cadre juridique libéral, obligeant ceux-ci à régler leurs différends par la voie pacifique du dialogue plutôt que par la violence des armes. Ce faisant, l'ordre juridique international dessine un espace pacifié à l'intérieur duquel ce moyen d'action est en principe exclu. Or, n'existe-t-il pas, exactement de la même manière que dans l'ordre interne, des situations d'exception exigeant de s'affranchir des limites imposées par le droit ?

²⁰¹⁷ *Charte des Nations Unies*, art. 24, § 1.

²⁰¹⁸ *Ibid.*, art. 39.

²⁰¹⁹ *Ibid.*

²⁰²⁰ *Ibid.*, art. 41.

²⁰²¹ *Ibid.*, art. 42.

²⁰²² *Ibid.*, art. 43.

²⁰²³ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2019, p. 739, n. trad.

²⁰²⁴ Pour éviter de se retrouver impuissant face à des situations menaçant la paix et la sécurité internationales, le Conseil de sécurité adopta une politique alternative à partir des années 1990, consistant à déléguer les actions prises sur le fondement de l'article 42 à des coalitions *ad hoc* d'États volontaires pour mettre en œuvre les résolutions du Conseil (sur ce point, v. p. ex. Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, *op. cit.*, pp. 333-335). De nos jours, il est admis que, puisque le Conseil de sécurité ne jouit pas des capacités matérielles nécessaires pour exercer directement la force armée, il peut autoriser les États à recourir à la force armée sur le fondement du Chapitre VII de la Charte (v. CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juil. 1962, *Rec. C.I.J. 1962*, p. 167). Pour une discussion sur ce point, v. not. N. BLOKKER, « Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by "Coalitions of the Able and Willing" », *E.J.I.L.*, vol. 11, n°3, 2000, pp. 541-568.

Pour l'État confronté à l'exception, la guerre ne peut-elle pas devenir un moyen d'action licite ?

§ II. – La possibilité de faire exception au cadre libéral du droit international en pénétrant dans un état alternatif des relations internationales : l'état de guerre

628. Afin de prévenir l'exercice arbitraire du pouvoir dans la sphère internationale, l'ordre juridique impose aux États de résoudre leurs conflits par des moyens pacifiques. Or, l'ordre juridique international a toujours reconnu que certaines situations conflictuelles, par leurs caractéristiques intrinsèques, ne pouvaient être absorbées par le cadre juridique libéral tracé par le droit international et exigeaient ainsi d'être affronté *hors* de ce cadre²⁰²⁵. Au travers de la possibilité juridiquement reconnue à l'État de déroger à la norme imposant une résolution pacifique des conflits, on retrouve une pratique similaire à celle existant en droit interne sous le vocable « état d'exception ». En effet, l'ordre juridique international reconnaît que, lorsque l'État est confronté à une situation de crise extrême ne pouvant être affrontée effectivement dans les limites tracées par le droit, celui-ci peut s'en affranchir en recourant à des moyens effectifs, illicites au regard du droit applicable en temps normal. Ce faisant, l'État pénètre dans un état alternatif des relations internationales où, contrairement au droit régissant les relations en temps normal, la violence armée peut être employée pour imposer sa volonté à l'ennemi²⁰²⁶. Cet état alternatif des relations internationales se nomme « état de guerre ».

629. Dans les lignes qui suivent, il s'agira de montrer que la décision de recourir à la guerre revêt une fonction analogue à la proclamation de l'état d'exception en droit interne : à chaque fois, l'État s'affranchit des limites tracées par l'ordre juridique libéral pour affronter, par des moyens extralégaux, une situation dont il juge qu'elle ne peut être combattue effectivement dans le respect du droit. Nous montrerons, pour chaque période historique – époque classique, époque de transition et époque moderne –, que le droit

²⁰²⁵ C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., pp. 91-92 (le droit international n'a jamais complètement « anathémisé » la guerre, puisque l'interdiction de recourir à la guerre a toujours été « subordonnée à certaines réserves, tacites ou explicites, mais qui vont de soi » : le renoncement à la guerre s'est toujours fait, « par exemple, sous réserve de l'existence propre de l'État et de sa propre défense, sous réserve des traités en vigueur, sous réserve du droit de continuer à exister dans l'indépendance et la liberté, etc. »).

²⁰²⁶ Sur ce point, v. *infra*, §§ 658-662.

international a toujours envisagé que certaines situations, par leurs caractéristiques propres, échappent au cadre libéral tracé par le droit international et que l'État puisse, face à ces situations, s'affranchir des limites fixées par le droit en recourant à la guerre.

630. Sous l'*ère classique (1860-1919)*, le droit international public interdit en principe aux États de recourir à la violence pour imposer une décision à un État qui n'en veut pas. Ceci est contraire au droit à l'indépendance dont jouit chaque État, et à l'obligation corrélative qui s'impose à chaque État de respecter l'indépendance des autres. En principe, les États doivent vider leurs différends par des voies pacifiques (médiation, conciliation, arbitrage, etc.). De plus, si cette époque se caractérise par la présence de certaines institutions de règlement des différends (tels que la Cour permanente d'arbitrage), elle se distingue surtout par l'absence de pouvoir centralisant la contrainte à l'échelle internationale²⁰²⁷.

631. Dans une telle configuration, où le pouvoir de contrainte est entièrement décentralisé, le droit international reconnaît des exceptions particulièrement larges à l'interdiction de recourir à la guerre. En effet, de nombreuses situations peuvent faire échec au cadre juridique libéral et exiger que l'État agisse au-delà des normes qu'il contient. À cette époque, la possibilité de faire exception au cadre libéral est renfermée dans le droit naturel à l'autoconservation, qui habilite l'État à « *prendre toutes les mesures destinées à garantir son existence contre les dangers qui le menacent* »²⁰²⁸, si besoin en dérogeant aux règles du droit international²⁰²⁹. Sur cette base, on admet que l'État puisse s'affranchir du cadre juridique libéral « *en cas de nécessité absolue* »²⁰³⁰. Ainsi, exactement de la même manière que la nécessité se trouve au cœur de la théorie de l'état d'exception²⁰³¹, la nécessité constitue le concept-clé autorisant l'État à s'affranchir des règles internationales prescrivant l'abandon de la violence au profit du dialogue diplomatique ou judiciaire²⁰³². À l'époque classique, au

²⁰²⁷ Sur tout ceci, v. *supra*, §§ 615-618.

²⁰²⁸ H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., pp. 123-124.

²⁰²⁹ Sur la fonction axiomatique du droit naturel d'autoconservation à l'époque classique, v. not. O. GROSS, F. NI AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, op. cit., pp. 328-339.

²⁰³⁰ J. C. BLUNTSCHELI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 275. Dans le même sens, v. not. G. ROLIN-JAEQUEMYNS, « De la manière d'apprécier, au point de vue du droit international, les faits de la dernière guerre », *R.D.I.L.C.*, vol. 4, 1872, p. 509 ; H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 562 ; L. OPPENHEIM, *International Law*, 1^{ère} éd., vol. 2, op. cit., p. 71.

²⁰³⁰ J. C. BLUNTSCHELI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 275.

²⁰³¹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 601-602.

²⁰³² C. CONNOLLY, « "Necessity Knows no Law": The Resurrection of Kriegsraison through the US Targeted Killing Programme », *Journal of Conflit & Security Law*, vol. 22, n°3, 2017, pp. 469-470 (« [t]he old doctrine of self-preservation allowed for recourse to force for any reason related to the preservation of the security of the State. It can, then, be considered a specific application of the broader concept of necessity—with anything necessary for the State's security warranting the use of force »).

moins deux situations étaient perçues comme des situations d’exception, justifiant que l’État s’affranchisse de la norme libérale.

632. Tout d’abord, il était généralement admis que l’État pouvait recourir à la violence en cas de « *Violation [de ses] droits fondamentaux et essentiels* »²⁰³³. En effet, dans le cas où les droits fondamentaux de l’État sont violés (par exemple, dans le cas d’une conquête territoriale) et où l’État ayant violé ces droits refuse de revenir au *statu quo ante* ou de soumettre le différend à l’arbitrage, l’État victime ne dispose d’aucun moyen alternatif à la violence pour résoudre la crise. Aucun juge ne se saisira de son propre chef de la violation de ses droits, et aucune force de police internationale n’interviendra pour rétablir la situation antérieure à la violation²⁰³⁴. Ainsi, face à une telle situation, la guerre apparaît comme « *le seul moyen d’obtenir réparation des offenses (...) reçues* »²⁰³⁵. Il devient donc nécessaire, pour l’État victime, de s’affranchir du cadre libéral tracé par l’ordre international en recourant à la force armée pour « *se faire justice lui-même* »²⁰³⁶.

633. Ensuite, on admettait également que l’État puisse s’affranchir du cadre pacifique et régler un différend par la guerre lorsque ses « *intérêts vitaux* » sont « *en jeu* »²⁰³⁷. En effet, la doctrine juge que, dans un tel cas, les différends sont d’une « *telle importance qu’ils justifient d’échapper à tout règlement par une sentence arbitrale* »²⁰³⁸. Ici encore, il devient nécessaire, pour l’État, de s’affranchir des règles fondamentales de l’ordre international en recourant à la force armée – aucun juge international, aucune force de police n’interviendra au soutien de sa cause.

634. Sous l’ère classique, les exceptions au cadre libéral sont donc formulées dans des termes particulièrement larges. On peut ainsi lire, en doctrine, que l’État peut recourir à la guerre chaque fois qu’« *elle apparaît comme la seule issue possible des conflits qui mettent en péril l’existence des Etats, leur liberté, leurs intérêts vitaux* »²⁰³⁹ ; à chaque fois qu’elle

²⁰³³ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 273.

²⁰³⁴ V. p. ex. C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, Paris, A. Rousseau/Pedone-Lauriel et al., 4^{ème} éd., vol. 3, 1888, p. 406 (« [d]ans l’état actuel des sociétés et du droit, les nations ne peuvent trouver sur terre de tribunal supérieur devant lequel il leur soit donné de comparaître pour faire vider leurs différends »).

²⁰³⁵ H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 562.

²⁰³⁶ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 263.

²⁰³⁷ Propos de D. L. GOLDSCHMIDT, cité in R.D.L.I.C., 1874, vol. 6, p. 425.

²⁰³⁸ H. LAUTERPACHT, « The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law », *Economica*, vol. 24, 1928, p. 298, n. trad.

²⁰³⁹ IDI, *Manuel d’Oxford*, préambule, al. 1.

est employée comme un moyen nécessaire « *à la défense de l'indépendance, de l'autonomie, de la sécurité [ou] de l'honneur d'un État* »²⁰⁴⁰, etc. Du fait de la largesse des termes employés, il n'existe probablement aucun litige qui ne puisse être présenté comme portant atteinte aux droits essentiels d'un États, de même qu'il n'existe sûrement « *pas de litige, aussi insignifiant soit-il dans son origine, qui ne puisse en aucun cas être considéré comme portant atteinte à l'un des intérêts importants de l'État* »²⁰⁴¹. La doctrine reconnaît par ailleurs que l'État est le seul juge de la nécessité de s'extraire du cadre juridique libéral²⁰⁴². On comprend donc que l'historiographie traditionnelle ait fini par considérer que le droit international classique ne s'opposait pas, même en principe, à la guerre : les exceptions étaient si larges qu'elles en vinrent tout simplement à défaire la norme.

635. Au cours de l'époque de transition (1919-1945), le droit international parvient à affirmer les normes et les institutions du cadre libéral. Le Pacte de la SDN met en place une procédure de règlement pacifique des différends que les États doivent suivre scrupuleusement²⁰⁴³. Néanmoins, le Pacte de la SDN intègre l'idée que certaines situations échappent à cette procédure, comme en témoigne l'article 15 § 7, véritable clause de dérogation par laquelle les États membres de la Société se réservent, dans le cas où le Conseil ne parvient pas à résoudre un différend international, « *le droit d'agir comme ils le jugeront nécessaire pour le maintien du droit et de la justice* »²⁰⁴⁴. Ainsi, lorsque la procédure devant le Conseil ne permet pas de garantir « le maintien du droit et de la justice » (c'est-à-dire un règlement juste du conflit), les États peuvent s'extraire du cadre libéral dessiné par le droit international et employer les moyens qu'ils « jugeront nécessaires », ce qui inclut évidemment la force armée²⁰⁴⁵.

636. De même, si le Pacte de Paris contient une interdiction générale de recourir à la guerre, il apparaît clairement au regard des échanges diplomatiques entre les négociateurs du Pacte que les États envisageaient au moins une situation échappant à l'emprise de cette

²⁰⁴⁰ H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 562.

²⁰⁴¹ H. LAUTERPACHT, « The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law », op. cit., p. 300, n. trad. V. ég. L. OPPENHEIM, *International Law*, 1^{ère} éd., vol. 2, op. cit., p. 71 (où l'auteur juge que toutes les guerres du XIX^{ème} siècle pouvaient se justifier sur le fondement de la nécessité).

²⁰⁴² V. p. ex. H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 564 (« [I]es États, étant souverains, sont les seuls appréciateurs des causes de la guerre, de leur urgence et de leur nécessité »).

²⁰⁴³ Sur ce point, v. *supra*, § 622.

²⁰⁴⁴ *Pacte de la Société des Nations*, art. 15, § 7.

²⁰⁴⁵ Sur le rapport entre cette disposition et l'article 10 du Pacte de la SDN, v. I. BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, op. cit., p. 62.

règle : la légitime défense²⁰⁴⁶. La doctrine de l'époque confirmera que le Pacte de Paris contient cette réserve implicite de légitime défense et que, malgré la règle édictée à l'article premier, le « *pouvoir de prendre des mesures défensives* » demeure « *intact* »²⁰⁴⁷. C'est qu'en effet, dans une communauté internationale « *qui n'est pas organisée* », faute d'une police internationale capable d'agir instantanément pour mettre fin à une agression, la guerre défensive constitue « *le seul moyen d'échapper aux dangers de la violence* »²⁰⁴⁸. L'agression apparaît ainsi comme une situation échappant aux normes en vigueur. Elle justifie que l'État s'émancipe du cadre libéral tracé par le droit international en recourant à la (contre-)violence²⁰⁴⁹.

637. Enfin, une dernière situation d'exception est reconnue en lien avec l'obligation de régler les différends par des moyens pacifiques, et notamment par la voie de l'arbitrage. En effet, une grande partie des traités d'arbitrage conclus à cette époque contiennent des clauses de dérogation permettant à l'État de s'affranchir de l'obligation de régler pacifiquement les différends lorsque celui-ci met en cause ses intérêts vitaux, son honneur ou son indépendance²⁰⁵⁰. Par ailleurs, le Statut de la CPJI ne fait pas de l'obligation de saisir la Cour une obligation absolue. En effet, la compétence de la Cour s'étend à « *toutes affaires que les parties lui soumettront* »²⁰⁵¹, de sorte que les États demeurent libres de *ne pas* soumettre un différend à la Cour. De plus, dans le cas où les États acceptent la compétence obligation de la CPJI²⁰⁵², la compétence matérielle de la Cour est limitée aux « *différends d'ordre juridique* »²⁰⁵³. Ainsi, un État peut toujours refuser de soumettre une affaire à la Cour au motif qu'« *il s'agit (...) d'une question politique et non d'une question juridique* »²⁰⁵⁴. Grâce

²⁰⁴⁶ Sur cette correspondance diplomatique, v. Q. WRIGHT, « The Meaning of the Pact of Paris », *A.J.I.L.*, vol. 27, n°1, 1933 pp. 42-44.

²⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 46, n. trad.

²⁰⁴⁸ H. WEHBERG, « Le problème de la mise de la guerre hors la loi », *op. cit.*, p. 273.

²⁰⁴⁹ Cependant, la reconnaissance d'une réserve implicite à l'interdiction du recours à la guerre ne va pas sans créer d'« *immenses dangers* » (*ibid.*). C'est qu'en effet, de la même manière que la possibilité reconnue en droit interne de suspendre les garanties fondamentales de l'ordre juridique pour affronter de manière effective une situation exceptionnelle crée le danger d'un pouvoir tyrannique (v. *infra*, Chapitre 6), la possibilité reconnue en droit international de s'affranchir du principe fondamental d'interdiction du recours à la guerre crée le danger d'un mésusage de ce pouvoir. L'exception risque toujours de défaire la norme. Par conséquent, les juristes s'attachent à préciser les conditions d'exercice du droit à la légitime défense, afin de prévenir tout mésusage de ce pouvoir exceptionnel (v. par ex. *ibid.*, pp. 273-276).

²⁰⁵⁰ Sur ce point, v. l'étude de H. LAUTERPACHT, « The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law », *op. cit.*

²⁰⁵¹ *Statut de la Cour permanente de justice internationale*, adopté à Genève le 13 déc. 1920, entré en vigueur le 1^{er} sept. 1921, art. 36, al. 1.

²⁰⁵² *Ibid.*, art. 36, al. 2.

²⁰⁵³ *Ibid.* Les différends d'ordre juridique sont les litiges « *ayant pour objet : a) L'interprétation d'un traité ; b) Tout point de droit international ; c) La réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; d) La nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international* » (*ibid.*).

²⁰⁵⁴ H. LAUTERPACHT, « The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law », *op. cit.*, p. 292, n. trad.

à cette théorie, les États se réservent la possibilité de déroger « *au premier objectif de toute communauté juridique, à savoir garantir la paix au travers de la justice légale* »²⁰⁵⁵.

638. Au cours de l'époque de transition, le cadre juridique libéral continue donc de contenir certaines exceptions. Ici encore, l'idée de nécessité se trouve au cœur de la dialectique norme/exception : le droit reconnaît que certaines situations *nécessitent* que l'État s'affranchisse des principes fondamentaux de l'ordre juridique pour employer d'autres moyens que ceux prévus par le droit commun (négociation, arbitrage, etc.). L'ordre juridique exprime ainsi l'idée que certaines situations échappent à l'obligation de résoudre pacifiquement les différends, et préserve la faculté de l'État de sortir des limites tracées par le cadre libéral pour combattre ces situations de manière effective, c'est-à-dire par l'emploi d'un moyen – la force armée – illicite en temps normal.

639. Enfin, sous **l'ère moderne (1945-aujourd'hui)**, le cadre libéral se renforce encore. Sur le plan normatif, le droit international interdit désormais à l'État de recourir à la « force armée » plutôt qu'à la « guerre », et l'obligation de résoudre les différends par des voies pacifiques se transforme en obligation de résultat et non de moyen. Un organe judiciaire international est instauré pour le règlement pacifique des différends et, pour la première fois, les États créent une autorité internationale jouissant d'un pouvoir d'employer la force armée pour maintenir la paix et la sécurité internationales²⁰⁵⁶.

640. Néanmoins, même dans cette configuration, il est admis qu'au moins une situation justifie de s'émanciper unilatéralement du cadre juridique libéral en usant de moyens dérogatoires du droit commun²⁰⁵⁷. En effet, l'article 51 de la Charte, véritable clause de dérogation, énonce qu'« [a]ucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée »²⁰⁵⁸. Cette exception se justifie par le fait que le

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 308, n. trad.

²⁰⁵⁶ Sur tout ceci, v. *supra*, §§ 623-626.

²⁰⁵⁷ Il ne sera pas question ici de la possibilité reconnue au Conseil de sécurité, sur le fondement du Chapitre VII, de recourir à la force armée – ou, depuis les années 1990, d'autoriser les États à recourir à la force armée – pour maintenir la paix et la sécurité internationales. En effet, si les clauses contenues aux articles 39 et 42 sont analogues aux clauses de dérogation que l'on retrouve dans les constitutions nationales, c'est uniquement dans le sens où elles autorisent *le Conseil de sécurité*, cet embryon de pouvoir civil mondial, à déclarer l'état d'exception (v. p. ex. J. SCHOTT, « Chapter VII as Exception: Security Council Action and the Regulative Ideal of Emergency », *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, n°1, 2008, pp. 24-78 ; D. WHITTLE, « The Limits of Legality and the United Nations Security Council: Applying the Extra-Legal Measures Model to Chapter VII Action », *E.J.I.L.*, vol. 26, n°3, 2015, pp. 671-698).

²⁰⁵⁸ *Charte des Nations Unies*, art. 51.

Conseil de sécurité, qui jouit normalement du pouvoir de recourir à la force armée pour mettre fin à une agression²⁰⁵⁹, peut être empêché d'agir de manière prompte et effective pour mettre fin à l'agression. Or, dans un tel cas de figure, il serait absurde de refuser à l'État le droit de se défendre par ses propres moyens²⁰⁶⁰. L'article 51 habilite donc les États à recourir unilatéralement à la contre-violence « *jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales* »²⁰⁶¹. De plus, l'agression armée fait également exception à l'obligation de régler pacifiquement les différends. Sur ce point, la doctrine s'accorde généralement pour dire que, face à la nécessité de repousser une agression armée, « *un État n'est pas requis de rechercher ou d'employer des moyens alternatifs* »²⁰⁶², c'est-à-dire pacifiques, avant de recourir unilatéralement à la force. En effet, dans la plupart des cas d'agression, les États n'ont ni le temps, ni le loisir d'envisager des moyens alternatifs. Face à un cas d'agression armée, le recours à la force est donc toujours nécessaire²⁰⁶³.

641. En réduisant le champ des exceptions au seul cas de l'agression armée²⁰⁶⁴, le droit international moderne opère une évolution majeure. En effet, avant 1919, le droit international laissait *in fine* aux États « *le soin de décider s'ils sont confrontés à une menace justifiant une réponse par la force* »²⁰⁶⁵. À peu près n'importe quelle situation pouvait justifier de déroger à l'interdiction de recourir à la guerre²⁰⁶⁶. Or, avec l'article 51 de la Charte, la faculté de déroger au cadre juridique libéral est réduite à une seule situation-type, objectivement définissable : celle où un État fait l'objet d'une agression armée par un autre État²⁰⁶⁷. Un État ne peut plus se prévaloir du fait qu'une situation mette en danger

²⁰⁵⁹ *Ibid.*, art. 39 et 42.

²⁰⁶⁰ En ce sens, v. Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, *op. cit.*, p. 234 (« [t]he facts of life at present are such that a State confronted with an armed attack cannot seriously expect an effective international police force to come to its aid and repel the aggressor. The State under attack has no choice but to defend itself as best it can. It must also act without undue loss of time, and, most certainly, it cannot afford the luxury of waiting for any juridical (let alone judicial) scrutiny of the situation to run its course »).

²⁰⁶¹ *Charte des Nations Unies*, art. 51. Ainsi, le droit de légitime défense n'est reconnu, exactement comme en droit interne, que pour pallier les insuffisances de la force publique. Sur cette analogie, v. J. DILL, « Threats to State Survival... », *op. cit.*, p. 169.

²⁰⁶² D. AKANDE, T. LIEFLÄNDER, « Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense », *A.J.I.L.*, vol. 107, n°3, 2013, p. 564, n. trad.

²⁰⁶³ En ce sens, v. not. J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, *op. cit.*, 152-153.

²⁰⁶⁴ L'agression armée constitue le seul cas envisagé par la Charte de recours *unilatéral* à la force. La Charte reconnaît également la capacité, pour le Conseil de sécurité, de recourir ou d'autoriser le recours à la force.

²⁰⁶⁵ J. DILL, « Threats to State Survival... », *op. cit.*, p. 163, n. trad.

²⁰⁶⁶ Sur ce point, v. *supra*, § 634.

²⁰⁶⁷ Sur la notion d'agression armée, v. not. ONU, ASSEMBLEE GENERALE, *Définition de l'agression*, Résolution 3314 (XXIX), 14 déc. 1974, U.N. Doc. A/RES/29/3314 ; O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, pp. 643-767.

ses intérêts²⁰⁶⁸ ou ses droits fondamentaux²⁰⁶⁹ pour recourir unilatéralement à la force. Cependant, il est permis de douter de la capacité du droit à « *circonscri[re] factuellement* »²⁰⁷⁰ toutes les situations justifiant de déroger à l'interdiction de recourir à la force. Certains affirment, par exemple, qu'un État devrait pouvoir recourir unilatéralement à la force de manière préventive, c'est-à-dire *avant* que l'agression armée ne se soit matérialisée en fait²⁰⁷¹. D'autres prétendent qu'un État devrait pouvoir entrer en guerre contre des groupes armés non-étatiques n'ayant commis aucune « agression armée » au sens classique du terme²⁰⁷². Ces questions soulèvent le problème de la capacité du droit à anticiper par avance toutes les formes que peut revêtir, dans les faits, la nécessité d'agir pour affronter l'exceptionnel²⁰⁷³.

*

642. Conclusion de la Sous-section 1. Dans la sphère internationale, le libéralisme politique s'évertue à éradiquer la violence interétatique par l'instauration d'un cadre juridique imposant aux États de régler pacifiquement les différends. Ce cadre a pour fonction de retraduire et d'absorber les conflits politiques en différends juridiques ou diplomatiques, pouvant être soumis à des organes de règlement pacifique des différends (instances de médiation, de conciliation, arbitres, juges internationaux, etc.). Au travers des deux normes fondamentales de ce cadre (l'interdiction de résoudre les conflits par la violence et l'obligation de vider les conflits par des voies pacifiques), le droit international dessine un espace pacifié, dans lequel le dialogue doit se substituer à la violence. Cependant, cet espace n'est pas compris comme un espace définitivement clos, auquel les États ne pourraient jamais déroger. Au contraire, quelle que soit l'époque considérée, le droit international reconnaît qu'il peut être nécessaire de s'affranchir des normes libérales du droit international et de résoudre les conflits par la violence armée. Ainsi, exactement comme les ordres juridiques internes dans lesquels la constitution contient une clause de dérogation, l'ordre

²⁰⁶⁸ En ce sens, v. CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda*, arrêt du 19 déc. 2005, C.I.J. Recueil 2005, § 148, pp. 223-224 (« [I] 'article 51 de la Charte ne peut justifier l'emploi de la force en légitime défense que dans les limites qui y sont strictement définies. Il n'autorise pas, au-delà du cadre ainsi établi, l'emploi de la force par un Etat pour protéger des intérêts perçus comme relevant de la sécurité. D'autres moyens sont à la disposition de l'Etat concerné, dont, en particulier, le recours au Conseil de sécurité »).

²⁰⁶⁹ L'idée que l'État jouirait de « droits fondamentaux » est aujourd'hui largement discrépante en doctrine.

²⁰⁷⁰ C. SCHMITT, *Political Theology*, op. cit., p. 6, n. trad.

²⁰⁷¹ Sur la légitime défense préventive, v. O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, op. cit., pp. 647-697.

²⁰⁷² Sur ce point, v. not. M. HAKIMI, « Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play », *International Law Studies*, vol. 91, 2015, pp. 1-31. Dans le contexte de la réaction étatunienne aux attentats du 11 septembre 2001, l'article 51 de la Charte des Nations Unies a fait l'objet d'interprétations particulièrement extensives. Sur ce point, v. not. C. CONNOLLY, « "Necessity Knows no Law" », op. cit., pp. 469-480.

²⁰⁷³ Nous reviendrons sur ce problème sous l'angle droit de la guerre (*jus in bello*) *infra*, Chapitre 7.

juridique international prévoit la possibilité de sa propre suspension : les États peuvent se libérer des obligations imposées par le droit international pour affronter certaines situations par des moyens effectifs, jugés illicites en temps normal. Or, en décider de s'affranchir du cadre libéral pour affronter par la force armée une situation d'exception, l'État *sort* de l'espace pacifié dessiné par l'ordre juridique international pour entrer dans un autre espace, une autre zone d'action, irréductible à celle gouvernant les rapports interétatiques en temps normal. Cet espace alternatif, l'état de guerre, reproduit les deux caractéristiques distinctives de l'état d'exception.

Sous-section 2. – L'état de guerre, une condition reproduisant les deux caractéristiques distinctives de l'état d'exception

643. Dans l'ordre international, la guerre intervient lorsqu'un État fait exception au cadre libéral tracé par le droit international, lequel lui impose de régler les différends par la voie pacifique du dialogue plutôt que par la violence des armes. Or, ce faisant, l'État entre dans un état alternatif des relations internationales – l'état de guerre. Cet état alternatif reproduit les deux caractéristiques fondamentales de l'état d'exception – autre manière de dire que l'état de guerre *est* un état d'exception. En effet, comme tout état d'exception, l'état de guerre désigne un espace d'action situé hors du droit international, dans lequel le droit applicable en temps de paix, et notamment le principe fondamental d'interdiction d'emploi de la force armée, est suspendu (**§ I**). D'autre part, cet espace se caractérise par le fait que l'action de l'État n'est plus gouvernée que par un impératif pratique : agir de manière effective pour vaincre l'ennemi et rétablir la paix (**§ II**).

§ I. – L'état de guerre, un espace d'action situé hors du droit international : la suspension du droit applicable en temps de paix

644. Le droit de la guerre a vocation à s'appliquer à une « *condition entièrement anormale* »²⁰⁷⁴ des relations internationales que ne connaît aucun autre régime juridique du droit international public. En effet, le droit de la guerre s'applique à l'état de guerre, c'est-

²⁰⁷⁴ CDI, *Reports of the International Law Commission...*, op. cit., p. 95, n. trad.

à-dire à la condition résultant de la décision de suspendre le cadre juridique libéral du droit international²⁰⁷⁵. Dès lors, le droit de la guerre s'applique dans l'exception à la norme, dans un moment où les règles les plus fondamentales du droit international public « *cessent de s'appliquer* »²⁰⁷⁶. Comme tout état d'exception, l'état de guerre se situe donc topologiquement hors de l'ordre juridique international, puisqu'il naît de la décision de déroger aux principes fondamentaux de cet ordre. Telle est l'hypothèse que les développements qui suivent vont s'attacher à démontrer.

645. D'emblée, une précision s'impose. Affirmer que l'état de guerre se situe topologiquement hors de l'ordre juridique international ne signifie aucunement que le droit international soit silencieux quant à la possibilité d'entrer en guerre ou quant aux moyens d'action que l'État peut licitement employer dans la guerre. Ceci serait tout simplement absurde, puisque deux régimes juridiques, le *jus ad bellum* et le *jus in bello*, statuent précisément sur ces points : le *jus ad bellum* définit les conditions dans lesquelles l'État peut licitement recourir à la force, et le *jus in bello* définit les moyens d'action que l'État peut employer en temps de conflit armé. Ainsi, la guerre n'échappe pas à l'empire du droit international, car celui-ci ne laisse pas les États libres, sur le plan juridique, d'employer la force armée quand bon leur semble, ni d'utiliser n'importe quel moyen d'action jugé efficace pour vaincre l'ennemi. Au travers de ces deux régimes juridiques d'exception²⁰⁷⁷, le droit international organise juridiquement l'état de guerre, de la même manière par exemple que, par exemple, l'article 16 de la Constitution de 1958 ou la loi de 1955 sur l'état d'urgence organisent juridiquement l'état d'exception en droit français²⁰⁷⁸.

646. Néanmoins, ceci ne change rien au fait que, dans sa construction initiale, l'état de guerre se situe topologiquement hors du cadre juridique libéral exposé ci-dessus²⁰⁷⁹. En effet, la guerre est originellement conçue comme une exception au principe fondamental imposant aux États de trancher les conflits par des moyens pacifiques plutôt que par la force²⁰⁸⁰. Et le fait que le droit international s'attache à définir les conditions auxquelles il est possible de

²⁰⁷⁵ La question de savoir si l'État recourt à la guerre en conformité avec les règles du *jus contra bellum* est sans incidence sur les développements qui suivent. Nous reviendrons sur ce point *infra*, Chapitre 6.

²⁰⁷⁶ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 105.

²⁰⁷⁷ Sur la notion de régime juridique d'exception, v. *infra*, Chapitre 6.

²⁰⁷⁸ Qui perd de ce fait sa qualité « d'état d'exception », puisqu'il se retrouve saisi par le droit, là où l'état d'exception désigne un espace de pur hors-droit (v. *supra*, §§ 591-598).

²⁰⁷⁹ V. *supra*, §§ 643-672.

²⁰⁸⁰ Sur ce point, v. *supra*, §§ 658-662.

faire exception à ce principe (c'est l'objet du *jus ad bellum*), ainsi que les limites placées à l'action de l'État une fois qu'il a été fait exception à ce principe (c'est l'objet du *jus in bello*) ne change rien à l'affaire : dans l'ordre international, la guerre est construite comme une exception au paradigme normal, comme une réponse à l'existence d'un conflit ne pouvant être traité à l'intérieur du cadre juridique valable en temps de paix.

647. Pour rendre tangible cette exceptionnalité de l'état de guerre, il faut voir que le droit international repose sur une « *division dichotomisée entre temps de paix et temps de guerre, le premier constituant la norme et le second l'exception à cette norme* »²⁰⁸¹. Le temps de paix, ou état de paix, est gouverné par le cadre juridique libéral identifié ci-dessus : en temps de paix, les États sont dans l'obligation de résoudre les situations conflictuelles par des procédures pacifiques (médiation, négociation, arbitrage, etc.) et se voient interdits de recourir à la guerre pour imposer leur volonté à un autre État²⁰⁸². L'état de paix peut donc être défini comme :

(...) une condition dans laquelle les États maintiennent l'ordre et la justice, résolvent leurs problèmes par la coopération et éliminent la violence. C'est une condition dans laquelle les États respectent la souveraineté et l'égalité de chacun (...), s'abstiennent d'intervenir et de recourir à la menace ou à l'utilisation de la force et coopèrent les uns avec les autres conformément aux traités qu'ils ont conclus. La paix se caractérise en outre par l'application de procédures ordonnées qui impliquent un certain degré d'organisation²⁰⁸³.

Or, l'état de guerre voit son déclenchement motivé par le fait que les conditions d'application du cadre libéral prévu par le droit international public ne sont plus réunies : l'État juge que la situation à laquelle il fait face ne peut être résolue dans le périmètre du principe de résolution pacifique des conflits, et qu'elle exige ainsi de suspendre l'*opération de ce principe*, d'y déroger afin de pouvoir employer des moyens d'action extra-juridiques, c'est-à-dire des moyens d'action que le droit jugerait illicites s'ils étaient employés en temps de paix.

²⁰⁸¹ O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, op. cit., p. 179, n. trad.

²⁰⁸² Sur ce cadre juridique libéral, v. *supra*, §§ 563-573.

²⁰⁸³ K. SKUBISZEWSKI, « Peace and War », in R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1981, vol. 3, Amsterdam, North Holland Publishing Company, pp. 74-75, n. trad.

648. Avant l'adoption de la Charte des Nations Unies, à une époque où la division dichotomique entre état de paix et état de guerre était largement admise²⁰⁸⁴, la doctrine tirait toutes les conséquences de la construction de l'état de guerre comme état d'exception. En effet, celle-ci estimait que le basculement de l'état de paix vers l'état de guerre provoquait *la suspension du droit applicable à l'état de paix*²⁰⁸⁵. Il n'était pas rare de lire, par exemple, que l'état de guerre entraîne « *l'anéantissement des droits qui découlent de la paix* »²⁰⁸⁶, qu'ils « *rend impossible l'opération du droit normal* »²⁰⁸⁷ ou qu'il « *suspend la pleine jouissance [des droits] qu'un État possède dans ses relations normales avec les autres* »²⁰⁸⁸. Certains auteurs allaient même jusqu'à affirmer que « *lorsque la guerre entre en scène, tout le droit [de la paix, ndlr] se retire* »²⁰⁸⁹. En particulier, il était admis que l'état de guerre suspend l'application des traités conclus pour régir les relations pacifiques entre États (en matière commerciale, diplomatique, politique ou autre), au motif que l'exécution de ces traités était « *impossible en temps de guerre* »²⁰⁹⁰. Ainsi, pour la doctrine de l'époque, le « *passage de l'état de paix à l'état de guerre emporte avec lui la transformation la plus subite et la plus considérable qui soit susceptible de se produire dans les relations internationales* »²⁰⁹¹ : l'ensemble des règles applicables à l'état de paix sont désormais suspendues.

649. Progressivement, la doctrine en vint à remettre en cause la distinction dichotomique entre état de paix et état de guerre et l'idée, fondée sur cette distinction, que le droit applicable à l'état de paix cesse de s'appliquer *in globo* dans l'état de guerre²⁰⁹². À ce titre, deux évolutions méritent d'être soulignées.

650. **Premièrement**, la doctrine juridique se mit à contester le principe selon lequel l'irruption de la guerre entraîne *is po facto* la suspension des traités conclus pour le temps de paix. Dès 1912, l'IDI tenta de renverser la logique acceptée jusqu'alors, en essayant de faire

²⁰⁸⁴ Sur ce point, v. la littérature citée dans R. LE BŒUF, « Droit de la paix et droit de la guerre : que reste-t-il du temple de Janus ? », *Confluence des droits*, vol. 12, 2023, pp. 5-7.

²⁰⁸⁵ Sur ce point, v. not. O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis*, op. cit., p. 338 ; R. LE BŒUF, « Droit de la paix et droit de la guerre », op. cit., pp. 5-9.

²⁰⁸⁶ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 270.

²⁰⁸⁷ Q. WRIGHT, « Changes in the Conception of War », *A.J.I.L.*, vol. 18, n°4, 1924, p. 761, n. trad.

²⁰⁸⁸ W. E. HALL, *International Law*, op. cit., p. 53, n. trad.

²⁰⁸⁹ J. WESTLAKE, *International Law*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 4, n. trad.

²⁰⁹⁰ F. F. MARTENS, *Traité de droit international*, vol. 3, op. cit., p. 200. Sur ce point, v. A. McNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 698-702 (« *the farther back we go, the more sweeping and undiscriminating are the assertions that all treaties are abrogated by the outbreak of war between the contracting parties* »).

²⁰⁹¹ A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, op. cit., p. 80.

²⁰⁹² Sur cette remise en cause, v. R. LE BŒUF, « Droit de la paix et droit de la guerre », op. cit., pp. 9-16.

reconnaître le principe selon lequel « [l]’ouverture et la poursuite des hostilités ne portent pas atteinte à l’existence des traités conclus entre eux par les États belligérants »²⁰⁹³. Néanmoins, cette idée était à rebours du consensus doctrinal et de la pratique des États²⁰⁹⁴. Ce renversement de logique ne sera accepté que plus tard, après que deux nouveaux coups eurent été portés au principe traditionnel. Un premier coup fut de nouveau porté par l’IDI, qui réaffirma, en 1985, que « [l]e déclenchement d’un conflit armé n’entraîne pas ipso facto l’extinction des traités en vigueur entre les parties au conflit armé, ni la suspension de leur application »²⁰⁹⁵. Le second coup, de grâce celui-ci, fut porté par la Commission du droit international (ci-après : « CDI »), qui reprit cette affirmation à son compte dans son *Projet d’articles sur les effets des conflits armés sur les traités* de 2011²⁰⁹⁶. Le principe général est désormais celui « de la stabilité et de la continuité juridiques »²⁰⁹⁷ : en principe, le droit de la paix continue de s’appliquer même en temps de guerre²⁰⁹⁸.

651. **Deuxièmement**, la doctrine et la jurisprudence en vinrent à considérer que le basculement de l’état de paix vers l’état de guerre n’entraînait pas la suspension d’un régime juridique particulier, pourtant conçu spécifiquement pour le temps de paix : le droit international des droits de l’homme.

652. L’idée que la guerre ne provoque pas la suspension des droits de l’homme est plus ancienne qu’elle n’y paraît²⁰⁹⁹. Sous l’ère classique, certains auteurs affirmaient déjà que l’irruption de la guerre n’entraîne pas « l’extinction des droits privés »²¹⁰⁰. L’historiographie traditionnelle erre donc lorsqu’elle affirme qu’« [a]vant les années 1950, le droit de la guerre

²⁰⁹³ IDI, *Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités*, Résolution adoptée au cours de la session de de Christiania, 1912, art. 1.

²⁰⁹⁴ Typiquement, les traités de paix conclus à l’issue des deux Guerres mondiales s’inscrivaient dans la logique traditionnelle, en disposant que la fin de la guerre entraînait la remise en vigueur des traités abrogés par la guerre (v. R. LE BŒUF, « Droit de la paix et droit de la guerre », *op. cit.*, p. 13).

²⁰⁹⁵ IDI, *Les effets des conflits armés sur les traités*, Résolution adoptée au cours de la session de Helsinki, 1985, art. 2.

²⁰⁹⁶ CDI, *Projet d’articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, adopté lors de la 63^{ème} session, U.N. Doc. A/66/10, art. 3 (« [l]’existence d’un conflit armé n’entraîne pas ipso facto l’extinction des traités ni la suspension de leur application : a) Entre les États parties au conflit ; b) Entre un État partie au conflit et un État qui ne l’est pas »).

²⁰⁹⁷ CDI, *Projet d’articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, adopté lors de la 63^{ème} session, U.N. Doc. A/66/10, p. 112 [ci-après : « Commentaire du Projet d’articles sur les effets des conflits armés sur les traités »]

²⁰⁹⁸ Ce principe fut confirmé par la CIJ au regard des traités de protection internationale des droits de l’homme et de protection de l’environnement. Sur ce point, v. *infra*, note 2115.

²⁰⁹⁹ Sur ce point, v. not. B. VAN DIJK, « Human Rights in War: On the Entangled Foundations of the 1949 Geneva Conventions », *A.J.I.L.*, vol. 112, n°4, 2018, pp. 553-582. Cependant, nous proposons ici de remonter plus loin dans l’histoire que ne le fait l’auteur.

²¹⁰⁰ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 32.

et les droits de l'homme se sont développés séparément et n'étaient pas liés »²¹⁰¹. Néanmoins, il est vrai que cette problématique apparaissait sous un angle bien particulier avant la consécration conventionnelle des droits de l'homme, puisque ces droits étaient considérés comme des droits naturels, attachés à la personne humaine elle-même²¹⁰². Ils échappaient donc au principe selon lequel les traités conclus pour le temps de paix cessent de s'appliquer en temps de guerre. Dès lors, la problématique de l'application des droits de l'homme en temps de guerre va changer de dimension à partir du moment où ces droits furent inscrits dans des traités internationaux.

653. Au regard de la doctrine classique relative aux effets de la guerre sur les traités, le déclenchement de la guerre devrait provoquer la suspension des traités de protection des droits de l'homme. En effet, ces traités « *sont avant tout destinés à régir les périodes de paix* », car leur pleine mise en œuvre « *suppose le fonctionnement régulier des institutions* », et donc un « *état de paix* »²¹⁰³. Ces traités devraient donc être rangés au rang de ceux dont l'irruption de la guerre rend l'exécution impossible²¹⁰⁴ car, comme l'écrit Christopher Greenwood, « *la guerre est un phénomène bien trop complexe et brutal pour pouvoir être limité par des règles conçues pour le temps de paix* »²¹⁰⁵.

654. De plus, indépendamment de la problématique des effets de la guerre sur l'application des traités, certains auteurs tels qu'Henri Meyrowitz²¹⁰⁶ estimaient qu'il serait absurde d'appliquer le régime des droits de l'homme aux guerres interétatiques. En effet, ce régime juridique, qui vise à garantir « *l'épanouissement de l'individu* »²¹⁰⁷, fut initialement

²¹⁰¹ D. SCHINDLER, « Human Rights and Humanitarian Law: Interrelationship of the Laws », *American University Law Review*, vol. 31, n°4, 1982, p. 935, n. trad. Sur cette historiographie traditionnelle, v. les sources citées par B. VAN DIJK, « *Human Rights in War* », *op. cit.*, pp. 553-554, note 3.

²¹⁰² Sur ce point, v. p. ex. G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 53.

²¹⁰³ R. KOLB, « Aspects historiques... », *op. cit.*, p. 94. V. ég. CONFERENCE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME, *Acte final de la Conférence de Téhéran*, 22 avril-13 mai 1968, Résolution XXIII, « Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé », p. 19 (où la Conférence de Téhéran affirme que « *la paix est la condition première du plain respect des droits de l'homme et que la guerre est la négation de ces droits* ») ; W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, « *Introductory Remarks* », *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, p. 56 (« *human rights are, in principle, designed to protect individuals against their governments in times of peace* ») ; et l'ensemble de la littérature citée par R. KOLB, « Aspects historiques... », *op. cit.*, p. 94, note 143.

²¹⁰⁴ Sur ce point, v. *supra*, §§ 663-672.

²¹⁰⁵ C. GREENWOOD, « Rights at the Frontier: Protecting the Individual in Time of War », in B. RIDER (dir.), *Law at the Centre: The Institute of Advanced Legal Studies at Fifty*, La Haye, Wolters Kluwer, 1999, p. 278, n. trad.

²¹⁰⁶ H. MEYROWITZ, « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », *Revue de droit politique et de science politique en France et à l'étranger*, vol. 88, n°5, 1972, pp. 1059-1105. V. ég. G. I. A. D. DRAPER, « Humanitarian Law and Human Rights », *Acta Juridica*, 1979, pp. 193-206 et, plus récemment, B. BOWRING, « Fragmentation, *Lex Specialis* and the Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, n°3, 2010, pp. 485-498.

²¹⁰⁷ M. EL KOUHENE, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, 2^{ème} éd., préf. H. BIN TALAL, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, coll. « Nijhoff Classics in International Law », 2017, p. 22.

pensé pour régir la relation entre l'État et ses propres citoyens²¹⁰⁸. L'objet des droits de l'homme, c'est donc « *l'homme (...) dans la cité* »²¹⁰⁹, et plus précisément l'homme dans la cité *en paix*²¹¹⁰. À la limite, on pourrait imaginer que ces traités s'appliquent aux cas de guerre civile, puisque ce type de guerre met généralement en scène une opposition entre l'État et ses citoyens, soit la relation qui se trouve au cœur même des droits de l'homme²¹¹¹. En revanche, dans les guerres interétatiques, qui concernent « *le heurt entre deux nations, entre deux souverainetés* », on voit difficilement comment « *les idées qui sont au cœur des droits de l'homme, celles de citoyen, de liberté, d'égalité* » pourraient s'y appliquer sans donner lieu à des « *solutions boiteuses et précaires* »²¹¹². Il y a en effet quelque chose de contre-intuitif à appliquer un seul et même régime juridique à la relation que l'État entretient vis-à-vis de ses propres ressortissants en temps de paix et à celle qu'il entretient vis-à-vis des ressortissants de l'État ennemi en temps de guerre²¹¹³. Que le régime des droits de l'homme s'applique dans le cas où l'État impose des mesures internes drastiques pour organiser la société face à la guerre, y compris à l'encontre de ressortissants ennemis situés sur le territoire national, soit²¹¹⁴. Mais ce régime s'applique-t-il aussi aux actes de guerre dirigés contre l'État ennemi, y compris contre ses forces armées ? Dans un tel cas de figure, le droit international des droits de l'homme ne s'appliquerait-il pas *hors* de la relation juridique qu'il semble envisager à la base, c'est-à-dire la relation entre l'État ses citoyens ?

V. ég. R. KOLB, « Aspects historiques... », *op. cit.*, p. 95 (« *les droits de l'homme cherchent à réaliser un épanouissement global de l'homme* »).

²¹⁰⁸ H. MEYROWITZ, « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », *op. cit.* p. 1080. Dans le même sens, v. ég. R. KOLB, « Aspects historiques... », *op. cit.*, p. 95 (« *les droits de l'homme touchent aux rapports État/citoyen ou État/individu* ») ; C. DROEGE, « Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law », *R.I.C.R.*, vol. 90, n°871, 2008, p. 503 (« *[t]he rationale for modern human rights is to find a just relationship between the state and its citizens, to curb the power of the state vis-à-vis the individual* ») ; L. DOSWALD-BECK, S. VITÉ, « International Humanitarian Law and Human Rights Law », *R.I.C.R.*, vol. 33, n°293, 1993, p. 102 (les droits de l'homme cherchent à régir « *the relationship between the government and the individual in order to define the basis for a just society* »). En réalité, au regard des clauses de juridiction contenues dans les traités de protection des droits de l'homme, il est plus exact de dire que le droit international des droits de l'homme s'applique à la relation entre l'État et les individus soumis à sa juridiction. En ce sens, v. R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, C.U.P., coll. « Cambridge Studies in International and Comparative Law », 2002, p. 7 (« *human rights are understood to regulate the relationship between states and individuals under their jurisdiction in every aspect of ordinary life* »).

²¹⁰⁹ H. MEYROWITZ, « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », *op. cit.* p. 1097.

²¹¹⁰ Sur ce point, v. *supra*, § 653.

²¹¹¹ E. LIEBLICH, « Internal Jus ad Bellum », *op. cit.*, p. 724 (où l'auteur affirme que « *[i]nternational human rights law (...) specifically sets out to prevent and curb intrastate violence* »).

²¹¹² H. MEYROWITZ, « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1075.

²¹¹³ En ce sens, v. p. ex. J. A. FROWEIN, « The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 28, 1998, p. 3 (« *it is not absolutely clear whether this provision [l'article 15 de la Conv. EDH, ndlr] indeed contains a statement about the applicability of the convention in armed conflict between the State bound by the Convention and the possible other party in the conflict. The scope of application for this specific provision in Article 15 and the parallel provision in the Covenant could also be restricted to emergency measures concerning only citizens of the State bound by the Convention* »).

²¹¹⁴ Sur ce point, v. la discussion dans M. J. DENNIS, « Non-Application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict », *Israel Law Review*, vol. 40, n°2, 2007, pp. 491-492.

655. Malgré ces objections, le principe de l'application continue des traités de protection des droits de l'homme en temps de guerre en vint progressivement à être reconnu. Ce principe fut consacré par la CIJ, les juges de La Haye estimant que « *la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé* »²¹¹⁵. Il fait désormais l'objet d'une reconnaissance générale, la jurisprudence ayant considéré que les traités de protection des droits de l'homme continuent de s'appliquer aux situations d'occupation militaire²¹¹⁶, aux CANI se déroulant sur le territoire d'une partie contractante²¹¹⁷ et hors de celui-ci²¹¹⁸, ainsi qu'aux CAI, y compris lorsqu'une partie contractante agit militairement sur le territoire d'un État partie non-partie au traité de protection des droits de l'homme²¹¹⁹.

656. Du fait de ces deux évolutions – la consécration du principe d'application continue des traités et l'extension des droits de l'homme au temps de guerre –, la construction de l'état de guerre comme état d'exception au paradigme normal en vint à être relativisée, voire niée. En effet, si le droit applicable en temps de paix continue à s'appliquer en temps de guerre, alors l'état de guerre se voit privé de l'une des caractéristiques définitoires de l'état d'exception : la suspension du droit applicable en temps normal²¹²⁰.

²¹¹⁵ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juil. 2004, *C.I.J. Recueil*, 2004, § 106, p. 178. Cette solution avait déjà été consacrée auparavant concernant le PIDCP (v. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, § 25, p. 240) et sera rappelée par la suite dans CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, § 216, pp. 242-243 et dans CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, avis consultatif du 19 juil. 2025, non-publié, § 99, p. 32.

²¹¹⁶ V. p. ex. COUR EDH, *Chypre c. Turquie*, décision du 26 mai 1975, req. n°6780/74 et 6950/75, § 8 ; COUR EDH, *Loizidou c. Turquie*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 23 mars 1995, req. n°15318/89, § 62 ; COM. IADH, *Coard et al. c. États-Unis*, décision du 29 sept. 1997, rapport n°109/99, affaire n°10.951, § 37 ; COUR EDH, *Géorgie c. Russie (II)*, arrêt sur le fond du 21 janv. 2021, req. n°38263/08, §§ 81-84.

²¹¹⁷ V. p. ex. COUR EDH, *Lawless c. Irlande (No. 3)*, arrêt du 1^{er} juil. 1961, req. n°332/57 ; COUR EDH, *Issaïeva c. Russie*, arrêt du 24 févr. 2005, req. n°57950/00 ; COUR EDH, *Esmukhambetov et al. c. Russie*, arrêt sur le fond du 29 mars 2011, req. n°23445/03 ; COUR EDH, *Abdulkhanov et al. c. Russie*, arrêt du 3 oct. 2013, req. n° 22782/06 ; COUR EDH, *Aksoy c. Turquie*, arrêt du 18 déc. 1996, req. n°21987/93.

²¹¹⁸ V. p. ex. COUR EDH, *Issa et al. c. Turquie*, arrêt du 16 nov. 2004, req. n°31821.

²¹¹⁹ La Cour EDH avait dans un premier temps rejeté cette éventualité (COUR EDH, *Banković et al. c. Belgique et 16 autres États parties*, décision sur la recevabilité du 12 déc. 2001, req. n°52207/99, § 80), avant de finalement l'accepter. V. p. ex. COUR EDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 sept. 2014, req. n°29750/09, §§ 76-80 ; COUR EDH, *Hanan c. Allemagne*, arrêt du 16 févr. 2021, req. n°4871/16, §§ 134-145 ; COUR EDH, arrêt du 30 nov. 2022, *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, req. n°8019/16, 43800/14 et 28525/20, § 556 (« [l]a juridiction extraterritoriale n'est pas exclue dans des situations de conflit armé international : la jurisprudence de la Cour abonde en exemples d'États qui ont été tenus pour responsables de faits qui s'étaient produits dans le contexte d'un conflit armé international se déroulant en dehors de leurs frontières souveraines »).

²¹²⁰ Sur le constat, v. R. LE BŒUF, « Droit de la paix et droit de la guerre », *op. cit.*, p. 15 (du fait de ces évolutions, « *la portée de l'état de guerre sur le droit international s'affaiblit de façon très significative* », car l'irruption de la guerre « *n'a plus pour effet (...) d'anéantir le jus pacis* »). Sur le fait que la suspension du droit normal est une caractéristique définitoire de l'état d'exception, v. *supra*, §§ 591-598.

657. Néanmoins, comme on a pu le relever, il y a « *quelque chose d'incantatoire* » dans la remise en cause du caractère exceptionnel de la guerre, « *comme si nier la notion pour conjurer la chose* »²¹²¹. C'est qu'en effet, il est inexact de prétendre que l'empire du droit de la paix aurait été étendu dans sa totalité et dans toute sa fixité à l'état de guerre. Le principe général est peut-être désormais celui de la stabilité et de la continuité juridiques, mais ce principe n'est, précisément, qu'un principe : à l'heure actuelle, l'irruption de la guerre dans l'ordre international continue de bouleverser l'état normal des relations juridiques et le droit qui s'y applique. De ce fait, il est toujours possible de distinguer entre la norme (l'état de paix) et l'exception (l'état de guerre). Refuser de nommer cet état des choses « état de guerre » au motif que le mot « guerre » aurait été banni du vocabulaire onusien n'est, de ce point de vue, qu'un « *geste sémantique creux* »²¹²². L'état de guerre n'a pas cessé d'exister, car le déclenchement de la guerre continue d'entraîner au moins deux conséquences majeures dans l'ordre juridique contemporain : la suspension totale de l'interdiction du recours à la force armée (**A**) et la suspension, totale ou partielle, des traités conclus pour le temps de paix (**B**).

A. – La suspension totale de l'interdiction du recours à la force armée, première conséquence du déclenchement de l'état de guerre

658. Tout d'abord, si le basculement de l'état de paix vers l'état de guerre n'entraîne plus *ipso facto* la suspension de l'ensemble du droit applicable à l'état de paix, il existe au moins un principe fondamental du temps de paix dont aucun auteur n'a jamais prétendu qu'il continuait d'être en vigueur en temps de guerre : le principe d'interdiction d'emploi de la force armée. Une telle prétention n'aurait aucun sens, puisque la guerre naît de la décision de déroger à ce principe²¹²³. Dès lors, il n'y a pas de continuité juridique parfaite entre l'état de paix et l'état de guerre, car l'état de guerre continue de se dérouler dans l'ombre (dans l'exception) du principe imposant aux États de résoudre les conflits par des voies pacifiques plutôt que par la violence. Mais surtout, ceci signifie que l'état de guerre revêt toujours une caractéristique distinctive, qui fait de cet état des rapports internationaux un état exceptionnel, irréductible à celui gouvernant les relations internationales en temps de paix :

²¹²¹ R. LE BŒUF, « Droit de la paix et droit de la guerre », *op. cit.*, p. 25.

²¹²² Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, *op. cit.*, p. 164, n. trad.

²¹²³ Sur ce point, v. *supra*, §§ 628-641.

l'application de la règle prohibant toute utilisation de la violence dans les rapports interétatiques étant suspendue, les États peuvent désormais commettre des actes de violence qui seraient jugés illicites s'ils étaient commis en temps de paix²¹²⁴. Ainsi, prise littéralement, l'affirmation selon laquelle l'entrée en guerre « *n'a plus pour effet (...) d'anéantir le jus pacis* »²¹²⁵ est inexacte. L'irruption de la guerre suspend en effet l'application du principe d'interdiction du recours à la force armée, soit *le principe fondamental du jus pacis*, celui qui s'évertue à faire de la sphère internationale une sphère pacifiée, de laquelle la violence est en principe exclue.

659. Sous l'ère classique (1860-1919), il était admis que le basculement de l'état de paix vers l'état de guerre provoquait la suspension du droit à l'indépendance, c'est-à-dire du fondement même de l'interdiction du recours à la force armée²¹²⁶. Comme le relevait par exemple Hall, « [l']usage de la violence par un pays à l'égard de son ennemi suspend nécessairement le plein respect du droit à la jouissance de l'indépendance (...) qu'un Etat possède dans ses relations normales avec les autres »²¹²⁷. Or, cette règle étant suspendue, les États sont désormais libres de commettre des actes de violence qui seraient illicites s'ils étaient commis en temps de paix²¹²⁸. Le *jus in bello* viendra restreindre cette liberté, mais uniquement dans un second temps – le mouvement initial de l'état de guerre consiste en la suspension pure et simple de l'interdiction d'employer la force armée. Une fois la guerre déclenchée, les États opèrent dans l'exception au paradigme normal, dans un espace d'action

²¹²⁴ Le fait que l'état de guerre se caractérise par la suspension de l'interdiction du recours à la force et la possibilité reconnue aux États de commettre des actes qui seraient illicites s'ils étaient commis en temps normal (dans l'état de paix) est reconnu par de nombreux auteurs au travers les différentes époques du droit international. V. p. ex. Q. WRIGHT, « Changes in the Conception of War », *op. cit.*, p. 757 (« [t]he incidence of an act or declaration converting the state of peace into a state of war establishes a division in time before which acts of war are illegal and after which they are legal between belligerents if within the law of war ») ; S. NEFF, « The Prerogatives of Violence – In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights », *German Yearbook of International law*, vol. 38, 1995, p. 42 (en temps de guerre, l'État peut recourir à des « *actions that are intrinsically unlawful – such as killing enemy nationals, occupying foreign territory or holding prisoners – but which spring into existence in time of war*. (...) [T]he mere mere existence of a state of war legalize [sic] acts that are normally unlawful ») ; B. J. BILL, « The Rendulic "Rule" », *op. cit.*, p. 128 (« [i]n war, actions are permitted which would not be permitted in peace. The necessity of a military solution to the contest between States justifies the relaxation, to a greater or lesser extent, of normal rules against violence. Laws aren't silent during war, but they may be muted. By way of most obvious example, killing another human generally constitutes the crime of homicide, but in war the same action is excused. Human life is no less valuable in war than in peace, but the need to resolve the contention between States through recourse to armed conflict has been permitted to outweigh that value in certain circumstances »). Sur ce point, v. également la littérature citée *infra*, §§ 673-681.

²¹²⁵ R. LE BŒUF, « Droit de la paix et droit de la guerre », *op. cit.*, p. 15.

²¹²⁶ Sur ce point, v. *supra*, § 616.

²¹²⁷ W. E. HALL, *International Law*, *op. cit.*, p. 53, n. trad.

²¹²⁸ Q. WRIGHT, *A Study of War*, *op. cit.*, p. 694, citations omises (avec l'irruption de la guerre, l'interdiction d'employer la violence et la coercition tombe et de nombreux actes deviennent autorisés : « [c]ontracts with alien enemies are suspended. Resident alien enemies are interned or placed under supervision. Trading with the enemy is prohibited. Many treaties with the enemy are terminated or suspended. Military forces are free to invade the enemy territory and to attack its armed forces (...). Neutrals are obliged to prevent to use of their territory or vessels for military purposes by belligerents. Neutral vessels at sea are liable to visit and search and to capture if they assist the enemy »). Sur l'interdiction de certains actes de violence en temps de paix sous l'ère classique, v. *supra*, § 616.

où le cadre juridique libéral est suspendu au profit du « *droit d'user de la violence pour une fin spécifique* »²¹²⁹.

660. Ce même mouvement est à l'œuvre sous l'égide de la Charte des Nations Unies. En temps de paix, l'interdiction de recourir à l'emploi de la force armée consacrée à l'article 2, § 4 de la Charte s'applique et interdit strictement aux États de commettre des actes de violence. À ce titre, constituent des actes internationalement illicites, constitutifs d'une agression, le fait d'attaquer le territoire d'un État étranger ou de l'occuper militairement²¹³⁰, de bombarder son territoire²¹³¹, de procéder au blocus de ses ports ou de ses côtes²¹³² ou d'attaquer ses forces armées terrestres, navales ou aériennes²¹³³. Plus généralement, la CIJ a déjà pu juger que la destruction de biens appartenant à un État étranger en temps de paix constituait un acte internationalement illicite, contraire à l'article 2 § 4 de la Charte²¹³⁴. De même, en temps de paix, le droit international s'oppose à ce qu'un État recoure à la force létale contre le ressortissant d'un autre État, même membre des forces armées de ce dernier. Un tel acte, qualifié d'assassinat, tombe sous l'interdiction générale édictée à l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies²¹³⁵. Et même dans le contexte des contre-mesures, dans

²¹²⁹ W. E. HALL, *International Law*, op. cit., p. 53, n. trad.

²¹³⁰ ONU, ASSEMBLÉE GENERALE, *Définition de l'agression*, op. cit., art. 3, a).

²¹³¹ *Ibid.*, art. 3, b).

²¹³² *Ibid.*, art. 3, c).

²¹³³ *Ibid.*, art. 3, d).

²¹³⁴ CIJ, *Affaires des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 nov. 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pp. 161-219. Cette affaire concernait deux opérations militaires menées par les forces navales étatsunaises le 19 octobre 1987 et le 18 avril 1988, au cours desquelles les États-Unis d'Amérique attaquèrent et détruisirent trois plateformes pétrolières offshore appartenant à la compagnie nationale iranienne de pétrole en réaction à l'endommagement d'une frégate étatsunienne par une mine iranienne posée dans le détroit d'Ormuz, dans le contexte plus général de la guerre Iran-Irak. Ces deux opérations militaires furent menées alors même qu'aucun conflit armé n'opposait les États-Unis d'Amérique à l'Iran au moment où les actes litigieux furent commis (même si, après l'opération du 18 avril 1988, un conflit tombant sans aucun doute dans le champ d'application du droit de la guerre sur mer opposa l'*US Navy* à la marine iranienne). Il s'agissait d'opérations militaires isolées et spontanées. À ce titre, la CIJ reconnut que ces opérations militaires furent menées alors même qu'aucune agression armée au sens de l'article 2, § 4 de la Charte des Nations Unies n'avait eu lieu à l'encontre des États-Unis d'Amérique (*ibid.*, §§ 46-72, pp. 184-196). Ainsi, au moment où ces deux opérations furent menées, l'état de paix prévalait entre l'Iran et les États-Unis d'Amérique, comme en témoigne d'ailleurs le fait qu'il n'a pas été nié par les parties au litige « *que le Traité d'amitié de 1955 était resté en vigueur en dépit des nombreuses actions menées par les forces navales américaines contre l'Iran* » (CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, adopté lors de la 53^{ème} session, U.N. Doc. A/56/10, p. 190, note 352) [ci-après : « *Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État* »]. La Cour conclut ainsi que les destructions des plateformes pétrolières iraniennes, qui auraient pu être licites au regard du *jus ad bellum* si elles avaient été commises en réaction à une agression armée (*ibid.*), constituent des violations du Traité d'amitié de 1955, lu à l'aune de l'article 2, § 4 de la Charte des Nations Unies et des règles coutumières relatives au droit de légitime défense (CIJ, *Affaires des plates-formes pétrolières*, op. cit., § 78, p. 199). La destruction des plateformes pétrolières, qui pourraient passer pour des objectifs militaires licites en temps de guerre, est donc interdit en temps de paix car l'article 2, § 4 de la Charte continue de s'appliquer en temps de paix. Inversement, si de tels actes deviennent licites en temps de guerre, ceci suppose nécessairement que l'article 2, § 4 de la Charte cesse de s'appliquer en temps de conflit.

²¹³⁵ En ce sens, v. L. R. BERES, « *The Permissibility of State-Sponsored Assassination during Peace and War* », *Temple Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, n°2, 1991, pp. 233-234 ; M. N. SCHMITT, « *State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law* », *Yale Journal of International Law*, vol. 17, n°2, 1992, pp. 619-624 ; N. MELZER, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, O.U.P., coll. « *Oxford Monographs in International Law* », 2008, pp. 51-52 ; ONU, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary*

lesquelles un État emploie la contrainte pour obtenir la cessation et la réparation d'un acte internationalement illicite, la violence demeure prohibée sur le fondement de l'article 2 § 4 de la Charte²¹³⁶.

661. Cependant, ce « *principe de non-violence* »²¹³⁷ ne trouve à s'appliquer qu'en temps de paix car, dès lors qu'un État recourt légalement à la force armée, l'article 2, § 4 cesse de s'appliquer à son action. En effet, dans l'économie générale de la Charte, la légitime défense est conçue comme une « *exception à l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales* »²¹³⁸. Dès lors, une fois qu'un État agit dans l'exercice licite de son droit à la légitime défense au titre de l'article 51 de la Charte, il « *ne peut en aucune manière violer l'Article 2, paragraphe 4* »²¹³⁹ : il se tient hors du champ d'application de la règle interdisant d'employer la force armée, dans un espace d'action où cette règle ne s'applique plus. En conséquence, l'État peut désormais commettre des actes de violence illicites en temps normal, tels que le meurtre de ressortissants de l'État ennemi, l'invasion et l'occupation du territoire ou la destruction de biens appartenant à l'État ennemi²¹⁴⁰. L'illicéité de tels actes est « *exclue* »²¹⁴¹ lorsque l'État respecte les conditions d'exercice du droit à la légitime défense.

or arbitrary executions, Philip Alston. *Addedum: Study on Targeted Killings*, 28 mai 2010, U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.5, § 34, p. 11. Typiquement, l'assassinat du général iranien Qassem Soleimani, perpétré par les États-Unis d'Amérique hors de toute situation de conflit armé et hors du cas prévu à l'article 51 de la Charte des Nations Unies, constitue une violation de l'interdiction du recours à la force armée (M. E. O'CONNELL, « The Killing of Soleimani and International Law », *EJIL: Talk!*, 6 janv. 2020). Pour une discussion plus nuancée de ce problème, v. O. CORTEN, « *À la paix comme à la guerre ? Le droit international face aux exécutions judiciaires ciblées* », Paris, Pedone, coll. « Cours et travaux de l'Institution des Hautes Études Internationales de Paris », 2021, pp. 40-64.

²¹³⁶ En ce sens, v. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, § 46, p. 26 ; CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, art. 50 ; ONU, ASSEMBLEE GENERALE, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution 2625 (XXV), 24 oct. 1970, U.N. Doc. A/8082. Sur la pratique, v. not. M. E. O'CONNELL, « The Popular but Unlawful Armed Reprisal », *Ohio Northern University Law Review*, vol. 44, n°2, 2018, pp. 325-350.

²¹³⁷ M. N. SCHMITT, « State-Sponsored Assassination... », *op. cit.*, p. 619, n. trad.

²¹³⁸ CDI, *Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *op. cit.*, p. 189.

²¹³⁹ *Ibid.*

²¹⁴⁰ On pourrait donc être tentés de dire, avec Stephen NEFF, que l'irruption de la guerre « *legalize [sic] acts that are normally unlawful* » (S. NEFF, « The Prerogatives of Violence », *op. cit.*, p. 42). Cependant, le terme « *légaliser* » est ici inadéquat puisque les actes de violence commis en temps de guerre ne sont pas réellement *licites*, sauf à considérer que tout ce qui n'est pas interdit est licite en soi (sur ce point, v. not. R. KOLB, « La règle résiduelle de liberté en droit international public... », *op. cit.*, pp. 100-127). C'est pourquoi il semble plus exact de dire que les actes de violence perdent leur caractère illicite s'ils sont commis en temps de guerre. Les règles applicables en temps de paix sont simplement « *muted* » (B. J. BILL, « The Rendulic "Rule" », *op. cit.*, p. 128). Un droit spécial, le *jus in bello*, interviendra *a posteriori* pour préciser les conditions de licéité des actes de violence commis en temps de guerre. Dans l'attente de ce droit spécial, le « *droit normal* » ne se prononce pas sur la licéité de ces actes, sauf éventuellement sous l'angle de leur disproportion au regard des règles encadrant l'exercice du droit à la légitime défense (sur ce point, v. *infra*, Chapitre 6).

²¹⁴¹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, *op. cit.*, art. 21. V. également, CDI, *Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *op. cit.*, p. 189 (la légitime défense « *peut justifier un manquement* » à la règle prévue à l'article 2, § 4 de la Charte).

662. Ainsi, le *jus ad bellum* opère bel et bien une distinction entre le temps normal de paix, dans lequel l’interdiction prévue à l’article 2, § 4 de la Charte prohibe la commission d’actes de violence, et le temps exceptionnel de la guerre, où cette interdiction cesse de s’appliquer et où la violence n’est plus interdite. Néanmoins, le *jus ad bellum* soumet la possibilité de pénétrer dans l’état exceptionnel de la guerre à une condition : que l’État ait recouru à la force conformément aux règles gouvernant l’exercice du droit à la légitime défense²¹⁴². Si tel n’est pas le cas, comme par exemple dans le cas où, dans les faits, l’État n’était pas confronté à un cas d’« agression armée » au sens de l’article 51 de la Charte, alors celui-ci engage sa responsabilité pour les actes de violence commis²¹⁴³. Or, sous l’angle du *jus in bello*, les choses apparaissent sous un angle différent : le basculement de l’état de paix vers l’état de guerre n’est conditionné au respect d’aucune règle juridique, pas même au respect des règles du *jus ad bellum*. En effet, du point de vue du *jus in bello*, la simple existence d’une situation de conflit armé suffit à faire basculer les relations internationales dans l’état de guerre, ce « *paradigme juridique alternatif* »²¹⁴⁴ où la violence perd son illicéité de principe. Il existe donc, dans l’ordre juridique international, deux manières opposées d’appréhender la conversion de l’état de paix en état de guerre²¹⁴⁵.

B. – La suspension totale ou partielle des traités conclus pour le temps de paix, seconde conséquence du déclenchement de l’état de guerre

663. Le principe selon lequel le déclenchement de la guerre ne provoque pas *ipso facto* la suspension des traités conclus pour le temps de paix²¹⁴⁶, y compris en matière de protection des droits de l’homme²¹⁴⁷, connaît de larges exceptions. Chaque fois que ces exceptions sont rencontrées en pratique, la construction de l’état de guerre comme état d’exception au paradigme normal se rappelle au juriste : en temps de guerre, l’État opère effectivement dans

²¹⁴² En ce sens, v. CDI, *Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite*, *op. cit.*, art. 21, (la commission d’actes contraires à l’article 2, § 4 ne perd son caractère illicite que « si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies »).

²¹⁴³ En ce sens, v. CIJ, *Affaires des plates-formes pétrolières*, *op. cit.*, § 78, p. 199. Cette manière d’appréhender le passage de l’état normal des relations internationales (l’état de paix) à l’état d’exception (l’état de guerre) semble juste et logique. En effet, il serait absurde de permettre à un État recourant à la force armée en violation de l’article 2, § 4 de pénétrer *quand même* dans un espace d’action où la violence perd son caractère illicite et où l’État peut donc licitement envahir des territoires, tuer des personnes et détruire des biens – ceci contreviendrait à la maxime *ex injuria jus non oritur*, en vertu de laquelle « [a] State cannot acquire new powers under international law by illegal action » (Q. WRIGHT, « The Outlawry of War and the Law of War », *A.J.I.L.*, vol. 47, n°3, 1953, p. 370).

²¹⁴⁴ J. D. OHLIN, « The Crime of Bootstrapping », *op. cit.*, p. 1455.

²¹⁴⁵ Nous reviendrons plus en détail sur ce point *infra*, Chapitre 6.

²¹⁴⁶ Sur ce point, v. *supra*, §§ 664-666.

²¹⁴⁷ Sur ce point, v. *supra*, §§ 667-671.

un espace d'action où le droit valable en temps normal cesse, en tout ou en partie, de s'appliquer.

664. Premièrement, sur le plan général du droit des traités, il existe deux exceptions à l'application continue, en temps de guerre, des traités prévus pour le temps de paix²¹⁴⁸.

665. La première exception se réfère à l'intention subjective des parties : en temps de guerre, les traités conçus pour le temps de paix continuent de s'appliquer sauf si les parties ont exprimé une intention contraire²¹⁴⁹. À ce titre, de nombreux traités prévoient des clauses de suspension en cas de guerre ou, plus généralement, en cas de circonstances exceptionnelles mettant en danger la sécurité de l'État. Par exemple, l'article XXI, b), iii) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) énonce qu'*« [a]ucune disposition du présent Accord ne sera interprétée (...) comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité (...) en temps de guerre (...) »*²¹⁵⁰. On retrouve des clauses de suspension analogues dans de nombreux traités, par exemple en matière de circulation aérienne²¹⁵¹, de navigation²¹⁵², de coopération dans le secteur énergétique²¹⁵³, de commerce

²¹⁴⁸ Sur l'historique de cette distinction entre deux types d'exceptions au principe de l'application continue des traités, v. not. J. ZRILIC, « Armed Conflicts and the Law of Treaties: Recent Developments and Reappraisal of the Doctrine in Light of the Wars in Syria and Ukraine », *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 65, 2022, pp. 112-113 ; CDI, *The Effect of Armed Conflict on Treaties: An Examination of Practice and Doctrine*, Memorandum by the Secretariat, 1er fév. 2005, U.N. Doc. A/CN.4/550, §§ 10-13, pp. 12-13 [ci-après : « Memorandum by the Secretariat on the Effect of Armed Conflicts on Treaties »]. Ces deux distinctions sont reprises dans CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, op. cit., art. 6 (« [p]our déterminer si un traité est susceptible d'extinction ou de suspension en cas de conflit armé ou s'il peut faire l'objet d'un retrait en tel cas, il sera tenu compte de tous les facteurs pertinents, notamment : a) De la nature du traité, en particulier de sa matière, de son objet et de son but, de son contenu et du nombre de parties au traité ; et b) Des caractéristiques du conflit armé, telles que son étendue territoriale, son ampleur et intensité, sa durée, de même que, dans le cas d'un conflit armé non international, du degré d'intervention extérieure »). Sur cette

²¹⁴⁹ CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, op. cit., art. 6, a) ; J. ZRILIC, « Armed Conflicts and the Law of Treaties », op. cit., pp. 112-113 ; CDI, *Memorandum by the Secretariat on the Effect of Armed Conflicts on Treaties*, op. cit., § 10, p. 12.

²¹⁵⁰ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, adopté à Genève le 30 oct. 1947, entré en vigueur le 1^{er} janv. 1948, art. XXI, b), iii). La première application de cette clause, tardive, est réalisée in ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'OMC, *Russia – Mesures Concerning Traffic in Transit (Ukraine c. Russie)*, rapport du 29 avr. 2019, affaire n°WT/DS512/R.

²¹⁵¹ *Convention relative à l'aviation civile internationale*, adoptée à Chicago le 7 déc. 1944, entrée en vigueur le 4 avr. 1947, art. 89 (« [e]n cas de guerre, les dispositions de la présente Convention ne portent atteinte à la liberté d'action d'aucun des Etats contractants concernés, qu'ils soient belligérants ou neutres »).

²¹⁵² *Statut relatif au régime des voies navigables d'intérêt international*, adopté à Barcelone le 20 avr. 1921, entré en vigueur le 31 oct. 1922, art. 21 (« [I]l présent Statut ne fixe pas les droits et les devoirs des belligérants et des autres en temps de guerre ; néanmoins, il subsistera en temps de guerre dans la mesure compatible avec ces droits et ces devoirs »).

²¹⁵³ *Traité sur la Charte de l'énergie*, adopté à Lisbonne le 17 déc. 1994, entré en vigueur le 16 avr. 1998, art. 24, § 3, a), ii) (« [I]es dispositions du présent traité autres que celles visées au paragraphe 1 ne doivent pas être interprétées comme empêchant une partie contractante de prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire (...) à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité, y compris les mesures qui (...) sont prises en temps de guerre, en cas de conflit armé ou dans une autre situation d'urgence survenant dans les relations internationales »).

international²¹⁵⁴, de communication²¹⁵⁵, de protection de l'environnement²¹⁵⁶, de protection des investissements²¹⁵⁷ et bien évidemment en matière de protection des droits de l'homme²¹⁵⁸.

666. La seconde exception se réfère à l'incompatibilité objective des obligations conventionnelles avec l'existence d'une situation de guerre²¹⁵⁹. Ici, la question est de savoir si, elle l'absence d'intention claire des parties, la disposition conventionnelle en cause est « *incompatible avec la politique ou la sécurité de la nation en temps de guerre, et donc vraisemblablement destinée à être limitée au temps de paix* »²¹⁶⁰. Bien qu'il s'agisse d'une question épiqueuse, certains éléments peuvent être soulignés. En premier lieu, il est généralement admis que l'irruption de la guerre suspend, voire annule, les traités de nature politique entre les États belligérants (traités d'alliance, d'amitié, de coopération, de neutralité non-permanente, de non-agression, de commerce ou de désarmement)²¹⁶¹. Par exemple, il n'aurait aucun sens de considérer que le traité d'alliance entre l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie conclu en 1882 continue à s'appliquer dans la Première Guerre mondiale après que l'Italie ait rejoint les puissances de la Triple Entente en 1915²¹⁶². De même, on peut soutenir que l'invasion de l'Ukraine par la Russie suspend *ipso facto* les Accords de Minsk de 2014 et 2015 et le Traité d'amitié, de coopération et de partenariat conclu entre la Russie et l'Ukraine en 1997 qui prévoyait, en plus de l'obligation de respecter l'intégrité territoriale

²¹⁵⁴ *Accord général sur le commerce des services*, adopté à Marrakech le 15 avr. 1994, entré en vigueur le 1^{er} janv. 1995, art. XIV bis, § 1, b), iii) (« [a]ucune disposition du présent accord ne sera interprétée (...) comme empêchant un Membre de prendre toutes mesures qu'il estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité (...) en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale »).

²¹⁵⁵ *Convention pour la protection des câbles sous-marins*, adoptée à Paris, le 14 mars 1884, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1888, art. 15 (« [i]l est bien entendu que les stipulations de la présente Convention ne portent aucune atteinte à la liberté d'action des belligérants »).

²¹⁵⁶ *Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources africaines*, adoptée à Alger le 15 sept. 1968, entrée en vigueur le 16 juin 1969, art. XVII, §§ 1-3 (« [I]es prescriptions de la présente Convention n'affecteront pas les pouvoirs des Etats contractants en ce qui concerne : 1) l'intérêt supérieur de l'Etat ; 2) la force majeure ; 3) la défense de la vie humaine »). Sur ces traités, v. V. VÖNEKY, « Armed Conflict, Effect on Treaties », in A. PETERS, R. WOLFRUM (dir.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2011, § 14.

²¹⁵⁷ Sur ce point, v. T. ACKERMANN, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, Cambridge, C.U.P., 2022, pp. 217-249. V. également E. STOPPIONI, « Le droit des investissements à l'épreuve de la guerre », *Confluence des droits*, vol. 12, 2023.

²¹⁵⁸ Sur ce point, v. *infra*, §§ 667-668.

²¹⁵⁹ CDI, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, op. cit., art. 6, b) ; J. ZRILIC, « Armed Conflicts and the Law of Treaties », op. cit., pp. 112-113 ; CDI, *Memorandum by the Secretariat on the Effect of Armed Conflicts on Treaties*, op. cit., §§ 11-12, pp. 12-13.

²¹⁶⁰ Juge Benjamin CARDODO, cité in J. ZRILIC, « Armed Conflicts and the Law of Treaties », op. cit., p. 113, n. trad.

²¹⁶¹ Sur les traités généralement jugé incompatibles avec l'existence d'un état de guerre, v. CDI, *Memorandum by the Secretariat on the Effect of Armed Conflicts on Treaties*, op. cit., § 78, p. 32. Sur les traités de neutralité non-permanente, v. p. ex. A. MCNAIR, *The Law of Treaties*, op. cit., p. 703. Sur les traités de commerce, v. CDI, *Commentaire du Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, op. cit., p. 125 (« les traités de commerce s'éteignent généralement par suite d'un conflit armé entre États »).

²¹⁶² Sur ce point, v. J. H. W. VERZIJL, *Juridical Facts as Sources of International Rights and Obligations*, Leiden, Sijthoff, 1973, p. 371.

de chacune des parties, une coopération en matière militaire, scientifique, culturelle, économique et commerciale²¹⁶³ Dans la même veine, il est clair que la guerre provoque nécessairement l'extinction, entre les États belligérants, des traités ayant pour objet l'assistance militaire ou la vente d'armes²¹⁶⁴. Plus généralement, on pourrait arguer que la guerre entraîne la suspension de tous traités dont les dispositions contraignent l'un des belligérants à offrir un avantage militaire substantiel à l'autre²¹⁶⁵.

667. Deuxièmement, sur le plan spécifique des traités de protection des droits de l'homme, il faut se garder de croire que les conventions conservent toute leur vigueur en temps de guerre. En effet, les principaux traités de protection des droits de l'homme contiennent des clauses de dérogation en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation, ce qui indique que les signataires avaient pour intention de ne garantir qu'une application partielle des droits de l'homme en temps de guerre : seuls certains droits, non-dérogeables, continuent à s'appliquer dans la guerre²¹⁶⁶.

668. Il faut donc préciser que la protection offerte par les droits de l'homme ne cesse pas en temps de guerre « *si ce n'est par l'effet des clauses de dérogation* »²¹⁶⁷. En pratique, les États belligérants peuvent donc suspendre l'application de la quasi-totalité des droits garantis par les traités. Ainsi, « *lorsque les choses tournent mal, (...) les États ne sont pas tenus d'adhérer aux obligations en matière de droits de l'homme si cela signifie commettre un "suicide d'État"* »²¹⁶⁸. Cependant, s'il est clair que les clauses de dérogation s'appliquent aux guerres internes²¹⁶⁹, il n'est pas évident qu'elles trouvent à s'appliquer dans « *les situations de conflit armé entre États* »²¹⁷⁰, et notamment lorsqu'un État agit militairement

²¹⁶³ En ce sens, v. J. ZRILIC, « Armed Conflicts and the Law of Treaties », *op. cit.*, pp. 127-129.

²¹⁶⁴ En ce sens, v. W. G. SHARP, « The Effective Deterrence of Environmental Damage During Armed Conflict: A Case Analysis of the Persian Gulf War », *Military Law Review*, vol. 137, 1992, p. 23

²¹⁶⁵ En ce sens, v. la discussion dans *Ann. IDI*, vol. 25, 1912, p. 629 (où Nicolas POLITIS envisage la suspension des traités dans le cas où « *la non-exécution du traité [peut] être pour l'un des belligérants une arme dont celui-ci aura le droit de se servir* »). À ce titre, on a pu considérer que la guerre provoquait la suspension d'un traité par lequel l'un des États belligérants s'était engagé à payer des sommes d'argent à l'autre État belligérant (COMMISSION DES RECLAMATIONS ÉRYTHREE/ÉTHIOPIE, *Sentence finale, Retraites-Réclamations de l'Érythrée nos. 15, 19 & 23*, sentence du 19 déc. 2005, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, pp. 471-488), ou d'un traité par lequel un État voit ses droits de navigation maritime (ou ceux de ses alliés) indûment restreints dans la guerre au profit de l'État ennemi (J. ZRILIC, « Armed Conflicts and the Law of Treaties », *op. cit.*, pp. 129-131).

²¹⁶⁶ Sur ce point, v. Conv. EDH, art. 15, § 2 ; PIDCP, art. 4, § 2 ; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée à San José le 22 nov. 1969, entrée en vigueur le 18 juil. 1978, art. 27, § 2.

²¹⁶⁷ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édition d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.*, § 106, p. 178.

²¹⁶⁸ G. OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Policy, Practice*, Cambridge, C.U.P., 2015, p. 169, n. trad.

²¹⁶⁹ J. A. FROWEIN, « The Relationship... », *op. cit.*, p. 2 (où l'auteur s'appuie sur les clauses de dérogation contenues dans les traités de protection des droits de l'homme pour affirmer que « *human rights treaties clearly apply in situations of internal disorder, for example, with regard to police or military action against the citizens of a State party to a certain convention* »).

²¹⁷⁰ *Ibid.*, n. trad.

hors de son territoire²¹⁷¹. La Cour EDH considère néanmoins que « *l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne l'empêche pas de tenir compte du contexte* », c'est-à-dire de l'existence d'une situation de guerre, pour « *interpréter et appliquer* »²¹⁷² la Convention. Ceci revient, en pratique, à faire *comme si* l'État avait dérogé à ses obligations²¹⁷³.

669. Cette référence au contexte montre que les organes de protection des droits de l'homme ne se contentent pas de vérifier l'intention subjective des parties : les traités, ou du moins les obligations dérogeables qu'ils contiennent, peuvent être suspendus en temps de guerre si le juge estime que les obligations sont objectivement incompatibles avec le contexte de la guerre. À ce titre, la Cour EDH a récemment jugé que la Convention ne s'appliquait pas à la phase active des hostilités, c'est-à-dire à la phase « *de confrontations et de combats armés entre forces militaires ennemis qui cherchent à acquérir le contrôle d'un territoire* »²¹⁷⁴. Pour la Cour, ce contexte de confrontation violente n'a rien à voir avec le contexte normal d'application des droits de l'homme : il s'agit d'un « *contexte de chaos* »²¹⁷⁵

²¹⁷¹ Sur ce point, travaux préparatoires ne sont d'aucune aide, les plénipotentiaires n'ayant pas débattu de cet aspect. L'un des arguments généralement avancé au soutien de l'idée que les clauses de dérogation ne s'appliquent pas extraterritorialement s'appuie sur la pratique ultérieurement suivie dans l'application de la Conv. EDH : puisqu'aucun État n'a jamais formellement dérogé à ses obligations au titre de l'article 15 en cas de projection militaire hors de ses frontières, il existerait un accord tacite entre les parties sur le fait que l'article 15 ne peut être appliqué hors des frontières de l'État. En ce sens, v. ROYAUME-UNI, HOUSE OF LORDS, *R. (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, arrêt du 21 déc. 2007, [2007] UKHL 58, § 38 (où Lord Bingham relève que « [i]t has not been the practice of states to derogate in such situations, and since subsequent practice in the application of a treaty may (under article 31(3)(b) of the Vienna Convention) be taken into account in interpreting the treaty it seems proper to regard article 15 as inapplicable ») ; COUR EDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, op. cit., § 101 (« [I]la pratique des Hautes Parties contractantes est de ne pas notifier de dérogation à leurs obligations découlant de l'article 5 lorsqu'elles incarcèrent des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international. En l'espèce, il ressort effectivement de la pratique des États que ceux-ci n'estiment pas nécessaire de déroger à leurs obligations découlant de l'article 5 pour incarcérer des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève au cours de conflits armés internationaux [dans des États non parties à la Convention] »). Cet argument fait l'objet de critiques. V. p. ex. ROYAUME-UNI, HIGH COURT OF JUSTICE, *Serdar Mohammed and others v. Ministry of Defence*, arrêt du 2 mai 2015, [2014] EWHC 1369 (QB), § 155 (où le juge Leggatt dit que « [i]t cannot be right to interpret jurisdiction under Article 1 as encompassing the exercise of power and control by a state on the territory of another (...) unless at the same time Article 15 is interpreted in a way which is consonant with that position and permits derogation to the extent that it is strictly required by the exigencies of the situation »). Pour une discussion sur ce point, v. M. MILANOVIĆ, « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict », in N. BHUTA (dir.), *The Frontiers of Human Rights. Extraterritoriality and its Challenges*, Oxford, O.U.P., coll. « The Collected Courses of the Academy of European Law », 2016, pp. 55-88.

²¹⁷² COUR EDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, op. cit., § 103. Cette affirmation se réitère par la suite, not. in COUR EDH, *Géorgie c. Russie (II)*, op. cit., § 93 ; COUR EDH, *Ukraine c. Russie (Crimée)*, req. n°20958/14 et 38334/18, arrêt sur le fond du 25 juin 2024, § 913.

²¹⁷³ Pour une critique virulente de cette solution, v. Opinion en partie dissidente commune aux juges Ganna YUDKIVSKA, Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE et Lado CHANTURIA, sous COUR EDH, *Géorgie c. Russie (II)*, op. cit., §§ 19-24. Cette solution contredit par ailleurs la décision COUR EDH, *Issaïeva c. Russie*, op. cit. §191 (où la Cour notait que, puisque la Russie n'a pas dérogé à ses obligations, la Convention s'applique à un « *contexte juridique normal* »).

²¹⁷⁴ COUR EDH, *Géorgie c. Russie (II)*, op. cit., § 137. À ce titre, Michael Bothe affirmait déjà en 2012 que le régime des droits de l'homme ne s'appliquait pas à la phase de combat (v. M. BOTHE, « "Effective Control" : A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », Backgroud document, in CICR, Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, Réunion d'experts, Genève, CICR, 2012, p. 40 (« *fighting is not an exercise of jurisdiction* »)).

²¹⁷⁵ COUR EDH, *Géorgie c. Russie (II)*, op. cit., § 137.

auquel on ne saurait appliquer des règles pensées pour le temps de paix²¹⁷⁶. En effet, l'application des droits de l'homme est intimement liée à l'existence d'un « *contrôle sur un territoire* »²¹⁷⁷, condition préalable à la naissance d'un lien entre l'État qui gouverne ce territoire et l'individu soumis à son autorité. Ceci explique que les organes de protection des droits de l'homme soient plus prompts à reconnaître l'applicabilité des droits de l'homme aux situations de guerre civile²¹⁷⁸, dans lequel ce lien préexiste au conflit, et aux situations d'occupation militaire²¹⁷⁹, qui ressemblent davantage au contexte normal d'application des droits de l'homme puisque des individus se retrouvent placés sous l'autorité d'une administration chargée de gouverner un territoire²¹⁸⁰.

670. Cependant, même dans les situations d'occupation militaire, il est admis que les règles des droits de l'homme doivent parfois être écartées ou modifiées substantiellement au motif que, pensées pour le temps de paix, certaines normes peuvent être incompatibles avec les exigences de la guerre²¹⁸¹. Ainsi, la Cour de Strasbourg admet que lorsque la Puissance occupante opère dans des « *conditions de sécurité difficiles* », les obligations doivent être « *appliquée[s] de manière réaliste* »²¹⁸². Sur ce fondement, la Cour EDH a déjà accepté d'éarter le régime relatif à la privation de liberté consacré à l'article 5 de la Convention au

²¹⁷⁶ La Cour de Strasbourg semble néanmoins revenir sur cette décision *in COUR EDH, Ukraine et Pays Bas c. Russie*, décision sur la recevabilité du 30 nov. 2022, req. n°8019/16, 43800/14 et 28525/20, § 558.

²¹⁷⁷ COUR EDH, *Géorgie c. Russie (II)*, *op. cit.*, § 126.

²¹⁷⁸ Sur ce point, v. la jurisprudence citée *supra*, § 656, note 2117.

²¹⁷⁹ Sur ce point, v. la jurisprudence citée *supra*, § 656, note 2116.

²¹⁸⁰ En ce sens, v. p. ex. A. BECKER, « Les dilemmes de la protection des civils dans les territoires occupés : l'exemple précurseur de la Première Guerre mondiale », *R.I.C.R.*, Sélection française, vol. 94, 2012, p. 61 (où l'auteure relève que « [dans la zone qu'il contrôle, l'occupant exerce dorénavant les pouvoirs administratifs et gouvernementaux, comme si on était en paix, si ce n'est que la juridiction n'est plus la même : on a changé d'État. (...) L'occupation militaire serait donc, du point de vue juridique, un hybride, une situation intermédiaire entre guerre et paix (...). En effet, dans les situations d'occupation on retrouve d'une part des rapports horizontaux entre États (...) régis par des normes du droit de la guerre et, d'autre part, s'impose un rapport intra-étatique entre l'État occupant et la population civile de l'État occupé. Là s'établit un rapport vertical entre « administrateurs » et « administrés » qui devrait être caractérisé par des normes et des principes valables en temps de paix »). Du fait de cette proximité entre le contexte d'occupation militaire et le contexte normal d'application des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg a pu juger que la Puissance occupante devait respecter « la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels » (COUR EDH, arrêt sur le fond du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, req. n°25781/94, § 77). Le droit de la paix s'appliquerait donc *in globo* en période d'occupation.

²¹⁸¹ En ce sens, v. N. LUBELL, « Les obligations relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'occupation militaire », *R.I.C.R.*, Sélection française, vol. 94, 2012, p. 9 (« (...) les obligations découlant du droit international des droits de l'homme sont applicables aux situations d'occupation militaire, mais le comportement précis considéré comme suffisant pour respecter ces obligations doit être déterminé à la lumière du contexte juridique et matériel dans lequel opère la Puissance occupante. Le contexte peut être difficile à prévoir, mais il est impossible de concevoir des lois précises s'appliquant à chaque scénario éventuel (...) sans définir des obligations irréalistes qui n'auraient aucune chance d'être respectées au vu des circonstances. La méthode la plus sûre pour garantir la protection des droits de l'homme dans toute la mesure possible consiste à poser le principe général de l'applicabilité du droit international des droits de l'homme, tout en laissant la place à une démarche au cas par cas qui tienne compte des circonstances pour déterminer le contenu précis de l'obligation »).

²¹⁸² COUR EDH, *Al-Skeini et al. c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juil. 2011, req. n°55721/07, §§ 164 et 168. V. également COUR EDH, *Jaloud c. Pays-Bas*, arrêt du 20 nov. 2014, req. n°47708/08, § 186.

motif que celui-ci « ne cadre pas »²¹⁸³ avec les impératifs sécuritaires de l'occupation. Cette doctrine permet donc à l'État de « *modifier les engagements qu'il a pris en ratifiant la Convention* »²¹⁸⁴ : le droit normal est suspendu, ou du moins modifié, pour permettre à l'État d'agir de manière effective.

671. Ainsi, l'affirmation selon laquelle les droits de l'homme continueraient à s'appliquer pleinement en temps de guerre doit être relativisée car, comme l'écrit Gerd Oberleitner, la pratique des organes de protection des droits de l'homme « *fait écho à l'idée qu'il existe un droit de la paix qui peut (en partie) être suspendu* »²¹⁸⁵. En effet, on considère toujours que, si les droits de l'homme continuent à s'appliquer dans la guerre, les droits individuels ne sauraient faire obstacle à la mise en œuvre des « *mesures nécessitées par les opérations militaires (...)* »²¹⁸⁶.

672. En conclusion, il s'avère que la notion d'état de guerre est toujours pertinente pour décrire la condition juridique qui naît du déclenchement de la guerre en droit international²¹⁸⁷. En effet, malgré les tentatives visant à étendre l'empire du droit de la paix au temps de guerre, force est de constater qu'il est toujours possible de distinguer un état normal des relations internationales (l'état de paix), où l'ensemble des règles gouvernant les relations pacifiques des États s'appliquent normalement, et un état exceptionnel (l'état de guerre) qui se distingue du paradigme normal par deux éléments-clés : la suspension de l'interdiction d'employer la violence dans les relations internationales et la possibilité de suspendre, en tout ou en partie, les traités conclus pour le temps de paix. Ce moment spécial des relations internationales se caractérise notamment par un élément distinctif tenant au fait que, l'interdiction de recourir à la force ayant cessé de s'appliquer, les États peuvent désormais recourir à la violence dans sa forme la plus extrême qui soit : celle de l'homicide. La guerre permet en effet la commission d'actes qui sont, de l'aveu même de ceux qui les commettent, « *en tous points similaires à un assassinat* »²¹⁸⁸. Le droit de la guerre viendra

²¹⁸³ COUR EDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 104.

²¹⁸⁴ *Ibid.*, § 107.

²¹⁸⁵ G. OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 171, n. trad.

²¹⁸⁶ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 31. V. également G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 53, n. s. (« *l'homme, hormis le cas de force majeure, est personnellement inviolable, soit dans son corps, soit dans son âme* »). Sous le régime actuel, cette réflexion ne vaut évidemment que pour les droits dérogeables.

²¹⁸⁷ Ou, pour reprendre le vocabulaire officiel, pour décrire la condition juridique qui naît d'un « *recours à la force* » ou de l'apparition d'une situation de « *conflit armé* ».

²¹⁸⁸ B. ERBLAND, *Dans les griffes du Tigre*, *op. cit.*, p. 21. Témoignage de l'irréductibilité du temps de guerre au temps de paix, la doctrine insiste généralement sur ce point : v. not. J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 1 (« *[i]t is widely seen as permissible and perhaps even praiseworthy for* »).

réglementer *a posteriori* cet acte, en précisant *qui* peut être tué et *comment* on peut tuer ; mais en attendant que ce droit d'urgence ne vienne encadrer après-coup l'état exceptionnel de la guerre, *l'homme est nu* : l'interdiction d'employer la force armée, et l'ensemble des règles applicables à l'exercice de la violence en temps normal, sont purement et simplement suspendues. En-deçà du droit, ne reste que le fait brut : « *tuer est une composante primaire de la guerre* »²¹⁸⁹, et rien – aucune règle juridique, aucun principe de droit – ne l'interdit. Comme dans tout état d'exception, l'action de l'État n'est plus gouvernée que par un impératif pratique : agir de manière effective pour vaincre l'ennemi et rétablir la paix.

§ II. – L'état de guerre, un espace d'action gouverné par un impératif pratique : agir de manière effective pour vaincre l'ennemi et rétablir la paix

673. L'analogie entre l'état de guerre et l'état d'exception ne serait pas complète si l'on se contentait de voir que l'état de guerre n'était que le lieu d'une *absence de droit*. Certes, une fois l'état de paix converti en état de guerre, le principe d'interdiction du recours à la force armée cesse de s'appliquer et les belligérants peuvent recourir à la violence en commettant des actes illicites au regard du droit applicable en temps normal. Il reste cependant à comprendre par quoi, en l'absence de droit, l'action de l'État est gouvernée. Pour ce faire, il est impératif de saisir la *finalité* de la guerre dans l'ordre international.

674. Conceptuellement, la guerre apparaît comme une réponse aux déficiences, réelles ou supposées telles, du cadre juridique libéral tracé par le droit international : l'État entre en guerre car il estime, à tort ou à raison, que les contraintes imposées par l'ordre juridique international ne lui permettent pas de traiter adéquatement la menace à laquelle il fait face. Sous l'ère classique, il était ainsi admis que la défense des droits fondamentaux et des intérêts

people engaged in warfare to deliberately set out to injure and kill others. This is, to put it mildly, quite different from the moral framework that governs human interaction in everyday life. In the normal moral codes of almost every human community, setting out deliberately to injure and kill other people is one of the very worst things you can do. This common view of warfare therefore posits a radical exception to the normal moral paradigm ») ; B. J. BILL, « The Rendulic "Rule" », *op. cit.*, p. 128 (« *killing another human generally constitutes the crime of homicide, but in war the same action is excused* ») ; Françoise HAMPSON, citée par N. BERMAN, « Privileging Combat? », *op. cit.* p. 3 (« *[t]he starting point of human rights law is the right of the individual, including the right not to be arbitrarily killed. The international law of armed conflict, which is very much older in its origins than human rights law, starts from totally different premises. The soldier has the right to kill another soldier* ») ; H. MEYROWITZ, « Le fondement du droit de la guerre », *op. cit.*, p. 419 (le droit de la guerre est « *un ordre juridique dont l'objet est de réglementer – et cela veut dire en premier lieu : qui permet (droit objectif et droit subjectif) – des actes qui constituent principalement et essentiellement en des violations les plus graves du précepte de base de tout le droit : neminem laede* »).

²¹⁸⁹ M. N. SCHMITT, « State-Sponsored Assassination... », *op. cit.*, p. 614, n. trad.

essentiels de l'État « *ne peut pas être toujours atteint par la conciliation et des concessions faites à l'amiable* »²¹⁹⁰ : le cadre libéral tracé par le droit international, qui oblige les États à régler les différends par des moyens pacifiques plutôt que par la force, peut ne pas suffire à résoudre certains conflits, exceptionnels par leur objet. Dès lors, l'État est parfois « *obligé de recourir à la force brutale pour mettre un terme aux différends qui se produisent* » et, plus fondamentalement, pour défendre ses droits et ses intérêts « *contre toute attaque et contre toute violence* »²¹⁹¹. Sous l'ère moderne, l'idée est la même, bien qu'elle soit formulée de manière plus restrictive. Lorsqu'un État voit son intégrité territoriale ou son indépendance politique mises en danger par une agression armée, on ne peut s'attendre à ce qu'il cherche un règlement pacifique du conflit : il n'a « *d'autre choix que de se défendre du mieux qu'il peut* »²¹⁹².

675. Dès lors, si l'état de guerre constitue un espace d'action dans lequel les règles les plus fondamentales du droit international (obligation de régler pacifiquement les conflits et interdiction de recourir à la force) sont suspendues, il ne s'agit pas pour autant d'un espace d'action détaché de toute « *idée normative* »²¹⁹³, c'est-à-dire de toute *perspective juridique*. Exactement de la même manière que, dans l'ordre interne, la suspension du droit et l'exercice de pouvoirs d'exception ne sont jamais une fin en soi²¹⁹⁴, la guerre n'a pas pour finalité ultime de « *détruire l'ennemi* »²¹⁹⁵, ni de provoquer « *la destruction et le carnage* »²¹⁹⁶. Au contraire, la guerre apparaît comme un moyen en vue d'une fin, et plus précisément comme « *un moyen de faire respecter le droit* » dont le but est « *l'établissement de la paix sur de nouvelles bases juridiques* »²¹⁹⁷. Comme dans l'ordre interne, le déclenchement de l'état d'exception ne permet de s'affranchir du cadre juridique libéral *que* dans le but d'en rétablir les conditions de possibilité²¹⁹⁸. Sous l'égide de la Charte des Nations Unies, on admet ainsi que la guerre doit cesser dès lors que l'agression armée a été repoussée : une fois que cet objectif est atteint, la guerre perd toute justification et le cadre libéral du droit international s'applique de nouveau²¹⁹⁹.

²¹⁹⁰ F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, *op. cit.*, p. 126.

²¹⁹¹ *Ibid.*

²¹⁹² Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, *op. cit.*, p. 234, n. trad.

²¹⁹³ C. SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 61.

²¹⁹⁴ Sur ce point, v. *supra*, §§ 599-603.

²¹⁹⁵ N. VILLAUME, *L'esprit de la guerre*, Paris, Didier & Cie., 1861, p. 38.

²¹⁹⁶ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 302-303.

²¹⁹⁷ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 302-303. Dans le même sens, v. p. ex. F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, *op. cit.*, p. 183.

²¹⁹⁸ Sur ce point, v. *supra*, §§ 599-603.

²¹⁹⁹ Dans le contexte de la légitime défense en réponse à une agression armée ayant déjà eu lieu, la finalité de l'entrée en guerre doit normalement être « *the repulsing of the attack. Repulsion of the attack in this context encompasses not*

676. Cette finalité de la guerre permet de saisir la logique qui gouverne l'action de l'État dans le laps de temps où le cadre libéral du droit international est suspendu. En effet, si le droit applicable en temps de paix peut être suspendu en temps de guerre, c'est uniquement pour permettre à l'État d'affronter par des moyens effectifs une menace qu'il ne peut combattre efficacement tout en demeurant dans les limites tracées par le droit commun. Face à cette menace, « *les règles et les méthodes ordinaires d'administration deviennent inadéquate* » ; elles doivent donc céder la place « *à des mesures dictées par la nécessité publique* »²²⁰⁰. L'État se retrouve ainsi habilité à employer tous les moyens nécessaires en vue de la réinstauration d'un état normal des relations internationales, dans lequel le cadre libéral puisse retrouver son empire. On retrouve donc le mouvement paradoxal dessiné par l'état d'exception identifié ci-dessus²²⁰¹ : face à une situation d'exception ne pouvant être traitée dans les limites tracées par le cadre libéral, l'État sort de ce cadre pour en rétablir les conditions de possibilités par tous les moyens nécessaires.

677. On peut donc dire de la guerre exactement la même chose que ce que l'on dit de l'état d'exception : dans la guerre, « *la fin, qui consiste à réaliser une situation concrète, domine exclusivement, libérée de toutes les entraves juridiques, et est uniquement déterminée par la nécessité* »²²⁰² : seul le but à atteindre (la soumission de l'ennemi et le rétablissement de la paix), lu à la lumière des circonstances concrètes qui se présentent (la nature de l'ennemi, son centre de gravité, le terrain de l'affrontement, etc.), permet de déterminer ce qui doit être fait (quelles stratégies, tactiques et armes employer). Ainsi, dans la guerre comme dans tout état d'exception, le droit s'efface au profit de l'action centrée sur l'adéquation technique entre les moyens et les fins, c'est-à-dire de la rationalité instrumentale. L'État retrouve sa liberté d'agir comme un être instrumentalement rationnel, en décidant sur la base d'une réflexion purement technique et hors de toute considération juridique quels moyens doivent être mis en œuvre pour parvenir au résultat à atteindre.

only resistance to an ongoing armed attack but the expulsion of an invader and the restoration of the territorial status quo ante bellum » (J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, op. cit., p. 156). Sur les interprétations divergentes de la finalité de l'exercice du droit à la légitime défense, v. not. *ibid.*, pp. 156 ss. ; D. KRETZMER, « The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in *Jus ad Bellum* », *E.J.I.L.*, vol. 24, n°1, 2013, 235-282.

²²⁰⁰ J. B. MOORE, « Law and Organization », in J. B. MOORE, *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, New York, MacMillan, 1924, p. 290, n. trad.

²²⁰¹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 599-600.

²²⁰² C. SCHMITT, *La dictature*, op. cit., p. 75.

678. Que la guerre provoque l'effacement du droit au profit de la rationalité instrumentale est un fait largement reconnu, bien qu'implicitement²²⁰³, par la doctrine juridique. En effet, dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les juristes affirment à l'unisson que « [l]a mesure de la violence permise en temps de guerre est (...) celle qui est nécessaire pour réduire l'ennemi à ses conditions »²²⁰⁴. Puisque le droit applicable en temps normal est suspendu, chaque belligérant peut licitement employer « tous les moyens nécessaires pour atteindre le but pour lequel il a pris les armes »²²⁰⁵. On retrouve donc l'idée qu'en temps de guerre, l'action instrumentalement rationnelle, guidée par une appréciation technique de l'adéquation entre les moyens et les fins, détermine à elle seule l'action de l'État²²⁰⁶. Ceci permet également de saisir la mesure dans laquelle le droit valable en temps de paix peut être suspendu en temps de guerre. En effet, si les règles du droit de la paix peuvent être suspendues, c'est uniquement dans la mesure où elles *entravent* l'action effective de l'État et donc la réalisation de la finalité recherchée²²⁰⁷.

679. En droit international positif, cette idée fut intégrée à la fois dans le *jus ad bellum* et dans le *jus in bello*. Sous l'angle du *jus in bello*, l'idée que dans la guerre permet d'employer tous les moyens nécessaires à la soumission de l'ennemi se trouve comprise dans le principe de nécessité militaire²²⁰⁸. En effet, ce principe énonce que tout État en guerre peut licitement « employer la violence à un degré et sous une forme qui sont nécessaires pour contraindre l'adversaire à se soumettre le plus rapidement possible, avec un minimum de sang versé et de frais »²²⁰⁹. On peut donc dire, avec Georg Schwarzenberger, que ce principe traduit l'idée que la guerre entraîne « la libération de toute contrainte légale »²²¹⁰, au sens où les États, en sortant du cadre libéral tracé par le droit international et en pénétrant dans l'état de guerre, « retrouvent leur liberté d'action dans la mesure où celle-ci est nécessaire à une application

²²⁰³ Implicitement car la doctrine juridique ne se réfère que très rarement au concept de rationalité instrumentale.

²²⁰⁴ W. E. HALL, *International Law*, op. cit., p. 53.

²²⁰⁵ H. WHEATON, *Elements of International Law*, 3^{ème} éd., op. cit., p. 392, n. trad.

²²⁰⁶ Cette affirmation ne vaut que dans un premier temps, c'est-à-dire avant que les juristes ne s'attachent à réattirer l'état de guerre dans l'orbite du droit international par la production d'un ordre juridique d'exception (le *jus in bello*).

²²⁰⁷ L'IDI admettait en ce sens que les États belligérants ne pouvaient « [s]e dispenser » des règles conçues pour le temps de paix « que dans la mesure et pour le temps commandés par les nécessités de la guerre » (IDI, *Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités*, op. cit., art. 4). L'état de guerre apparaît ainsi comme un état de nécessité excluant l'illicéité des actes commandés par les nécessités de l'instant. On peut le rapprocher, en ce sens, de la définition qu'en donne la CDI : l'état de nécessité désigne « les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un État de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale (...) » (CDI, *Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 208).

²²⁰⁸ Elle peut se retrouver également dans le principe d'humanité, en fonction de la manière dont on formule le contenu substantiel de ce principe. Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, § 461.

²²⁰⁹ M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, op. cit., pp. 313-314, n. trad. Sur les différentes formulations du principe de nécessité militaire, v. *supra*, Chapitre 4, § 461.

²²¹⁰ G. SCHWARZENBERGER, « Military Necessity: A Misnomer », in *Mélanges S. Séféridès*, Athènes, A. Klissounis, 1961, vol. 1, p. 14, n. trad.

fonctionnelle de la force »²²¹¹. Le domaine de la guerre est celui de la rationalité instrumentale. La nécessité d’agir, plutôt que le droit, guide l’action de l’État.

680. Sous l’angle du *jus ad bellum*, on retrouve cette idée dans le principe de proportionnalité qui gouverne l’exercice du droit à la légitime défense. Selon ce principe²²¹², les moyens employés doivent être corrélés, « *en intensité et en ampleur, à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre rapidement les objectifs admissibles de la légitime défense* »²²¹³. En sortant du cadre tracé par l’ordre international pour faire face à une agression armée, l’État se trouve délié des obligations valables en temps normal et se voit habilité à agir sur la seule base de la nécessité²²¹⁴. Comme le principe de nécessité militaire sous l’angle du *jus in bello*, le principe de proportionnalité du *jus ad bellum* autorise l’État à atteindre les finalités de la guerre par tous les moyens nécessaires, ce qui implique « *une connexion rationnelle entre les moyens et les fins* »²²¹⁵. En temps de guerre, l’action de l’État est donc guidée par la rationalité instrumentale – la nécessité d’agir, plutôt que le droit, y impose ses lois.

681. Le fait que la guerre ne soit qu’une forme spécifique de l’état d’exception apparaît donc clairement. La guerre ouvre un espace d’action dans lequel les agissements de l’État ne sont plus guidés par des règles formelles fixées *a priori*, posant des limites fermes et définitives à son action, mais par un impératif pratique : vaincre l’ennemi par l’emploi de tous les moyens nécessaires. Comme tout état d’exception, la guerre constitue donc une « *situation qui naît d’une décision de ne plus appliquer la loi* », en l’occurrence la loi internationale, « *et qui s’accompagne de la mise en œuvre d’un ensemble de[] règles techniques qui permettent de rétablir l’ordre* »²²¹⁶. Le domaine de la guerre est, comme tout état d’exception, le règne de la nécessité : l’État se trouve habilité à prendre les mesures exigées par les circonstances.

*

²²¹¹ *Ibid.*, p. 20, n. trad.

²²¹² Sur les différentes manières de formuler ce principe, v. D. KRETZMER, « The Inherent Right to Self-Defence... », *op. cit.*

²²¹³ M. S. McDUGAL, F. P. FELICIANO, « International Coercion and World Public Order », *op. cit.*, p. 242, n. trad.

²²¹⁴ Ainsi, lorsque le principe de proportionnalité est formulé de cette manière, « *there is an obvious affinity between necessity and proportionality. Means can only be proportionate when they are necessary to achieve the legitimate ends* » (D. KRETZMER, « The Inherent Right to Self-Defence... », *op. cit.*, p. 239).

²²¹⁵ *Ibid.*, p. 239, n. trad.

²²¹⁶ M. GOUZY, « Le non-droit », *op. cit.*, § 19.

682. Conclusion de la Sous-section 2. Dans l'ordre international, l'apparition de la guerre (d'une situation de « conflit armé », d'un « recours à la force ») fait naître un état alternatif des relations internationales, l'état de guerre, qui entretient des liens évidents avec l'état d'exception. En effet, l'entrée en guerre provoque l'ouverture d'un espace d'action reproduisant les deux caractéristiques distinctives de l'état d'exception. D'une part, le droit applicable en temps normal n'opère plus : l'état de guerre se déploie dans l'ombre de l'interdiction du recours à la force, puisqu'il naît de la décision de faire exception à cette règle, et de nombreuses règles conventionnelles conçues pour le temps de paix, qui peuvent être suspendues. D'autre part, l'état de guerre désigne un espace d'action dans lequel l'action de l'État n'est plus guidée que par un impératif pratique : agir de manière effective, en employant tous les moyens nécessaires pour vaincre la menace qui se présente et rétablir la paix.

*

683. Conclusion de la Section 2. La doctrine juridique est fondée à considérer que le droit de la guerre s'applique dans des « *circonstances exceptionnelles* »²²¹⁷, puisqu'il régit une « *condition entièrement anormale* »²²¹⁸ des relations internationales. Au cours des développements qui précèdent, il fut démontré que l'exceptionnalité de la guerre doit être entendu dans un sens technique plutôt que dans un sens banal. En effet, la *norme* des relations internationales est celle tracée par le cadre libéral que l'ordre juridique impose aux États : en principe, ceux-ci doivent régler leurs conflits par des moyens pacifiques plutôt que par la violence. Dans un tel schéma, la guerre doit être comprise comme *l'exception*, au sens juridique du terme : elle est ce qui ne saurait être subsumé dans le cadre libéral tracé par le droit international, ce qui échappe à son emprise. Ainsi, de même que l'état d'exception en droit interne, l'état de guerre – c'est-à-dire la condition qui résulte d'une situation de guerre, que l'on nomme celle-ci « conflit armé » ou « recours à la force » – se déroule topologiquement « *en dehors du droit* »²²¹⁹, ou du moins en dehors des règles fondamentales valables en temps de paix (interdiction du recours à la force et obligation de règlement pacifique des différends).

²²¹⁷ H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 20, n. trad.

²²¹⁸ CDI, *Reports of the International Law Commission ...*, op. cit., p. 95, n. trad.

²²¹⁹ Da. KENNEDY, *Of War and Law*, op. cit., p. 5.

684. Ce faisant, on retrouve dans la construction conceptuelle de l'état de guerre le même mouvement qui caractérise la construction conceptuelle de l'état d'exception en droit interne : l'état de guerre désigne cet espace d'action dans lequel l'État pénètre lorsqu'il juge, à tort ou à raison, qu'une menace exceptionnelle doit être affrontée par des moyens eux-mêmes exceptionnels, c'est-à-dire des moyens que le droit applicable en temps normal jugerait illicites s'il était encore applicable. En ce sens, le déclenchement de la guerre crée véritablement une « *zone d'anarchie dans l'ordre mondial, un espace dans lequel le droit normal applicable aux relations pacifiques des États est suspendu* »²²²⁰ : avec l'irruption de la guerre, les États se retrouvent habilités à agir au-delà du cadre normalement applicable à leur action, dans une zone où leur action n'est plus gouvernée que par l'impératif pratique de vaincre l'ennemi pour rétablir une situation normale.

²²²⁰ R. R. BAXTER, « So-Called "Unprivileged Belligerency" », *op. cit.*, p. 323, n. trad.

Conclusion du chapitre 5

685. En doctrine, peu de maximes sont aussi mal comprises que celle voulant qu'« au milieu des armes, les lois se taisent » (*silent enim leges inter arma*). À l'unisson, les juristes rejettent cette maxime et en réfutent la véracité²²²¹. Ils affirment que la guerre, comme toute activité humaine, a son droit – le droit de la guerre ou *jus in bello*. Par conséquent, il serait tout simplement inexact de prétendre que la guerre se déroule dans un espace vide de droit, où les lois seraient silencieuses. Admettre ceci reviendrait à nier l'une des « *plus grandes victoires* » du droit international, qui consiste précisément à avoir fait pénétrer la discipline juridique « *sur un terrain où il semble pouvoir être le moins question de droit* »²²²² – à savoir, la guerre. Cependant, une simple lecture du *Plaidoyer pour Milon* de Cicéron, d'où provient cette maxime, permet de comprendre que les juristes se méprennent sur son sens et s'empêchent par-là même de comprendre la spécificité de la guerre et du droit qui s'y applique.

686. Dans le *Plaidoyer pour Milon*, Cicéron plaide la cause de Milon, accusé du meurtre de Clodius. En principe, les lois romaines réprouvent le crime d'homicide et les personnes s'étant rendues coupables de ce crime peuvent être condamnées à mort²²²³. Or, tout en reconnaissant que Milon a bien commis le crime d'homicide, Cicéron affirme qu'il est des cas où le meurtre est « *légitime* », « *juste* » et même « *nécessaire* »²²²⁴. En effet, la règle consacrant l'interdiction de l'homicide contient une exception implicite, selon laquelle « *tout moyen est honnête pour sauver nos jours, lorsqu'ils sont exposés aux attaques et aux poignards d'un brigand et d'un ennemi* »²²²⁵. Cicéron plaide ainsi le droit de Milon à la légitime défense. Clodius aurait « *cherché à lui arracher la vie* »²²²⁶, de sorte qu'il était nécessaire, pour Milon, de « *repousser[r] la force par la force* »²²²⁷ en allant jusqu'à tuer son agresseur. C'est dans ce contexte que Cicéron dit que « *les lois se taisent au milieu des*

²²²¹ Sur ce rejet, v. p. ex. CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 297 (« [I]l fait ainsi mentir l'adage de Cicéron, silent enim leges inter arma ("en temps de guerre, les lois sont muettes") et montre on ne peut plus clairement que les conflits armés et les personnes qui y prennent part n'échappent pas à la prééminence du droit ») ; CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, op. cit., pp. 3-5 ; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., pp. 17-18.

²²²² J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 31

²²²³ CICERON, *Plaidoyer pour Milon*, trad. P.-C.-B GUEROULY, E. SOMMER, M. DE WILDE, Paris, Hachette, 1864 [52 av. J.-C.], p. 24 (sur l'interdiction de l'homicide) et p. 16 (sur la condamnation à mort des personnes s'étant rendues coupables du crime d'homicide)

²²²⁴ *Ibid.*, p. 20.

²²²⁵ *Ibid.*, p. 22.

²²²⁶ *Ibid.*, p. 14.

²²²⁷ *Ibid.*, p. 20.

armes »²²²⁸ : lorsqu'une personne est exposée à une attaque à main armée et qu'elle fait usage de ses propres armes pour se défendre (« au milieu des armes »), on ne saurait lui opposer l'interdiction de l'homicide, car l'agression suspend la règle interdisant de provoquer délibérément la mort (« les lois se taisent »).

687. Cicéron se borne ainsi à mettre en évidence le fait que la situation d'agression est construite comme un état d'exception, puisqu'elle provoque la suspension du droit valable en temps normal – l'interdiction de l'homicide est écartée au profit de la nécessité de se défendre physiquement pour survivre. Dès lors, la maxime cicéronienne n'a rien à dire du droit de la guerre car, comme le relève Grotius, les seules lois qui se taisent au milieu des armes sont « *les lois civiles, celles qui ne concernent que les tribunaux, celles qui ne sont propres que pour la paix* »²²²⁹. Seules les règles de droit commun sont suspendues du fait de l'apparition d'un cas particulier échappant à leur champ d'application, ce qui ne préjuge aucunement de la possibilité de créer des règles spéciales, spécifiquement prévues pour régir ce cas particulier²²³⁰. Mais en attendant qu'une *lex specialis* ne vienne couvrir les cas exclus du champ d'application de la *lex generalis*, la zone d'action ouverte par l'irruption de l'exception est bel et bien une zone d'anomie : le droit y est tout simplement suspendu, et la nécessité y règne en maître.

688. Ainsi, la maxime cicéronienne décrit parfaitement les effets du déclenchement de la guerre dans l'ordre international car, du point de vue théorique, la condition particulière résultant de la guerre est un état d'exception²²³¹. Dans son combat contre la souveraineté absolue, le libéralisme politique cherche à imposer des règles à l'action de l'État pour prévenir tout exercice arbitraire du pouvoir. Dans l'ordre interne, ceci se matérialise par la soumission de l'État aux principes de l'État de droit (légalité de l'action étatique, séparation des pouvoirs, protection des droits fondamentaux). Dans l'ordre international, ce combat contre la souveraineté absolue se matérialise par la soumission des États à un cadre juridique

²²²⁸ *Ibid.*, p. 22.

²²²⁹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. 1, trad. P. PRADIER-FODERE, Paris, Guillaumin & Cie., 1866 [1625], p. 28

²²³⁰ Comme en témoigne d'ailleurs le fait que la légitime défense en droit interne est soumise aux règles (instrumentales) de nécessité et de proportionnalité.

²²³¹ En ce sens, v. B. C. RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 58 (« [a] state of war itself may be said to constitute an exceptional condition in the sense that it marks a radical departure from the normal rules of international intercourse that tend to prevail in time of peace. The old aphorism, *inter arma silent leges*, still contains a certain amount of truth if it is employed to describe the effect of war upon the laws of peace »).

leur imposant de régler les conflits par des voies pacifiques plutôt que par la violence. Dans un cas comme dans l'autre, le libéralisme trouve sa limite dans l'irruption de situations exceptionnelles dont l'État juge, à tort ou à raison, qu'elles ne peuvent être affrontées efficacement dans le respect du droit. L'État s'affranchit alors des limites tracées par l'ordre juridique et pénètre dans un espace où les règles applicables en temps normal sont suspendues – celles-ci ne permettant pas d'affronter efficacement la crise, on leur substitue les moyens nécessaires, bien qu'illicites au regard du droit applicable en temps normal, en vue de cette fin. Dans l'ordre interne, cet espace se nomme « état d'exception » ; dans l'ordre international il se nomme « état de guerre ».

689. Ainsi, Cicéron capture parfaitement le *continuum* existant entre la légitime défense individuelle, l'état d'exception et l'état de guerre. Dans chacune de ces situations, l'ordre juridique est mis en échec par l'apparition d'un cas d'exception qui exige que le sujet de droit s'affranchisse des règles juridiques pour faire droit à une « *nécessité concrète* »²²³² : défendre ses intérêts vitaux, voire son existence même. Le sujet de droit sort ainsi du cadre tracé par l'ordre juridique pour affronter l'exception par des moyens effectifs et rétablir une situation normale, dans laquelle le droit puisse de nouveau s'appliquer. Il se trouve donc, l'espace d'un instant, « *hors du système juridique normalement valide* »²²³³. Il se tient dans une zone d'anomie où, en principe, la violence règne en maître. Sous cet angle, la spécificité du droit de la guerre apparaît nettement. Comme l'avait parfaitement perçu Emmanuel Kant, le droit de la guerre est, parmi tous les régimes juridiques du droit international, « *celui qui présente la plus grande difficulté, si l'on veut seulement s'en faire un concept* », car il se donne pour objet de réintroduire « *une loi dans [un] état sans lois* »²²³⁴.

²²³² M. GOUZY, « Le non-droit », *op. cit.*, § 18.

²²³³ C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 7, n. trad.

²²³⁴ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*, trad. A. PHILONENKO, préf. M. VILLEY, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2011 [1797], p. 316.

Chapitre 6. – La réintégration de la guerre dans l'ordre juridique international : le droit de la guerre comme droit d'exception

La guerre est, avant toute chose et partout, un désastre institutionnel, l'effondrement des systèmes juridiques, "cet état où l'on poursuit son droit par la force". Tous ceux qui ont vécu la guerre, et particulièrement les guerres de notre temps, savent que le déferlement de la violence est avant tout l'éradication des normes de comportement et des systèmes juridiques. (...) [L']action [humanitaire] vise à faire accepter par les belligérants un ordre juridique d'exception – le droit de la guerre ou le droit humanitaire – spécialement conçu pour ces situations.

Frédéric MAURICE²²³⁵

690. Dans l'ordre international, la guerre est initialement conçue comme un moment particulier où, l'exception ayant renversé la norme, les États sont libérés de l'interdiction d'employer la violence. Agissant hors du cadre libéral tracé par le droit international, les États « *retrouvent leur liberté d'action dans la mesure où cela est nécessaire aux fins d'une application fonctionnelle de la force* »²²³⁶. Les considérations pratiques d'efficacité, plutôt que le droit, guident dorénavant l'action de l'État²²³⁷.

691. Or, à part pour ceux qui voient dans la guerre un bien en soi, une opportunité de régénérer la nation par un apprentissage express des vertus viriles et patriotiques²²³⁸, la guerre est généralement perçue comme un problème. En effet, il n'est pas rare que juristes et philosophes décrivent l'irruption de la guerre comme un retour à l'état barbare, comme un « *fragment de nature sauvage partiellement reconduit* »²²³⁹. Et effectivement, si le

²²³⁵ F. MAURICE, « L'ambition humanitaire », *op. cit.*, p. 386.

²²³⁶ G. SCHWARZENBERGER, « Military Necessity... », *op. cit.*, p. 20, n. trad.

²²³⁷ Sur tout ceci, *v. supra*, Chapitre 5.

²²³⁸ Sur cette manière d'appréhender la guerre, *v. not.* A. VAGTS, *A History of Militarism*, *op. cit.* ; R. N. STROMBERG, *Redemption by War: The Intellectuals and 1914*, Lawrence, Regents Press of Kansas, 1982 ; J. MUELLER, *Retreat from Doomsday. The Obsolescence of Major War*, New York, Basic Books, 1989, pp. 37-52 ; R. CHICKERING, « Militarism and Radical Nationalism », in J. RETALLACK (dir.), *Imperial Germany 1871-1919*, Oxford, O.U.P., 2008, pp. 196-218.

²²³⁹ J. WESTLAKE, *International Law*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 3, n. trad.

progrès du droit international se mesure à sa capacité à substituer le droit à la violence²²⁴⁰, alors il est clair que la conversion de l'état de paix en état de guerre inverse le processus par lequel les peuples sont passés « *de la barbarie, du règne de la violence et de l'arbitraire, à un ordre des choses plus civilisé* »²²⁴¹. Symboliquement, le déclenchement de la guerre signale ainsi le retour à un état antérieur, pré-juridique des choses : l'empire civilisateur du droit s'effondre et, à l'image d'un retour à l'état de nature, la force se substitue de nouveau au droit. Le spectre d'un « *retour complet à l'anarchie* »²²⁴², d'une régression de la civilisation à « *l'état sauvage et aux temps barbares* »²²⁴³, plane de nouveau sur l'ordre international.

692. Cette manière de décrire les dangers de la guerre révèle, en filigrane, l'angoisse que les libéraux éprouvent face à l'éventualité d'un effondrement du droit au profit de la force. En effet, qu'il s'agisse de la guerre en droit international ou de l'état d'exception en droit interne, le problème fondamental est le même : l'État se libère, l'espace d'un instant, des règles que l'ordre juridique lui avait jusqu'alors imposées avec succès. L'État de droit (*Rechtsstaat*) redevient État de puissance (*Machtstaat*) et, dans ce clair-obscur, la force retrouve sa prééminence sur le droit. On peut donc dire de la guerre la même chose que ce que les juristes disent de l'état d'exception : une fois entré en guerre, « [l]a force ne se soumet plus aux règles qui limitent les conditions de son utilisation » et l'État se retrouve « *délivr[é] des carcans (...) qui tendraient à ralentir son action et à affaiblir sa puissance* »²²⁴⁴. En l'occurrence, avec la guerre, l'État se libère de l'interdiction de recourir à la force armée et de l'obligation corrélative de résoudre les conflits par des voies pacifiques. Il peut désormais chercher à obtenir par la violence ce qu'il n'a pu obtenir par le droit, ce qui rappelle cette époque pré-civilisationnelle, réelle ou fantasmée, où « *la force brutale gouvernait seule le monde* »²²⁴⁵.

693. Dès lors, comment traiter cette « *mise entre parenthèses du droit* »²²⁴⁶? Comment garantir que la guerre, comme l'état d'exception, ne conduise pas au déchaînement de « *la*

²²⁴⁰ V. p. ex. G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, op. cit., pp. 1-2.

²²⁴¹ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 4.

²²⁴² G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, op. cit., p. 10, n. trad.

²²⁴³ F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, op. cit., p. 149.

²²⁴⁴ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d'exception*, op. cit., p. 29.

²²⁴⁵ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 528.

²²⁴⁶ P.-C. FRIER, « *Les législations d'exception* », op. cit., p. 33.

violence pure de l'État »²²⁴⁷, au « *règne absolu de la force brutale* »²²⁴⁸? S'il existe différentes stratégies, plus ou moins radicales, que les opérateurs du droit peuvent adopter face au problème de l'état d'exception, il n'est pas étonnant que, pour ceux qui voient dans le droit *la garantie fondamentale contre l'arbitraire du pouvoir*, soumettre de nouveau l'action de l'État à l'empire du droit s'impose comme une solution évidente²²⁴⁹. Même en période de crise extrême, l'État doit être un *Rechtsstaat*, limité par le droit, plutôt qu'un *Machtstaat*, affranchi de toute contrainte juridique.

694. Cependant, l'état exceptionnel de la guerre ne peut être soumis qu'à un droit d'un genre particulier, dont la conceptualisation même « *présente la plus grande difficulté* »²²⁵⁰. En effet, soumettre la guerre au droit suppose de penser un régime juridique qui « *gouverne[rait] un état d'exception plutôt que la normalité* »²²⁵¹. Or, ceci n'a rien d'intuitif, puisque l'état d'exception désigne la condition résultant de la suspension de l'ordre juridique par les autorités suprêmes de l'État, celles-ci jugeant que les règles s'appliquant à son action ne lui permettent pas de résoudre rapidement et efficacement la crise à laquelle elles font face²²⁵². Dès lors, l'idée même de soumettre la guerre au droit présente une coloration paradoxale : elle suppose de réintroduire « *une loi dans [un] état sans lois* »²²⁵³, c'est-à-dire de parvenir à créer un droit s'appliquant à une situation initialement rejetée hors du droit.

695. À ce titre, de nombreux auteurs relèvent que le droit de la guerre n'est pas un régime juridique comme les autres. En effet, le *jus in bello* est souvent qualifié de « *droit anormal* »²²⁵⁴, de « *droit spécial* »²²⁵⁵, de « *droit d'urgence* »²²⁵⁶, de « *droit de*

²²⁴⁷ D. ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, n°291, 2006, p. 19.

²²⁴⁸ F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, *op. cit.*, p. 180.

²²⁴⁹ En ce sens, v. p. ex. R. KOLB, *Ius in bello*, *op. cit.*, pp. 6-7 (« *la guerre peut (et doit) être soumise à la discipline juridique. Comme tout rapport entre hommes, elle a besoin d'être ordonnée et limitée* »)

²²⁵⁰ E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 316.

²²⁵¹ J. KLEFFNER, « Section IX of the ICRC Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities: The End of *Jus in Bello* Proportionality as We Know It? », *Israel Law Review*, vol. 45, n°1, 2012, p. 39, n. trad.

²²⁵² Ce point a fait l'objet d'une démonstration *supra*, Chapitre 5, §§ 558-605.

²²⁵³ E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 316.

²²⁵⁴ V. p. ex. Q. WRIGHT, *A Study of War*, *op. cit.*, p. 694, n. trad.

²²⁵⁵ V. p. ex. CICR, *Droit international humanitaire et autres régimes juridiques : interaction dans les situations de violence*, Compte-rendu sommaire préparé par le CICR, Supplément au rapport préparé par le CICR intitulé « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » à l'occasion de la XXVIIème table ronde sur les problèmes actuels du droit international humanitaire, 2003, p. 7 ; H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 78, n. trad. ; H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses... », *op. cit.*, p. 398.

²²⁵⁶ V. p. ex. Q. WRIGHT, « Changes in the Conception of War », *op. cit.*, p. 760, n. trad. ; B. SAUL, « Terrorism, Counter-Terrorism and International Humanitarian Law », in B. SAUL, D. AKANDE (dir.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, O.U.P., 2020, p. 404, n. trad. ; M. E. BARI, « Introduction to International Humanitarian Law », *The Dhaka University Studies*, vol. 9, n°1, 1998, p. 1, n. trad. ; J. MEURANT, « Droit humanitaire et droits de l'homme : spécificités et convergences », *R.I.C.R.*, vol. 75, n°800, 1995, p. 95.

nécessité »²²⁵⁷, de « *droit extraordinaire* »²²⁵⁸ ou – plus explicite encore – de « *droit d'exception* »²²⁵⁹ ou d'« *ordre juridique d'exception* »²²⁶⁰. À chaque fois, ces expressions témoignent du fait que le droit de la guerre est un régime juridique particulier, irréductible aux autres régimes juridiques du droit international public. Cependant, pour saisir pleinement ce qui fait la spécificité du *jus in bello*, deux concepts doivent être mobilisés. Le premier concept, celui d'état d'exception, permet de voir que la guerre est initialement construite comme un moment situé hors du droit qu'il semble donc paradoxalement vouloir réintégrer dans le droit, celui-ci en ayant été constitutivement exclu²²⁶¹. Le second concept, celui de « droit d'exception », désigne les régimes juridiques conçus pour s'appliquer dans l'exception à la norme, dans les moments de crise extrêmes où le droit normal cesse de s'appliquer. Il permet de rendre compte de la nature particulière de ce droit « spécial », dérogatoire du droit commun, qui entre en application lorsque le droit « normal » est mis en échec par l'apparition de circonstances exceptionnelles.

696. La soumission de l'état d'exception à un droit spécial²²⁶² constitue l'une des stratégies que l'on peut adopter pour répondre au problème posé par n'importe quel état d'exception, état de guerre compris. En effet, le dédoublement entre un droit normal, applicable lorsque les conditions de fait permettent un fonctionnement régulier du droit et des institutions, et un droit spécial, applicable lorsque ces conditions de fait sont troublées au point de provoquer la suspension du droit commun, permet à l'ordre juridique de récupérer « *ce qui normalement lui échappe* »²²⁶³. Cette stratégie permet donc aux libéraux de « *maintenir l'état d'exception (...) dans l'orbite ou dans les limites de l'État de droit* » et d'éviter que le droit et, par extension, les juristes, n'aient plus « *qu'à s'incliner devant le souverain doté d'une habilitation illimitée* »²²⁶⁴. Grâce à ce dédoublement normatif, l'ordre juridique réinstaure son emprise sur l'anomie.

²²⁵⁷ G. ROLIN-JAEQUEMYNS, « Chronique du droit international », *op. cit.*, p. 669 ; CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN *et al.*], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, *op. cit.*, § 1394, p. 397 ; D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, *op. cit.*, vol. 2, p. 490 ; R. KOLB, *Ius in bello*, *op. cit.*, p. 118.

²²⁵⁸ V. p. ex. D. CUMIN, *Le droit de la guerre*, vol. 1, *op. cit.*, p. 32.

²²⁵⁹ V. p. ex. F. MAURICE, « L'ambition humanitaire », *op. cit.*, p. 386 ; T. D. GILL, « Some Thought on the ICRC Support Based Approach », *Questions de droit international*, vol. 59, 2019, p. 53, n. trad. ; J. GRIGNON, « Amplitude et subtilité du droit international humanitaire dans la guerre en Ukraine », *Le Rubicon*, 25 avr. 2022.

²²⁶⁰ V. p. ex. F. MAURICE, « L'ambition humanitaire », *op. cit.*, p. 386 ; David CUMIN, *Le droit de la guerre*, *op. cit.*, vol. 1, p. 32.

²²⁶¹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5.

²²⁶² Tout au long de cette étude, l'expression « droit spécial » sera employée comme un synonyme de l'expression « droit d'exception ».

²²⁶³ X. MAGNON, « Le concept d'état d'exception... », *op. cit.*

²²⁶⁴ J.-C. MONOD, « Préface », *op. cit.*, pp. 29 et 36.

697. Poursuivant l'analogie entamée dans le chapitre précédent, où il fut démontré que l'état particulier des relations internationales provoqué par l'entrée en guerre constituait un état d'exception au paradigme normal, ce chapitre va s'attacher à mettre en lumière le fait que le droit de la guerre répond à toutes les caractéristiques d'un droit d'exception²²⁶⁵. La mise en lumière de cette caractéristique du droit de la guerre est d'une grande importance pour la démonstration générale au cœur de cette seconde partie, celle de l'impossibilité du droit de la guerre. En effet, si le droit de la guerre constitue bel et bien un droit d'exception, une question ne cessera jamais de se poser : le *jus in bello*, en tant que droit d'exception, est-il en capacité de subsumer entièrement et définitivement l'état exceptionnel de la guerre dans le droit ? La guerre peut-elle être normée, réglée, régulée au point d'en faire oublier sa qualité première d'état d'exception ? Malgré la finesse de ses anticipations aprioristes, le droit de la guerre n'est-il pas susceptible d'être lui-même exposé à des situations exceptionnelles, à des cas d'extrême urgence où l'État fait face à la nécessité de *faire exception au droit d'exception* ?

698. Avant d'explorer cette problématique de la résurgence de l'exception, il faut démontrer que le droit de la guerre peut être qualifié de « droit d'exception ». Pour ce faire, il est nécessaire de voir qu'il existe différentes stratégies, plus ou moins radicales, pour faire face au problème posé par l'état d'exception et que l'encadrement de l'état d'exception par un droit lui-même exceptionnel constitue l'une de ces stratégies. Il faut, en d'autres termes, inscrire la méthode du droit d'exception dans la typologie des stratégies à disposition des opérateurs du droit pour appréhender le phénomène de l'état d'exception. L'analyse de ces stratégies révélera que, dans l'ordre interne, l'idée d'encadrer l'action du temps de crise par un droit d'exception naît comme une alternative pragmatique à deux stratégies extrêmes : l'absolutisme, soit l'idée que l'État ne peut jamais s'affranchir du respect du droit pour affronter l'exception, et le nihilisme, qui défend à l'inverse une liberté absolue de l'État confronté à l'exception (**Section 1**). Une fois ce cadre conceptuel posé, l'analogie avec l'ordre international deviendra évidente. Dans l'ordre international, l'idée d'encadrer la conduite de la guerre par un droit international d'exception, le droit de la guerre, naît également comme une alternative pragmatique à deux stratégies extrêmes : le pacifisme, soit l'idée que l'État ne devrait jamais pouvoir s'affranchir du cadre juridique libéral tracé par le

²²⁶⁵ Pour le dire rapidement et au risque de la caricature, l'objet de ce chapitre est de démontrer que le droit de la guerre constitue, dans l'ordre juridique international, un équivalent fonctionnel de la loi de 1955 sur l'état d'urgence dans l'ordre juridique français.

droit international, et le militarisme, qui prône en miroir la liberté absolue de l'État pour déclencher l'état exceptionnel de la guerre et agir dans celui-ci (**Section 2**).

Section 1. – L'encadrement de l'action de l'État en temps de crise par un droit d'exception, une alternative pragmatique aux stratégies extrêmes de l'absolutisme et du nihilisme

699. Au sein des sociétés libérales, l'irruption d'une situation d'exception²²⁶⁶, donne naissance à un dilemme plaçant face à face deux impératifs : l'impératif de sauvegarde de l'État et l'impératif de conservation du droit²²⁶⁷. Dans le spectre des réponses possibles à ce dilemme, il est possible de distinguer trois stratégies²²⁶⁸, que l'on peut catégoriser selon la prévalence plus ou moins marquée qu'elles octroient à l'un ou l'autre des deux impératifs en concurrence. Aux deux extrémités du spectre se trouvent deux stratégies, « extrêmes » au sens où elles affirment la primauté inconditionnelle de l'un ou l'autre des deux impératifs : l'absolutisme, qui consacre la primauté absolue de la conservation du droit sur la sauvegarde de l'État, et le nihilisme qui, en miroir, consacre la primauté absolue de la sauvegarde de l'État sur la conservation du droit (**Sous-section 1**). Entre ces deux extrêmes, l'encadrement de l'action de l'État en temps de crise par un droit spécial, dérogatoire du droit commun, constitue une stratégie alternative face aux excès de l'absolutisme et du nihilisme (**Sous-section 2**)

Sous-section 1. – Deux stratégies extrêmes face au problème de l'état d'exception : l'absolutisme et le nihilisme

700. La typologie des stratégies disponibles face au problème posé par l'état d'exception est bornée, à ses extrémités, par deux stratégies qui affirment soit la prévalence inconditionnelle de l'impératif de sauvegarde de l'État, soit la primauté absolue de l'impératif libéral de conservation du droit. Dans l'exposition de ces deux stratégies extrêmes, il s'agira, pour chaque stratégie, de mettre en avant les arguments sur lesquels

²²⁶⁶ Sur la définition de la notion de « situation d'exception », v. *supra*, Chapitre 5, 574-588.

²²⁶⁷ Sur ce dilemme, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 587-588.

²²⁶⁸ Sur ces trois stratégies, v. not. O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, pp. 1042-1069 ; O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, pp. 17-170.

elles reposent et les critiques qui leur sont opposées. Tout d'abord, il est possible d'adopter, vis-à-vis de l'état d'exception, une stratégie « absolutiste »²²⁶⁹ consistant à s'opposer, par principe, à la possibilité même de suspendre l'ordre juridique pour affronter l'exception (§ I). En miroir, on peut adopter vis-à-vis de l'état d'exception une stratégie « nihiliste »²²⁷⁰, laquelle consiste à s'opposer, par principe, à toute tentative visant à encadrer juridiquement la réaction de l'État confronté à l'exception (§ II).

§ I. – L'opposition de principe à la possibilité de suspendre l'ordre juridique pour affronter l'exception : l'absolutisme

701. Dans la gamme des réponses possibles à l'apparition d'une situation d'exception, la stratégie absolutiste consiste à imposer à l'État un respect absolu et inconditionnel des principes fondamentaux de l'ordre juridique libéral et des règles de droit qui en découlent²²⁷¹. Ceci revient à résoudre le dilemme susmentionné dans le sens d'un respect inconditionnel des principes fondamentaux de l'ordre libéral : l'État ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, opérer au-delà des limites tracées par le droit. Aucune situation d'exception, aussi dramatique soit-elle, ne peut « *excuser ou justifier une suspension, totale ou partielle, d'un quelconque élément du système juridique ordinaire* »²²⁷². La position absolutiste rejette ainsi l'idée que le combat contre les menaces exceptionnelles permette « [d']introduire des changements (...) au système légal et constitutionnel existant », au motif que « [l]e système juridique ordinaire prévoit déjà les réponses nécessaires à n'importe quelle crise »²²⁷³. Par conséquent, l'émergence d'une situation d'urgence non-anticipée par le législateur ne justifie jamais l'élargissement des prérogatives du pouvoir exécutif, ni le rétrécissement des droits fondamentaux des citoyens²²⁷⁴. Il n'existe qu'un seul droit, valable « *pour toutes les saisons* »²²⁷⁵, en période normale comme en période d'exception²²⁷⁶.

²²⁶⁹ Ce qualificatif est tiré de O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, p. 87 (où les auteurs qualifient cette position de « *constitutional absolutism* »).

²²⁷⁰ De même, ce qualificatif est tiré de *ibid.* (où les auteurs qualifient la doctrine de Carl SCHMITT, occupant par excellence de cette position, de « *nihilistic* »).

²²⁷¹ Sur cette stratégie, v. not. O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, pp. 1043-1058 (où cette stratégie est décrite sous le nom de « *Business-as-Usual model* ») ; O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, pp. 86-109 (où cette stratégie est décrite sous le nom de « *Law for all seasons* ») ; J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of the Exception », *op. cit.*, pp. 223-224 (où cette stratégie est décrite sous le nom de « *doctrine moniste* »).

²²⁷² O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, p. 1044, n. trad.

²²⁷³ O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, p. 86, n. trad.

²²⁷⁴ *Ibid.*

²²⁷⁵ *Ibid.*, n. trad.

²²⁷⁶ Pour des exemples textuels, jurisprudentiels et doctrinaux de mise en œuvre de cette stratégie absolutiste, v. p. ex. BELGIQUE, *Constitution du 17 fév. 1994*, art. 187 (« [l]a Constitution ne peut être suspendue en tout ni en

702. Dès lors, la stratégie absolutiste prône un respect inconditionnel du droit en vigueur, lequel ne connaît aucune exception, même dans les cas les plus extrêmes – l'ordre juridique ne connaît aucune lacune que les situations d'exception révéleraient et que, face à l'urgence, le pouvoir exécutif pourrait lui-même combler²²⁷⁷. Par conséquent, l'État ne saurait se prévaloir de l'existence d'une menace exceptionnelle et du défaut d'anticipation du législateur pour pénétrer dans un espace d'action situé hors du droit, où certains moyens d'action exceptionnels, dérogeant aux règles de droit commun, pourraient licitement être employés. Les situations d'exception ne peuvent être combattues qu'à l'intérieur de l'ordre juridique, avec les moyens qu'il met à disposition de l'État. Toute action excédant les limites tracées par le droit valable en temps normal sera *ipso facto* jugée illicite. En prônant un respect inconditionnel du droit en vigueur, la stratégie absolutiste empêche donc l'État d'entrer dans l'état d'exception.

703. La stratégie absolutiste repose sur un argument de taille : admettre que l'État puisse se prévaloir de l'existence d'une situation d'extrême urgence pour s'affranchir du respect du droit revient à abandonner l'essence même du libéralisme politique et à réintroduire, au cœur de l'État libéral, un espace réservé de souveraineté absolue²²⁷⁸. En effet, si l'on admet que l'État s'affranchisse du droit en vigueur pour combattre l'exception par des moyens extrajuridiques, toutes les garanties contre les abus du pouvoir tombent, et tout un chacun se retrouve exposé à l'arbitraire du pouvoir. Car, une fois pénétré dans le hors-droit, qu'est-ce qui peut encore empêcher que l'État n'agisse « *de manière tyrannique ou égoïstement, au détriment de la liberté, de l'égalité et du progrès national à long terme* »²²⁷⁹ ? Comment peut-on garantir que l'État exerce sa liberté retrouvée dans le sens de l'intérêt général plutôt que pour « *faire des choses préjudiciables au peuple* »²²⁸⁰ ? Et comment se prémunir contre la possibilité que les titulaires du pouvoir exécutif profitent de cet état des choses pour

partie ») ; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, COUR SUPREME, *Ex parte Milligan*, arrêt du 3 avr. 1886, 171 U.S. 2 (1866), pp. 120-121 (« [t]he Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances. No doctrine, involving more pernicious consequences, was ever invented by the wit of man than that any of its provisions can be suspended during any of the great exigencies of government. Such a doctrine leads directly to anarchy or despotism, but the theory of necessity on which it is based is false; for the government, within the Constitution, has all the powers granted to it, which are necessary to preserve its existence ») ; J. J. PAUST, « Post-9/11 Overreaction and Fallacies Regarding War and Defense, Guantanamo, the Status of Persons, Treatment, Judicial Review of Detention, and Due Process in Military Commissions », *Notre Dame Law Review*, vol. 79, n°4, 2004, pp. 1339-1340 (« the Executive Branch has no power except to necessitate and no lawful authority to act outside the Constitution either here or abroad »).

²²⁷⁷ Sur l'argument absolutiste de la « complétude » du système juridique, v. O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, pp. 1046-1048.

²²⁷⁸ Sur la conception libérale de l'État, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 563-573.

²²⁷⁹ Mémorandum de Laurence H. TRIBE aux auteurs de la Constitution de la République fédérale tchèque et slovaque, cité in O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, p. 1052, n. trad.

²²⁸⁰ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 266.

accomplir des desseins inavouables – éradiquer l’opposition politique, instaurer un système de contrôle généralisé de la population ou réformer les institutions dans un sens favorable à leurs intérêts ?

704. Ainsi, l’idée que le pouvoir d’État doive être limité par des règles de droit, soit le fondement même du libéralisme politique, trouve dans les situations exceptionnelles de crise son véritable test : ces crises permettent de vérifier la viabilité du système libéral lui-même²²⁸¹. C’est pourquoi, pour les tenants cette position, les situations d’exception ne sauraient être affrontées « *en dehors du droit, mais dans le cadre du droit, en utilisant les outils que le droit met à disposition des États démocratiques* »²²⁸². Dans le cas contraire, l’État libéral avouerait son impuissance et concéderait la nécessité d’épouser, face à l’exception, une conception absolutiste du pouvoir²²⁸³. Il se transformerait en son *doppelgänger*²²⁸⁴. Or, n’est-ce pas précisément dans ces moments de crises extrêmes que l’engagement en faveur de l’État de droit et le respect des droits fondamentaux sont les plus nécessaires ?²²⁸⁵ Dès lors, quel sens y aurait-il à sauver un État incapable de respecter ses principes fondateurs dans les situations où ceux-ci sont mis à l’épreuve ? Pour les défenseurs de la stratégie absolutiste, ceci n’a aucun sens : « *un pays, préservé au prix du sacrifice de tous les principes cardinaux de la liberté, ne vaut pas la peine d’être sauvé* »²²⁸⁶.

705. En somme, la primauté inconditionnelle de la conservation du droit sur la sauvegarde de l’État se justifie par l’idée, à forte résonnance au sein des sociétés libérales, selon laquelle « *un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l’une ni l’autre, et finit par perdre les deux* »²²⁸⁷. L’État ne saurait s’affranchir des règles de droit pour combattre l’exception de manière effective, car ceci reviendrait à raviver une souveraineté absolue de l’État, synonyme de perte de liberté, d’oppression, et d’abandon de

²²⁸¹ C'est d'ailleurs l'un des sens que l'on peut attribuer à la célèbre maxime de Carl SCHMITT selon laquelle « *l'exception est plus intéressante que la norme* » (C. SCHMITT, *Political Theology*, op. cit., p. 15, n. trad.) : les situations d’exception révèlent les lacunes du libéralisme politique et démontrent, selon Carl SCHMITT, son impossibilité même.

²²⁸² A. BARAK, « Human Rights in Times of Terror – A Judicial Point of View », *Legal Studies*, vol. 28, n°4, 2008, p. 496, n. trad.

²²⁸³ Telle est notamment la thèse de Giorgio AGAMBEN et de Walter BENJAMIN.

²²⁸⁴ V. p. ex. les propos de Benjamin CONSTANT, cités par J.-C. MONOD, « Préface », op. cit., p. 22 (« *le pouvoir, en s'affranchissant des lois, abdique son caractère distinctif (...). Tout gouvernement se perd en sortant de la légalité* »).

²²⁸⁵ G. OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflict*, op. cit., p. 170 (« *[d]erogation remains a paradox for the way it allows the suspension of rights precisely in times when they are most needed. The way in which states deal with the human rights obligations in situations of crisis can be seen as the acid test for their commitment, given that it is precisely in such situations where human rights protection against abusive and overreacting security forces in defence of a state apparatus under threat becomes important* »).

²²⁸⁶ ÉTATS-UNIS D’AMÉRIQUE, COUR SUPREME, *Ex parte Milligan*, op. cit., p. 126.

²²⁸⁷ Cette citation est généralement attribuée à Benjamin FRANKLIN.

l'identité même des sociétés libérales. Les garanties fondamentales de l'ordre libéral doivent donc être maintenues contre vents et marées ; aucune situation, aussi exceptionnelle soit-elle, ne peut justifier que l'État affronte l'exception hors du cadre dessiné par le droit. L'ordre juridique ne tolère l'existence d'aucun en-dehors.

706. Cependant, cette position peut également faire l'objet d'une critique dévastatrice : on peut arguer que cette théorie est profondément utopique, au sens où elle présuppose une qualité humaine – l'adhésion inconditionnelle aux principes – dont l'histoire contemporaine nous montre que les gouvernants, plus hommes que dieux, sont manifestement démunis. En effet, il est clair que, « *[f]ace à des menaces graves pour la vie de la nation, le gouvernement prendra toutes les mesures qu'il jugera nécessaires pour résoudre la crise. Indépendamment de la question de savoir si le gouvernement doive agir de la sorte, l'histoire montre qu'il le fait* »²²⁸⁸. Ainsi, prêcher le respect inconditionnel des règles juridiques, même dans les situations de crise les plus extrêmes, est une prise de position facile, exprimant la distance et la méconnaissance de ceux qui la tiennent vis-à-vis de la réalité concrète du pouvoir. Car l'histoire témoigne de ce qu'il existe des cas où « *ceux qui sont à la tête de l'État, et qui sont responsables de sa survie et de sa sécurité, considèrent certains écarts à la loi (...) comme une nécessité inévitable* »²²⁸⁹. Dès lors, le droit ne saurait fermer les yeux sur cette réalité sans passer pour une construction idéaliste, aveugle vis-à-vis de la réalité concrète qu'elle est censée régir. Confronté à l'exception véritable, aucun gouvernant ne saurait faire preuve d'une adhésion aussi religieuse aux principes. De fait, qu'on la veuille ou non et quoiqu'en dise le droit, la conservation du groupe primera toujours sur le respect des règles juridiques, même les plus fondamentales. Face à ce constat, ne faut-il donc pas acter l'impossibilité, pour le droit, de régir l'exception ?

§ II. – L'opposition de principe à la possibilité d'encadrer juridiquement la réaction de l'État confronté à l'exception : le nihilisme

707. À l'opposé du spectre, il est possible de résoudre le dilemme provoqué par l'apparition d'une situation exceptionnelle en proclamant la primauté absolue de la

²²⁸⁸ O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, p. 1044, n. trad.

²²⁸⁹ ISRAËL, HAUTE COUR DE JUSTICE, *Brazilai v. The Government of Israel*, arrêt du 6 août 1986, H.C.J. 428/86, p. 82, n. trad.

sauvegarde de l'État. Dans un tel schéma, on admet que, face à une situation d'extrême urgence ne pouvant être combattue dans les limites tracées par l'ordre juridique, l'État puisse pénétrer dans une zone située hors du droit, dans laquelle aucune règle, norme ou principe ne peut être opposée à son action. En effet, dans le cas où les règles de droit sont « *trop inflexibles et trop rigides pour satisfaire les besoins sécuritaires des États* »²²⁹⁰, ceux-ci doivent pouvoir s'en affranchir au nom de la nécessité de sauver l'État. Le salut du peuple étant érigé au rang de loi suprême, comme le veut la maxime *salus populi suprema lex esto*, la suspension de toutes les règles de rang inférieur, même constitutionnelles, se justifie²²⁹¹. Pour les tenants de la position nihiliste, il ne saurait donc y avoir de place pour une « *approche "légaliste-moraliste" dans la gestion des situations d'urgence* »²²⁹² : confronté à l'exception, le pouvoir exécutif doit être habilité à entrer dans un espace anomique où il jouirait d'une « *liberté pleine et entière pour déterminer les mesures à prendre pour lutter efficacement contre [la crise]* »²²⁹³.

708. Dans sa version complète, la stratégie nihiliste ne se contente pas d'affirmer que l'État jouit d'une liberté absolue pour déterminer les moyens d'action pouvant être mis en œuvre pour affronter la situation d'exception. Cette stratégie se double de l'affirmation selon laquelle l'État jouit d'une liberté absolue pour déterminer *quand* une telle situation nécessitant de sortir de l'ordre juridique existe. C'est qu'en effet, avant même de se poser la question des moyens à mettre en œuvre pour affronter l'exception, il faut déterminer si une telle situation d'exception existe en fait. Ici, la position nihiliste affirme que, par définition, l'ordre juridique ne saurait prévoir à l'avance quelles situations pourraient être qualifiées d'exceptionnelles. Ces situations se définissant par leur caractère imprévu, c'est-à-dire par le fait qu'elles ne soient pas anticipées par l'ordre juridique, il est par définition impossible de « *prévoir l'imprévisible* »²²⁹⁴ – l'exception relevant de l'inconnu, elle ne peut être « *circonscrite factuellement* »²²⁹⁵. Par conséquent, la liberté de l'État face à l'exception se déploie sur deux plans : sur le plan de la qualification d'une situation de « situation exceptionnelle », justifiant la suspension de l'ordre juridique, et sur le plan de l'action

²²⁹⁰ O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, p. 1042, n. trad.

²²⁹¹ En ce sens, v. p. ex. la position de Maurice HAURIOU, cité in P. CAILLE, « L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *Revue du droit public*, 2007, n°2, p. 332 (« *les conditions nécessaires de l'État (...) sont plus fondamentales encore que les règles positives de la Constitution écrite* »).

²²⁹² O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, p. 1042, n. trad., faisant référence à la célèbre phrase de G. F. KENNAN, *American Diplomacy, 1900-1950*, Chicago/Londres, Chicago University Press, 1951, p. 95.

²²⁹³ O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, p. 1042, n. trad.

²²⁹⁴ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 21.

²²⁹⁵ C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 6, n. trad.

concrète de l'État, c'est-à-dire sur le plan des moyens à mettre en œuvre pour affronter efficacement l'exception²²⁹⁶. En miroir, le droit est doublement silencieux face à l'exception : il ne peut anticiper à l'avance ni « *les détails précis d'une situation d'urgence* », ni énoncer « *ce qui peut être fait dans un tel cas* »²²⁹⁷. Le droit peut seulement « *indiquer qui peut agir* »²²⁹⁸. Cette personne ou cet organe jouira alors du pouvoir de décider « *s'il existe une situation d'extrême urgence* » et du pouvoir de déterminer « *ce qui doit être fait pour l'éliminer* »²²⁹⁹. *Necessitas non habet legem* – relevant de l'inconnu et de l'inconnaissable, l'exception ne peut être encadrée par des normes posées *a priori*. La réaction de l'État confronté à l'exception ne peut donc être soumise à aucune réglementation juridique *a priori*. Seules les nécessités de l'instant détermineront la marche à suivre²³⁰⁰.

709. Au soutien de cette position, il est possible de mobiliser un argument puissant : interdire à l'État de s'affranchir des règles de droit encadrant son action lorsque l'existence même de l'État est en jeu revient à signer l'arrêt de mort du libéralisme politique et à laisser le champ libre à ceux qui cherchent à le détruire²³⁰¹. En effet, maintenir l'intangibilité de l'ordre juridique libéral même face aux crises les plus extrêmes conduit à faire des principes fondamentaux du libéralisme politique un pacte suicidaire²³⁰² : les hommes devraient respecter ces principes jusqu'à la mort, littéralement. Or, cette position de principe, véritable fétichisme de la forme, tourne à l'absurde dès lors que l'existence du groupe est en jeu. En effet, n'est-il pas dangereux de vouloir affirmer les principes libéraux « *jusqu'à s'ôter le pouvoir d'en suspendre l'effet* »²³⁰³ ? Quel est l'intérêt de conserver les principes

²²⁹⁶ Sur ces deux niveaux de la réaction de l'État confronté à une situation d'exception, v. not. M. GOUZY, « Le non-droit », *op. cit.*, § 18.

²²⁹⁷ C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 6, n. trad. Dans le même sens, Alexander HAMILTON jugeait que « *it is impossible to foresee or to define the extent and variety of national exigencies, and the correspondent extent and variety of means which may be necessary to satisfy them. The circumstances that endanger the safety of nations are infinite, and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed* » (A. HAMILTON, cité in O. GROSS, « Providing for the Unexpected: Constitutional Emergency Provisions », *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 33, 2003, p. 9).

²²⁹⁸ *Ibid.*, p. 7, n. trad.

²²⁹⁹ *Ibid.*, n. trad.

²³⁰⁰ Un bon exemple de mise en œuvre de la stratégie nihiliste peut être trouvé dans le système juridique suisse. En effet, comme le relève Anna Khakee, la Suisse « *has deliberately, by government decision, chosen not to adopt any written rules, constitutional or otherwise, for emergencies so as not to hamper the executive in its handling of a crisis. Rather, it relies on an extra-constitutional and un-codified "doctrine of necessity", which stipulates that, in a severe emergency, the government may seize almost total power, leaving the parliament toothless* » (A. KHAKEE, « Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe », *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces*, Policy Paper n°30, 2009, p. 18).

²³⁰¹ Ce point fut notamment défendu avec force dans l'entre-deux-guerres par K. LOEWENSTEIN, « *Militant Democracy and Fundamental Rights I* », *American Political Science Review*, vol. 31, n°3, 1937, pp. 417-432 et K. LOEWENSTEIN, « *Militant Democracy and Fundamental Rights II* », *American Political Science Review*, vol. 31, n°4, 1937, pp. 638-568.

²³⁰² R. A. POSNER, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, O.U.P., 2006.

²³⁰³ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, préf. B. BERNARDI, Paris, Flammarion, coll. « GF », 2012 [1762], p. 160.

fondamentaux du libéralisme politique s'il n'y a plus aucune collectivité humaine pour les porter en pratique ? Un bon libéral n'est-il pas avant tout un libéral vivant ? Dès lors, face à une situation de crise mettant en danger la survie même du groupe, n'est-il pas légitime de s'extraire temporairement du cadre libéral pour en défendre concrètement l'existence, et ce par tous les moyens nécessaires ?

710. Reconnaissant qu'il est des cas où nécessité fait loi, la position nihiliste habilite l'État à sortir de l'ordre juridique pour en assurer la défense concrète. Les principes libéraux ne valent qu'en temps normal, c'est-à-dire lorsque les conditions de possibilité de leur application régulière sont remplies. Dès lors qu'une situation d'exception met l'ordre juridique libéral en échec, il faut permettre à l'État de s'affranchir entièrement des contraintes imposées par cet ordre, en permettant au pouvoir exécutif de passer outre le principe de légalité, de concentrer le pouvoir entre ses mains et de porter des atteintes exceptionnelles aux droits fondamentaux. Toute solution inverse reviendrait à nier la force normative des événements et des nécessités de l'existence, qui exigent parfois de suspendre temporairement l'adhésion inconditionnelle aux principes libéraux pour les défendre matériellement, y compris, s'il le faut, par la violence.

711. Cependant, le nihilisme s'expose à une critique majeure. En effet, cette position revient à abandonner l'identité même du libéralisme politique et à permettre la résurgence de l'État absolutiste, soit la forme même de souveraineté que l'État libéral se devait de combattre. Une fois l'ordre juridique suspendu, toutes les barrières contre l'exercice arbitraire du pouvoir tombent : l'État retrouve sa liberté originelle d'agir comme un être instrumentalement rationnel. Pour que cette pratique du pouvoir ne mène pas les sociétés libérales au règne de l'arbitraire, il faudrait que les titulaires du pouvoir politique disposent d'un sens de la justice et d'une intégrité morale à toute épreuve. Or, peut-on réellement s'en remettre au sens de la justice et à l'intégrité morale de celles et ceux qui exercent le pouvoir ?²³⁰⁴ L'enseignement principal du libéralisme politique n'est-il pas justement que le pouvoir à tendance à corrompre les hommes, et qu'il est par conséquent nécessaire de soumettre leur action à l'empire du droit ?²³⁰⁵ Une fois l'ordre juridique suspendu, plus rien ne distingue l'État libéral de son némésis, l'État totalitaire – en proclamant la primauté

²³⁰⁴ V. p. ex. P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 34 (« [l]e règne des sages de Platon est-il envisageable ? »).

²³⁰⁵ Sur ce point, v. *supra*, §§ 563-566 et *infra*, Chapitre 7, § 736.

absolue de la sauvegarde de l'État sur la conservation du droit, l'État libéral en vient à se détruire lui-même.

*

712. Conclusion de la Sous-section 1. Face au problème posé par l'apparition d'une situation d'extrême urgence dont les autorités suprêmes de l'État jugent qu'elle ne peut être affrontée dans le cadre tracé par le droit, deux stratégies radicales sont immédiatement disponibles. À une extrémité du spectre se trouve la position absolutiste, qui fait prévaloir l'impératif libéral de conservation du droit sur la sauvegarde de l'État : l'État ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, s'affranchir du respect des règles juridiques. Cette position revient à faire de l'ordre juridique un ordre complet, sans lacune, qui ne tolère l'existence d'aucune zone d'anomie dans laquelle l'État pourrait pénétrer pour combattre une menace exceptionnelle par des moyens extra-juridiques. À l'autre extrémité du spectre se trouve la position nihiliste, qui fait prévaloir la sauvegarde de l'État sur la conservation du droit : l'État est habilité à passer outre le respect des règles juridiques chaque fois que l'impératif de sauvegarde de l'État l'exige. Cette position fait de l'état d'exception une pratique du pouvoir libérée de toute forme d'emprise juridique : l'entrée dans l'état d'exception étant une réaction à l'apparition d'une situation inconnue, excédant les capacités d'anticipation de l'ordre juridique, il est par définition impossible de fixer par avance quand une telle situation existe et ce qui peut être fait pour l'éliminer. Les deux extrêmes du spectre des stratégies disponibles pour répondre au problème de l'exception étant identifiés, il reste à en déterminer le centre – et c'est ici que la notion de droit d'exception fait son apparition.

Sous-section 2. – La production d'un droit d'exception, une stratégie alternative face aux excès de l'absolutisme et du nihilisme

713. Dans la typologie des stratégies disponibles pour faire face au problème de l'état d'exception, la soumission de l'action de l'État en période d'exception à un droit spécial, dérogatoire du droit commun, constitue une stratégie alternative aux excès de l'absolutisme et du nihilisme, une voie médiane entre ces deux stratégies radicales (§ I). Une fois mis en lumière le compromis complexe que cette stratégie alternative cherche à réaliser, il faudra rendre la notion de droit d'exception tangible en exposant les deux techniques par lesquelles

elle se réalise concrètement sur le plan juridique, à savoir la technique des clauses de dérogation et la technique des législations d'exception (**§ II**).

§ I. – La production d'un droit d'exception, une voie médiane entre absolutisme et nihilisme

714. Dans la typologie des stratégies disponibles pour faire face au problème posé par l'état d'exception, il existe une stratégie alternative qui cherche à dépasser l'opposition entre absolutisme et nihilisme en tentant d'accompoder les impératifs de sauvegarde de l'État et de conservation du droit²³⁰⁶.

715. Cette stratégie alternative se définit, dans un premier temps, par un rejet de l'absolutisme et du nihilisme. D'une part, cette stratégie rejette l'idée, propre aux partisans de l'absolutisme, que l'État ne puisse jamais s'affranchir des règles juridiques l'empêchant d'agir de manière rapide et effective pour répondre à une situation d'extrême urgence dans laquelle la vie de la nation se trouve menacée. Cette position de principe est bien trop irréaliste, car elle place sur l'État un fardeau impossible à porter en pratique : de fait, il y a des cas où le droit doit être suspendu pour permettre à l'État d'en défendre concrètement l'existence. Par conséquent, il faut permettre à l'État d'opérer dans un espace d'action où les règles valables en temps normal ne s'appliquent plus. Mais d'autre part, cette stratégie alternative rejette également l'idée, propre au nihilisme, selon laquelle cet espace d'action échapperait à toute forme d'emprise juridique. En effet, on ne saurait tolérer que l'État jouisse d'une liberté absolue pour dire quand l'état d'exception peut être déclaré et ce qui peut être fait pour vaincre l'exception : une telle liberté risque de conduire à la naissance d'un pouvoir arbitraire et de saper les fondements mêmes de l'État de droit. Par conséquent, s'il faut permettre à l'État d'opérer hors du droit valable en temps normal, l'état d'exception ne saurait être compris comme un espace d'action entièrement soustrait à l'empire du droit.

716. À première vue, ce double rejet semble déboucher sur une position paradoxale. En effet, comment peut-on à la fois accepter que l'État s'affranchisse des règles juridiques

²³⁰⁶ Gross décrit cette stratégie par le fait qu'elle cherche à construire des « *models of accommodation* » (v. O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, p. 1058).

lorsque celles-ci l'empêchent d'affronter effectivement la crise et exiger que l'action de l'État en période de crise soit soumise à des règles juridiques ? N'est-il pas absurde d'autoriser l'État à s'émanciper du droit pour affronter l'exception tout en exigeant que la réaction de l'État face à l'exception soit soumise au droit ?

717. Pour sortir de ce paradoxe, la stratégie alternative opère un « *dédoubllement* »²³⁰⁷ de l'ordre juridique entre un « droit normal », applicable lorsque les conditions de fait permettent le fonctionnement régulier du droit et des institutions, et un « droit d'exception », qui entre en application dès lors que ces conditions de fait sont bouleversées par l'apparition de circonstances extrêmes et non-anticipées (ou mal anticipées) par l'ordre juridique. En effet, la soumission de l'action de l'État en période d'exception à un droit lui-même exceptionnel permet de tenir la ligne de front naissant du double rejet de la stratégie absolutiste et de la stratégie nihiliste. D'un côté, la stratégie de soumission de l'action du temps de crise à un droit d'exception admet que l'État puisse s'émanciper des règles valables en temps normal pour affronter l'exception par des moyens effectifs, illicites au regard du droit commun. Effectivement, une fois que les conditions d'application du droit d'exception sont réunies, l'État opère dans un état alternatif à l'état normal : il peut désormais agir au-delà des limites contraignant son action en temps normal. Mais d'un autre côté, cette stratégie alternative ne débouche pas sur la création d'un espace de liberté absolue, sur une zone d'anomie entièrement soustraite à l'emprise du droit. En effet, un droit spécial, définissant à la fois les conditions de sa propre application (qui sont toujours en même temps les conditions de suspension du droit normal) et les modalités de l'action de l'État en période d'exception, se substitue au droit commun. Par conséquent, l'action de l'État en période d'exception demeure soumise au droit, même s'il s'agit d'un droit spécial, composé de règles « *moins libérales* »²³⁰⁸ que celles valables en temps normal.

718. Ainsi, toute la subtilité de cette stratégie alternative réside dans le fait que, en provoquant un dédoublement de l'ordre juridique entre un droit normal et un droit spécial, elle permet d'ouvrir un espace d'action où la nécessité d'agir au-delà des règles habituelles est reconnue sans pour autant que cet espace d'action ne constitue un « état d'exception » au sens strict. En effet, même si le déclenchement de l'application du droit d'exception permet

²³⁰⁷ F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l'état d'exception », *op. cit.*, p. 94.

²³⁰⁸ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 101.

de suspendre les règles valables en temps normal, l'État n'entre pas dans une zone de pure anomie où toute considération juridique est désactivée et où la rationalité instrumentale règne en maître²³⁰⁹. Dès lors, l'espace d'action ouvert par l'application du droit d'exception n'est pas un espace d'action échappant entièrement à l'emprise du droit, mais un espace d'action « *défini et qualifié par le droit* », qui résulte de « *la mise en œuvre d'un régime juridique que l'on substitue à un autre* »²³¹⁰. Avec cette stratégie alternative, l'état d'exception se retrouve donc subsumé dans le droit : la production d'un droit d'exception permet de réintégrer au sein de l'ordre juridique « *ce qui normalement lui échappe* »²³¹¹. De ce fait, l'état d'exception perd son caractère exceptionnel : celui-ci est désormais saisi par un droit spécial, dérogatoire du droit commun, qui définit *a priori* les conditions devant être remplies pour suspendre l'opération du droit normal et les modalités de l'action de l'État en période d'exception. En pratique, deux techniques juridiques permettent de réaliser concrètement l'idée de « droit d'exception ».

§ II. – Les techniques juridiques de réalisation du droit d'exception

719. Sur le plan concret de la technique juridique, l'absorption de l'état d'exception dans le droit par la production d'un droit d'exception peut prendre deux formes : celle des clauses de dérogation (**B**) et celle des législations d'exception (**B**).

A. La technique des clauses de dérogation

720. La première technique permettant de réintégrer l'état d'exception au sein de l'ordre juridique en le soumettant à un droit spécial consiste à doter les constitutions libérales de clauses de dérogation²³¹². Ces clauses anticipent l'éventualité que l'ordre constitutionnel soit mis en échec par l'apparition de circonstances exceptionnelles. Au sein de la Constitution française de 1958, cette éventualité est comprise à l'article 16, qui énonce que :

²³⁰⁹ Sur ces deux éléments définitoires de l'état d'exception au sens strict, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 590-605.

²³¹⁰ *Ibid.*, p. 105.

²³¹¹ X. MAGNON, « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », *op. cit.*

²³¹² Sur ces clauses de dérogation, v. not. COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Les pouvoirs d'exception*, rapport présenté par MM. Ergun Özbundun et Mehmet Turhan, 1995, CDL-STD(1995)012, pp. 2-8 ; O. GROSS, « Providing for the Unexpected », *op. cit.*, pp. 1-31 ; O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, pp. 35-46 ; A. KHAKEE, « Securing Democracy », *op. cit.*, pp. 9-17 ; et les contributions par pays réunies dans *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 36, 2021, pp. 99-646.

[I]orsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel²³¹³.

721. Ces clauses de dérogation ne sont pas l'apanage des constitutions nationales. En effet, le mouvement d'internationalisation des droits de l'homme est allé de pair avec l'internationalisation de ces clauses. De ce fait, les principaux traités de protection des droits de l'homme contiennent des clauses analogues à celle de l'article 16 de la Constitution française de 1958. À ce titre, l'article 15 de la Conv. EDH dispose que :

[e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international²³¹⁴.

722. Si les clauses de dérogation contenues dans les constitutions libérales et les traités de protection des droits de l'homme sont assez variées dans leur formulation²³¹⁵, elles répondent

²³¹³ FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 16, al. 1.

²³¹⁴ Conv. EDH, art. 15, § 1. V. ég. PIDCP, art. 4, § 1 (« [d]ans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ») ; Conv. ADH, art. 27, § 1 (« [e]n cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale »).

²³¹⁵ Sur les clauses de dérogation contenues dans les constitutions, v. §§ 720-732. Sur les clauses de dérogation contenues dans les traités de protection des droits de l'homme, v. not. R. HIGGINS, « Derogations under Human Rights Treaties », *B.Y.I.L.*, vol. 48, n°1, 1976, pp. 281-319 ; D. McGOLDRICK, « The Interface Between Public Emergency Powers and International Law », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n°2, 2004, pp. 380-429 ; M. ROTA, « Les régimes dérogatoires en droit international des droits et libertés : approche comparée (Comité, Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l'homme) », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, vol. 17, 2019, pp. 191-199 ; T. MÖRTH, « Derogations Clauses in the ECHR, the ICCPR, and the ACHR », in F. BOUHON, A.-E. BOURGAUX, E. DEGRAVE et al. (dir.), *Les droits humains en temps de pandémie. Perspectives internationales, européennes et comparées*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 57-68.

toutes à un objectif unique : encadrer juridiquement la réaction de l'État confronté à une situation d'exception²³¹⁶. Ce faisant, les clauses de dérogation réalisent un double mouvement qui témoigne de leur qualité de droit d'exception.

723. D'une part, les clauses de dérogation permettent de suspendre tout ou partie des règles juridiques encadrant l'action de l'État en temps normal. Ainsi, contrairement à la position absolutiste, ces clauses intègrent par leur simple existence l'idée qu'il est parfois nécessaire d'agir au-delà du droit pour garantir la sauvegarde de l'État²³¹⁷. Concrètement, ceci se traduit dans les faits par la possibilité de suspendre l'opération du principe de séparation des pouvoirs, en permettant au pouvoir exécutif d'adopter des mesures relevant normalement du domaine de la loi et donc de la compétence du pouvoir législatif, et par la possibilité de suspendre l'application de certains des droits fondamentaux que l'ordre juridique reconnaît au profit des individus²³¹⁸. En recourant aux clauses de dérogation, l'État pénètre ainsi dans un espace d'action où le droit valable en temps normal – ou du moins, certaines règles et certains principes valables en temps normal – cesse de s'appliquer. On retrouve donc l'idée, consubstantielle à la pratique de l'état d'exception, que l'État doit pouvoir suspendre les règles juridiques qui limitent la possibilité d'agir de manière rapide et effective pour vaincre la crise²³¹⁹.

724. Mais d'autre part, les clauses de dérogation prévoient des règles spéciales organisant juridiquement la réaction de l'État confronté à l'exception. Ce faisant, les clauses de dérogation marquent leur rejet de la position nihiliste selon laquelle, le droit étant par définition incapable de prévoir l'apparition de circonstances imprévues, l'État doit jouir d'une liberté totale pour pénétrer et agir dans l'état d'exception²³²⁰. En effet, pour ce qui nous intéresse²³²¹, ces règles encadrent deux aspects-clés de la réaction de l'État confronté à

²³¹⁶ O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, op. cit., pp. 35-36.

²³¹⁷ Ibid., p. 36 (les clauses de dérogation rejettent la position absolutiste, car elles reposent sur l'idée que si « *a comprehensive array of emergency powers is not made available to the government under the regular system of laws, then either the republic will be unable to defend itself against its enemies, or, more likely, government will resort to extraordinary means that violate the law in order to do whatever it deems necessary for the survival of the republic* »).

²³¹⁸ Sur ce point, v. not. O. GROSS, « Providing for the Unexpected », op. cit., pp. 21-23.

²³¹⁹ Sur ce point, v. supra, Chapitre 5, §§ 599-603.

²³²⁰ Pour reprendre la pensée de Clinton ROSSITER, résumée par Oren GROSS et Fionnuala NÍ AOLÁIN, ces clauses de dérogations trouvent leur fondement dans l'idée que « *a temporary dictatorship, formed within the boundaries of certain constitutional limitations and directed at maintaining the existing constitutional order, is a feasible means by which a free and democratic society may preserve itself and its constitutional order in extreme exigencies* » (O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, op. cit., p. 36).

²³²¹ Les clauses de dérogation se prononcent généralement sur plusieurs points : elles définissent l'autorité compétente pour déclarer l'état d'exception, les circonstances de fait justifiant la suspension de l'ordre juridique, la durée pendant laquelle cette suspension peut avoir lieu et les conditions de son renouvellement, les limites fixées à l'action de l'État en période exceptionnelle et les éventuels contrôles, politiques ou juridictionnels, auxquelles l'action de l'État peut

une situation d'extrême urgence : elles définissent à la fois les conditions devant être remplies pour provoquer la suspension du droit applicable en temps normal (ou de certaines de ses normes) et les modalités de l'action étatique en période de crise, une fois que la suspension du droit applicable en temps normal a été proclamée.

725. En premier lieu, les clauses de dérogation fixent les conditions à remplir pour pouvoir suspendre l'application du droit applicable en temps normal. Parmi ces conditions, les clauses de dérogation exigent la matérialisation de certaines circonstances de fait. L'article 16 de la Constitution française de 1958 énonce en ce sens que le Président de la République ne peut recourir aux pouvoirs exceptionnels que « [l]orsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate » et que « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu »²³²². De même, l'article 15 de la Conv. EDH ne permet à l'État de déroger à certains droits qu'« [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation »²³²³. Au travers de ces précisions, l'ordre juridique se prévaut de la possibilité que les autorités d'un État recourent aux pouvoirs exceptionnels pour affronter des conflits sociaux ordinaires. En effet, ces clauses exigent, en substance, que l'État soit confronté à des circonstances particulièrement graves²³²⁴.

726. En second lieu, les clauses de dérogation définissent, de manière plus ou moins détaillée, l'étendue des pouvoirs dont l'État jouit en période exceptionnelle. Formulé de manière particulièrement large, l'article 16 de la Constitution de 1958 habilite le Président de la République à « prendre[re] les mesures exigées par les circonstances »²³²⁵, étant entendu que « [c]es mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission »²³²⁶ et que, dans tous les cas, « [l] 'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des

donner lieu. Cependant, il n'est pas nécessaire, aux fins de l'analogie entreprise ici, d'exposer exhaustivement l'ensemble de ces éléments.

²³²² FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 16, al. 1.

²³²³ Conv. EDH, art. 15, § 1.

²³²⁴ En ce sens, la Cour EDH a pu préciser que la mise en œuvre de l'article 15 de la Conv. EDH supposait l'existence d'« une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État » (COUR EDH, *Lawless c. Irlande (No. 3)*, op. cit., § 28).

²³²⁵ FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, article 16 al. 1.

²³²⁶ *Ibid.*, art. 16 al. 3.

pouvoirs exceptionnels »²³²⁷. Dans la même veine, l'article 15 de la Conv. EDH habilite l'État partie à « prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international »²³²⁸. De plus, l'article 15 précise que l'État ne peut en aucun cas déroger au droit à la vie (article 2), « sauf pour les cas de décis résultant d'actes licites de guerre »²³²⁹, à l'interdiction de la torture (article 3), à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4) et au principe de légalité des délits et des peines (article 7)²³³⁰. En définissant *a priori* l'étendue des pouvoirs dévolus à l'État en période d'exception, les clauses de dérogation nient ainsi l'idée que les autorités nationales jouiraient d'une liberté absolue pour agir comme elles l'entendent pour vaincre l'exception et rétablir une situation normale. Il existe certaines limites, plus ou moins fermes, que l'État ne peut transgresser même en cas de crise extrême.

727. Les clauses de dérogation s'évertuent ainsi à réaliser un compromis entre l'impératif de sauvegarde de l'État et l'impératif libéral de conservation du droit²³³¹. Tout en permettant à l'État de s'affranchir du respect de certaines règles fondamentales et d'agir dans la mesure exigée par les circonstances, ces clauses organisent juridiquement l'état d'exception en définissant *a priori* les circonstances de fait justifiant l'entrée dans l'état d'exception et en soumettant l'action de l'État en temps de crise à des règles spéciales, empêchant par-là même la naissance d'un pouvoir totalement arbitraire. En période d'exception, l'action étatique se trouve ainsi libérée des règles valables en temps normal, mais l'État n'opère pas pour autant dans le hors-droit : une « *constitution matérielle pour temps de crise* »²³³² se substitue à la constitution du temps normal.

728. À première vue, on pourrait croire que les clauses de dérogation privent le concept d'état d'exception de toute pertinence. En effet, une fois que l'ordre juridique libéral s'est doté d'une clause de dérogation organisant juridiquement la manière dont l'État doit réagir

²³²⁷ *Ibid.*, art. 16 al. 5.

²³²⁸ Conv. EDH, art. 15, § 1.

²³²⁹ *Ibid.*, art. 15, § 2.

²³³⁰ *Ibid.*

²³³¹ O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, op. cit., pp. 62-63 (« [t]he main problem facing drafters of constitutional documents results from the need to strike an appropriate balance between granting sweeping powers to the government to allow it to fight crises successfully, and the need to prevent, or at least minimize, abuses of power by the government and its agents »).

²³³² M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », op. cit., p. 107.

face à l'exception, il n'existe plus rien de tel que « l'état d'exception »²³³³. Car si l'état d'exception désigne un espace d'action situé hors du droit, dans lequel les autorités suprêmes d'un État pénètrent lorsqu'elles jugent qu'une menace ne peut être affrontée efficacement dans le cadre défini par l'ordre juridique, celui-ci n'ayant pas anticipé (ou pas *bien* anticipé) cette éventualité²³³⁴, alors la simple existence d'une clause de dérogation rend ce concept caduc : au travers de ces clauses, le droit anticipe la survenance d'une situation d'exception en définissant la manière dont l'État doit y réagir. Dès lors, l'état d'exception ayant été saisi par le droit, il n'a plus « *rien d'exceptionnel* »²³³⁵ – il n'existe, dans l'ordre juridique, plus aucune lacune que l'État devrait pouvoir combler par l'emploi de moyens extralégaux.

729. Cependant, s'il est indéniable que les clauses de dérogation permettent à l'ordre juridique de réaffirmer son emprise sur l'état d'exception, il est possible de questionner l'idée que les clauses de dérogation substitueraient à l'anomie de l'état d'exception un véritable régime juridique, indiquant de manière complète et exhaustive la manière dont l'État doit régir face aux circonstances extrêmes. En effet, ces clauses de dérogation n'ont le plus souvent aucun contenu normatif prédéterminé et octroient à l'État une marge de manœuvre si large qu'elles n'obligent réellement l'État à rien, ou si peu. Deux points permettent d'étayer cet argument.

730. Tout d'abord, si l'État ne peut recourir aux pouvoirs d'exception que pour faire face à certaines circonstances factuelles identifiées au préalable, ces circonstances sont définies de manière si vague qu'elles ne renvoient en définitive à aucun cas concret²³³⁶. Comme le relève Michel Troper lui-même, les situations justifiant le recours à l'article 16 de la Constitution française de 1958 ne font l'objet d'aucune « *définition objective* »²³³⁷. Qu'est-ce qu'une « menace grave et immédiate pour les institutions de la République » ou pour « l'indépendance de la Nation », par exemple ? Et à partir de quand peut-on estimer que « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu » ? L'article

²³³³ Cette position est notamment défendue par Michel TROPER, dans *ibid*.

²³³⁴ Sur la définition du concept d'état d'exception, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 590-604.

²³³⁵ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 109.

²³³⁶ En ce sens, v. O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, p. 66 (« [d]rafters of constitutions cannot possibly anticipate all future exigencies, nor can they provide detailed and explicit arrangements for all such occasions. Thus, constitutional emergency provisions, to the extent they exist, must use broad and flexible language that sets general frameworks for emergency rule »). Sur la difficulté inhérente à la définition des situations justifiant la suspension du droit applicable en temps normal, v. également O. GROSS, « Providing for the Unexpected », *op. cit.*, pp. 8-9.

²³³⁷ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 101. Concernant l'expression de « danger public menaçant la vie de la nation » figurant à l'article 15, § 1 de la Conv. EDH, certains auteurs ont pu considérer qu'il s'agissait d'une « *eminently indeterminate notion* » (R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 273).

16 « *ne le précise pas* »²³³⁸. Dès lors, cette disposition ne présente, sur ce point, aucun contenu normatif prédéterminé : elle se borne à prévoir la possibilité qu'une situation d'exception place l'État face à la nécessité d'agir de manière rapide et effective, en violation des garanties fondamentales de l'État de droit, mais ne définit pas les cas concrets justifiant cette décision. Par conséquent, l'article 16 octroie au Président de la République un pouvoir discrétionnaire : sous l'angle de cet article, les situations d'exception sont celles que le Président de la République aura qualifiées comme telles²³³⁹.

731. Ensuite, il est difficile d'arguer que les clauses de dérogation soumettent le contenu de l'action de l'État en période d'exception à des limites fermes et définitives. Typiquement, l'article 16 de la Constitution de 1958 se borne à autoriser le Président de la République à « *prend[re] les mesures exigées par les circonstances* »²³⁴⁰. Cette règle est bien une règle prescriptive, mais il s'agit d'une règle instrumentale ne présentant aucun contenu normatif prédéterminé, et ne fixant donc aucune limite *a priori* à l'action de l'État²³⁴¹. En pratique, cette règle revient à consacrer une liberté d'action quasi-illimitée au Président de la République, celui-ci pouvant faire tout ce qui est exigé par les circonstances, étant entendu qu'il est le seul juge de la nécessité des mesures devant être adoptées²³⁴². La seule règle plaçant une limite ferme et définitive à l'action du Président sous l'angle de l'article 16 est celle lui interdisant de dissoudre l'Assemblée nationale pendant l'exercice des pouvoirs

²³³⁸ *Ibid.* La jurisprudence ne précise pas non plus le sens de ces termes, puisque la décision de recourir à l'article 16 de la Constitution constitue un acte de gouvernement dont le juge administratif refuse de contrôler la licéité. En ce sens, v. CONSEIL D'ÉTAT, *Rubin de Servens*, arrêt du 2 mars 1962, n°55049 et 55055, cons. 1 (« [c]onsidérant que, par décision en date du 23 avril 1961, (...) le Président de la République a mis en application l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; que cette décision présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'Etat ni d'apprécier la légalité, ni de contrôler la durée d'application (...) »). La Cour EDH accepte de contrôler la décision de déroger aux droits garantis par la Conv. EDH, mais octroie aux États un pouvoir quasi-discrétionnaire pour qualifier une situation de « danger public menaçant la vie de la nation ». En ce sens, v. COUR EDH, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, § 68 (« [l]a Cour rappelle qu'il incombe à chaque Etat contractant, responsable de "la vie de [sa] nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger, comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer »).

²³³⁹ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 102 (« *du point de vue juridique, les circonstances que le président de la République aura qualifiées d'exceptionnelles sont bien exceptionnelles et de nature à justifier la mise en œuvre des pouvoirs de crise* »). La situation n'est donc pas très différente de celle prévalant dans les États où la constitution ne contient aucune clause de dérogation. Pour les États-Unis d'Amérique, v. p. ex. G. E. FULLER, « The National Emergency. Dilemma: Balancing the Executive's Crisis Powers with the Need for Accountability », *South California Law Review*, vol. 52, n°5, 1979, pp. 1458-1459 (« *no statute defines a national emergency or provides criteria to determine when conditions exist such that an emergency can be declared. The test for when a national emergency exists is completely subjective – anything the President says is a national emergency is a national emergency* »).

²³⁴⁰ FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 16, al. 1.

²³⁴¹ Sur les règles instrumentales, v. *supra*, Chapitre 4, not. §§ 442-453.

²³⁴² Le fait de préciser que les mesures prises doivent être « *inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission* » (FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 16, al. 3) se borne à indiquer l'état d'esprit dans lequel le Président doit agir, mais ne limite pas réellement son champ d'action.

exceptionnels²³⁴³. On peut dire la même chose de l'article 15 de la Conv. EDH qui, en permettant l'État de « prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues dans la (...) Convention (...) dans la stricte mesure où la situation l'exige »²³⁴⁴, fait montre d'une « apparente rigueur » qui « cache un flou coupable »²³⁴⁵ : à l'exception des quelques droits indérogeables, la marge de manœuvre reconnue à l'État pour affronter l'exception est immensément large²³⁴⁶.

732. Par conséquent, la question de savoir si, en recourant aux clauses de dérogation, l'État pénètre ou non dans « l'état d'exception » au sens que revêt ce concept dans la présente étude est sujette à débat. D'une part, on serait tenté de répondre par la négative : l'ordre juridique prévoit bel et bien l'éventualité de la survenance d'une situation exigeant que l'État s'affranchisse des règles encadrant son action en temps normal. L'exception est ainsi comprise dans le droit, qui prévoit explicitement la possibilité de suspendre certaines normes juridiques et contient des règles spécifiquement destinées à encadrer la réaction de l'État confronté à un cas d'exception. Mais d'autre part, au travers de ces clauses de dérogation, le texte « autorise sa propre suspension et donc la propre négation du système normatif qu'[il] met en place »²³⁴⁷ sans qu'un véritable régime d'exception ne se substitue au régime normal. Ainsi, s'il est clair que l'espace d'action ouvert par les clauses de dérogation ne correspond pas à « l'état d'exception dans sa forme pure »²³⁴⁸, puisqu'il est toujours possible de rattacher l'action de l'État à certaines règles juridiques, aussi imprécises, vagues et indéterminées soient-elles, on peut difficilement prétendre que la réaction de l'État à l'apparition d'une situation d'exception fasse l'objet d'un régime juridique complet, détaillant de manière claire, précise et exhaustive les comportements que l'État peut ou ne peut pas adopter en période d'exception. À part quelques limites dirimantes, l'État semble habilité à agir de manière instrumentalement rationnelle. La seconde technique juridique, celle des législations d'exception, pallie ces insuffisances.

²³⁴³ FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 16, al. 5.

²³⁴⁴ Conv. EDH, article 15 § 1

²³⁴⁵ N. GRANGE, *L'urgence et l'effroi*, op. cit., p. 92.

²³⁴⁶ En ce sens, v. COUR EDH, *Aksoy c. Turquie*, op. cit., § 68.

²³⁴⁷ X. MAGNON, « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », op. cit.

²³⁴⁸ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », op. cit.

B. La technique des législations d'exception

733. Dans l'ordre interne, la seconde technique permettant de réintégrer l'état d'exception dans le droit consiste à produire des législations d'exception, c'est-à-dire des lois instaurant par avance « *un droit spécial permanent pour les temps extraordinaires* »²³⁴⁹. Ces lois d'exception substituent temporairement un régime juridique *ad hoc* au régime juridique normal. Elles visent à « *anticiper* [les situations de crise] *en prévoyant des dispositifs spéciaux* »²³⁵⁰, spécifiquement conçus pour gouverner chaque situation de crise donnée (insurrections, guerres extérieures, épidémies, etc.). Contrairement aux clauses de dérogation, qui sont formulées de manière très large pour parer à toutes les éventualités possibles, les lois d'exception cherchent à « *encadrer au plus près les prérogatives exceptionnelles dévolues au(x) gouvernant(s)* »²³⁵¹. À l'heure actuelle, cette option est devenue l'option privilégiée au sein des démocraties libérales, dans lesquelles les gouvernants rechignent à mettre en œuvre les dispositifs prévus par les clauses constitutionnelles de dérogation et préfèrent s'en remettre aux pouvoirs dévolus en temps de crise par les lois d'exception qui sont le plus souvent, du point de vue constitutionnel, des lois ordinaires²³⁵².

734. Pour se contenter du cas français²³⁵³, la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence entre typiquement dans la catégorie des législations d'exception. Plus récemment,

²³⁴⁹ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 21. Sur ces législations d'exception, v. not. O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, pp. 67-72 ; A. KHAKEE, « Securing Democracy », *op. cit.*, pp. 18-30.

²³⁵⁰ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 236.

²³⁵¹ *Ibid.*

²³⁵² Sur ce point, v. not. J. FEREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of the Exception », *op. cit.*, p. 215.

²³⁵³ Pour des exemples provenant d'autres pays mettant l'accent sur la qualité de « lois d'exception » de différentes législations nationales, v. not. A. GREENE, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 166-167 (États-Unis d'Amérique) et pp. 167-168 (Royaume-Uni) ; A. DUFFY, « Constitution et terrorisme au Royaume-Uni », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 32, 2016, pp. 73-87 (Royaume-Uni) ; A. DUFFY-MEUNIER, « L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire. Rapport britannique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 36, 2020, pp. 553-575 (Royaume-Uni) ; O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, pp. 67-72 (États-Unis d'Amérique et Royaume-Uni) ; E. ZOLLER, « Le Patriot Act : retour sur un texte controversé », *Revue de droit public*, 2015, n°2, pp. 377-388 (États-Unis d'Amérique) R. RIEGELHAUPT, « Manufactured Emergencies : The Crisis at the Core of the National Emergencies Act », *Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 23, n°1, pp. 277-319 (États-Unis d'Amérique) ; A. KHAKEE, « Securing Democracy », *op. cit.*, pp. 21-28 (Norvège, Espagne, Finlande et Royaume-Uni) ; A. J. CORNELL, J. SALMINEN, « Emergency Laws in Comparative Constitutional Law – The Case of Sweden and Finland », *German Law Journal*, vol. 19, n°2, 2018, pp. 219-250 (Suède et Finlande) ; J. ZAJADLO, T. T. KONCEWICZ, « Polish Martial Law on the Docket – Judging the Past and the Clash of Judicial Narratives », in P. AURIEL, O. BEAUD, C. WELLMAN (dir.), *The Rule of Crisis. Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, Cham, Springer, coll. « Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice », 2018, pp. 157-183 (Pologne) ; S. NAVOT, « Emergency as a State of Mind – The Case of Israel », in P. AURIEL, O. BEAUD, C. WELLMAN (dir.), *The Rule of Crisis. Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, Cham, Springer, coll. « Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice », 2018, pp. 185-212 (Israël).

la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 prévoit un régime juridique spécial, l'état d'urgence sanitaire, qui entre également dans cette catégorie. Dans d'autres pays, on pourrait par exemple citer, au Royaume-Uni, le *Civil Contingencies Act* de 2004, en Finlande, la loi sur l'état d'urgence (*Beredskapslagen*) de 1995²³⁵⁴ et, aux États-Unis, le *National Emergencies Act* de 1976²³⁵⁵. Si les législations d'exception sont très diverses quant aux crises dont elles anticipent la survenance (épidémies, terrorisme, insurrections, guerres, catastrophes naturelles, etc.), elles trouvent leur unité dans le fait qu'elles cherchent, comme les clauses de dérogation, à organiser juridiquement la réaction de l'État confronté à une situation d'exception. Elles intègrent, de ce fait, le double mouvement caractéristique de tout régime juridique d'exception.

735. D'une part, les législations d'exception partent du postulat que le droit applicable en temps normal peut ne pas permettre à l'État d'affronter efficacement les situations de crises extrêmes²³⁵⁶. Ainsi, contrairement à la stratégie absolutiste, qui rejette l'idée même de pouvoir lutter contre les crises au-delà des limites tracées par le droit valable en temps normal, les législations d'exception ont précisément pour fonction de permettre à l'État d'agir au-delà de ces règles. En effet, une fois que les mécanismes prévus par les législations d'exception sont mis en œuvre (état d'urgence, état de siège, état de défense, loi martiale, état d'urgence sanitaire, etc.), l'État se retrouve habilité à employer des moyens d'action que le droit commun réprouverait (détention préventive, surveillance, perquisitions administratives, assignations à résidence, mise en quarantaine, etc.). Il opère désormais dans un espace d'action où le droit commun ne s'applique plus. Les lois d'exception font donc un pas en direction de la sauvegarde de l'État, et s'éloignent corrélativement de l'impératif libéral de conservation du droit.

736. Mais d'autre part, ces législations d'exception n'ouvrent pas un espace d'action situé hors du droit, dans lequel l'État serait libre d'agir comme il l'entend pour vaincre la crise et rétablir l'ordre²³⁵⁷. En effet, ces législations d'exception rejettent également la stratégie

²³⁵⁴ Sur ces deux lois, v. p. ex. A. KHAKEE, « Securing Democracy », *op. cit.*, pp. 26-28.

²³⁵⁵ Sur cette loi v. p. ex. R. RIEGELHAUPT, « Manufactured Emergencies... », *op. cit.*

²³⁵⁶ O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, p. 67 (les lois d'exception trouvent leur fondement dans le constat que les « *ordinary legal norms* » peuvent être « *inadequate for dealing with the pressing needs emanating from specific emergencies* »).

²³⁵⁷ En ce sens, v. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, COUR SUPRÈME, *Youngstown Sheet & Tube Co. et al. v. Sawyer*, arrêt du 2 juin 1952, 343 U.S. 159 (1952) (avec la technique des lois d'exception, « *we retain Government by law – special, temporary law, perhaps, but law nonetheless* ») ; O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, p. 67 (la technique des lois d'exception « *adheres to the notion that emergency must be met under the umbrella of the law* »).

nihiliste, voulant que l'État dispose d'un pouvoir entièrement discrétionnaire pour suspendre l'ordre juridique et affronter la crise. Ces lois permettent certes à l'État de s'affranchir de « *la légalité "normale"* » pour combattre l'exception, et font donc droit à l'impératif de sauvegarde de l'État, mais elles empêchent les autorités étatiques de « *sortir du lit du droit* »²³⁵⁸, puisque l'action de l'État en période d'exception est soumise à des règles spéciales. Les législations d'exception ménagent donc également l'impératif libéral de conservation du droit, car l'action étatique demeure soumise à des règles juridiques, même si celles-ci sont « *moins libérales* »²³⁵⁹ que celles valables en temps normal. Pour ce qui nous intéresse, ces règles spéciales régissent deux aspects déterminants de la réaction de l'État confronté à l'exception.

737. En premier lieu, les lois d'exception définissent les conditions d'application du régime juridique spécial qu'elles prévoient et, dans le même temps, les conditions de suspension du régime juridique valable en temps normal. Par exemple, la loi du 3 avril 1955 énonce que le régime spécial de l'état d'urgence ne s'appliquera qu'en cas de « *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* » ou « *d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »²³⁶⁰. De même, les autorités ne peuvent se prévaloir du dispositif spécial prévu par la loi du 23 mars 2020 qu'« *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* »²³⁶¹. Jusque-là, les législations d'exception ne diffèrent pas des clauses de dérogation, à ceci près que la définition des situations justifiant la suspension du droit commun est peut-être plus précise que celle des clauses de dérogation, ces lois d'exception s'attachant à prévenir la survenance de crises spécifiques²³⁶². Néanmoins, l'organe compétent pour déclencher l'état d'urgence jouit, comme sous l'angle des clauses de dérogation²³⁶³, d'un « *pouvoir d'appréciation étendu* »²³⁶⁴ dans la qualification des faits justifiant la mise en œuvre de ces régimes d'exception²³⁶⁵.

²³⁵⁸ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*

²³⁵⁹ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 101.

²³⁶⁰ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, art. 1. Cette loi visait à tracer le cadre de l'action étatique pour faire face aux « événements d'Algérie ». Sur l'origine de ce texte, v. O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'Etat d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, 3^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., coll. « Droit politique », 2024 ; S. THENAUULT, « L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi », *Le mouvement social*, vol. 218, n°1, 2007, pp. 63-78.

²³⁶¹ FRANCE, *Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, art. 2.

²³⁶² En ce sens, v. O. GROSS, F. NI AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, p. 66.

²³⁶³ Sur ce point, v. *supra*, § 730.

²³⁶⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *M. Rolin*, ordonnance du 14 nov. 2005, n°286835.

²³⁶⁵ En ce sens sens, Dominique ROUSSEAU relève, à propos des conditions d'application de la loi de 1955 sur l'état d'urgence, que si les termes « événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamités publiques » prévus à l'article 1^{er} de la loi renvoient « à des circonstances relativement identifiables – tremblements de terre,

738. En second lieu, les lois d'exception définissent un régime juridique spécial, dérogatoire du droit commun, applicable à la situation de crise dont ces lois cherchent à anticiper la survenance. Contrairement aux clauses de dérogation, qui se contentent le plus souvent d'habiliter l'autorité titulaire des pouvoirs d'exception à prendre les mesures exigées par les circonstances en plaçant quelques rares limites à ce pouvoir²³⁶⁶, les lois d'exception prévoient un régime juridique complet, définissant de manière plus précise l'étendue des pouvoirs dévolus à l'État en temps de crise. Typiquement la loi de 1955 relative à l'état d'urgence définit longuement les pouvoirs d'exception dont l'État peut se prévaloir pour surmonter la crise, tels que l'interdiction de circulation, l'interdiction de séjour, l'assignation à résidence, la fermeture d'établissements, la remise des armes et munitions et les perquisitions administratives²³⁶⁷. De même, la loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire identifie en amont les pouvoirs dont l'État jouira pour mettre fin à la pandémie, tels que l'interdiction de circulation, l'interdiction de sortie du domicile, la mise en quarantaine, le placement en isolement, la fermeture d'établissements recevant du public, l'interdiction des rassemblements sur la voie publique, etc.²³⁶⁸ Ainsi, contrairement aux clauses de dérogation, la mise en œuvre des lois d'exception substitue au droit commun un véritable régime juridique définissant par avance et de manière précise ce que l'État peut ou ne peut pas faire en période d'exception.

739. Au travers de ce « *dédoubllement législatif* » qui introduit, « *à côté de la légalité normale, une authentique légalité d'exception* »²³⁶⁹, l'ordre juridique réalise un compromis solide, du moins à première vue²³⁷⁰, entre l'impératif de sauvegarde de l'État et l'impératif libéral de conservation du droit. En effet, les lois d'exception offrent « *des moyens d'action efficaces pour sauver la patrie en péril* »²³⁷¹, puisque l'État se retrouve habilité à agir au-delà des règles valables en temps normal et à employer des procédés particulièrement intrusifs pour les droits et libertés, tout en prévenant la désintégration de l'État de droit, puisque l'État demeure soumis à un régime juridique définissant *a priori* le contenu et les

*explosion d'une centrale nucléaire... », la formule « atteintes graves à l'ordre public » est « fluide, inconsistante et ouvre la voie à [un] usage discrétionnaire [des pouvoirs conférés par la loi de 1955] » (D. ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *op. cit.*, p. 22).*

²³⁶⁶ Sur ce point, v. *supra*, § 731.

²³⁶⁷ FRANCE, *Loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, art. 5 à 11.

²³⁶⁸ FRANCE, *Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, art. 2. Ces pouvoirs sont codifiés à l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique.

²³⁶⁹ F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l'état d'exception », *op. cit.*, p. 94.

²³⁷⁰ Sur les limites inhérentes aux législations d'exception, v. *infra*, Chapitre 7.

²³⁷¹ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*

limites de l'action étatique en temps de crise. Dans un mouvement assez paradoxal, ces lois d'exception permettent donc aux autorités étatiques « *d'agir en toute légalité* », car leur action trouve son fondement dans une loi ordinaire, « *alors même qu'elles contreviennent aux droits et libertés reconnus aux citoyens en temps normaux* »²³⁷². L'État se retrouve ainsi libéré des limites imposées à son action en temps normal, mais il n'opère pas pour autant dans le hors-droit. Le déclenchement des mécanismes prévus par les lois d'exception ne donne donc pas naissance à un « état d'exception », au sens où nous avons défini ce concept²³⁷³, car l'action du temps de crise demeure soumise à des règles juridiques, même si celles-ci sont moins protectrices que celles valables en temps normal²³⁷⁴.

*

740. Conclusion de la Sous-section 2. Dans la typologie des modes d'appréhension juridique de l'état d'exception, il existe une stratégie pragmatique qui, contrairement aux stratégies extrêmes de l'absolutisme et du nihilisme, cherche à réaliser un compromis entre les impératifs contradictoires de la sauvegarde de l'État et de la conservation du droit. Cette stratégie alternative se définit par un double rejet. Rejet de la position absolutiste tout d'abord, jugée utopique : il faut permettre à l'État d'affronter les situations d'exception par des moyens d'action que le droit du temps normal réprouverait. Rejet de la position nihiliste ensuite, jugée trop dangereuse : il faut soumettre l'action de l'État en période d'exception pour éviter la désintégration de l'État de droit et la naissance d'un pouvoir tyannique. Les développements qui précèdent ont montré que le dédoublement entre un droit normal et un droit d'exception permet de réaliser ce compromis : en temps de crise, l'État est libéré des règles applicables en temps normal, mais il n'opère pas pour autant dans le pur état d'exception puisqu'un droit spécial, dérogatoire du droit commun, est désormais opposable à ses actes. Sur le plan de la technique juridique, le droit d'exception peut revêtir deux formes. Tout d'abord, le droit d'exception peut être inscrit dans des clauses de dérogation, que l'on retrouve à la fois dans les constitutions libérales et dans les traités de protection des droits de l'homme. Ces clauses de dérogation ont l'avantage d'être pensées en des termes très larges, pour parer à toutes les éventualités de crise, mais elles octroient généralement

²³⁷² F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l'état d'exception », *op. cit.*, p. 94. Dans le même sens, v. D. ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *op. cit.*, p. 20 (l'état d'urgence « *entretient une relation ambiguë avec le Droit : relève-t-il encore de l'espace du Droit puisque celui-ci le prévoit ou est-il situé hors de cet espace puisqu'il en anéantit la logique ?* »)

²³⁷³ Sur la définition de l'état d'exception, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 590-604.

²³⁷⁴ Sur le fait que le déclenchement des mécanismes prévus par les législations d'exception ne donne pas naissance à un « état d'exception », v. ég. *supra*, Chapitre 5, §§ 595-597.

une marge de manœuvre considérable aux autorités nationales pour affronter l'exception. Ensuite, le droit d'exception peut être inscrit dans les formes de la loi ordinaire, sous l'appellation de « loi d'exception ». Contrairement aux clauses de dérogation, ces lois d'exception cherchent à encadrer au plus près les pouvoirs d'exception dévolus aux gouvernants : elles instaurent par avance un régime juridique complet pour le temps de crise.

*

741. Conclusion de la Section 1. Si l'état d'exception désigne la condition résultant de la suspension de l'ordre juridique par les autorités suprêmes de l'État, celles-ci jugeant que la situation de crise à laquelle elles font face ne peut être combattue efficacement tout en se maintenant dans les bornes du droit, il existe différentes manières d'agencer les rapports entre le droit et l'état d'exception. À un extrême du spectre, la stratégie absolutiste se caractérise par le fait qu'elle refuse à l'État la possibilité d'entrer dans l'état d'exception : aucune situation de crise ne justifie jamais de suspendre l'opération des règles de droit. À l'autre extrême du spectre, la stratégie nihiliste prend le contre-pied de l'absolutisme, en libérant l'état d'exception de toute forme d'emprise juridique : étant confronté à l'imprévu, l'État jouit d'une liberté totale, à la fois pour dire quand une menace justifie de suspendre l'opération du droit commun et pour décider des moyens à mettre en œuvre pour vaincre cette menace. Entre ces deux extrêmes, il existe une *via media* cherchant à accommoder la nécessité de sauvegarder l'État avec l'impératif libéral de conserver le droit. Cette stratégie alternative prône la soumission de l'état d'exception à un droit lui-même exceptionnel. Or, en tant qu'il définit *a priori* les cas justifiant la suspension du droit commun et le contenu de l'action étatique en période de crise, le droit d'exception permet à la fois de libérer l'État des contraintes juridiques du temps normal tout en soumettant l'État à des règles spéciales, spécifiquement conçues pour encadrer l'action de l'État en temps de crise. L'État se retrouve ainsi habilité à agir de manière plus résolue qu'en temps normal, puisque le droit d'exception lui octroie des pouvoirs particulièrement intrusifs au regard des libertés publiques, tout en ne délivrant pas l'action étatique de toute forme de contrainte juridique, puisque son action demeure encadrée par des règles juridiques spéciales, dérogatoires du droit commun.

742. Loin de constituer un exercice académique abstrait, cette typologie des stratégies disponibles pour faire face à l'état d'exception permet de rendre compte de la nature du droit de la guerre. En effet, il est largement admis que le droit de la guerre naît, historiquement et théoriquement, comme une alternative pragmatique à deux projets concurrents : le pacifisme

et le militarisme. Or, cette opposition tripartite entre deux stratégies extrêmes, le pacifisme et le militarisme, et une stratégie alternative, l'humanitarisme, ne répond-elle pas en tous points à la typologie des stratégies disponibles dans l'ordre interne ? En d'autres termes, le droit de la guerre ne doit-il pas être conçu comme un droit d'exception et, par-delà, comme une *via media* entre les stratégies extrêmes de l'absolutisme pacifiste et du nihilisme militariste ?

Section 2. – L'encadrement de l'action de l'État en temps de guerre par un droit international d'exception, une alternative pragmatique aux excès du pacifisme et du militarisme

743. Il est bien connu que le droit de la guerre moderne émerge dans un contexte intellectuel particulier, marqué par l'existence de « *deux mouvements de pensée que l'on peut observer tout au long du XIX^e siècle jusqu'au XX^e siècle, et qui se disputent, pour ainsi dire, l'esprit des hommes* »²³⁷⁵ : le pacifisme et le militarisme. Et dès l'origine, le droit de la guerre est présenté comme une alternative pragmatique à ces deux mouvements de pensée, comme un moyen d'effectuer un compromis que ceux-ci sont incapables de réaliser²³⁷⁶. Le droit de la guerre émerge ainsi dans un champ des possibles marqué par l'existence de deux stratégies adoptant des positions extrêmes vis-à-vis du problème posé par la guerre, dont le *jus in bello* constituerait une sorte d'alternative, de troisième voie. Pacifisme, militarisme et humanitarisme semblent ainsi liés par une structure de relations qui reproduit, à l'échelle des rapports entre le droit international et la guerre, la typologie tripartite des stratégies disponibles pour appréhender juridiquement l'état d'exception dans l'ordre interne. En effet, dans l'ordre international, il est possible d'adopter vis-à-vis de la guerre deux stratégies extrêmes : le pacifisme, qui affirme que l'État ne devrait jamais pouvoir s'émanciper du cadre libéral tracé par le droit international en recourant à la guerre, et le militarisme, qui défend la liberté absolue de l'État pour entrer en guerre et agir dans l'état de guerre (**Sous-section 1**). Entre ces deux stratégies radicales, la stratégie humanitaire apparaît comme une stratégie alternative, puisqu'elle propose de dépasser l'opposition entre militarisme et pacifisme en soumettant les États à un droit exceptionnel de la guerre : le *jus in bello* (**Sous-section 2**).

²³⁷⁵ G. BEST, *Humanity in Warfare*, op. cit., p. 131, n. trad.

²³⁷⁶ V. p. ex. F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., pp. 1-40.

Sous-section 1. – Deux stratégies extrêmes d’appréhension des rapports entre la guerre et le droit : le pacifisme et le militarisme

744. Face aux situations d’exception susceptibles de conduire l’État à s’affranchir du cadre juridique libéral que le droit international cherche à imposer, deux stratégies extrêmes sont immédiatement disponibles. La première stratégie, qui est celle du pacifisme, consiste à privilégier la conservation du droit international sur la sauvegarde de l’État en interdisant de manière inconditionnelle à l’État de suspendre le principe de règlement pacifique des différends : les situations d’exception doivent être traitées dans ce cadre, par des moyens pacifiques, plutôt qu’en dehors, c’est-à-dire par la violence (**§ I**). La deuxième stratégie, qui est celle du militarisme, revient à privilégier la sauvegarde de l’État sur la conservation du droit international en libérant l’état exceptionnel de la guerre de toute forme d’emprise juridique : les situations d’exceptions échappent par définition à l’emprise de l’ordre juridique international, de sorte que l’État jouit d’une liberté totale pour affronter l’exception (**§ II**).

§ I. – L’interdiction inconditionnelle de suspendre le cadre juridique libéral tracé par le droit international : l’absolutisme pacifiste

745. Le pacifisme, en tant que mouvement transnational organisé, naît à l’orée du XIX^{ème} siècle avec la formation des premières sociétés de la paix²³⁷⁷. Jusqu’au milieu du XIX^{ème} siècle, le mouvement pacifiste, principalement anglo-américain, fait montre d’un intérêt assez limité pour le droit international et la problématique de l’organisation institutionnelle de la société internationale²³⁷⁸. Ce n’est qu’à partir des années 1840, et à plus forte raison après la Guerre de Crimée (1853-1856), que le mouvement pacifiste cherchera dans le droit international et les considérations pratiques liées à l’organisation institutionnelle du monde

²³⁷⁷ Sur l’histoire du mouvement pacifiste, v. not. M. E. CURTI, *The American Peace Crusade, 1815-1860*, New York, Octagon Books, 1965 ; S. E. COOPER, *Patriotic Pacifism. Waging War on War in Europe, 1815-1914*, New York/Oxford, O.U.P., 1991 ; C. DE BENEDETTI, *The Peace Reform in American History*, Bloomington, Indiana University Press, 1980 ; D. CORTRIGHT, *Peace. A History of Movements and Ideas*, Cambridge, C.U.P., 2008.

²³⁷⁸ Les écrits du premier mouvement pacifiste contiennent néanmoins une dimension juridique, puisqu’à cette époque, les pacifistes cherchent à prouver que la guerre est prohibée par la loi divine (en l’occurrence, les Évangiles qui, contrairement à l’Ancien testament, prohibent tout recours à la violence) et que la loi divine s’applique aussi bien aux individus qu’aux États. V. p. ex. D. L. DODGE, *War Inconsistent with the Religion of Jesus Christ, op. cit.* ; J. DYMOND, *An Inquiry into the Accordancy of War with the Principles of Christianity*, 3ème éd., Philadelphie, W. Brown, 1834 ; P. PACIFICUS [N. WORCESTER], *A Solemn Review of the Custom of War*, Boston, American Peace Society, 1904 [1814].

les clés de la paix entre les nations. Le pacifisme et l'humanitarisme se développent ainsi à la même époque et vont être amenés à se définir l'un par rapport à l'autre²³⁷⁹.

746. La stratégie pacifiste correspond, dans le système des modes d'appréhension juridique de l'état d'exception, à la stratégie absolutiste. En effet, trouvant son origine dans un rejet viscéral de la guerre et des horreurs qui en sont le lot inévitable, le pacifisme prône l'avènement d'un monde sans guerre, où régnerait une « *paix véritable et définitive* »²³⁸⁰. Pour ce faire, le pacifisme cherche à enfermer l'État dans un cadre juridique et institutionnel dont il serait impossible, en droit comme en fait, de s'extraire. Ce cadre juridique s'imposerait donc de manière absolue à l'État : toute situation conflictuelle devrait être résolue à l'intérieur de celui-ci, par les moyens pacifiques que le droit met à disposition des États plutôt que par la violence. Ainsi, la réalisation du programme pacifiste – l'abolition définitive de la guerre – suppose de faire échec à la possibilité pour l'État de pénétrer dans l'état exceptionnel de la guerre. Or, en vue de cette fin, il ne suffit pas de faire de l'interdiction de recourir à la guerre ou de l'obligation de régler pacifiquement les différends des règles absolues, ne souffrant aucune exception : il faut mettre en place toute une machinerie institutionnelle capable, dans les faits, de permettre la résolution pacifique de n'importe quel conflit. Seulement alors les normes fondamentales du droit international public pourront revêtir un caractère absolu. Dans cette perspective, les pacifistes promeuvent trois réformes de l'ordre international.

747. **Premièrement**, les pacifistes défendent l'idée d'une codification complète du droit international public. En effet, l'objectif étant de faire en sorte que n'importe quel conflit puisse être réglé par la voie pacifique du droit, il est nécessaire de fixer au préalable les droits et les obligations des États sur toutes les matières de la vie internationale. Or, les pacifistes portent un jugement très défavorable sur l'état du droit international en 1850 – certains affirment même que, rigoureusement parlant, « *il n'y a point de droit international* »²³⁸¹. Ils estiment en effet que le droit international de l'époque classique est « *imparfait* »²³⁸² et « *incertain* »²³⁸³, chaque État ayant une conception différente du droit en vigueur, ce qui

²³⁷⁹ Sur cette interrelation, v. not. J. CROSSLAND, *War, Law and Humanity. The Campaign to Control Warfare, 1853-1914*, Londres, Bloomsbury, 2018.

²³⁸⁰ C. LEMMONIER, *Les États-Unis d'Europe*, Paris, Bibliothèque démocratique, 1872, p. 190.

²³⁸¹ *Ibid.*, p. 43.

²³⁸² G. C. BECKWITH, *The Peace Manual: or, War and its Remedies*, Boston, American Peace Society, 1847, p. 236, n. trad.

²³⁸³ W. LADD. *Essay on a Congress of Nations*, Boston, Whipple & Damrell, 1840, p. 180, n. trad.

donne lieu à des « *revendications et à des controverses interminables* »²³⁸⁴. Plus fondamentalement, les pacifistes estiment que le droit international de l'époque n'est « *qu'une compilation de précédents, d'opinions et d'arguments* », le fruit du travail « *d'érudits* » plutôt que de « *législateurs* », dont l'autorité résulte seulement de « *la déférence spontanément accordée au génie, à l'érudition et à la sagesse de ses compilateurs* »²³⁸⁵.

748. N'oubliant cependant pas les juristes, qu'ils cherchent à rallier à leur cause, les pacifistes proposent une codification en deux temps. Ils appellent tout d'abord à la réunion d'un congrès de juristes, rassemblant « *tous les Vattel, Puffendorf, Stowell, Wheaton, Kent et Storys vivants de la chrétienté* », afin d'élaborer « *un Code international que toutes les nations devront accepter comme la plus haute autorité légale qui puisse être établie par la connaissance et l'effort humains* »²³⁸⁶. Une fois cette codification scientifique du droit international effectuée, le résultat de ce travail sera présenté et recommandé aux États pour adoption²³⁸⁷. Les pacifistes espèrent ainsi mettre fin aux controverses interminables provoquées par l'état incertain du droit et faire de ce code la « *loi organique* »²³⁸⁸ d'un tribunal international chargé de trancher les conflits entre États. Les pacifistes plaident également pour l'instauration d'un pouvoir législatif à l'échelle mondiale, soit sous la forme d'un Parlement des Nations, composé de représentants élus par les peuples²³⁸⁹, soit sous la forme de congrès diplomatiques réguliers chargés, à l'image des Conférences de la Paix de 1899 et 1907, d'adopter des traités définissant les droits et les obligations des États dans toutes les matières du droit international²³⁹⁰ – à l'exception bien sûr du droit de la guerre, qui a vocation à disparaître une fois la réforme pacifiste menée à son terme²³⁹¹.

²³⁸⁴ A. DE MARCOARTU, « The Parliament of Nations », in E. PEARS (dir.), *Transaction of the National Association for the Promotion of Social Science*, Bristol Meeting, 1869, Londres, Longmans, Gree, Reader & Dyer, 1870, p. 190, n. trad.

²³⁸⁵ G. C. BECKWITH, *The Peace Manual*, op. cit., pp. 236-237, n. trad.

²³⁸⁶ E. BURRITT, « A Preliminary Congress of Jurisconsults and Publicists », *Advocate of Peace*, vol. 3, n°28, 1871, p. 40, n. trad. Cette initiative donnera naissance à l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens, qui deviendra par la suite l'*International Law Association*. Sur l'histoire de cette organisation, v. not. D. D. FIELD, *Association pour la réforme et la codification du droit des gens. Son histoire et son but*, Paris, Kugelmann, 1875 ; J. B. MILES, *Association for the Reform and Codification of the Law of Nations. A Brief Sketch of its Formation*, Paris, E. Brière, 1875.

²³⁸⁷ ANON., « Shall the Great Opportunity Be Lost? », *Advocate of Peace*, vol. 3, n°47, 1872, p. 228. La codification scientifique ayant servi de base de travail aux travaux de l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens est le travail de D. D. FIELD, *Projet d'un code international*, trad. A. ROLIN, Paris/Gand, Pedone-Lauriel/A. Hoste, 1881 [1872].

²³⁸⁸ E. BURRITT, « A Preliminary Congress of Jurisconsults and Publicists », op. cit., n. trad.

²³⁸⁹ V. p. ex. A. DE MARCOARTU, « The Parliament of Nations », op. cit.

²³⁹⁰ V. p. ex. le programme de la League to Enforce Peace, in W. H. TAFT (dir.), *League to Enforce Peace*, New York, League to Enforce Peace, 1915, p. 4.

²³⁹¹ V. p. ex. C. LEMONNIER, *Lettre à MM. les Présidents de la Conférence de Bruxelles*, op. cit. ; J. H. RALSTON, « The Proposer Attitude of the Hague Conference toward the Laws of War », *Advocate of Peace*, vol. 75, n°7, 1913, pp. 152-154 ; J. H. RALSTON, « Why Not Systematize War? », *Advocate of Peace*, vol. 77, n°7, 1915, pp. 175-176 ;

749. **Deuxièmement**, une fois le droit international codifié et sanctionné sous la forme de véritable loi positive, les pacifistes recommandent la mise en place d'« *un tribunal qui applique cette loi* »²³⁹². Il s'agit du cœur du programme pacifiste, car c'est grâce à la mise en place d'un tribunal international que les conflits entre États pourront réellement « *être extirpés du domaine de la passion, du caprice et de la violence, et ramenés dans le domaine de la raison et du droit, comme l'ont été les différends entre les individus* »²³⁹³.

750. Si les projets de tribunaux internationaux varient considérablement, certains pacifistes prônant la mise en place d'un tribunal arbitral permanent, d'autres défendant la création d'une véritable instance judiciaire internationale, un débat oppose systématiquement les pacifistes modérés aux pacifistes radicaux : celui de la compétence, obligatoire ou facultative, du tribunal. Pour les plus modérés, les États ne sont pas prêts à se soumettre à l'obligation de renvoyer leurs différends à une instance internationale, de sorte que la saisine du tribunal ne peut reposer que sur « *le consentement libre et mutuel des deux parties concernées* »²³⁹⁴. Selon eux, ce compromis permettrait déjà de réduire considérablement le nombre de guerres²³⁹⁵. Ils s'en remettent donc à « *l'influence du pouvoir moral* »²³⁹⁶, c'est-à-dire à la pression de l'opinion publique et à la capacité des gouvernements de s'y plier, pour parvenir à un règlement pacifique des différends. Pour les plus radicaux, laisser la liberté aux États de soumettre ou non les litiges à l'organe international de règlement des différends revient à laisser la possibilité aux gouvernements « *d'entraîner les masses irréfléchies dans des déluges guerriers insensés par des appels insidieux à la passion et à l'orgueil national* »²³⁹⁷ : si les États n'ont pas l'obligation de régler pacifiquement les conflits, cela signifie qu'ils conservent le droit de les régler par la violence. Dans la perspective de la paix du monde, il est donc indispensable que le règlement pacifique des différends soit établi « *comme un principe permanent du droit international* », afin de ne laisser aux États « *aucune possibilité de caprice ou de revendication d'ambition* »²³⁹⁸.

J. H. RALSTON, « There Can Be no Laws of War », *op. cit.*, pp. 377-378 ; J. DE LOUTER, « La crise du droit international », *op. cit.*, p. 107 (« *le droit de la guerre comme tel doit disparaître à jamais* »).

²³⁹² C. LEMMONIER, *Les États-Unis d'Europe*, *op. cit.*, p. 99.

²³⁹³ B. F. TRUEBLOOD, *The Federation of the World*, Boston/New York, Houghton, Mifflin & Co., 1899, p. 112, n. trad.

²³⁹⁴ W. LADD. *Essay on a Congress of Nations*, *op. cit.*, p. 41, n. trad.

²³⁹⁵ *Ibid.*, p. 46.

²³⁹⁶ *Ibid.*, p. 72, n. trad.

²³⁹⁷ B. F. TRUEBLOOD, *The Federation of the World*, *op. cit.*, p. 113, n. trad.

²³⁹⁸ *Ibid.*, n. trad. Dans le même sens, v. la seconde résolution adoptée par l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens au cours de la Conférence de 1873, citée in D. D. FIELD, *Association pour la réforme et la codification du droit des gens*, *op. cit.*, p. 3 (« [I]a conférence déclare qu'elle regarde l'arbitrage comme un moyen essentiellement juste, raisonnable et même obligatoire pour les nations de déterminer les différends internationaux qu'il n'est pas possible de régler par des négociations »).

751. Bien évidemment, si l'objectif est de parvenir à une paix permanente entre les nations, il est essentiel que les États aient l'obligation de soumettre leurs conflits au tribunal international et l'interdiction corrélatrice de les régler par la force. De plus, il est crucial que les États ne puissent pas déroger à cette obligation, en se réservant par exemple le droit de ne pas soumettre leur différend au tribunal international si celui-ci met en jeu leurs intérêts vitaux, leurs droits fondamentaux, leur honneur ou leur indépendance nationale. C'est pourquoi les pacifistes virent d'un mauvais œil les traités d'arbitrage négociés dans le derniers tiers du XIX^{ème} siècle²³⁹⁹, qui excluaient précisément de la compétence des tribunaux arbitraux les litiges concernant les intérêts vitaux, l'honneur ou l'indépendance nationale d'un État. En plus d'être si vagues et générales qu'elles permettent de soustraire n'importe quel différend au règlement pacifique²⁴⁰⁰, ces exceptions font échec à la clôture du système juridique si nécessaire au bannissement définitif de la guerre. En effet, la fonction principale des traités d'arbitrage n'est pas tant de régler les différends par la voie du droit que « *d'éviter que ces différends ne conduisent à la guerre* »²⁴⁰¹. Or, un traité excluant les controverses touchant aux intérêts vitaux d'un État ne couvre pas « *les problèmes cruciaux qui sont à l'origine des guerres* »²⁴⁰² – c'est face à ce type de situations, dans lesquelles la survie même de l'État est menacée, que les États jugent que le droit est incapable de résoudre les conflits et choisissent d'en sortir au profit de la violence²⁴⁰³. Par conséquent, il est clair que l'avènement d'une paix permanente entre les nations est tributaire de l'existence d'une obligation absolue, n'admettant aucune exception. Cette obligation pourrait par exemple être formulée comme suit : les États « *s'engagent à soumettre au tribunal (...) tous les différends et toutes les difficultés (...), quels que puissent être la cause, la nature et l'objet de ces difficultés* », et renoncent, « *de la façon la plus absolue, sans aucune exception, restriction ni réserve, à user, l'un[] vis-à-vis de l'autre, directement ni indirectement, d'aucun moyen ni procédé de guerre* »²⁴⁰⁴. Si une telle obligation finissait par s'imposer aux États, ç'en serait fini de la guerre, du moins en droit : aucune circonstance exceptionnelle ne permettrait plus à l'État de se délier de l'obligation de résoudre pacifiquement les conflits, l'ordre juridique international excluant *a priori* la possibilité de soulever cet argument. Et pour peu

²³⁹⁹ Sur ces traités, v. H. LAUTERPACHT, « The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law », *op. cit.*, pp. 290-292. Sur la réaction du mouvement pacifiste face à ces traités, v. not. D. S. PATTERSON, *Toward a Warless World. The Travail of the American Peace Movement, 1887-1914*, Bloomington/Londres, Indiana University Press, 1976, p. 153 ; W. H. TAFT, *The United States and Peace*, New York, C. Scribner's Sons, 1914, pp. 90-132.

²⁴⁰⁰ W. H. TAFT, *The United States and Peace*, *op. cit.*, pp. 99-100.

²⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 101, n. trad.

²⁴⁰² *Ibid.*, n. trad.

²⁴⁰³ H. LAUTERPACHT, « The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law », *op. cit.*, p. 304.

²⁴⁰⁴ C. LEMMONIER, *Formule d'un traité d'arbitrage entre nations*, Paris, Fischerbacher, 1878, p. 16.

que l'ordre international soit en mesure d'imposer le respect de cette obligation absolue dans les faits, ç'en serait fini de la guerre tout court.

752. Troisièmement, pour garantir la réalisation pratique de cette obligation, le pacifisme défend la création d'une autorité de contrainte à l'échelle internationale. En effet, pour les pacifistes, « [l]e problème n'est pas tant de conclure des traités qui définissent les droits [et les obligations des États] que d'empêcher que ces traités soient violés »²⁴⁰⁵. De la même manière, le problème n'est pas tant de créer un tribunal international compétent pour régler pacifiquement les différends que d'empêcher que les États ne se soustraient à la compétence de ce tribunal ou qu'ils refusent d'en appliquer les décisions²⁴⁰⁶. Les pacifistes s'accordent donc sur le fait que « [s]eule l'exécution physique [rendra] le droit international contraignant, tant sur le plan moral que pratique »²⁴⁰⁷. Il convient alors de créer un « pouvoir international de police », chargé à la fois de « prévenir la violence entre les nations », dans le cas où celles-ci recourraient à la force armée en violation de l'interdiction absolue d'y recourir, et d'« exécuter les décisions de la Cour »²⁴⁰⁸, au cas où un État refuserait de s'y plier.

753. Certains pacifistes, plus modérés, imaginent un système de coercition décentralisé, dans lequel la contrainte internationale ne pourrait être mise en œuvre qu'au travers des forces militaires des États²⁴⁰⁹. Mais même lorsqu'ils estiment que la mise en œuvre de la contrainte internationale par les États devrait être automatique plutôt que discrétionnaire²⁴¹⁰, comme par exemple dans le cas où les États se voient imposer l'obligation d'« *utilis[er] conjointement et immédiatement leurs forces économiques et militaires contre quiconque entre en guerre ou commet des actes d'hostilité contre un autre [État] avant que toute question ne soit soumise [au règlement pacifique des différends]* »²⁴¹¹, ce schéma reste imparfait. En effet, comme en atteste l'expérience de la Société des Nations, les États pourraient être amenés, pour des raisons politiques, à ne pas employer ce pouvoir de

²⁴⁰⁵ Elihu ROOT, cité in S. WERTHEIM, « The League That Wasn't », *op. cit.*, p. 803, n. trad.

²⁴⁰⁶ A. L. LOWELL, « Address by Dr. A. Lawrence Lowell », in W. H. TAFT (dir.), *League to Enforce Peace*, New York, League to Enforce Peace, 1915, p. 22 (« [t]he difficulty has been so far that we have had a court, but have had no sheriff. We have had a tribunal, but have had no police »).

²⁴⁰⁷ S. WERTHEIM, « The League That Wasn't », *op. cit.*, p. 807, n. trad.

²⁴⁰⁸ T. ROOSEVELT, *International Peace*, Discours de réception du prix Nobel, 5 mai 1910, n. trad.

²⁴⁰⁹ V. p. ex. A. L. LOWELL, « Address by Dr. A. Lawrence Lowell », *op. cit.*, pp. 19-26.

²⁴¹⁰ Sur ce débat, v. not. S. WERTHEIM, « The League That Wasn't », *op. cit.*

²⁴¹¹ Programme de la League to Enforce Peace, in W. H. TAFT (dir.), *League to Enforce Peace*, *op. cit.*, p. 4, n. trad.

contrainte alors même que le droit exigerait qu'ils le fassent²⁴¹². Et dans une telle situation, qui pourrait contraindre l'organe de contrainte à respecter ses obligations ? Personne. Pour réaliser pleinement le programme pacifiste, il faudrait donc créer un pouvoir de contrainte autonome des États, disposant de forces militaires propres, et compétent et disposé à agir avec promptitude et efficacité chaque fois que la paix du monde est en danger²⁴¹³. Ainsi, il est clair que, à l'exception de quelques pacifistes non-violents²⁴¹⁴, la réalisation pleine et entière du programme pacifiste n'implique pas l'abolition de toute forme de violence armée, mais la transformation de la guerre en opérations de police internationale²⁴¹⁵, et donc la transformation des armées en « *haute police cosmopolite* »²⁴¹⁶, chargée d'assurer la « *police du monde* »²⁴¹⁷.

754. Le pacifisme cherche donc à réaliser un quadrillage parfait de la vie internationale. Tous les aspects de la vie interétatique seraient soumis à des règles de droit. En cas de conflit, les États auraient l'obligation indérogeable d'en référer à un tribunal international, compétent pour connaître n'importe quel type de différend. Et une autorité internationale serait chargée de contraindre les États à soumettre leurs différends à un règlement pacifique et, le cas échéant, de réprimer les manquements à cette obligation. À l'échelle des rapports entre le droit international et la guerre, la stratégie pacifiste occupe donc une position correspondant à la stratégie absolutiste dans l'ordre interne. En effet, le programme pacifiste cherche à créer les conditions d'un ordre juridique international sans « en-dehors », et donc sans guerre : dans la société internationale idéale du point de vue pacifiste, il n'existerait tout simplement plus aucune raison juridique ou pratique de recourir à la guerre, c'est-à-dire de « sortir » de l'ordre juridique international pour affronter par des moyens effectifs une menace exceptionnelle. Tout recours unilatéral à la force armée serait par définition illégal et inutile, puisque l'ordre international permettrait aux États de résoudre pacifiquement n'importe quelle situation conflictuelle. Même la guerre de légitime défense, dernier bastion de l'état d'exception au sein de l'ordre juridique international²⁴¹⁸, pourrait perdre toute

²⁴¹² Sur ce point, v. p. ex. Q. WRIGHT, « The Mandchurian Crisis », *American Political Science Review*, vol. 26, n°1, 1932, pp. 45-76.

²⁴¹³ Telle est p. ex. la proposition de C. PECQUEUR, *De la paix, de son principe, et de sa réalisation*, préf. M. VILLENAVE, Paris, Capelle, 1840, not. pp. 220 et 392.

²⁴¹⁴ V. p. ex. W. LADD. *Essay on a Congress of Nations*, op. cit., pp. 11-12.

²⁴¹⁵ C. PECQUEUR, *De la paix...*, op. cit., p. 262 (« [I]a guerre doit donc se transformer en police, tout comme la force en justice. Or, la police diffère autant de la guerre qu'un garde national d'un soldat. Le soldat ne connaît que le glaive et la bataille. L'homme de paix ne recourt à la force que pour arrêter le délinquant, se préserver de sa violence et de ses coups. L'un est là pour exterminer et vaincre, l'autre pour saisir et réprimer »).

²⁴¹⁶ C. PECQUEUR, *De la paix...*, op. cit., p. 436.

²⁴¹⁷ Ibid., p. 392.

²⁴¹⁸ *Charte des Nations Unies*, art. 51.

justification, soit que le pacifisme soit parvenu à un désarmement général des États au profit des forces de police internationale, de sorte que l'agression armée par un État devienne *de facto* impossible²⁴¹⁹, soit qu'il soit parvenu à mettre sur pieds un pouvoir de police capable d'agir instantanément pour mettre fin aux agressions armées²⁴²⁰.

755. La stratégie pacifiste vise ainsi à enfermer l'État dans un cadre juridique et institutionnel dont il serait impossible, en droit comme en fait, de s'extraire. L'État ne pourrait plus « *exercer aucun pouvoir au-delà de ceux dont il jouit en temps de paix* »²⁴²¹, puisqu'il n'existerait plus rien « au-delà du temps de paix », si ce n'est une situation illicite de violation de l'interdiction absolue de recourir à la guerre. Il n'existerait donc plus qu'un droit, le droit de la paix, valable « *pour toutes les saisons* »²⁴²². Sous ces conditions, le droit de la guerre, ce « *droit de l'exceptionnel* »²⁴²³, perdrait toute raison d'être. En effet, l'État ne pouvant plus licitement pénétrer dans l'état de guerre, il n'existerait plus aucune raison de réglementer juridiquement les comportements des belligérants. Ceci serait même perçu par les pacifistes comme une provocation, puisque la simple existence d'un droit réglementant l'emploi de la violence en période d'exception sous-entendrait que l'État puisse encore faire exception à l'ordre juridique international en recourant à la force armée²⁴²⁴. Ainsi, le droit de la guerre, par sa simple existence, s'oppose à la réalisation pleine et entière du programme pacifiste. En miroir, la mise en œuvre pleine et entière du programme pacifiste aura nécessairement pour conséquence l'obsolescence du droit de la guerre²⁴²⁵. Prenant l'exact contre-pied du pacifisme, la stratégie militariste réaffirme le caractère proprement exceptionnel de la guerre et l'impossibilité, pour le droit, de soumettre celle-ci à son emprise.

²⁴¹⁹ On pourrait néanmoins imaginer que, même dans un monde entièrement désarmé, un État se livre à une invasion armée au travers de ses forces de police intérieure ou, dans l'hypothèse où même celles-ci seraient désarmées, au moyen de bâtons et de fourches. De ce point de vue, aucune politique de désarmement ne peut mettre fin à l'ingéniosité humaine dès lors qu'il s'agit de trouver des moyens de s'entre-tuer.

²⁴²⁰ Tel est le système initialement imaginé par la Charte des Nations Unies, qui ne permet aux États de recourir à la légitime défense que « *jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales* » (*Charte des Nations Unies*, art. 51). Cependant, l'histoire des interventions du Conseil de sécurité montre que, dans les faits, celui-ci peut n'avoir pas la volonté ou la capacité d'intervenir promptement pour prendre les mesures de police nécessaires pour mettre fin à l'agression.

²⁴²¹ Q. WRIGHT, « The Outlawry of War and the Law of War », *op. cit.*, p. 371, n. trad.

²⁴²² O. GROSS, F. NI AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, p. 86, n. trad.

²⁴²³ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 105.

²⁴²⁴ Sur ce point, v. p. ex. J. L. KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », *op. cit.*, p. 40 (qui dénonce l'argument, adopté « *par les pacifistes extrémistes* » et des « *internationalistes universellement reconnus* », selon lequel « *[l]e fait de s'occuper du droit de la guerre (...) constituerait un démenti donné à tous les progrès réalisés, créerait une "désillusion de l'opinion publique", on veut même dénoncer l'étude du droit de la guerre presque comme le signe d'un état d'esprit belliqueux* ») ; S. H. BROWN, « Les lois de la guerre selon la doctrine du droit international depuis 1919 », *R.I.C.R.*, vol. 16, n°185, 1934, pp. 367-367 (où l'auteur dénonce la position des « *pacifistes résolus* » qui, « *prenant sans doute leurs désirs pour des réalités* », prétendent que « *toute référence au droit de la guerre et de la neutralité* » témoigneraient « *d'un manque de foi en la paix universelle* » et serait « *une preuve de sentiments "réactionnaires"* »).

²⁴²⁵ En ce sens, v. p. ex. O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, *op. cit.*, pp. 125-132.

§ II. – La libération de l'état exceptionnel de la guerre de toute forme d'emprise juridique : le nihilisme militariste

756. Contrairement au pacifisme, il est difficile de parler de « mouvement militariste ». En effet, la pensée militariste n'est pas incarnée dans un mouvement transnational organisé. Elle est plutôt l'œuvre d'auteurs individuels, dont le nationalisme, parfois forcené, les pousse peut-être à ne pas s'organiser à l'échelle transnationale²⁴²⁶. En tout état de cause, il est possible de reconstituer l'unité de la pensée militariste, qui se développe aussi à partir du milieu du XIX^{ème} siècle. Elle est donc contemporaine du pacifisme et de l'humanitarisme et se construit en opposition à ceux-ci.

757. Dans l'univers des stratégies disponibles pour appréhender juridiquement l'état exceptionnel de la guerre, la stratégie militariste correspond à la stratégie nihiliste. Rappelons à ce titre que la stratégie nihiliste contient une double prétention²⁴²⁷. Tout d'abord, puisque le déclenchement de l'état d'exception est une réaction à l'apparition de circonstances imprévues, non-anticipées par l'ordre juridique, il est impossible de définir par avance les circonstances justifiant l'entrée dans l'état d'exception. Ensuite, puisque le déclenchement de l'état d'exception a pour objet de permettre à l'État de combattre une menace inconnue que l'ordre juridique ne parvient pas à absorber, il est impossible de définir par avance le contenu même de l'action de l'État en période d'exception, c'est-à-dire la nature des mesures qui devront être mises en œuvre pour éliminer la menace et rétablir une situation normale. Ainsi, la stratégie nihiliste vise à garantir la liberté absolue de l'État pour décider quand une situation justifie la suspension du droit commun et pour décider ce qui doit être fait pour vaincre l'exception. Or, le militarisme occupe, à l'échelle des rapports entre le droit et la guerre, une position analogue : la guerre est décrite comme phénomène immaîtrisable, dont le droit ne peut définir par avance ni les circonstances en justifiant le déclenchement, ni le périmètre des moyens devant être employés pour vaincre l'ennemi.

758. Sur un plan conceptuel, les militaristes estiment que la guerre est incapable d'être soumise à l'empire du droit car le droit est incapable d'enserrer toutes les éventualités de la

²⁴²⁶ Ainsi, contrairement au mouvement pacifiste, la littérature secondaire portant sur le « mouvement militariste » est très faible. On trouvera cependant certaines pages pertinentes à cet égard dans A. VAGTS, *A History of Militarism*, *op. cit.* ; J. MUELLER, *Retreat from Doomsday*, *op. cit.* ; R. N. STROMBERG, *Redemption by War*, *op. cit.*

²⁴²⁷ Sur ce point, v. *supra*, § 708.

vie dans ses normes formelles. Le quadrillage juridique que les pacifistes cherchent à réaliser est impossible, car il existera toujours des situations d'exception exigeant que l'État s'extraie du cadre tracé par le droit international. De ce fait, la pensée militariste présente le droit international comme un « *droit imaginaire* », construit non sur la base des « *faits historiques* »²⁴²⁸, mais sur la base d'un travail d'abstraction conceptuel réalisé par les professeurs de droit²⁴²⁹. En tant que produit d'une réflexion théorique cherchant à enfermer l'action étatique dans des catégories préétablies, le droit international se caractériserait par sa « *rigidité* », là où la politique internationale et l'action militaire demandent de la « *flexibilité* »²⁴³⁰. Dès lors, le droit international serait dans un état permanent d'« *insécurité* »²⁴³¹ : les normes formelles du droit seraient susceptibles, à tout moment, d'être « *modifiées et dépassées par la vie telle qu'elle est vécue* »²⁴³².

759. Or, ce constat devient particulièrement dramatique dès lors que l'on considère que la société internationale est marquée par un « *principe d'antagonisme* »²⁴³³. En effet, les militaristes décrivent la société internationale comme une arène dans laquelle les États, entités irréductibles les unes aux autres²⁴³⁴, luttent constamment pour leur survie²⁴³⁵. Dès lors, en tentant d'enfermer l'action de l'État dans des normes formelles posées *a priori*, le droit international nierait la « *loi générale de la nature* », c'est-à-dire la lutte permanente de tous contre tous, qui non seulement « *ne peut jamais être codifiée* », mais qui en plus est « *supérieure à tous les accords fondés sur le droit formel* »²⁴³⁶. L'État agit donc toujours de manière *ad hoc* et contingente. Aucune norme générale ne peut gouverner son action : « *les exceptions sont si nombreuses que la classification juridique ne peut les englober*

²⁴²⁸ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol 2, trad. B. DUGDALE et T. DE BILLE, préf. A. J. BALFOUR, Londres, Constables & Coe., 1916 [1897], p. 589, n. trad.

²⁴²⁹ *Ibid.* Dans le même sens, v. J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2...*, *op. cit.*, *passim* ; W. VON RÜSTOW, *Kriegspolitik und Kriegsgebrauch*, *op. cit.*, *passim*.

²⁴³⁰ A. T. MAHAN, « The Deficiencies of Law as an Instrument of International Adjustments », in A. T. MAHAN, *Armaments and Arbitration, or The Place of Force in the International Relations of States*, New York/Londres, Harper & Brothers, 1912, p. 91, n. trad. Dans le même sens, v. H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 1, trad. B. DUGDALE et T. DE BILLE, préf. A. J. BALFOUR et A. L. LOWELL, New York, MacMillan, 1916 [1897], p. 28.

²⁴³¹ A. T. MAHAN, « The Deficiencies of Law... », *op. cit.*, p. 96, n. trad.

²⁴³² H. VON TREITSCHKE, vol. 2, *Politics*, *op. cit.*, p. 589, n. trad.

²⁴³³ H.-A. BRIALMONT, *Éloge de la guerre, ou réfutation des doctrines des amis de la paix*, Bruxelles, Kiessling & Co., 1820, p. 25.

²⁴³⁴ En ce sens, v. p. ex. H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 1, *op. cit.*, p. 19 ; A. LASSEN, *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, von Wilhelm Hertz, 1871, pp. 9-12.

²⁴³⁵ Comme l'écrit Henri-Alexandre BRIALMONT, « *tout peuple qui n'est pas menacé est à la veille de l'être, comme le plus beau jour est sous la menace d'un orage* » (H.-A. BRIALMONT, *Éloge de la guerre*, *op. cit.*, p. 62). Cette lutte pour la survie, omniprésente dans la littérature militariste, est exposé avec force par A. T. MAHAN, « The Practical Aspect of War », in A. T. MAHAN, *Some Neglected Aspects of War*, Boston, Little, Brown & Co., 1907, pp. 67-72.

²⁴³⁶ F. VON BERNHARDI, *Britain as Germany's Vassal*, trad. J. ELLIS BARKER, Londres, Dawson & Sons, 1914, p. 96, n. trad.

entièrement »²⁴³⁷. On peut ainsi lire, dans la pensée militariste, une réfutation complète de la possibilité même de normes juridiques générales, définissant par avance ce que l'État pourrait ou ne pourrait pas faire dans ses relations internationales :

(...) les relations entre Etats indépendants ne sont pas susceptibles d'être pleinement établies, ni de subir tous les ajustements nécessaires de temps à autre, sur la base du droit. Cela est dû en partie au fait que le droit, quelle que soit la méthode utilisée pour le développer, qu'il s'agisse de coutumes ou de lois, ne peut être systématisé à l'avance au point de couvrir tous les cas ; notamment parce que des conditions imprévues apparaissent, ou que des changements graduels de conditions se produisent, et que le droit existant est dépassé par ces conditions. Ainsi, le droit est souvent en retard sur les faits (...). [I]l en résulte une inapplicabilité [des normes], dont la tentative de décider par le droit entraînerait une réelle injustice²⁴³⁸.

760. Par conséquent, dans ce « *struggling world* »²⁴³⁹, véritable état d'exception permanent²⁴⁴⁰, toute norme générale serait *ipso facto* condamnée à l'échec, car les exceptions finiront toujours par renverser la norme. Le seul droit international qui pourrait exister serait un « *droit positif* »²⁴⁴¹, c'est-à-dire un droit purement empirique et a-normatif, adapté à chaque situation particulière dans laquelle chaque État particulier agit. L'irréductibilité des situations ferait donc obstacle à toute forme d'abstraction, à toute tentative visant à « *poser les principes* »²⁴⁴² d'un droit international universel, valable en tous lieux, en tout temps et pour tous les États²⁴⁴³. De ce fait, les militaristes s'opposent non seulement à la codification du droit international, mais également à l'idée même d'une force obligatoire des traités. En effet, si l'État limite effectivement son pouvoir en concluant des traités, ceux-ci n'ont qu'une « *validité relative* » : tous les traités sont « *préfacés par la clause "rebus sic stantibus"* »,

²⁴³⁷ A. T. MAHAN, « The Deficiencies of Law... », *op. cit.*, p. 97, n. trad.

²⁴³⁸ A. T. MAHAN, « The Place of Force in International Relations », in T. MAHAN, *Armaments and Arbitration, or The Place of Force in the International Relations of States*, New York/Londres, Harper & Brothers, 1912, p. 100, n. trad.

²⁴³⁹ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 1, *op. cit.*, p. 47.

²⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 101 (les Etats européens vivent sous condition de « *latent war* »).

²⁴⁴¹ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 2, *op. cit.*, p. 589, n. trad.

²⁴⁴² *Ibid.*, n. trad.

²⁴⁴³ Dans le même sens, v. F. VON BERNHARDI, *Germany and the Next War*, trad. A. H. POWLES, New York, Longmans, Green & Co., 1911, p. 32 (« [i]f sometimes between individuals the duel alone meets the sense of justice, how much more impossible must a universal international law be in the wide-reaching and complicated relations between nations and States! Each nation evolves its own conception of right, each has its particular ideals and aims, which spring with a certain inevitability from its character and historical life. These various views bear in themselves their living justification, and may well be diametrically opposed to those of other nations, and none can say that one nation has a better right than the other. There never have been, and never will be, universal rights of men »).

c'est-à-dire par la « *réserve implicite* »²⁴⁴⁴ voulant que les traités ne conservent leur force obligatoire que tant que les choses demeurent en l'état²⁴⁴⁵. Or, l'État ne connaissant aucun supérieur dans la sphère internationale, il est le seul juge de ses obligations conventionnelles²⁴⁴⁶. C'est donc l'État, et l'État seul, qui peut dire lorsque « *les circonstances présentes (...) sont (...) totalement bouleversées* »²⁴⁴⁷ au point d'entraîner la suspension des traités.

761. La pensée militariste est donc une pensée de l'exception. Elle postule à la fois que le droit ne pourra jamais enserrer la vie internationale dans ses normes formelles et générales, celles-ci étant toujours finalement débordée par l'exception, mais également que le droit doit céder face à l'exception afin de ne pas « *entraver indéfiniment l'action nationale* »²⁴⁴⁸. Pourtant, les militaristes ne s'opposent pas à ce que toute la vie internationale soit soumise au droit. En effet, certains domaines de la vie internationale peuvent faire l'objet d'une appréhension juridique, à l'image par exemple du droit international privé²⁴⁴⁹, parce qu'il s'agit d'un domaine « *qui ne touche pas aux questions de souveraineté* » et que, en concluant ces traités, l'État ne risque pas de se retrouver contraint à « *adopter une attitude qui le conduirait à se détruire lui-même* »²⁴⁵⁰, c'est-à-dire à violer le devoir premier de l'État : garantir sa survie dans la jungle mondiale²⁴⁵¹.

762. Ceci explique que, parmi tous les domaines de la vie internationale, celui de la sécurité de l'État, et donc de la guerre, ultime moyen de garantir l'existence nationale, soit le plus insusceptible de faire l'objet d'un encadrement juridique. En effet, l'État doit demeurer absolument libre d'agir afin de garantir le respect de ses intérêts vitaux, de son indépendance, de ses droits essentiels, bref : de sa « *liberté politique* »²⁴⁵². Dès lors, le droit

²⁴⁴⁴ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 28-29, n. trad.

²⁴⁴⁵ Dans le même sens, v. F. VON BERNHARDI, *Britain as Germany's Vassal*, *op. cit.*, p. 96 (« *international agreements have only a limited validity. They are valid only as long as, broadly speaking, the circumstances under which they have been concluded remain unchanged* »).

²⁴⁴⁶ En ce sens, v. p. ex. H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 1, *op. cit.*, p. 96 (« *[i]t is a further consequence of the essential sovereignty of the State that it can acknowledge no arbiter above it, and must ultimately submit its legal obligations to its own verdict. We must beware of judging a great crisis from the advocates' philistine standpoint* »).

²⁴⁴⁷ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 2, *op. cit.*, p. 596, n. trad.

²⁴⁴⁸ A. T. MAHAN, « *The Deficiencies of Law...* », *op. cit.*, p. 94, n. trad.

²⁴⁴⁹ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 2, *op. cit.*, p. 595

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, n. trad.

²⁴⁵¹ Sur l'idée que le devoir d'autoconservation constitue le premier devoir de tout État, v. p. ex. F. VON BERNHARDI, *Germany and the Next War*, *op. cit.*, p. 21 ; H. VON TREITSCHKE, *Politics*, *op. cit.*, vol. 1, p. 94 ; A. T. MAHAN, « *The Problem of Asia* », in A. T. MAHAN, *The Problem of Asia and its Effect upon International Policies*, Boston, Little, Brown & Co., 1900, p. 29.

²⁴⁵² H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 2, *op. cit.*, p. 401, n. trad. V. ég. H. BRIALMONT, *Éloge de la guerre*, *op. cit.*, p. 63 (la guerre est « *l'art de conserver la liberté* »).

ne saurait s'opposer à ce que l'État agisse en vue de son autoconservation, y compris par la guerre : dans un domaine aussi sensible, le droit n'a pas sa place. Insistant jusqu'au vertige sur les dimensions de l'imprévisible et de l'urgence, les militaristes déploient cette pensée sur les deux domaines clés de la réaction de l'État confronté à une situation d'exception.

763. **Premièrement**, les militaristes jugent qu'il est impossible d'imaginer un ordre juridique international qui éliminerait complètement et définitivement la nécessité de recourir à la guerre. Sur ce point, les militaristes sont conscients du fait que la réalisation pleine et entière du programme pacifiste, c'est-à-dire l'avènement de la paix permanente entre les nations, suppose la clôture définitive de l'ordre juridique international. En effet, pour mettre définitivement fin à la guerre, il est nécessaire que l'État se voit imposer une obligation absolue de soumettre à un juge international tous les conflits pouvant surgir dans la sphère internationale. Si une telle obligation existait, alors les conflits devraient toujours être affrontés dans le droit, par la voie de l'argumentation juridique, plutôt que hors du droit, c'est-à-dire par la violence²⁴⁵³.

764. Or, pour être viable, un tel système suppose que « *tous les litiges entre nations [puissent] être ramenés sous la catégorie du légal, en étant rangés et classés dans un système de lois* »²⁴⁵⁴. Il faut que la vie internationale puisse réellement être « quadrillée » par le droit. En effet, ce n'est que si les conflits sont susceptibles d'être retranscrits dans le langage juridique, et donc résolus par la simple application des règles en vigueur, que les États pourront se voir imposer l'obligation de régler les différends par la voie du droit plutôt que celle des armes – le droit suffirait à résoudre n'importe quel conflit. Or, comme nous l'avons vu²⁴⁵⁵, les militaristes affirment qu'il est impossible de faire entrer l'ensemble de la vie internationale dans le cadre formel du droit, les relations internationales étant « *trop complexes pour qu'une loi prévoit tous les cas possibles* »²⁴⁵⁶.

765. Mais surtout, les militaristes estiment que, quel que soit le degré de complexité du droit, il restera toujours des conflits qui échappent à la discipline juridique, car ils naissent non pas d'une « *Violation des droits* »²⁴⁵⁷, mais d'un conflit « *de morale et d'opportunité* –

²⁴⁵³ Sur ce point, v. *supra*, § 751.

²⁴⁵⁴ A. T. MAHAN, « The Deficiencies of Law... », *op. cit.*, p. 78, n. trad.

²⁴⁵⁵ V. *supra*, §§ 758-760.

²⁴⁵⁶ F. VON BERNHARDI, *Britain as Germany's Vassal*, *op. cit.*, p. 123, n. trad.

²⁴⁵⁷ F. VON BERNHARDI, *Germany and the Next War*, *op. cit.*, p. 30, n. trad.

en d'autres termes, de politique »²⁴⁵⁸. Les conflits touchant aux intérêts vitaux de l'État appartiennent à cette catégorie²⁴⁵⁹. Pour les militaristes, ces conflits touchent à « *l'essence de la vie nationale* »²⁴⁶⁰, à ce qu'il y a de plus sacré et de plus inviolable, et ne peuvent donc être soumis à un règlement juridique. En effet, il est impossible d'énoncer par avance ce qu'un État doit faire pour sauvegarder ses intérêts vitaux, de sorte que l'action de l'État ne peut être enfermée dans des règles formelles préétablies : sur toutes les questions d'une importance vitale, l'action de l'État est dictée « *par une nécessité qui ne connaît ni n'admet de loi extérieure* »²⁴⁶¹. Et même dans les cas où des règles juridiques s'appliquent au litige, la situation peut exiger que l'action étatique « *entre en contradiction avec le droit et la justice formelles* »²⁴⁶² – en d'autres termes, il se peut que la situation se présente sous la forme d'une exception au droit en vigueur²⁴⁶³. Ainsi, dès lors que les intérêts vitaux de l'État sont concernés, l'action étatique « *échappe totalement à la codification* »²⁴⁶⁴. Le conflit révèle sa nature politique plutôt que juridique, ce qui implique que l'État affronte ce cas exceptionnel « *par des mesures qui doivent être prises sur la base non pas de la stricte légalité, mais de leur évidente nécessité* »²⁴⁶⁵.

766. Sur ce fondement, les militaristes nient la possibilité que les États puissent s'engager inconditionnellement à soumettre toutes les situations conflictuelles à un juge international, comme le veulent les pacifistes. Cela est impossible car le champ de cette obligation sera forcément « *limité par des situations spécifiques qui ne se prêtent pas à la classification* »²⁴⁶⁶, c'est-à-dire par des exceptions. Dès lors, un « *engagement préalable* » d'agir conformément au droit dans toutes les situations ou de soumettre tous les conflits à un juge international « *est impossible. Je ne peux pas m'engager pour un avenir dont je ne sais encore rien, ni me soumettre à la décision d'un autre juge que ma propre conscience* »²⁴⁶⁷. Dans l'état de nature mondial, face aux menaces multiples et évolutives,

²⁴⁵⁸ A. T. MAHAN, « The Deficiencies of Law... », *op. cit.*, p. 78, n. trad.

²⁴⁵⁹ Sur ce point, v. not. A. T. MAHAN, « Preface », in A. T. MAHAN, *Some Neglected Aspects of War*, Boston, Little, Brown & Co., 1907, pp. xii-xiv.

²⁴⁶⁰ F. VON BERNHARDI, *Germany and the Next War*, *op. cit.*, p. 32, n. trad.

²⁴⁶¹ A. T. MAHAN, « The Deficiencies of Law... », *op. cit.*, p. 88, n. trad.

²⁴⁶² F. VON BERNHARDI, *Germany and the Next War*, *op. cit.*, p. 32, n. trad.

²⁴⁶³ En ce sens, v. p. ex. A. T. MAHAN, « The Deficiencies of Law... », *op. cit.*, p. 99 (« [I]aw lacks elasticity, not merely because of the time needed to pass new legislation, but because it itself, at least in international relations, may be correct as a general proposition, yet cannot always be applied satisfactorily to a particular case »).

²⁴⁶⁴ F. VON BERNHARDI, *Britain as Germany's Vassal*, *op. cit.*, p. 95, n. trad.

²⁴⁶⁵ A. T. MAHAN, « The Deficiencies of Law... », *op. cit.*, p. 99, n. trad.

²⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 91, n. trad.

²⁴⁶⁷ A. T. MAHAN, « The Moral Aspect of War », in A. T. MAHAN, *Some Neglected Aspects of War*, Boston, Little, Brown & Co., 1907, p. 36, n. trad. Dans le même sens, v. H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 1, *op. cit.*, p. 28 (« [N]o State can pledge its future to another »).

l'État doit conserver sa « *liberté d'agir à l'avenir selon ce que ses intérêts futurs pourraient exiger* »²⁴⁶⁸. L'État est toujours susceptible de faire face à des situations exceptionnelles, dans lesquelles ses intérêts vitaux sont gravement menacés et qui exigent de ce fait d'être affrontées en dehors du cadre tracé par le droit, c'est-à-dire par la guerre et la violence²⁴⁶⁹. Et même l'obligation la plus absolue et inconditionnelle n'y pourra rien changer : les aléas de la vie internationale ne manqueront pas de faire naître « *des nécessités qui transcendent le droit* »²⁴⁷⁰. Pour les militaristes, la guerre demeurera donc pour toujours le dernier moyen de « *protéger les intérêts les plus élevés et les plus précieux d'une nation* »²⁴⁷¹.

767. Deuxièmement, les militaristes estiment qu'il est impossible d'énoncer par avance les moyens que l'État pourra employer, une fois entré en guerre, pour vaincre l'ennemi. Ceci pour la même raison fondamentale : dans l'état de nature mondial, il est impossible d'enfermer l'action de l'État dans des règles posées *a priori*. Lorsque la sécurité de l'État est en jeu, la nécessité, plutôt que le droit, gouverne son action.

768. Sur ce point, la pensée militariste part du constat que la guerre constitue un « *état d'exception* »²⁴⁷², au sens rigoureux du terme : lorsque la guerre supplante la paix, le droit applicable aux relations interétatiques se retire et « *la violence et la passion entrent sur la grande scène de l'histoire* »²⁴⁷³. Le déclenchement de la guerre provoque ainsi un retour à un état antérieur, pré-juridique des choses : puisque le droit international s'est révélé incapable de garantir le respect des droits et des intérêts de l'État, celui-ci se retrouve habilité à agir au-delà du droit applicable en temps normal et à « *employer tous les moyens de nature l'aider à atteindre le but de la guerre* »²⁴⁷⁴, c'est-à-dire à obtenir par la violence ce qu'il n'a pu obtenir par le droit. Ce faisant, les règles encadrant l'exercice de la violence en temps normal ayant été suspendues, l'État peut mener la guerre « *de la manière la plus efficace possible* », en frappant « *le cœur de l'ennemi* » au moyen « *des armes les plus*

²⁴⁶⁸ A. T. MAHAN, « Introduction », in A. T. MAHAN, *Armaments and Arbitration, or The Place of Force in the International Relations of States*, New York/Londres, Harper & Brothers, 1912, p. 3, n. trad.

²⁴⁶⁹ En ce sens, v. p. ex. A. T. MAHAN, « Preface », op. cit., p. xviii (« [w]hen [the law] is unable to act, (...) the physical force (...), always its latent support, must be called into active exertion (...). The mandates of law are simply the register of past decisions reached by the people upon precedent conditions; and when unprecedented conditions arise, law, unless *ex post facto*, is paralyzed, for want of mandate »).

²⁴⁷⁰ A. T. MAHAN, « Diplomacy and Arbitration », in A. T. MAHAN, *Armaments and Arbitration, or The Place of Force in the International Relations of States*, New York/Londres, Harper & Brothers, 1912, p. 39, n. trad.

²⁴⁷¹ F. VON BERNHARDI, *Germany and the Next War*, op. cit., p. 26, n. trad. Dans le même sens, v. H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 1, op. cit., p. 19 (« [w]hen a nation's existence is at stake there is no outside Power whose impartiality can be trusted »).

²⁴⁷² J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche 2...*, op. cit., p. 23, n. trad.

²⁴⁷³ Ibid., n. trad.

²⁴⁷⁴ ALLEMAGNE, GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, op. cit., p. 3.

redoutables »²⁴⁷⁵. Les situations d’exception s’affrontent par des moyens eux-mêmes exceptionnels.

769. Or, pour les militaristes, il est impossible de chercher à encadrer *a priori* l’action de l’État en temps de guerre par des normes juridiques. Certes, même les plus fervents militaristes admettent que la guerre ne doit pas provoquer de « *souffrances inutiles* »²⁴⁷⁶ et que seule la violence nécessaire est légitime. Cependant, le domaine du « nécessaire » est insusceptible de faire l’objet d’une définition juridique préalable. En effet, la nécessité militaire est « *quelque chose qui varie sans cesse* »²⁴⁷⁷. La guerre se présente comme une suite d’événements dont l’enchaînement causal échappe largement à l’esprit humain, de sorte que dans la guerre, rien n’est stable : « *on ne rencontre nulle part des valeurs constantes à l’aide desquelles on pourrait faire un calcul ; où que l’on regarde, on voit apparaître des grandeurs qui, d’une importance toute relative, doivent être appréciées différemment à chaque instant* »²⁴⁷⁸. L’action militaire se déroule dans le domaine de l’incertain, de l’imprévu et du chaos, dans un univers où l’intensité dramatique des événements atteint son paroxysme²⁴⁷⁹, et c’est pourquoi « *les commandements de la nécessité militaire ne peuvent pas être soumis à la mesure d’un manuel de droit* »²⁴⁸⁰. Guidée par la nécessité d’affronter les circonstances du temps présent, l’action militaire « *brise tout ce qui la gêne dans la poursuite de ses desseins ; sa nature et son but ne lui permettent pas de porter des fers* »²⁴⁸¹.

770. Ainsi, dans la guerre, ce sont les conditions de possibilité du droit elles-mêmes qui sont absentes. Face à l’irréductibilité des situations, et face à l’urgence de les affronter adéquatement, il est impossible « *d’élaborer des règles absolument contraignantes pour les gérer, et d’exiger des Etats qu’ils les reconnaissent et les observent une fois pour toutes comme obligatoires* »²⁴⁸². Exactement de la même manière qu’il est impossible de soumettre définitivement l’État à l’obligation de ne jamais recourir à la guerre, il est impossible de soumettre définitivement l’État à l’obligation de ne pas employer certains moyens de guerre :

²⁴⁷⁵ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 2, *op. cit.*, p. 609, n. trad.

²⁴⁷⁶ *Ibid.* Dans le même sens, v. A. T. MAHAN, « The Moral Aspect of War », *op. cit.*, p. 41.

²⁴⁷⁷ J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche* 2..., *op. cit.*, pp. 45-46, n. trad.

²⁴⁷⁸ *Ibid.*, pp. 45-46, n. trad.

²⁴⁷⁹ En ce sens, v. p. ex. P. BOIDIN, *Les lois de la guerre...*, *op. cit.*, p. 9.

²⁴⁸⁰ J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche* 2..., *op. cit.*, pp. 50-51, n. trad.

²⁴⁸¹ C. LUEDER, *La Convention de Genève...*, *op. cit.*, p. 249.

²⁴⁸² J. VON HARTMANN, *Kritische Versuche* 2..., *op. cit.*, p. 125, n. trad.

dans « *la vie sauvage et confuse de la guerre* »²⁴⁸³, les règles juridiques ont vocation, plus que nulle part ailleurs, à être renversées par l'exception. Il faut donc « *abandonner l'utopie d'une guerre construite* »²⁴⁸⁴ car, dans le contexte exceptionnel de la guerre, « [i]l est absurde de se gargariser de morale (...), ou d'attendre d'un État qu'il les affronte avec un Catéchisme à la main »²⁴⁸⁵. Opérant dans l'état d'exception, c'est-à-dire dans l'urgence de faire face à une situation imprévue menaçant gravement l'intégrité de l'État, l'appareil militaire agit de manière *ad hoc*, en fonction des nécessités de l'instant, ce qui est incompatible avec toute idée de norme ou de règle²⁴⁸⁶.

771. Contrairement à la stratégie pacifiste, qui consiste à empêcher l'État de pénétrer dans l'état exceptionnel de la guerre, la stratégie militariste cherche à libérer l'état exceptionnel de la guerre de toute forme d'emprise juridique. Les contingences de la vie, les nécessités de l'existence s'opposent à tout enfermement de l'action étatique dans des normes juridiques formelles. La logique de l'état d'exception tourne donc à plein régime, et impose sa logique inexorable à l'État : « [a]ucun État au monde ne peut renoncer au "Je" de sa souveraineté. Si des conditions lui sont imposées qui empiètent sur cette souveraineté et qu'il n'est pas en mesure de les éliminer, alors "la violation [du droit] est plus honorable que le respect" »²⁴⁸⁷. L'impératif de sauvegarde de l'État prime toutes les autres considérations.

*

772. Conclusion de la Sous-section 1. Dans le champ du droit international, deux projets font concurrence au droit de la guerre : le pacifisme et le militarisme. Or, ces deux projets sont également deux stratégies, deux manières d'agencer les rapports entre le droit et la guerre, qui s'inscrivent parfaitement dans la typologie des stratégies disponibles pour affronter le problème posé par l'état d'exception. Tout d'abord, la stratégie pacifiste est une

²⁴⁸³ *Ibid.*, p. 128, n. trad.

²⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 140, n. trad.

²⁴⁸⁵ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 1, *op. cit.*, p. 102, n. trad.

²⁴⁸⁶ Ici se trouve le lien entre le concept d'état d'exception et l'idée, omniprésente au sein de la littérature stratégique, selon laquelle l'action militaire ne peut être enfermée dans aucune norme posée *a priori* (v. *supra*, Chapitre 2, §§ 191-209). Le déclenchement de l'état d'exception, c'est-à-dire la sortie de l'ordre juridique valable en temps normal, est motivée par l'apparition d'une situation d'extrême urgence ne pouvant être affrontée par les moyens que l'ordre juridique prescrit. Dès lors, l'action en période d'exception est forcément marquée par l'urgence, par la nécessité d'agir de manière *ad hoc* pour faire face à une situation que l'ordre juridique n'a pas anticipée, ou pas anticipée de manière satisfaisante. Il n'est donc pas étonnant que les militaires construisent leur domaine d'action comme un domaine marqué par l'incertain, l'imprévu, le chaos, le contingent, etc. En effet, ceux-ci opèrent par définition dans l'état d'exception – les caractéristiques intrinsèques de l'action militaire ne sont donc qu'un miroir des caractéristiques intrinsèques de l'action en période d'exception, dans laquelle l'idée même de norme n'a plus sa place, s'agissant d'affronter une situation qui échappe par définition à la norme. C'est pourquoi nous avons pu affirmer plus haut que l'impossibilité du droit de la guerre ne trouvait pas son origine dans la nature de l'action militaire, comme le prétend par exemple Clausewitz, et que ceci n'était qu'une manifestation épiphénoménale d'une réalité plus large (v. *supra*, § 546).

²⁴⁸⁷ H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 596-597, n. trad.

stratégie absolutiste, dans la mesure où elle consiste à interdire à l'État, quelles que soient les circonstances de fait, de s'émanciper des règles valables en temps normal pour affronter une situation de crise par des moyens extralégaux. Comme la position absolutiste dans l'ordre interne, la position pacifiste défend l'idée qu'il n'existe qu'un seul droit, valable pour « toutes les saisons ». Tous les conflits, aussi exceptionnels soient-ils, doivent être affrontés à l'intérieur du cadre juridique libéral tracé par le droit international. Il n'existe donc pas de « hors-droit » : l'État ne peut jamais sortir de l'ordre juridique pour combattre l'exception par des moyens non-pacifiques. L'entrée dans l'état d'exception n'est jamais une option licite. En miroir, la stratégie militariste est une stratégie nihiliste, puisqu'elle s'appuie sur l'idée que le droit est constitutivement incapable de prévoir l'imprévisible. La réalité de la vie est trop complexe pour être enserrée dans un cadre formel dont l'État ne pourrait jamais se départir. Dès lors, l'État doit demeurer libre de décider quand une menace exceptionnelle nécessite de se départir de ce cadre et de décider des moyens à mettre en œuvre pour vaincre la menace. Ainsi, non seulement il existe bien une zone de « hors-droit », mais en plus celle-ci échappe résolument à toute emprise juridique : le droit ne peut énoncer à l'avance ni quand l'État pourra y pénétrer, ni ce qu'il pourra faire une fois sorti du cadre tracé par l'ordre juridique. Face à ces deux positions extrêmes, l'humanitarisme apparaît comme une *via media*.

Sous-section 2. – La stratégie humanitaire, ou le dépassement de l'opposition entre pacifisme et militarisme par la soumission des États à un droit exceptionnel de la guerre

773. Entre les stratégies radicales de l'absolutisme pacifiste et du nihilisme militariste, il existe une stratégie alternative, portée par les humanitaires du CICR et ses relais dans le monde académique. S'inscrivant dans un double rejet de l'absolutisme pacifiste et du nihilisme militariste (**§ I**), la stratégie humanitaire ne propose ni d'interdire à l'État de pénétrer dans l'état exceptionnel de la guerre (pacifisme), ni de libérer l'état exceptionnel de la guerre de toute forme d'emprise juridique (militarisme), mais de soumettre l'état exceptionnel de la guerre à des règles spécialement conçues pour le temps de crise, c'est-à-dire à un droit d'exception (**§ II**).

§ I. – La stratégie humanitaire comme stratégie alternative : le double rejet de l'absolutisme pacifiste et du nihilisme militariste

774. Dans l'ordre interne, la stratégie alternative consistant à soumettre l'état d'exception à un régime juridique lui-même exceptionnel naît du double rejet de l'absolutisme et du nihilisme²⁴⁸⁸. À l'absolutisme, soit la position consistant à s'opposer par principe à ce que l'État puisse s'émanciper des prescriptions du droit pour affronter adéquatement l'exception, on reproche son caractère irréaliste, son aveuglement vis-à-vis des réalités concrètes de la pratique du pouvoir : dans les faits, il arrive que les États s'affranchissent du respect des règles valables en temps normal pour combattre les situations de crises extrêmes²⁴⁸⁹. Au nihilisme, soit la position consistant à s'opposer par principe à la possibilité même d'encadrer juridiquement la réaction de l'État confronté à l'exception, on reproche son caractère dangereux : si l'État est libre de décider quand l'ordre juridique doit être suspendu pour affronter la crise et de décider ce qui doit être fait pour l'éliminer, alors l'État libéral abandonne ses principes fondateurs et les individus se retrouvent exposés à l'arbitraire d'un pouvoir absolu²⁴⁹⁰. Or, dans l'ordre international, la stratégie humanitaire naît également d'un double rejet, parfaitement analogue à celui débouchant dans l'ordre interne sur la production de lois d'exception : les humanitaires rejettent à la fois l'utopie pacifiste, jugeant que l'idéal d'un monde sans guerre est une illusion (A), et dénoncent le danger militariste, en démontrant la menace inhérente à une guerre sans droit (B).

A. Le rejet humanitaire de l'utopie pacifiste : l'illusion d'un monde sans guerre

775. Dans l'ordre international, la stratégie humanitaire naît, dès l'origine, d'une critique de l'utopie pacifiste²⁴⁹¹. En effet, pour les humanitaires, les pacifistes se font l'écho d'un

²⁴⁸⁸ Sur ce double rejet, v. *supra*, §§ 804-808.

²⁴⁸⁹ Sur cette critique, v. *supra*, § 796.

²⁴⁹⁰ Sur cette critique, v. *supra*, § 801.

²⁴⁹¹ Sur les rapports entre le mouvement humanitaire et le mouvement pacifiste, on pourra se référer à J. CROSSLAND, *War, Law and Humanity, op. cit.* ; J. F. HUTCHINSON, *Champions of Charity, op. cit.* ; J. HUTCHINSON, « "Custodians of the Sacred Fire" : The ICRC and the Postwar Reorganisation of the International Red Cross », in P. WEINDLING (dir.), *International Health Organisations and Movements, 1918-1939*, Cambridge, C.U.P., 1995, pp. 17-35 ; D. PALMIERI, « "Si vis pacem, impera bellum" : The ICRC, International Humanitarian Law and Peace », *R.I.C.R.*, vol. 106, n°927, 2024, pp. 1023-1043.

« *rêve impossible* »²⁴⁹² : la guerre ne pourra jamais être bannie de ce monde et, quand bien même elle le pourrait sur le plan conceptuel, force est de constater qu'elle continue, dans les faits, de déchirer la vie des peuples. Ainsi, du point de vue humanitaire, l'idéal pacifiste est contredit par la « *vie réelle* »²⁴⁹³, ce qui invite à développer un rapport plus pragmatique au problème posé par l'état exceptionnel de la guerre. La critique humanitaire de l'utopie pacifiste a pris, selon les époques, différentes formes.

776. Sous l'ère classique, à une époque où, malgré son influence dans le champ du droit et de la politique internationale, le mouvement pacifiste n'avait pas encore réussi à imposer la réalisation concrète de ses idées, les humanitaires cherchaient démontrer l'impossibilité conceptuelle de « *l'universalité du règne de la paix* »²⁴⁹⁴. Certains d'entre eux, rejoignant le thème distinctivement militariste de la guerre comme partie intégrante de l'ordre divin du monde²⁴⁹⁵, prétendaient que l'idée d'une paix définitive entre les États est contredite par l'Histoire : « [l]a guerre s'est faite depuis que le monde existe », et elle se fera « probablement tant qu'il existera »²⁴⁹⁶. S'opposer à la guerre serait donc vain, puisque cela reviendrait à s'opposer à quelque chose qui a toujours existé²⁴⁹⁷. D'autres humanitaires, se tournant vers l'anthropologie, mettaient en avant le fait que le pacifisme se méprend sur la « *nature humaine* »²⁴⁹⁸. La guerre trouverait en effet sa source dans l'inclinaison naturelle de l'homme à se laisser aller à ses passions, y compris les plus mauvaises²⁴⁹⁹. Or, les États étant « *composés d'êtres humains* », ils sont eux aussi « *en proie à des passions qui peuvent*

²⁴⁹² H. DUNANT, *La charité sur les champs de bataille. Suites du Souvenir de Solferino et résultats de la Conférence internationale de Genève*, Genève, 1864, p. 6. Henry DUNANT changera par la suite de position vis-à-vis du pacifisme. Sur ce point, v. not. A. DURANT, « The Development of the Idea of Peace in the Thinking of Henry Dunant », *R.I.C.R.*, vol. 26, n°250, 1986, pp. 16-51 ; J. F. HUTCHINSON, *Champions of Charity*, *op. cit.*, pp. 77-79 et 191-194.

²⁴⁹³ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 2.

²⁴⁹⁴ H. DUNANT, *La charité sur les champs de bataille...*, *op. cit.*, p. 6. La position initiale du CICR vis-à-vis du mouvement pacifiste est exposée dans ANON., « La Croix-Rouge et l'œuvre de la paix », *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, vol. 32, n°126, 1901, pp. 74-77.

²⁴⁹⁵ V. p. ex. la lettre de H. VON MOLTKE à J. C. BLUNTSCHLI, in *R.D.I.L.C.*, vol. 13, 1881, p. 80 (« *j'apprécie pleinement les efforts philanthropiques faits pour adoucir les maux qu'entraîne la guerre. La paix perpétuelle est un rêve, et ce n'est même pas un beau rêve. La guerre est un élément de l'ordre du monde établi par Dieu. Sans la guerre, le monde croupirait et se perdrait dans la matérialisme* ») ; H. VON TREITSCHKE, *Politics*, vol. 2, *op. cit.*, p. 598 (« *war (...) must be taken as part of the divinely appointed order* »).

²⁴⁹⁶ Baron DE JOMINI, propos prononcés au cours de la Conférence de Bruxelles de 1874 (BELGIQUE, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGÈRES, *Conférence de Bruxelles*, *op. cit.*, pp. 183-184). V. également F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 4 (« *[d]e tout temps, la guerre a détruit ce que la paix avait édifié ; de tout temps, la guerre a posé les bases de la paix à venir ; de tout temps, c'est dans la guerre que se sont manifestées les forces vives des peuples et que s'est déterminé leur rôle au milieu des grands événements de l'époque* »).

²⁴⁹⁷ Sur le plan intellectuel, cet argument est peu convaincant : ce n'est pas parce qu'une chose existe qu'elle a vocation à exister pour toujours, et surtout pas une chose sociale comme la guerre. À cet argument, il est facile de rétorquer, comme le firent certains pacifistes, que l'esclavage était perçu comme une institution faisant partie intégrante de l'ordre naturel du monde, ce qui n'a pas empêché l'Occident de la bannir juridiquement au profit d'autres formes, prétendument plus humaines, de servage.

²⁴⁹⁸ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, *op. cit.*, p. x.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*

*les égarer »²⁵⁰⁰. Dès lors, « tant que les passions humaines subsisteront (...), il y aura des guerres sur cette terre »²⁵⁰¹. Tous les efforts des pacifistes n'y pourront rien changer : ils se heurtent à la nature humaine, trop humaine de l'Homme²⁵⁰². D'autres encore affirmaient que la paix perpétuelle entre les nations est condamnée à ne rester qu'un rêve, car les pacifistes refusent de voir que la société internationale se compose d'une pluralité d'États guidés par des intérêts divergents, et que la guerre naît précisément de « *l'antagonisme de leurs intérêts* »²⁵⁰³. Ce faisant, « tant qu'il existera dans le monde des intérêts opposés », les guerres seront « *inévitables* »²⁵⁰⁴.*

777. Dans l'entre-deux-guerres, après que le mouvement pacifiste soit parvenu à concrétiser certaines de ses idées au travers de la Société des Nations et du Pacte de Paris²⁵⁰⁵, les humanitaires s'attachent à démontrer que, quelles que soient les avancées en la matière, les pacifistes ne pourront jamais éliminer la possibilité même que l'ordre juridique international soit mis en échec par des circonstances exceptionnelles, nécessitant de substituer la force au droit. Rejoignant ici la conception militariste du rapport imparfait que le droit entretient à la vie²⁵⁰⁶, les humanitaires affirment que le droit, en tant que « *chose[] de l'esprit* »²⁵⁰⁷, est constitutivement incapable de bannir l'exception de ce monde.

778. Les tenants de cette critique partent de l'idée que le droit est un « *ordre normatif coercitif* »²⁵⁰⁸, reposant en dernière instance sur la possibilité d'imposer le respect du droit y

²⁵⁰⁰ *Ibid.*

²⁵⁰¹ Propos du général Henri DUFOUR, membre fondateur du CICR, prononcés au cours de la Conférence internationale de Genève de 1863 (CICR, *Conférence internationale réunie à Genève les 26, 27, 28 et 29 octobre 1863. Compte-rendu*, Genève, CICR, 1863, p. 5).

²⁵⁰² Cet argument est également peu convaincant. En effet, il est tout à fait possible de canaliser les passions et de faire en sorte que, lorsque l'homme se laisse déborder par celles-ci au point de commettre des actes répréhensibles, une force publique intervienne pour prévenir et réprimer ces actes. Dans la théorie politique de Thomas Hobbes, par exemple, telle est précisément la fonction de l'État. Rien ne s'oppose en principe à ce que cette solution soit appliquée par analogie à l'ordre international.

²⁵⁰³ Propos du Comité français de la Croix-Rouge, cité in G. MOYNIER, L. APPIA, *La guerre et la charité*, op. cit., p. 135.

²⁵⁰⁴ Propos du général Henri DUFOUR, prononcés au cours de la Conférence diplomatique de Genève de 1864 (CICR, *Conférence de Genève de 1864. Conférence internationale pour la neutralisation du service de santé militaire en campagne*, Genève, CICR, 1864, p. 8). Ici encore, cet argument est difficilement tenable. Que les États aient, de même que les individus ou les classes sociales, des intérêts opposés et qu'ils cherchent à les défendre, cela va de soi. Néanmoins, il n'existe aucune nécessité réelle à ce que ces intérêts soient défendus par la voie des armes plutôt que par des moyens non-violents (négociations, diplomatie, procédures judiciaires, etc.). Par ailleurs, même lorsque les intérêts des États ne peuvent être défendus autrement que par la violence, tous les autres moyens ayant échoué, et que les États décident finalement d'y recourir, on peut toujours imaginer qu'une force publique vienne les contraindre à déposer les armes. Ici aussi, la création de l'État dans l'ordre interne fait figure de précédent. Cette solution pourrait en principe être appliquée par analogie à l'ordre international.

²⁵⁰⁵ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 709-712.

²⁵⁰⁶ Sur ce point, v. *supra*, §§ 848-850.

²⁵⁰⁷ A. PILLET, *La Guerre et le Droit*, op. cit., p. 116.

²⁵⁰⁸ J. L. KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War... », op. cit., p. 44, n. trad. V. déjà J. L. KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », op. cit., p. 27.

compris, « *si nécessaire* »²⁵⁰⁹, par la force physique. Le droit, national ou international, n'est tout simplement pas du droit s'il n'organise pas une certaine forme de contrainte matérielle. Or, il existe différentes méthodes de réalisation de la contrainte juridique²⁵¹⁰. Dans les ordres juridiques « primitifs », la contrainte juridique est décentralisée : les membres de la communauté juridique disposent eux-mêmes du pouvoir, légalement sanctionné, d'imposer le respect du droit par la force des armes. À l'inverse, dans les ordres juridiques « avancés », la contrainte juridique est centralisée, puisqu'elle est réalisée « *par un organe spécial de la communauté, agissant d'une manière impartiale, au nom de cette communauté* »²⁵¹¹. La guerre constitue évidemment une « *méthode primitive* »²⁵¹² de réalisation du droit, comme l'étaient la *fehde* ou la *vendetta* avant l'instauration de l'État moderne : avec la guerre, le sujet de droit exerce lui-même la contrainte juridique (*self-help*)²⁵¹³. Sous cet angle, mettre fin à la guerre ne suppose pas de « substituer la force au droit », comme le disent les pacifistes, mais de « *remplacer une méthode inadéquate de réalisation du droit par une autre méthode* »²⁵¹⁴. En effet, si tout ordre juridique a besoin d'être soutenu par la force afin d'imposer le respect de ses normes, alors on ne peut se contenter de bannir juridiquement la guerre sans la remplacer par un autre système de contrainte. Mettre fin à la guerre dans l'ordre international suppose donc d'*« organiser la communauté internationale d'une manière qui l'élimine »*²⁵¹⁵. Tant que la communauté internationale n'aura pas remplacé cette méthode barbare de réalisation du droit par une autre, plus civilisée, la guerre demeurera une « *institution nécessaire* »²⁵¹⁶.

779. Dès lors, toute la question est de savoir s'il est possible d'organiser la communauté internationale d'une manière qui élimine complètement et définitivement la nécessité, pour les États, de recourir unilatéralement à la force armée. Or, c'est là que le bât blesse. En effet, pour les humanitaires, il est impossible d'imaginer une « *forme politique parfaite* »²⁵¹⁷, c'est-à-dire une organisation de la société internationale dans laquelle l'emploi unilatéral de la violence n'aurait plus aucune raison d'être. En effet, il pourra toujours se présenter, « *pour les particuliers comme pour les nations, certaines circonstances (...) dans lesquelles*

²⁵⁰⁹ J. L. KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War... », *op. cit.*, p. 44, n. trad.

²⁵¹⁰ J. L. KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », *op. cit.*, p. 27.

²⁵¹¹ *Ibid.*, p. 28, n. trad.

²⁵¹² *Ibid.*, n. trad.

²⁵¹³ *Ibid.*, pp. 27-28.

²⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 28, n. trad.

²⁵¹⁵ *Ibid.*, n. trad.

²⁵¹⁶ *Ibid.*, n. trad.

²⁵¹⁷ A. PILLET, *La Guerre et le Droit*, *op. cit.*, p. 116.

l'autorité du droit doit céder à l'action de la force »²⁵¹⁸. Typiquement, même dans les sociétés nationales les mieux organisées en vue d'une éradication complète de la violence privée, « *la loi civile reconnaît au particulier le droit d'employer la violence à la sauvegarde de son existence ou de sa liberté* » : face à la nécessité de défendre sa vie, les règles les plus fondamentales de l'ordre juridique tombent, et même l'homicide « *devient un acte licite* »²⁵¹⁹. De même, il n'est pas de constitution interne « *qui ne laissât rien à l'inconnu* » : la vie des États est régulièrement secouée par l'irruption de circonstances exceptionnelles qui révèlent l'existence de lacunes au sein de l'ordre juridique, et qui « *nécess[itent] de vivre à l'aide de moyens de fortune* »²⁵²⁰, dont la violence fait partie intégrante.

780. Cette critique se fonde donc sur l'idée que, de même que « *[l]e géomètre s'arrête devant ce qui échappe à ses mesures* »²⁵²¹, le droit s'arrête devant ce qui échappe à ses normes, c'est-à-dire devant l'exception. Bannir la guerre supposerait en effet de faire advenir une « *société parfaite* », de « *pure justice* »²⁵²², dans laquelle le droit international ne connaîtrait plus aucun « *en-dehors* » : celui-ci serait compréhensif au point d'anticiper toutes les situations conflictuelles pouvant se matérialiser, et les institutions internationales seraient effectives au point de résoudre immédiatement toutes les situations de conflit se matérialisant en pratique. L'État n'aurait donc plus besoin de recourir à la violence pour « *conjurer rapidement les dangers qui se présentent* »²⁵²³.

781. Dans l'entre-deux-guerres, les humanitaires jugent ainsi que « *[m]ême une organisation inter-étatique parfaite de la paix peut (...), dans certaines circonstances, être mise en échec par le dynamisme de la vie des peuples* »²⁵²⁴. Exactement de la même manière que le droit interne ne peut pas exclure *a priori* la possibilité qu'un individu ou que l'État soient contraints à franchir certaines règles juridiques fondamentales au nom de la nécessité d'assurer leur défense concrète, le droit international ne peut pas écarter par avance la possibilité qu'un État soit placé face à la nécessité de se défendre lui-même contre une menace extérieure. Même les forces de police les plus effectives peuvent être empêchées,

²⁵¹⁸ A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, op. cit., p. 33.

²⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 32.

²⁵²⁰ A. PILLET, *La Guerre et le Droit*, op. cit., p. 116.

²⁵²¹ *Ibid.*, p. 115.

²⁵²² *Ibid.*, p. 117.

²⁵²³ *Ibid.*

²⁵²⁴ M. HUBER, « La Croix-Rouge et l'évolution récente du droit international », *R.I.C.R.*, vol. 11, n°121, 1929, pp. 15-16. Dans le même sens, v. S. H. BROWN, « Les lois de la guerre... », op. cit., p. 377.

pour des raisons pratiques, d'agir rapidement pour mettre fin à une situation d'extrême urgence. Ainsi, le droit international sera toujours soumis à « *cet élément d'imperfection et de limitation* »²⁵²⁵, de défaut dans la capacité d'anticipation des événements. On peut chercher à « *diminuer la fréquence des guerres* », mais il est utopique de croire qu'on puisse « *les abolir* »²⁵²⁶. Et, pour les humanitaires de l'époque, les imperfections de la Société des Nations démontrent que cette organisation parfaite de la paix ne s'est pas encore matérialisée²⁵²⁷.

782. Après l'adoption de la Charte des Nations Unies et l'émergence du *jus contra bellum* moderne, à une époque où le mouvement pacifiste a largement perdu de sa force, la critique humanitaire se fait plus discrète et moins virulente. Abandonnant toute prétention à démontrer que les pacifistes rêvent d'un monde qui ne peut pas exister, les humanitaires se contentent d'observer que les États continuent *de facto* à recourir à la force armée dans leurs relations internationales. Les défenseurs du droit de la guerre relèvent ainsi que, malgré l'interdiction de recourir à la force armée consacrée par la Charte des Nations Unies, « *des conflits armés surviennent toujours* »²⁵²⁸, et qu'il existe peu de « *signes indiquant que la force militaire disparaîtra en tant qu'outil à disposition des nations et des acteurs non-étatiques* »²⁵²⁹. L'éradication définitive de la guerre apparaît donc toujours comme une « *cause louable, mais irréaliste* »²⁵³⁰, contredite par le fait que, dans la réalité, les guerres continuent de secouer le monde²⁵³¹.

783. Ainsi, quelle que soit la période considérée, la position humanitaire s'ancre dans la conviction qu'il est utopique de s'opposer au fait que les États recourent parfois à la violence

²⁵²⁵ A. PILLET, *La Guerre et le Droit*, op. cit., p. 116.

²⁵²⁶ *Ibid.*

²⁵²⁷ En ce sens, v. not. les écrits de S. H. Brown, « Le rôle de la Croix-Rouge en cas d'application de l'article 16 du pacte de la Société des Nations, et de blocus en temps de guerre », *R.I.C.R.*, vol. 12, n°136, 1930, pp. 233-282 ; S. H. Brown, « Application, en cas d'hostilités non accompagnées d'une déclaration de guerre, des Conventions de Genève et de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre », vol. 16, n°186, 1934, pp. 475-476 : S. H. BROWN, « Les lois de la guerre... », op. cit.

²⁵²⁸ CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, op. cit., p. 17. V. également M. SASSOLI, « *Ius ad Bellum and Ius in Bello – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?* », in M. N. SCHMITT, J. PEJIC (dir.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, coll. « International Humanitarian Law », 2007, p. 244 (« *[a]lthough international armed conflicts are prohibited, they still occur* »).

²⁵²⁹ L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and Armed Conflict*, op. cit., p. 3, n. trad.

²⁵³⁰ *Ibid.*, n. trad.

²⁵³¹ En ce sens, v. p. ex. F. KALSHOVEN, E. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, op. cit., p. 1 (« *[i]n the perspective of the law of armed conflict, wars happen (...) [T]he occurrence of armed conflict is a matter of fact, and the same goes for the loss of human life and damage to other values it necessarily entails* ») ; R. R. BAXTER, « The Law of War », *International Law Studies*, vol. 62, 1980, pp. 209-211 (où l'auteur démontre que, de fait, les conflits continuent de secouer le monde).

armée. Les humanitaires invitent donc à « *se garder de l'utopie* »²⁵³² et, plutôt que détourner le regard, à « *faire face à cette réalité de la vie internationale* »²⁵³³. De fait, « [l]es guerres se produisent »²⁵³⁴ et le droit, même motivé par les meilleures intentions du monde, ne peut rien y faire : il faut accepter l'existence de la guerre comme une donnée fondamentale de la réalité que le droit cherche à appréhender.

B. Le rejet humanitaire du danger militariste : la menace d'une guerre sans droit

784. En rejetant la stratégie pacifiste au motif que l'avènement d'un monde sans guerre relève de l'utopie, la position humanitaire se rapproche dangereusement du militarisme. En effet, les militaristes considèrent eux aussi que le pacifisme n'est qu'une utopie irréaliste : la guerre étant un fait naturel, un élément de l'ordre divin du monde²⁵³⁵, il est vain de chercher à la bannir des relations humaines. Cependant, tout en concédant que l'interdiction du recours à la guerre est, au moins dans l'état actuel du monde, une chimère, la stratégie humanitaire refuse d'adhérer au dogme militariste voulant que la guerre soit un phénomène hors-norme que le droit serait impuissant à réglementer. Pour les humanitaires, une telle vision de la guerre représente un danger pour l'ordre moral : libérés de toute forme de contrainte juridiques, les belligérants pourraient employer n'importe quels moyens pour vaincre l'ennemi, même les plus immoraux, les plus destructeurs et les plus producteurs de souffrance²⁵³⁶. Pour eux, ceci n'est pas acceptable.

785. La critique humanitaire du nihilisme militariste met ainsi l'accent sur les conséquences néfastes d'une construction de l'état exceptionnel de la guerre comme espace de pure liberté. Dans le contexte libéral de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, dans lequel les juristes s'attachent à « *faire progresser l'État de droit international* »²⁵³⁷, les humanitaires s'inscrivent en faux par rapport à la stratégie militariste. La guerre n'est pas et ne peut pas être un espace d'action où les lois seraient résolument silencieuses et où seules

²⁵³² Baron DE JOMINI, propos prononcés au cours de la Conférence de Bruxelles de 1874 (BELGIQUE, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence de Bruxelles*, *op. cit.*, p. 20).

²⁵³³ CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 17.

²⁵³⁴ F. KALSHOVEN, E. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, *op. cit.*, p. 1, n. trad.

²⁵³⁵ Sur ce point, v. not les sources citées *supra*, § 875, note 2380.

²⁵³⁶ Sur l'idée que la rationalité militaire est susceptible de recommander l'emploi de moyens d'action immoraux au nom de leur efficacité, v. *supra*, Chapitre 2.

²⁵³⁷ M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, *op. cit.*, p. 3, n. trad.

les armes auraient le droit de parler. Car telle est bien la destination finale du militarisme : en faisant de l'impératif de sauvegarde de l'État *la valeur ultime à protéger*, la pensée militariste propose de faire de la guerre « *une période pendant laquelle l'autorité du droit est impuissante* », ce qui revient, *in fine*, à « *abandonner ce domaine à la pure violence* »²⁵³⁸. Or, du point de vue libéral, liberté de l'État rime avec arbitraire du pouvoir. Appliquée au domaine de la guerre, la liberté d'action de l'État débouchera nécessairement sur « *la tyrannie et le despotisme militaire* »²⁵³⁹, et la guerre se révélera n'être qu'*« un état d'arbitraire illimité et de violences extrêmes* »²⁵⁴⁰.

786. Mus par un instinct libéral rejetant toute forme d'arbitraire, les humanitaires vont donc s'opposer à l'*« assaut violent* »²⁵⁴¹ que les militaristes livrent à l'idée même d'humaniser la guerre par le droit. Pour eux, il serait intolérable de faire de la guerre un état de pure anomie : ceci reviendrait à renvoyer les nations dans un état pré-juridique des rapports sociaux où l'homme, dépouillé de tout droit, serait réduit au rang de bête sauvage. Johann Caspar Bluntschli se fait l'écho de cette critique :

[a]rrachez du cœur humain la foi dans le droit et le respect du droit, raillez et détruisez le sentiment juridique, et vous aurez rejeté (...) les nations les plus civilisées vers l'ancienne barbarie, vous aurez assuré le triomphe de la bête et détourné l'homme de sa destinée humaine. Ce n'est pas en faisant appel à l'utilité pratique, à la politique, aux convenances militaires que vous réparerez ce terrible dommage. Une politique séparée du droit est tout ce que la bête demande. Le militarisme brutal, livré à lui-même, ne s'inquiétant ni du droit ni des tendances idéales de l'humanité, se félicitera (...) de cette suppression de toute entrave légale : il s'accommodera à nos appétits bestiaux²⁵⁴².

787. Poussé jusque dans ses derniers retranchements, le militarisme consacre donc la liberté absolue de l'État d'agir comme bon lui semble dans la guerre, au mépris, si nécessaire, des « *droits de l'humanité* »²⁵⁴³. Or, si tel était le cas, rien ne distinguerait plus l'humanité

²⁵³⁸ A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, op. cit., p. 33.

²⁵³⁹ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 286.

²⁵⁴⁰ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 32.

²⁵⁴¹ J.-C. BLUNTSCHLI, « *Droit de la guerre et coutume de guerre* », op. cit., p. 663.

²⁵⁴² *Ibid.*, pp. 665-666.

²⁵⁴³ *Ibid.*, p. 671.

civilisée des « *hordes barbares* »²⁵⁴⁴ ; la guerre dégénérerait rapidement en « *boucherie impitoyable et en une suite de dévastations dans le genre de celles qui ont signalé dans l'histoire les ravages des hordes d'Attila* »²⁵⁴⁵. Ainsi, les humanitaires s'opposent à ce que l'état exceptionnel de la guerre soit pensé comme un état échappant à tout emprise juridique. Ils réclament au contraire « *que le recours à la force ne dégénère pas en violence brutale, en sauvagerie bestiale, qu'il ne puisse s'exercer sans limites, qu'il soit obligé de respecter et d'épargner les relations juridiques existantes* »²⁵⁴⁶.

788. La critique humanitaire du nihilisme militariste s'ancre donc dans l'idée qu'il existe certaines valeurs fondamentales qui persistent même en temps de guerre, et sans lesquelles le monde régresserait rapidement de la civilisation vers la barbarie. En effet, les juristes humanitaires estiment que même si « *les passions et les haines mutuelles se déchaînent au cours de la guerre* », les armes ne pourront jamais « *étouffer la voix de la conscience et les sentiments d'humanité* »²⁵⁴⁷. Même les militaristes les plus radicaux tels que von Hartmann le reconnaissent : la morale accompagne l'action guerrière, et le respect de ses exigences est « *une affaire d'honneur et de conscience pour une armée civilisée* »²⁵⁴⁸. Et il est clair que la conscience de l'humanité réprouve certains actes, indépendamment de leur utilisation en tant que moyens pour parvenir à une fin²⁵⁴⁹. Ainsi, même si certains moyens d'action sont nécessaires pour soumettre l'ennemi à sa volonté, et même s'il faut reconnaître une certaine liberté d'action aux militaires dans le choix de ces moyens, les soldats n'auront jamais « *la liberté d'égorguer les blessés et d'empaler les femmes et les enfants* »²⁵⁵⁰. Il est certains « *droits (...) sacrés* » devant lesquels la conscience ne se résoudra jamais à « *s'incliner sans réserve* »²⁵⁵¹. C'est pourquoi la force militaire n'aura jamais d'*« empire exclusif »*²⁵⁵² sur la guerre, et c'est pourquoi l'état de guerre, aussi exceptionnel soit-il, n'échappera jamais à l'empire du droit.

²⁵⁴⁴ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 286.

²⁵⁴⁵ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 45.

²⁵⁴⁶ J.-C. BLUNTSCHLI, « Droit de la guerre et coutume de guerre », op. cit., p. 671.

²⁵⁴⁷ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 32. V. également Code Lieber, art. 15 (« [m]en who take up arms against one another in public war do not cease on this account to be moral beings, responsible to one another and to God ») ; G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, op. cit., p. 40 (« la conscience morale de l'humanité (...) se dresse devant [les troupes lancées à l'assaut] et les tient en échec par ses exigences, impérieuses elles aussi, puisque l'armée qui les méconnaît encourt une flétrissure humiliante »).

²⁵⁴⁸ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 45.

²⁵⁴⁹ Sur ce point, v. supra, Chapitre 2, §§ 262-315.

²⁵⁵⁰ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, op. cit., p. 45.

²⁵⁵¹ Ibid., p. 33.

²⁵⁵² Ibid., p. 37.

789. Cette critique du nihilisme militariste, fondée dans la croyance en l'existence de valeurs supérieures que même le fracas des armes ne saurait faire taire, est toujours largement partagée dans le champ juridique. En effet, on considère toujours que la guerre « *ne peut supprimer tout l'acquis de la civilisation et des mœurs établies* »²⁵⁵³ et qu'un État ne saurait, sur ce fondement, se voir octroyer « *carte blanche pour mener la guerre sans aucune contrainte* »²⁵⁵⁴. Une telle vision nihiliste de l'état de guerre, dans laquelle l'État jouirait d'un « *droit de faire tout ce qui contribue à la victoire* », reviendrait à « *éliminer toute humanité, toute décence et tout droit de la conduite de la guerre* »²⁵⁵⁵.

790. Cette croyance dans l'existence de valeurs supérieures d'humanité inscrites dans la conscience des hommes est omniprésente chez les humanitaires parce qu'elle revêt une fonction stratégique essentielle : elle permet aux humanitaires de contrer le nihilisme militariste, c'est-à-dire l'idée que la guerre ne tolère rien d'autre qu'une action purement contingente et *ad hoc*, échappant à toute règle générale au motif que l'incertain et l'imprévu ne sauraient se laisser enfermer dans des formes figées *a priori*. Elle permet ainsi aux humanitaires de nier l'idée que l'état de guerre serait un espace de pure anomie, dans laquelle aucune considération normative n'aurait sa place et où l'impératif pratique de vaincre l'ennemi régnerait en maître.

§ II. – Le droit de la guerre comme droit d'exception : la soumission de l'état exceptionnel de la guerre à des règles spécialement conçues pour le temps de crise

791. La stratégie humanitaire se déploie sur une ligne de crête. D'un côté, les humanitaires rejettent l'idéal pacifiste d'un monde sans guerre. En effet, pour les humanitaires, il est utopique de penser que l'on puisse empêcher les États de sortir du cadre libéral leur imposant de résoudre les conflits par des voies pacifiques plutôt que par la violence. D'un autre côté, les humanitaires rejettent la vision militariste d'une guerre sans droit. De leur point de vue, il serait dangereux, pour l'intégrité de l'ordre moral, d'autoriser les États à agir comme bon

²⁵⁵³ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 96.

²⁵⁵⁴ CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 22.

²⁵⁵⁵ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm von Leeb et al. (The German High Command Trial)*, arrêt du 28 oct. 1948, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 12, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, p. 93, n. trad.

leur semble pour vaincre l'ennemi. Dès lors, la stratégie humanitaire se trouve dans l'exakte même position que la stratégie alternative identifiée plus haut²⁵⁵⁶ : les humanitaires acceptent que l'État puisse pénétrer dans l'état exceptionnel de la guerre, mais ils refusent de faire de cet état d'exception une zone de pure anomie. En d'autres termes, les humanitaires admettent que l'État puisse suspendre l'application du droit valable en temps normal, et en premier lieu de l'interdiction de recourir à la force armée, mais ils rejettent l'éventualité que cette suspension donne naissance à un pur état d'exception où la nécessité de vaincre régnerait sans partage.

792. Or, ce positionnement semble, à première vue, paradoxal²⁵⁵⁷. En effet, comment peut-on à la fois admettre que l'État s'affranchisse du droit au profit de la violence lorsque la situation l'exige et imposer que, lorsque tel est le cas, l'action de l'État demeure soumise au droit pour éviter le déchaînement de l'arbitraire ? Pour défaire ce paradoxe, les humanitaires proposent d'opérer un dédoublement de l'ordre juridique international. En plus du droit de la paix, qui impose aux États de résoudre leurs différends par des moyens pacifiques, les humanitaires préconisent l'instauration d'un droit spécial, le droit de la guerre, qui aura pour fonction d'encadrer l'action de l'État dans l'éventualité où celui-ci recourrait à la guerre en dérogation ou en violation de l'interdiction d'employer la force armée²⁵⁵⁸. Ce droit spécial de la guerre entrera en scène lorsque les conditions d'application du droit général de la paix seront bouleversées par l'apparition de circonstances exceptionnelles. Cette stratégie de soumission de la guerre à un ordre juridique d'exception permet aux humanitaires de réaliser un coup double.

793. **Premièrement**, la soumission de la conduite de la guerre à un droit d'exception permet d'inscrire la stratégie humanitaire comme une stratégie réaliste, s'inscrivant en décalage par rapport à l'utopie pacifiste. En effet, le droit de la guerre apparaît comme un projet pragmatique, partant du constat raisonnable que « *tant qu'on n'aura pas réussi à éliminer véritablement la guerre, il faudra la réglementer* »²⁵⁵⁹. Ce faisant, on ne saurait accuser, dans son principe, le droit de la guerre d'être une œuvre utopique, car celui-ci accepte, dans son fondement même, l'éventualité que les États s'affranchissent de

²⁵⁵⁶ Sur cette stratégie alternative, v. *supra*, §§ 804-808.

²⁵⁵⁷ Sur ce paradoxe, v. *supra*, § 806.

²⁵⁵⁸ Cette stratégie est explicite chez Frédéric Maurice, délégué du CICR, dans la citation exposée en épithète de ce chapitre.

²⁵⁵⁹ J. L. KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », *op. cit.*, p. 28.

l’interdiction de recourir à la force armée et pénètrent ainsi dans l’état exceptionnel de la guerre²⁵⁶⁰. Ici réside la différence essentielle entre le pacifisme et l’humanitarisme : là où les pacifistes luttent pour faire advenir un monde dans lequel l’État se verrait imposer l’interdiction absolue de pénétrer dans l’état de guerre²⁵⁶¹, les humanitaires reconnaissent en creux la possibilité pour l’État d’entrer dans l’état de guerre, cet état alternatif où les règles valables en temps normal, et en premier lieu l’interdiction de recourir à la force armée, cessent de s’appliquer²⁵⁶². D’où le fait que les pacifistes voient généralement le droit de la guerre d’un mauvais œil, car celui-ci fait échec, dans son principe même, à l’idéal qu’ils cherchent à réaliser²⁵⁶³. D’où également le fait que certains militaristes puissent porter un jugement favorable sur le droit de la guerre, car il préserve la possibilité que les États sortent du cadre pacifique tracé par le droit international²⁵⁶⁴.

794. Sur le plan de la technique juridique, la reconnaissance par le *jus in bello* de la possibilité de pénétrer dans l’état exceptionnel de la guerre se traduit par le fait que, lorsque les conditions d’application du droit de la guerre sont réunies, le droit de la paix n’est plus opposable à l’action de l’État. À ce titre, le droit de la guerre a, comme les législations d’exception en droit interne, pour fonction d’anticiper la survenance de crises spécifiques²⁵⁶⁵. En l’occurrence, le droit de la guerre prévoit le régime juridique applicable aux crises que l’on nommait autrefois « guerres », et que le *jus in bello* contemporain nomme désormais « conflits armés »²⁵⁶⁶. Sans entrer dans des détails sans pertinence pour notre démonstration, il suffit de noter que l’application du droit de la guerre est conditionnée à l’existence d’un conflit armé, ce qui arrive « *chaque fois qu’il y a recours à la force armée entre États* » (CAI) ou « *un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et*

²⁵⁶⁰ Du fait qu’il repose sur une prémissse antithétique au programme pacifiste, le droit de la guerre ne pourra donc jamais être un « *ersatz du pacifisme* » (D. CUMIN, *Le droit de la guerre...*, op. cit., vol. 2, p. 465), sauf à donner aux normes du droit de la guerre un contenu identique aux normes du droit de la paix. C’est d’ailleurs pourquoi les militaires sont si réticents à l’application du droit international des droits de l’homme, régime juridique conçu pour le temps de paix (v. *supra*, Chapitre 5, §§ 749-753), aux situations de conflits armés (sur ce point, v. not. M. A. HANSEN, « Preventing the Emasculation of Warfare », op. cit. ; G. S. CORN, « Mixing Apples and Hand Grenades », op. cit.).

²⁵⁶¹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 791-796.

²⁵⁶² Sur le fait que le déclenchement de l’état de guerre provoque la suspension de l’interdiction du recours à la force armée, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 748-752.

²⁵⁶³ Comme le relève David Cumin, « [u]n pacifiste convaincu rejettéra le *jus in bello* parce qu’il y verra à juste titre le système acceptant, organisant et réglant la guerre, donc la rendant instrumentalisable et la pérennisant » (D. CUMIN, *Le droit de la guerre...*, op. cit., vol. 2, p. 467).

²⁵⁶⁴ En ce sens, v. not. la lettre de H. VON MOLTKE à J. C. BLUNTSCHLI, reproduite dans R.D.I.L.C., vol. 13, 1881, p. 80 (« j’apprécie pleinement les efforts philanthropiques faits pour adoucir les maux qu’entraîne la guerre. La paix perpétuelle est un rêve, et ce n'est même pas un beau rêve. La guerre est un élément de l'ordre du monde établi par Dieu. Sans la guerre, le monde croupirait et se perdrait dans la matérialisme »)

²⁵⁶⁵ Sur ce point, v. *supra*, § 823.

²⁵⁶⁶ Sur cette évolution sémantique et normative, v. *supra*, Introduction, §§ 43-44.

des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État »²⁵⁶⁷ (CANI). Or, en plus d'entraîner l'application du droit de la guerre²⁵⁶⁸, la qualification d'une situation de « conflit armé » entraîne la suspension du droit applicable en temps de paix, et notamment de l'interdiction du recours à la force armée consacrée à l'article 2, § 4 de la Charte des Nations Unies. En effet, il est communément admis que la situation de conflit armé constitue « une exception radicale au paradigme (...) normal »²⁵⁶⁹ car, dans la guerre, les combattants jouissent d'une « immunité juridique pour certaines formes de violence à grande échelle »²⁵⁷⁰. Le droit de la guerre accepte comme un donné le fait que, « pour vaincre un adversaire (...), il peut être nécessaire (...) de tuer, de blesser et de causer des destructions »²⁵⁷¹, c'est-à-dire de commettre des actes de violence qui seraient par principe illicites s'ils étaient commis en temps de paix²⁵⁷². En ce sens, la doctrine juridique insiste sur le fait que, contrairement au temps de paix, les agents de l'État jouissent en temps de guerre d'un « legal privilege to kill »²⁵⁷³. Dès lors, le droit de la guerre part du principe que, lorsqu'une situation de conflit armé existe, l'État agit dans l'état de guerre, ce paradigme alternatif où l'interdiction de commettre des actes de violence est suspendue au profit de la rationalité instrumentale²⁵⁷⁴. L'application du droit spécial de la guerre va de pair avec la suspension du droit général de la paix²⁵⁷⁵.

795. De plus, il faut insister sur le fait que le droit de la guerre ne se contente pas d'enregistrer passivement l'existence d'une situation de fait dans laquelle le droit commun est suspendu, mais qu'il participe activement à la construction de cette situation comme « sphère d'activité humaine dans laquelle les règles "normales" de la vie sociale (...) n'opèrent pas »²⁵⁷⁶. En effet, la qualification d'une situation de « conflit armé » permet à elle seule de faire exister cet espace-temps particulier dans lequel la violence perd son

²⁵⁶⁷ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, *op. cit.*, § 70. Sur la définition de la notion de « conflit armé », v. la littérature citée *supra*, Chapitre 4, § 566, note 1426.

²⁵⁶⁸ Ou plutôt du sous-régime juridique pertinent, selon qu'il s'agisse d'un CAI ou d'un CANI.

²⁵⁶⁹ J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 1, n. trad.

²⁵⁷⁰ N. BERMAN, « Privileging Combat? », *op. cit.* p. 3, n. trad. De ce point de vue, le droit de la guerre est à rapprocher des législations d'exception dont l'application déclencheait, à l'image de la loi sur l'état de siège, « l'immunité juridictionnelle de l'administration » (F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 33).

²⁵⁷¹ CICR [N. MELZER], *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 22.

²⁵⁷² Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5, § 751.

²⁵⁷³ Da. KENNEDY, « Lawfare and Warfare », *op. cit.*, p. 165.

²⁵⁷⁴ Sur ces deux éléments définitoires de l'état de guerre, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 733-772.

²⁵⁷⁵ Sur ce point, voir les réserves formulées *supra*, Chapitre 5, §§ 742-770, où il fut montré que, si la doctrine juridique considère désormais que le principe n'était plus celui de la suspension générale du droit de la paix en cas d'ouverture des hostilités mais de la continuité de l'application du droit de la paix, le basculement de l'état de paix vers l'état de guerre continue de permettre la suspension d'une partie considérable du droit applicable en temps normal.

²⁵⁷⁶ N. BERMAN, « Privileging Combat? », *op. cit.* pp. 4-5, n. trad.

illicéité de principe. Du simple fait de l'existence d'un cas de conflit armé, certains actes de violence se trouvent rejetés « *hors du champ d'application* »²⁵⁷⁷ du droit applicable en temps normal – le droit de la guerre ne s'oppose pas, en principe, à ce que les belligérants tuent, blessent, mutilent ou détruisent. Plutôt que de condamner ces actes, le droit de la guerre se borne à les réglementer. Le droit de la guerre devient ainsi un « *élément-clé* »²⁵⁷⁸ de la construction de l'état de guerre comme espace d'action situé hors du droit commun. Par conséquent, comme pour tout régime juridique d'exception²⁵⁷⁹, le déclenchement de l'application du droit de la guerre permet à l'État d'opérer « *hors du système juridique normalement valide* »²⁵⁸⁰ : les règles de droit commun ne sont plus opposables à son action. Ceci ne signifie pas pour autant que l'État puisse opérer dans le pur état d'exception, dans un espace de non-droit absolu, car, comme tout droit d'exception²⁵⁸¹, le droit de la guerre substitute aux règles de droit commun des règles spéciales qui, même moins protectrices que celles valables en temps normal, s'opposent à l'idée que la guerre serait une zone de pure anomie. Avant d'étudier cette seconde caractéristique de tout droit d'exception, une remarque s'impose.

796. Si le droit de la guerre reconnaît, contre l'idéal pacifiste, que l'État peut pénétrer dans l'état de guerre, il faut relever que les conditions d'entrée dans l'état de guerre sous l'angle du *jus in bello* diffèrent des conditions fixées par le régime juridique auquel revient normalement le monopole sur la question de savoir « *qui a le droit d'entrer en guerre ou d'en sortir* »²⁵⁸², c'est-à-dire le *jus ad bellum*. Du point de vue du *jus ad bellum*, le basculement de l'état de paix vers l'état de guerre est une question de droit : un État ne peut entrer dans cet état alternatif des relations internationales où l'interdiction de recourir à la force est suspendue que s'il se conforme aux conditions d'exercice du droit à la légitime défense²⁵⁸³. Si ces conditions ne sont pas respectées, alors l'interdiction de commettre des actes de violence n'est pas suspendue et l'État peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 2, § 4 de la Charte des Nations Unies²⁵⁸⁴. Or, sous l'angle du *jus in*

²⁵⁷⁷ *Ibid.*, pp. 3-4, n. trad.

²⁵⁷⁸ E. LIEBLICH, « The Facilitative Function of *Jus in Bello* », *op. cit.*, p. 327, n. trad.

²⁵⁷⁹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 805, 813 et 825.

²⁵⁸⁰ C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 7, n. trad. Il existe donc un effet pervers à l'application du droit de la guerre, puisque celle-ci va de pair avec la suspension du droit applicable en temps normal, plus contraignant. Sur cet effet pervers, v. E. LIEBLICH, « Internal *Jus ad Bellum* », *op. cit.*, pp. 735-736 et J. D. OHLIN, « The Crime of Bootstrapping », *op. cit.*

²⁵⁸¹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 805, 814 et 826.

²⁵⁸² D. CUMIN, *Le droit de la guerre...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 28.

²⁵⁸³ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5, § 752.

²⁵⁸⁴ *Ibid.*

bello, le basculement de l'état de paix vers l'état de guerre est une « *question de fait* »²⁵⁸⁵ : la simple qualification d'une situation de « conflit armé » suffit à faire exister l'état de guerre et à acter la fin de l'état de paix. Dès lors, contrairement au *jus ad bellum*, le *jus in bello* n'impose à l'État aucune règle à respecter pour pouvoir basculer dans l'état de guerre et obtenir la levée du « *principe de non-violence* »²⁵⁸⁶. En particulier, le droit de la guerre n'impose pas à l'État de respecter les règles du *jus ad bellum* pour parvenir à ce résultat : en vertu du principe de séparation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*, la licéité ou l'illicéité de la guerre n'entraîne aucune conséquence sur le plan du droit de la guerre, qui s'applique de la même manière à l'État agresseur et à l'État agressé²⁵⁸⁷. Cette divergence de vue sur la méthode d'évaluation des conditions d'entrée dans l'état de guerre peut faire naître une situation paradoxale, que les humanitaires qualifient eux-mêmes d'« *illogique* »²⁵⁸⁸ : un État peut se retrouver habilité par le *jus in bello* à opérer au-delà des règles valables en temps normal et à commettre des actes de violence alors même qu'il n'a pas respecté les conditions juridiques posées par le *jus ad bellum* pour convertir l'état de paix en état de guerre²⁵⁸⁹. Plutôt que de juger les actes de violence commis par cet État *ipso facto* illicites, le droit de la guerre se contente de les réglementer.

²⁵⁸⁵ F. KALSHOVEN, E. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, op. cit., p. 2, n. trad. ; CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, op. cit., § 1660, p. 512.

²⁵⁸⁶ M. N. SCHMITT, « State-Sponsored Assassination... », op. cit., p. 619, n. trad.

²⁵⁸⁷ Le principe de séparation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* est consacré dans le préambule du PA I, al. 6 (« *les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci* »). Sur la littérature relative à ce principe, v. not. H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants...*, op. cit. ; M. SASSOLI, « *Ius ad Bellum and Ius in Bello* », op. cit. ; F. BUGNION, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », R.I.C.R., vol. 84, n°847, 2002, pp. 523-546 ; C. GREENWOOD, « The Relationship between *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* », *Review of International Studies*, vol. 9, n°4, 1983, pp. 221-234.

²⁵⁸⁸ M. E. O'CONNELL, « Historical Development and Legal Basis », op. cit., p. 20, n. trad. Dans le même sens, v. C. GREENWOOD, « The Relationship between *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* », op. cit., p. 225 (le principe de séparation entre *jus ad bellum* et *jus in bello* est devenu « *less easy to justify in logic now that the ius ad bellum has become more developed* ») ; H. LAUTERPACHT, « The Limits of the Operation of the Laws of War », op. cit., p. 211 (les déficiences du système de sécurité collective placent « *a limit to the operation of legal logic in relation to the consequences of the illegality of the war* »).

²⁵⁸⁹ Que l'on pense par exemple à la guerre d'Irak initiée en 2003 par les États-Unis d'Amérique. Il est généralement admis que les États-Unis sont entrés en guerre en violation du *jus ad bellum*, ce qui devrait conduire à qualifier l'ensemble des actes de violence commis dans cette guerre d'illicites, puisque l'illicéité des actes de violence n'est exclue, sous l'angle du *jus ad bellum*, que dans le cas où un État agit en conformité avec les dispositions de la Charte des Nations Unies. Or, sous l'angle du *jus in bello*, les États-Unis d'Amérique opéraient dans le contexte d'un « conflit armé », c'est-à-dire d'une situation dans laquelle la violence perd donc son illicéité de principe. Dès lors, sous l'angle du *jus in bello*, l'ensemble des actes de violence et de coercition commis par les forces armées états-unies n'étaient pas *ipso facto* illégaux : le droit de la guerre s'étant substitué au droit de la paix, c'est à l'aune de ce premier régime juridique, plus permissif, qu'il convenait d'appréhender les actions de l'armée états-unienne. Le *jus in bello* permet ainsi de justifier des meurtres, des blessures et des privations extraordinaires de liberté alors même qu'ils furent commis par un État agresseur ayant violé la Charte des Nations Unies.

797. Deuxièmement, la soumission de la conduite de la guerre à un droit d'exception permet de faire apparaître la stratégie humanitaire comme une stratégie idéaliste et porteuse d'espoir, rejetant en bloc la vision militariste de la guerre comme espace de pure anomie. En effet, les humanitaires peuvent se faire les chantres de la lutte contre le pouvoir d'État car, en cherchant à « *faire accepter par les belligérants un ordre juridique d'exception* »²⁵⁹⁰, spécialement conçu pour les circonstances extraordinaires de la guerre, ils s'opposent à ce que la liberté retrouvée de l'État conduise à « *l'arbitraire le plus absolu* »²⁵⁹¹. Ayant pour fonction de « *garantir un minimum d'humanité dans ces situations inhumaines* »²⁵⁹², la promotion de ce droit spécial permet aux humanitaires de concurrencer les pacifistes sur le terrain de la quête d'un monde meilleur. Eux aussi tiennent la guerre en horreur mais, pragmatiques, ils empruntent une autre voie : celle de la soumission de la guerre à un droit spécial mû par l'impératif de « *secourir la vie de la sauvagerie de la bataille et des passions* » et de protéger « *les victimes actuelles ou potentielles de la guerre* »²⁵⁹³. D'où le fait que certains pacifistes puissent voir le projet humanitaire sous un angle favorable, celui-ci étant le fait de personnes qui, comme eux, luttent pour la diminution de la souffrance liée à la guerre²⁵⁹⁴. D'où également le fait que les militaristes s'opposent globalement à la stratégie humanitaire, celle-ci poursuivant un idéal pouvant cacher un désir d'abolition définitive de la guerre²⁵⁹⁵.

²⁵⁹⁰ F. MAURICE, « L'ambition humanitaire », *op. cit.*, p. 386.

²⁵⁹¹ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 31. V. ég. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 281 (« [l]es lois de la guerre ont pour but unique d'apporter des restrictions aux passions belliqueuses et à l'arbitraire des combattants »).

²⁵⁹² CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 17.

²⁵⁹³ H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », *op. cit.*, p. 364, n. trad.

²⁵⁹⁴ V. p. ex. ANON., « Meliorations of War », *Advocate of Peace*, vol. 1, n°9, 1869, p. 140 (où, dans le contexte de l'adoption de la Déclaration de Saint-Pétersbourg, les pacifistes américains disent qu'ils « *rejoice in all such efforts to curtail and relieve the miseries inseparable from war* », tout en ajoutant que « *the shortest, easiest, and only sure way* » de parvenir à cette fin est de « *abolish war altogether* »).

²⁵⁹⁵ Tout en ne poursuivant pas une stratégie « militariste » au sens que nous avons donné à ce mouvement dans cette étude, les militaires contemporains dénoncent régulièrement le fait que certains juristes cachent, derrière leurs interprétations restrictives ou leurs représentations extra-humanitaires du droit de la guerre, le désir pacifiste d'un monde sans guerre. V. p. ex. W. HAYS PARKS, « The 1977 Protocols to the Geneva Convention of 1949 », *op. cit.*, p. 25 (où l'auteur s'élève contre les « *perennial efforts by moralists and idealists who, realizing the futility of any attempt to outlaw war, endeavored to interject language into the Protocols that could be interpreted as making the law governing combat operations so restrictive as to make the waging of war impossible* ») ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 23 (« [t]he conflation of LOAC/IHL terminology reflects a desire of humanitarian-oriented groups and nongovernmental organizations to avoid phrases like "law of war" in favor of more pacific terms, perhaps in the hope that battlefield actions may someday follow that description »). Face à ce type d'accusation, les humanitaires sont mal à l'aise. D'un côté, ils rejettent l'accusation de pacifisme caché, et se distinguent de l'utopie pacifiste en rappelant que le droit de la guerre est un droit réaliste qui se contente de placer des limites à l'action des belligérants, pas d'interdire la possibilité même de recourir à la guerre et à la violence (v. p. ex. G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 45 : le droit de la guerre n'ayant pas pour but d'abolir la guerre, il fera toujours face à ce « *minimum irréductible de violence, car la guerre sans effusion de sang ne sera plus la guerre* » ; H. MEYROWITZ, « De quelques idées fausses ... », *op. cit.*, p. 395 : « [u]ne autre idée fausse (...) consiste à assimiler ou à rattacher le droit de la guerre au pacifisme. En vérité, le jus in bello n'a rien d'irénique. Il n'a pas pour vocation de se substituer un jus ad bellum, en supplément aux déficiences ou à la défaillance de ce dernier. Sa fonction n'est pas de rendre impossible la conduite d'une guerre » ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, *op. cit.*, p. 43 : le droit de la guerre ne doit pas être « *in direct contradiction with the fact that armed conflict (...) implies*

798. Le droit de la guerre constitue donc bel et bien un droit d'exception assimilable aux législations d'exception existant en droit interne qui, à l'image par exemple de la loi française de 1955 sur l'état d'urgence, anticipent la survenance de crises particulières en les soumettant à « *un droit spécial permanent pour les temps extraordinaires* »²⁵⁹⁶. En effet, le droit de la guerre s'applique dans l'exception à la norme, dans un moment où les règles les plus fondamentales de l'ordre juridique cessent de s'appliquer. Et, plutôt que de laisser à l'état de guerre sa qualité originelle d'état de non-droit, le droit de la guerre substitue aux règles du temps de paix des « *règles subsidiaires* »²⁵⁹⁷, « *plus lâches* »²⁵⁹⁸ que ces dernières car conçues pour un moment où, confronté à une menace exceptionnelles, l'État s'est affranchi des limites tracées par le droit commun, jugeant que celles-ci ne lui permettaient pas de combattre efficacement cette menace²⁵⁹⁹.

799. À l'issue d'une évolution historique entamée dès le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, la guerre apparaît désormais comme une construction juridique complexe. Au droit originel habilitant l'État à employer tous les moyens nécessaires pour vaincre l'ennemi²⁶⁰⁰ s'est progressivement substitué tout un corps de règles, formelles et instrumentales²⁶⁰¹, qui découpent et quadrillent la réalité guerrière. À ce jour, quasiment toutes les dimensions de cette réalité font l'objet de règles juridiques. En particulier, le statut des non-combattants, qu'il s'agisse des soldats blessés, malades ou naufragés, du personnel sanitaire et religieux, des civils, des journalistes, des personnes vivant en territoire occupé ou des prisonniers de guerre, fait désormais l'objet de règles nombreuses et détaillées. Et même la conduite des hostilités, domaine dont on pourrait croire qu'il échappe par définition à toute entreprise normative, est désormais saisi par le droit. En effet, le *jus in bello* définit par avance les

destruction, killing and injury »). Mais d'un autre côté, dans leur débat avec les pacifistes, les humanitaires font soit état de leurs convictions pacifistes profondes, ce qui jette un doute sur l'intention qui préside à leurs interprétations juridiques, notamment lorsque celles-ci sont restrictives (v. p. ex. J. L. KUNZ, « The Laws of War », *op. cit.*, p. 336 : « [t]he highest goal is the greater and greater restriction by law, and final abolition, of recourse to force in international relations »), soit affirment explicitement que le droit de la guerre est une stratégie détournée en vue de l'abolition finale de la guerre (v. not. G. MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, *op. cit.*, p. 96 et 101 : les lois de la guerre « sont de nature à affaiblir jusqu'à le briser le ressort qui anime les combattants, et à faire avec le temps tomber les armes de leurs mains » – elles sont des « [a]gents secrets de pacification » ; ANON., « La Croix-Rouge et l'œuvre de la paix », *op. cit.* ; J. PICTET, « La Croix-Rouge et la paix. L'œuvre de la Croix-Rouge nuit-elle aux efforts qui tendent à proscrire la guerre ? », *R.I.C.R.*, vol. 33, n°387, 1951, pp. 191-201 ; H. COURSIER, « La Croix-Rouge et la Paix : L'esprit dans paix dans l'œuvre de la Croix-Rouge », *R.I.C.R.* vol. 35, n°418, 1953, pp. 758-768 ; J. PICTET, « La Croix-Rouge, facteur de paix dans le monde », *R.I.C.R.*, vol. 50, n°595, 1968, pp. 297-306).

²⁵⁹⁶ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 21.

²⁵⁹⁷ M. SASSOLI, « *Ius ad Bellum and Ius in Bello* », *op. cit.*, p. 244, n. trad.

²⁵⁹⁸ G. SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, 5^{ème} éd., Londres, Universal, 1967, p. 192, n. trad.

²⁵⁹⁹ M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 2 (« *IHL is less humanitarian than peacetime law by necessity because it must be sufficiently adapted to the dire reality of armed conflicts* »).

²⁶⁰⁰ Sur ce droit originel de nécessité, v. *supra*, Chapitre 3, §§ 742-746.

²⁶⁰¹ Sur la composition matérielle du droit de la guerre, entre règles formelles et règles instrumentales, v. *supra*, Chapitre 4.

armes pouvant licitement être employées et celles dont l'emploi est interdit, les cibles pouvant licitement être attaquées et celles qui jouissent d'une immunité totale ou d'une protection spéciale, ou encore les règles à respecter au cours d'une attaque. La guerre est devenue un phénomène juridique : elle est désormais saisie par le droit. Ce faisant, en se dédoublant entre une *lex generalis* conçue pour le temps de paix et une *lex specialis* conçue pour le temps de guerre, l'ordre juridique est parvenu à réinstaurer son empire sur « *ce qui normalement lui échappe* »²⁶⁰²,

*

800. Conclusion de la Sous-section 2. Tout en se distançant de l'utopie d'un monde sans guerre, jugée irréalisable, les humanitaires s'écartent de la conception militariste d'une guerre sans droit. Vis-à-vis de cette stratégie de distinction, la production d'un droit spécial de la guerre, spécifiquement conçu pour les périodes de crise, permet de faire d'une pierre deux coups. En tant que droit d'exception, il reconnaît la nécessité face à laquelle l'État peut se trouver de déroger au droit commun, et tolère ainsi que l'État pénètre dans l'état exceptionnel de la guerre. Les humanitaires font ainsi un pas vers le militarisme, et s'écartent corrélativement de l'utopie pacifiste. Mais dans le même temps, la production d'un droit d'exception permet d'affirmer que *inter arma non silent leges* : si l'État peut effectivement se libérer des contraintes du temps de paix, celles-ci sont remplacées par des contraintes spécifiques au temps de guerre, qui visent à limiter l'action des belligérants et à prévenir le déchaînement arbitraire de la violence. Les humanitaires font ainsi un pas vers le pacifisme, qui abhorre également la violence et l'arbitraire, et s'éloignent corrélativement du danger militariste. Désormais, l'extinction du droit général de la paix va de pair avec l'entrée en scène du droit spécial de la guerre²⁶⁰³. À l'issue de l'évolution historique ayant débouché sur le régime juridique contemporain de la guerre, à la fois complet et complexe, la guerre est devenue une institution juridique à part entière, avec ses spécialistes, ses conférences, ses codes et ses habitudes²⁶⁰⁴. Elle n'est plus ce phénomène anomique qu'elle était initialement, synonyme de « *retour à l'état sauvage et aux temps barbares où il n'y avait effectivement ni droit des gens, ni conventions internationales et où la force brutale gouvernait seule le monde* »²⁶⁰⁵. Le droit y étend désormais son empire.

²⁶⁰² X. MAGNON, « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », *op. cit.*

²⁶⁰³ À moins que, comme nous l'avons suggéré, ce soit l'entrée en application du droit spécial de la guerre qui provoque l'extinction du droit général de la paix (v. *supra*, §§ 884-886).

²⁶⁰⁴ Sur ce point, v. not. Da. KENNEDY, *Of War and Law*, *op. cit.*, spé. pp. 33-39.

²⁶⁰⁵ F. F. MARTENS, *Traité de droit international public*, vol. 3, *op. cit.*, p. 149.

*

801. Conclusion de la Section 2. On ne peut manquer d'être frappé par l'analogie entre les stratégies déployées, dans l'ordre interne, pour appréhender juridiquement l'état d'exception et celles existant, dans l'ordre international, pour appréhender juridiquement l'état de guerre. En effet, il existe fondamentalement trois stratégies d'apprehension des rapports entre la guerre et le droit, exactement de la même manière qu'il existe fondamentalement trois stratégies d'apprehension des rapports entre l'état d'exception et le droit.

802. À un extrême du spectre se trouvent ceux qui considèrent que l'irruption d'une situation exceptionnelle ne doit pas donner lieu à suspension de l'ordre juridique – les situations d'exception doivent être affrontées dans le cadre tracé par le droit commun. Le respect dû aux prescriptions juridiques est d'ordre absolu, de sorte qu'aucunes circonstances, même exceptionnelles, ne sauraient donner lieu à dérogation. Dans l'ordre international, cette stratégie est celle des pacifistes, dont le projet consiste à promouvoir la réalisation d'un ordre juridique international dont il n'existerait plus aucune raison, ni juridique, ni pratique, de s'extraire : l'ensemble des conflits traversant la société internationale pourraient et devraient être résolus par des moyens pacifiques plutôt que par la force des armes. L'ordre juridique ne souffrirait donc plus aucun en-dehors, plus aucun espace dans lequel le principe d'interdiction de la violence ne trouverait plus à s'appliquer.

803. À l'autre extrême du spectre se trouvent ceux qui jugent que les situations exceptionnelles échappent entièrement à l'emprise du droit – elles ne peuvent être affrontées que hors du cadre tracé par l'ordre juridique. En effet, si les situations d'exception résultent de l'incapacité de l'ordre juridique à prévoir toutes les éventualités de crise qui peuvent se matérialiser dans la réalité concrète, alors le droit ne peut qu'être silencieux sur la question de savoir quelles sont les situations d'exception justifiant la suspension de l'ordre juridique et quels sont les moyens qui doivent être mis en œuvre pour pallier les insuffisances de l'ordre juridique. Dans l'ordre international, cette stratégie celle des militaristes, qui reprennent exactement cette prétention. L'ordre juridique international étant incapable d'anticiper toutes les éventualités de la vie, il faut laisser à l'État une double liberté : la liberté de faire exception au cadre pacifique tracé par le droit international chaque fois qu'il juge cela nécessaire, et la liberté d'employer les moyens qu'il juge efficaces pour vaincre la

menace qui se présente à lui. La guerre se déroule ainsi en-dehors de l'ordre juridique international. Elle ne tolère aucune emprise juridique.

804. Entre ces deux stratégies radicales se trouve une stratégie alternative. Contrairement à l'absolutisme, cette stratégie ne s'oppose pas à ce que l'État s'affranchisse des contraintes valables en temps normal. Et contrairement au nihilisme, cette stratégie ne s'oppose pas à l'idée que l'état d'exception puisse faire l'objet d'une réglementation juridique. Pour réaliser ce compromis délicat, cette stratégie se sert de l'outil du droit d'exception : celui-ci permet à la fois de reconnaître que certaines nécessités imposent de s'émanciper des règles valables en temps normal, mais soumet cette éventualité à des règles spéciales, spécifiquement conçues pour s'appliquer en temps de crise. Dans l'ordre international, cette stratégie est celle des humanitaires. Rejetant tant l'utopie pacifiste que le danger militariste, les humanitaires prônent la soumission de l'état exceptionnel de la guerre à un droit lui-même exceptionnel. Celui-ci leur permet de réaliser un coup double : admettre l'éventualité que l'État se libère de l'interdiction de recourir à la force, et pénètre ainsi dans un espace d'action où la violence perd son illicéité de principe, tout en refusant de considérer cette espace d'action comme une zone de pure anomie, l'action des belligérants étant soumise à des règles spéciales, pensées pour le temps exceptionnel de la guerre.

Conclusion du chapitre 6

805. Contrairement à ce qu'affirment certains auteurs²⁶⁰⁶, on ne saurait mettre le droit de la guerre sur le même plan que « *le droit commercial ou le droit de la famille* », au motif qu'il s'agirait dans tous les cas de soumettre à l'empire du droit une « *activité humaine* »²⁶⁰⁷. Ceci parce que, contrairement à « *la circulation des hommes, le commerce ou... l'amour* »²⁶⁰⁸, la guerre est originellement conçue comme une activité humaine se déroulant hors de l'ordre juridique international. En effet, la guerre résulte de l'incapacité, réelle ou supposée, de l'ordre juridique international à résoudre certains conflits exceptionnels : les États recourent donc à la guerre pour obtenir par la violence ce qu'ils n'ont pu obtenir par le droit. Dès lors, le droit de la guerre a vocation à s'appliquer à une situation spécifique que ne connaît aucun autre régime juridique du droit international public : il s'applique dans un moment de crise où le droit valable en temps normal cesse de s'appliquer²⁶⁰⁹.

806. Poursuivant l'analogie entamée dans le chapitre précédent entre l'ordre interne et l'ordre international, ce chapitre s'est attaché à éclairer la nature profonde du droit de la guerre, en montrant que celui-ci revêtait toutes les caractéristiques d'un « droit d'exception ». En effet, le *jus in bello* peut être compris par analogie avec les législations d'exception qui fleurissent dans les ordres juridiques nationaux, à l'image par exemple de la loi française de 1955 sur l'état d'urgence. Comme toute législation d'exception, le droit de la guerre part du constat que les États s'émancipent parfois des principes fondamentaux de l'ordre juridique pour affronter les crises par des moyens extralégaux (en l'occurrence, la violence armée). Loin de lutter contre cette pratique, le droit de la guerre en consacre l'éventualité, ce qui le distingue du pacifisme. Mais, comme toute législation d'exception, le droit de la guerre refuse que l'action du temps de crise soit laissée à l'appréciation arbitraire des gouvernants. Le droit de la guerre substitute donc au droit commun des règles spéciales, spécifiquement conçues pour éviter que la suspension du droit applicable en temps normal ne donne naissance à un exercice arbitraire du pouvoir. Même en temps de guerre, tous les moyens ne sont pas bons pour parvenir à ses fins – ce qui distingue le droit de la guerre du militarisme.

²⁶⁰⁶ Sur cet argument, v. *supra*, Introduction, §§ 14-15.

²⁶⁰⁷ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 18.

²⁶⁰⁸ *Ibid.*

²⁶⁰⁹ Sur tout ceci, v. Chapitre 5

807. Par le dédoublement qu'elle opère entre un droit général de la paix, applicable lorsque les conditions de la vie internationale permettent un fonctionnement régulier du droit et des institutions, et un droit spécial de la guerre, qui entre en scène lorsque des circonstances exceptionnelles rendent impossible l'application du droit de la paix, la stratégie humanitaire permet de faire ce que ni le pacifisme, ni le militarisme ne sont en mesure d'effectuer : *réintégrer l'état exceptionnel de la guerre au sein de l'ordre juridique international*. En effet, la guerre échappe peut-être à l'empire du droit applicable en temps de paix, puisqu'elle naît de l'incapacité de ce régime juridique à résoudre pacifiquement certains conflits exceptionnels, mais pas à l'empire du droit tout court : l'ordre juridique international prévoit désormais que, lorsque l'état de guerre se substitue à l'état de paix, un droit spécial de la guerre se substitue également au droit général de la paix. La guerre n'est plus cet espace de pure anomie qu'elle était initialement : elle fait désormais l'objet d'un régime juridique *ad hoc*, dernier bastion contre l'arbitraire d'État.

Conclusion du titre 3

808. Mettre en lumière l'impossibilité conceptuelle dont est frappée l'idée de soumettre la guerre à l'empire du droit suppose, au préalable, de comprendre la nature profonde du droit de la guerre. En effet, on ne peut véritablement rendre compte du droit de la guerre, ni comprendre les objections sérieuses auxquelles ce projet se heurte, qu'à condition de voir que le droit de la guerre n'est pas un régime juridique comme les autres. Ceci suppose, en retour, de percevoir la relation ambivalente que l'ordre juridique international entretient avec la guerre.

809. Dans un premier temps, *l'ordre juridique international rejette la guerre hors de lui-même*. En effet, l'ordre juridique international se construit tout entier autour de l'idée, propre au libéralisme politique, que la violence doit être évacuée des relations humaines. À l'intérieur des frontières nationales comme à l'extérieur de celles-ci, le droit doit se substituer à la force afin que les conflits puissent être réglés par la voie pacifique du dialogue, notamment judiciaire, plutôt que par la violence des armes. Dans l'ordre international, la concrétisation de cette idée prend la forme d'un « cadre juridique libéral », c'est-à-dire d'un ensemble de normes et d'institutions qui imposent à l'État de résoudre les situations conflictuelles par des moyens pacifiques. La violence armée, en tant que mode de résolution des conflits, est donc en principe exclue des relations interétatiques. Seulement, voilà : certains conflits, par la gravité des enjeux qu'ils soulèvent ou par l'immédiateté de la menace qu'ils font peser sur l'État, excèdent le cadre libéral tracé par le droit international. Apparaissant sous la forme d'une exception au droit en vigueur, ils exigent d'être affrontés *hors* de ce cadre, par des moyens que l'ordre juridique réprouve en principe – c'est-à-dire, par la violence des armes. Or, contrairement à l'idéal pacifiste, l'ordre juridique international n'impose pas à l'État un respect inconditionnel et absolu du cadre libéral. Au contraire, le droit international reconnaît que certaines circonstances exceptionnelles, de moins en moins nombreuses au fil du temps, exigent de faire exception aux normes fondamentales du droit international public et de déroger à l'interdiction de recourir à la force armée. Ainsi, le droit international autorise l'État à pénétrer dans un espace d'action, l'état de guerre, où l'interdiction principielle de la violence ne s'applique plus et où, nécessité faisant loi, l'État peut désormais chercher à obtenir par la violence ce qu'il n'a pu obtenir par le droit. Dans l'ordre international, la guerre fait donc naître une condition particulière qui est celle de tout « état d'exception » : face à la gravité et à l'urgence d'une situation ne pouvant être affrontée

efficacement dans le respect des normes en vigueur, l'État décide de se libérer des règles de droit au profit d'une action effective.

810. Ainsi, dire que l'ordre juridique international rejette initialement la guerre hors de lui-même revient simplement à formuler une évidence : une fois que le temps de guerre a succédé au temps de paix, l'État opère dans une « zone » ou un « moment » situé hors de l'ordre juridique international, car l'interdiction principielle de la violence, soit *le principe fondamental* de l'ordre international, ne s'y applique plus. Que l'on prenne cette métaphore dans un sens spatial (« zone ») ou temporel (« moment »), l'idée est la même : dans l'état de guerre, l'État se retrouve délié de l'interdiction d'employer la force armée pour résoudre le conflit. Il agit donc *hors* du cadre libéral tracé par le droit international c'est-à-dire, dans l'attente de la production d'un droit spécialement conçu pour régir cet « en-dehors », dans une zone de pure anomie où la rationalité instrumentale règne en maître.

811. Mais dans un second temps, *l'ordre juridique international réintègre la guerre en son sein*. En effet, pour toute personne attachée aux préceptes du libéralisme politique, l'idée que l'État puisse s'émanciper du droit pour résoudre une situation de crise par l'emploi de tous les moyens nécessaires est proprement inacceptable : ceci risque de donner lieu à un exercice arbitraire du pouvoir et, en l'occurrence, à un déchaînement illimité de la violence. Délié des chaînes du droit, l'État libéral recouvre sa liberté originelle d'agir comme bon lui semble pour défendre ses intérêts. L'ordre civil s'effondre, et l'état de nature rejaillit. Il est donc nécessaire, pour garantir la survie d'un ordre minimal dans la guerre, d'étendre l'empire du droit international à l'état de guerre. Il faut renverser le mouvement initial opéré par l'ordre juridique et réintégrer la guerre au sein de l'ordre juridique international. Or, pour ce faire, il n'existe qu'un seul moyen. La guerre apparaît certes comme un « en-dehors » du droit applicable en temps normal, puisqu'elle résulte de l'incapacité de ce droit à résoudre certains conflits exceptionnels, mais elle n'a pas à être un « en-dehors » du droit *tout court*. En effet, il suffit d'accorder au « droit normal » un « droit spécial », dont l'objet même serait de se saisir de cet « en-dehors » qu'est la guerre, pour réintégrer celle-ci dans le droit. Telle est précisément la fonction du droit de la guerre. Tout en reconnaissant la possibilité que l'État fasse exception au droit normal, le droit de la guerre s'oppose, par les règles spéciales qu'il contient, à ce que la guerre se déploie dans l'état d'exception le plus pur, c'est-à-dire dans un univers où toutes les considérations juridiques seraient désactivées au profit de l'action effective. Soumettant l'action des belligérants à des règles *ad hoc*, dérogatoires du

droit commun, le droit de la guerre permet d'étendre l'empire du droit international aux circonstances exceptionnelles de la guerre. Grâce au dédoublement de l'ordre juridique provoqué par le droit de la guerre, il n'y a plus d'un côté, la guerre, et de l'autre, l'anomie ; il y a désormais un droit normal, que l'irruption de la guerre continue toujours de mettre en échec, et un droit spécial, qui se substitue au droit normal lorsque les conditions d'application de ce droit ne sont plus réunies.

812. Tel est donc le mouvement paradoxal que le droit de la guerre cherche à réaliser : ce droit (spécial) a vocation à s'appliquer à une situation dans laquelle le droit (normal) ne s'applique plus. Ce faisant, le droit de la guerre réintègre dans de l'ordre juridique international cela même qui en fut originellement exclu – la guerre. Ainsi, avec le droit de la guerre, les libéraux peuvent se mettre à rêver d'un ordre juridique international complet, sans lacune et sans en-dehors, qui permettrait de faire de l'État une sorte d'automate dont toutes les activités, ordinaires ou extraordinaires, se décomposeraient « *en un fonctionnement calculable, obéissant à des normes fixées à l'avance* »²⁶¹⁰. Il deviendrait possible de prévoir comment l'État réagira dans toutes les circonstances pouvant se présenter en fait : le droit de la paix règle les relations de l'État en période normal, et lorsque cette période est bouleversée par l'apparition de circonstances exceptionnelles et qu'un État recourt à la guerre, le droit de la guerre entre en action. Dès lors, les possibilités de naissance d'un pouvoir arbitraire seraient réduites au minimum, car le droit ne laisserait plus aucune place à l'imprévu, à l'incertain et à l'urgence – autant de terreaux du despotisme. Le droit serait parvenu à se saisir de l'exceptionnel et à le résorber en son sein, en énonçant par avance quand l'État peut faire la guerre (*jus ad bellum*) et ce qu'il peut faire dans la guerre (*jus in bello*). L'idéal de l'État de droit, à savoir « *le Règne des Normes* »²⁶¹¹, aurait étendu son empire à l'entièreté des relations internationales, qu'elles soient pacifiques ou belliqueuses. Et l'exercice du pouvoir, même militaire, se résumerait à n'être plus qu'une « *exécution subordonnée* »²⁶¹² de normes juridiques posées *a priori* : les agents de l'État, force armées comprises, se borneraient à « *réalis[er] (...) ce qui doit être* »²⁶¹³. Or, ce rêve d'un droit sans en-dehors est-il autre chose que cela – un rêve ?

²⁶¹⁰ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 269-270.

²⁶¹¹ W. LEISNER, « L'État de droit, une contradiction ? », in *Recueil d'études en hommages à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 66.

²⁶¹² *Ibid.*

²⁶¹³ *Ibid.*

TITRE 4. – L’IMPOSSIBILITE RADICALE D’UNE RESORPTION DEFINITIVE DE L’ETAT EXCEPTIONNEL DE LA GUERRE DANS LE DROIT

813. Le droit de la guerre apparaît désormais comme un régime juridique particulier qui, à l’image des législations d’exception en droit interne, vise à étendre l’empire civilisateur du droit aux situations de crises extrêmes auxquelles le droit commun cesse de s’appliquer. En effet, avec le *jus in bello*, la guerre n’est plus un espace d’anomie rejeté hors de tout droit, règne de la violence et de l’arbitraire, mais un phénomène saisi par le droit – et plus précisément par un droit spécial, qui s’applique dans les cas échappant à l’empire du droit général. Grâce au dédoublement entre une *lex generalis*, prévue pour régir le temps de paix, et une *lex specialis*, qui gouverne l’état de guerre, l’ensemble de la vie internationale se retrouve subsumée dans le droit.

814. Le droit de la guerre exprime ainsi le rêve libéral d’une société dans laquelle plus rien n’échapperait à l’emprise du droit, pas même les situations de crises les plus extrêmes et les plus insusceptibles de faire l’objet d’une appréhension juridique. Toutes les situations auraient été prévues et anticipées, de sorte qu’il n’y aurait plus aucune raison de « sortir du droit » pour chercher à obtenir, par des moyens extrajuridiques, ce que le droit n’a pas permis d’obtenir en premier lieu. Même la guerre, moyen extrajuridique par excellence, fait désormais l’objet de règles juridiques : on ne peut employer la violence, en dérogation du droit commun, *que* dans le cadre tracé par un droit spécial qui en réglemente l’emploi.

815. Une fois que la nature du droit de la guerre – sa qualité de droit d’exception – a été mise à nue, il devient possible d’en interroger la possibilité même. Soumettre la guerre à l’empire du droit afin de garantir sa survie d’un ordre minimal dans la guerre constitue une entreprise éminemment *souhaitable*, mais cela est-il seulement *possible* ? Peut-on réellement soumettre l’action du temps de guerre à des règles et des normes, même spécialement prévues pour régir cet état d’exception ? Répondre à cette question suppose d’interroger le rêve libéral duquel découle le droit de la guerre, à savoir le rêve d’un ordre juridique sans en-dehors, où même les situations de crises les plus extrêmes auraient été

subsumées dans le droit, celui-ci énonçant par avance ce que l'État peut ou ne peut pas faire pour se sortir de ces situations.

816. Une analyse dépassionnée de cette question mène à la conclusion qu'une telle entreprise est fondamentalement impossible. En effet, si le droit peut parfaitement chercher à se saisir de l'exception en l'encadrant par un droit lui-même exceptionnel, l'exception ne peut jamais être bannie de ce monde. Celle-ci est vouée à faire son irrépressible retour, même au sein des régimes d'exception tels que le droit de la guerre, car ceux-ci sont condamnés, au gré des contingences de l'histoire, à être mis en échec par l'apparition de circonstances « sur-exceptionnelles » (**Chapitre 7**). En soi, ce constat ne préjuge en rien de la manière dont le droit de la guerre devrait appréhender ces circonstances. En effet, face à la sur-exception, trois options demeurent ouvertes : maintenir l'opération du droit de la guerre dans toutes les circonstances de la guerre, aussi extrêmes soient-elles ; habiliter l'État à suspendre l'opération du droit de la guerre lorsqu'il estime que l'extrémité de la situation l'exige impérativement ; ou réglementer les cas de suspension, en énonçant par avance quand l'État peut suspendre le droit de la guerre et ce qu'il peut faire une fois le *jus in bello* suspendu. Or, force est de constater qu'aucune de ces options n'est satisfaisante : toutes mènent à une impasse. En particulier, il s'avère qu'il est impossible de suivre la voie des défenseurs du droit de la guerre, qui prétendent que celui-ci doit valoir « en toutes circonstances » : il existe un point de rupture où, poussé jusque dans ses ultimes retranchements, le droit de la guerre *ne peut pas ne pas céder* face à l'exception suprême. *In fine*, il apparaît que la résorption définitive de la guerre dans le droit n'est qu'une illusion : l'exception suprême révèle, dans sa cruelle netteté, la nécessité de conserver au cœur même du droit l'éventualité d'une violence extralégale (**Chapitre 8**).

Chapitre 7. – L’irrépressible retour de l’exception : le droit de la guerre face à la problématique des circonstances sur-exceptionnelles

[L]a question de savoir si l’exception extrême peut être bannie du monde n’est pas une question juridique.

Carl SCHMITT²⁶¹⁴

817. Sur le plan conceptuel, le droit de la guerre se donne pour fonction de réintégrer au sein de l’ordre juridique international cela-même qui en fut originellement exclu : la guerre. En effet, à l’image des législations d’exception qui fleurissent dans les droits nationaux des États libéraux, le *jus in bello* prévoit en amont un « droit spécial », qui entre en application lorsque les conditions de fait sont bouleversées au point d’entraîner la suspension du « droit général » – dans le vocabulaire du *jus in bello*, lorsque le temps de paix est troublé par l’apparition d’un « conflit armé ». Grâce au dédoublement entre un droit général (*lex generalis*) gouvernant le temps de paix et un droit spécial (*lex specialis*) énonçant par avance les règles à respecter en temps de guerre, l’ordre juridique international réinstaure son empire sur le « hors-droit ».

818. Cependant, certains auteurs relèvent que les législations d’exception « accèdent difficilement à la perfection »²⁶¹⁵. En effet, il est permis de douter que ces lois puissent véritablement parvenir à réaliser un compromis solide entre l’impératif de conservation du droit et l’impératif de sauvegarde de l’État. D’un côté, si les législations d’exception encadrent de manière trop restrictive la décision de suspendre l’opération du droit normal et les pouvoirs dont l’État jouit en période d’exception, « *l’intérêt du procédé s’en ressent car leurs bénéficiaires n’ont pas les moyens d’une action efficace de nature à endiguer la crise* »²⁶¹⁶. D’un autre côté, si les législations d’exception octroient une marge de manœuvre trop large aux autorités étatiques pour faire face à la crise, elles risquent de « *verser dans un autoritarisme permanent* »²⁶¹⁷. Les lois d’exception doivent ainsi naviguer dans une contradiction dont on voit difficilement comment elle pourrait être résolue, car de deux

²⁶¹⁴ C. SCHMITT, *Political Theology*, p. 7, n. trad.

²⁶¹⁵ F. SAINT-BONNET, « L’état d’exception », *op. cit.*, p. 237.

²⁶¹⁶ *Ibid.*

²⁶¹⁷ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l’état d’exception... », *op. cit.*

chooses l'une. Soit les lois d'exception soumettent l'action de l'État en période d'exception à des limites fermes et définitives, auquel cas ces législations s'opposent effectivement à la naissance d'un pouvoir arbitraire, mais elles s'exposent en retour à la critique d'utopie – elles risquent d'empêcher l'État d'agir de manière rapide et effective pour vaincre la crise et rétablir une situation normale. Soit les législations d'exception octroient à l'État une large marge de manœuvre et lui permettent ainsi d'agir en fonction des nécessités de l'instant, auquel cas les lois d'exception permettent véritablement à l'État de garantir sa sauvegarde en temps crise, mais elles s'exposent alors à la critique inverse – en faisant l'apologie de la puissance de l'État, elles risquent de consacrer juridiquement la possibilité, pour les gouvernants, d'user et d'abuser de leur pouvoir. On retrouve ici les deux critiques dont le *jus in bello* fait, comme toute législation d'exception, perpétuellement l'objet²⁶¹⁸.

819. Plus fondamentalement, la doctrine juridique met en évidence le fait que ces législations d'exception « *souffrent de vices quasi insurmontables* »²⁶¹⁹. Ces « vices » tiennent non pas au compromis que ces lois cherchent à réaliser, mais à la capacité même des lois d'exception à « *prévoir l'imprévisible* »²⁶²⁰. Car tel est bien l'objet des législations d'exception : ces lois spéciales gouvernent des situations (guerres, épidémies, attentats terroristes, etc.) apparaissant sous la forme d'une exception au droit ordinaire, le législateur n'ayant pas (ou pas bien) anticipé la survenance de ces situations²⁶²¹. Dès lors, au travers des lois d'exception, le législateur corrige son défaut d'anticipation originel ; il comble, par un droit spécial, les lacunes juridiques révélées par l'apparition d'un cas d'exception. Or, la dialectique de la norme et de l'exception s'arrête-t-elle avec l'adoption de lois d'exception ? Rien ne permet de le penser. En effet, ne peut-on pas imaginer que, malgré tout l'effort d'anticipation déployé par le législateur d'exception, et « *quel que soit le degré de finesse et de précision du droit de crise* »²⁶²², apparaissent de nouvelles situations exceptionnelles mettant en échec non pas le droit commun, mais le droit d'exception lui-même ? Car comment garantir que « *les crises à venir ne seront pas absolument inédites et qu'elles entreront dans le moule que le droit a fixé* ? »²⁶²³ Et même dans le cas où ces crises ne sont pas absolument inédites, ne peut-on pas imaginer que des circonstances exceptionnelles

²⁶¹⁸ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 3, §§ 358-362.

²⁶¹⁹ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 237.

²⁶²⁰ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 21.

²⁶²¹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 6.

²⁶²² P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 33.

²⁶²³ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 237.

révèlent l'inadaptation de certaines règles, de sorte que les gouvernants soient amenés à « *en viol[er] le dispositif par nécessité* »²⁶²⁴ ? En bref, pourquoi le législateur d'exception réussirait-il là où le législateur ordinaire a échoué ?²⁶²⁵ Le droit, général ou spécial, ordinaire ou exceptionnel, est-il réellement en capacité d'enfermer toutes les contingences de la vie dans ses formes universelles ?

820. Ainsi se trouve posée la problématique de la « sur-exception », c'est-à-dire du cas où les régimes d'exception rencontrent des « *circonstances imprévues qui obligent les autorités publiques à prendre des mesures contraires aux [régimes] d'exceptions [eux]-mêmes* »²⁶²⁶. Si l'expression « sur-exception » peut sembler redondante voire inutilement complexe, elle permet de mettre en lumière « *[l]a course poursuite que se livrent, sans fin, le droit et la crise* »²⁶²⁷ – ou plutôt, la norme et l'exception. En effet, le droit applicable en temps normal peut être mis en échec par l'apparition de circonstances exceptionnelles, qui font naître la possibilité d'une bascule dans le pur état d'exception, c'est-à-dire dans l'anomie²⁶²⁸ ; corigeant ce problème, les lois d'exceptions subsument l'exception dans le droit, en anticipant par avance l'éventualité des crises et en dictant à l'État les règles à suivre en période d'exception²⁶²⁹ ; mais des circonstances sur-exceptionnelles peuvent mettre en échec les lois d'exception elles-mêmes, ce qui fait naître le spectre d'une bascule dans un état « sur-exceptionnel », nouvelle zone d'anomie²⁶³⁰, qui nécessiterait lui-même l'adoption de lois « sur-exceptionnelles », lesquelles pourraient toujours être mises en échec par l'apparition de circonstances « sur-sur-exceptionnelles »²⁶³¹... et ainsi de suite *ad absurdum*.

821. Même s'ils ne l'inscrivent pas dans le cadre théorique indiqué ci-dessus, les juristes spécialisés dans le *jus in bello* sont familiers avec la problématique de la sur-exception. En effet, la célèbre doctrine de la *Kriegsräson*, aujourd'hui largement abandonnée, n'est rien d'autre qu'une tentative visant à faire reconnaître que le droit de la guerre, ce « *droit de l'exceptionnel* »²⁶³², peut être mis en échec par l'apparition de circonstances sur-

²⁶²⁴ *Ibid.*

²⁶²⁵ En ce sens, v. F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l'état d'exception », *op. cit.*, p. 95.

²⁶²⁶ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 22 (où « lois » fut remplacé par « régimes »). Cette définition met en avant le fait que les circonstances « sur-exceptionnelles » ne se définissent pas par leurs qualités intrinsèques (la nature de la crise, sa gravité, son étendue, etc.), mais par le régime juridique auquel elles doivent être rapportées : ces circonstances font échec à l'application du droit d'exception plutôt qu'au droit ordinaire.

²⁶²⁷ *Ibid.*, p. 33.

²⁶²⁸ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5.

²⁶²⁹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 6.

²⁶³⁰ Ce point est au cœur de la démonstration du présent chapitre.

²⁶³¹ Sur ce point, v. *infra*, Chapitre 8.

²⁶³² E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 105.

exceptionnelles et que les belligérants jouissent par conséquent de la possibilité d'y déroger. De même, tous les arguments opposés à cette doctrine visent à empêcher l'État de s'émanciper des règles du droit de la guerre, ultimes barrières contre la barbarie, même lorsque celui-ci fait face à des circonstances sur-exceptionnelles²⁶³³.

822. Suspendant pour l'instant tout jugement sur la valeur à accorder à la doctrine de la *Kriegsräson*, il s'agira à ce stade de démontrer que, comme tout régime d'exception, le droit de la guerre est un produit défectueux, souffrant d'un vice de fabrication initial : étant constitutivement incapable d'enserrer toutes les contingences de la vie dans ses formes universelles, le droit de la guerre est perpétuellement menacé d'être renversé par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles. Ce n'est qu'une fois ce constat factuel effectué – le droit de la guerre est, comme tout droit, sujet à l'exception – qu'il deviendra possible d'en tirer des conséquences sur le plan normatif : le droit de la guerre peut-il, doit-il ne pas faire droit à l'exception ? N'y a-t-il pas un moment où il devient absurde, voire irresponsable, d'exiger de l'État qu'il respecte les formes du droit lorsque l'alternative à laquelle il fait face s'exprime dans les termes suivants : vaincre ou mourir ? Le chapitre suivant, destination finale de l'étude, s'attachera à répondre à ces questions, au sein desquelles se niche l'impossibilité du droit de la guerre.

823. À ce stade, l'heure est au constat. Ce chapitre montrera que, comme tout régime d'exception, le droit de la guerre est continuellement menacé d'être « défait »²⁶³⁴ par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles. Afin d'étayer cette prétention, il conviendra, dans un premier temps, de saisir précisément ce que les circonstances sur-exceptionnelles mettent en échec, ce qui suppose d'étoffer la problématique de la sur-exception à l'aide de quelques éléments théoriques (**Section 1**). Une fois ce cadre théorique posé, il deviendra possible d'analyser avec précision le phénomène de la mise en échec du droit de la guerre par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles (**Section 2**).

²⁶³³ La doctrine de la *Kriegsräson* et la doctrine inverse de la *Rechtsräson* seront étudiées *infra*, Chapitre 8.

²⁶³⁴ Dans la suite des développements, l'adjectif « défait » et le terme de « défaisabilité » sont employés dans leur sens usuel, sans référence explicite au débat théorique sur la défaisabilité des normes. Sur ce débat, v. not. M. CARPENTIER, « Cas difficiles et défaisabilité des règles », *Revue de la recherche juridique*, vol. 5, 2018, pp. 2093-2115.

Section 1. – La problématique des circonstances sur-exceptionnelles : éléments théoriques

824. Le « vice » dont souffrent les législations d’exception ne peut être compris qu’à condition de saisir plus précisément l’objet même de ces lois particulières. À partir du XIX^{ème} siècle, à une époque où les préceptes libéraux sont bien ancrés dans les sociétés occidentales, « *le fait que les pouvoirs publics agissent en dépit ou au mépris de la légalité est désormais perçu comme insupportable* »²⁶³⁵. Il faut donc « *mettre fin à l’arbitraire* »²⁶³⁶ jusque dans les situations où celui-ci règne en maître : l’état d’exception. Les législations d’exception visent ainsi à dissiper « *le brouillard de la raison d’État* »²⁶³⁷ en étendant l’idéal libéral de calculabilité de l’action étatique aux situations de crises extrêmes (**Sous-section 1**). Or, les législations d’exception trouvent leur limite dans l’objet même qu’elles se donnent, car c’est précisément cet idéal libéral de calculabilité de l’action étatique que l’hypothèse des circonstances sur-exceptionnelles vient mettre en échec (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – L’objet des législations d’exception : l’extension de l’idéal libéral de calculabilité de l’action étatique aux situations de crises extrêmes

825. Les législations d’exception sont régulièrement accusées d’opérer une confusion entre la norme et l’exception²⁶³⁸. En effet, par l’effet de ces lois, qui survivent toujours aux crises qui leur ont donné naissance, des moyens d’exception particulièrement néfastes pour les droits et libertés se trouvent finalement intégrés dans le droit commun²⁶³⁹. Et à mesure que le droit commun est contaminé par des dispositifs initialement prévus pour les périodes d’exception, le champ des libertés publiques se réduit et l’État s’enfonce petit à petit dans un autoritarisme permanent – l’exception devient la norme²⁶⁴⁰. Cela étant, si ce procès en

²⁶³⁵ F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l’état d’exception », *op. cit.*, p. 93.

²⁶³⁶ *Ibid.*

²⁶³⁷ *Ibid.*

²⁶³⁸ Sur ce point spécifique, v. not. O. GROSS, « Chaos and Rules », *op. cit.*, pp. 1065-1096.

²⁶³⁹ Comme le relève Guy BRAIBANT, « *les crises laissent derrière elles, comme une marée d’épais sédiments de pollution juridique. Les lois exceptionnelles et les tribunaux spéciaux survivent aux circonstances qui les ont fait naître. (...) Le provisoire dure. (...) [A]ucune abrogation n’efface les normes d’exceptions qui sont ainsi définitivement incorporées à la légalité courante* » (G. BRAIBANT, « L’État face aux crises », *Pouvoirs*, vol. 10, 1979, p. 8).

²⁶⁴⁰ L’idée de la permanence de l’état d’exception fut formulée pour la première fois par W. BENJAMIN, « *Sur le concept d’histoire* », *op. cit.*, p. 64. Cette idée fut réactualisée par G. AGAMBEN, « *État d’exception* », *op. cit.*, not. pp. 182 et 251, avant de devenir un lieu commun du discours juridique. V. p. ex. S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La démocratie en état d’urgence. Quand l’exception devient permanente*, Paris, Seuil, coll. « *Le compte à rebours* », 2022 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d’exception*, *op. cit.*, pp. 250-264 ; O. GROSS, « *Chaos and Rules* », *op. cit.*, pp. 1089-1090.

illibéralisme des législations d'exception est fondé, il occulte le fait que ces lois spéciales sont elles-mêmes le produit du libéralisme politique, et plus précisément de l'idéal libéral de calculabilité de l'action étatique (**§ I**). De plus, aux fins d'une bonne compréhension des développements qui suivent, il est impératif de voir que la réalisation concrète de cet idéal de calculabilité de l'action étatique suppose l'intégration de règles formelles, par opposition aux règles instrumentales, au sein des lois d'exception (**§ II**).

§ I. – Les lois d'exception, produit de l'idéal libéral de calculabilité de l'action étatique

826. Dans la théorie politique libérale, l'État apparaît, avec tout son appareil coercitif, comme une source de menaces pour la liberté individuelle²⁶⁴¹. En effet, comment garantir que les gouvernants et ceux qui exécutent leur volonté utiliseront les pouvoirs qui leur sont conférés d'une manière juste, respectueuse de la liberté, plutôt que de manière tyrannique ? Pour les libéraux, on ne saurait présumer que les gouvernants et leurs subordonnés agiront de manière juste et raisonnable en temps de crise. Il faut même douter que tel soit le cas puisque, pour reprendre les termes de Montesquieu, « [c]'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »²⁶⁴². L'attitude libérale vis-à-vis du pouvoir est donc une attitude de méfiance²⁶⁴³. Et pourtant, malgré ce constat, les libéraux ne croient pas qu'il soit possible d'imaginer une société sans État, c'est-à-dire sans pouvoir public chargé de maintenir l'ordre au sein de la société civile²⁶⁴⁴. Au contraire, ceux-ci jugent que l'État est nécessaire pour éviter la « guerre de chacun contre chacun »²⁶⁴⁵, caractéristique des sociétés sans État²⁶⁴⁶.

827. Prenant acte de la nécessité d'un État administrant la société civile tout en reconnaissant les dangers d'une telle institution pour la liberté, le libéralisme politique s'attache à enfermer l'action de l'État dans le cadre du droit, afin d'éliminer toute forme de domination personnelle d'un « souverain » sur ses « sujets ». En effet, la menace pour la

²⁶⁴¹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5, § 665.

²⁶⁴² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 303.

²⁶⁴³ En ce sens, v. p. ex. F. L. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*, préf. H. MARCUSE, Londres, The Free Press of Glencoe, 1957, p. 6.

²⁶⁴⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 654-655.

²⁶⁴⁵ T. HOBBES, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 224.

²⁶⁴⁶ Pour une remise en cause de cette vision traditionnelle des sociétés « sans État », v. P. CLASTRES, *La société contre l'État*, Paris, Éditions de minuit, 1974.

liberté trouve son origine dans l'éventualité d'un exercice arbitraire du pouvoir, c'est-à-dire dans la possibilité que l'exercice du pouvoir résulte de la volonté propre des gouvernants ou des agents de l'État plutôt que d'une application stricte de règles démocratiquement acceptées par la communauté²⁶⁴⁷. Ainsi, le concept-clé du libéralisme politique, celui d'État de droit, se réduit en dernière analyse à « *l'exigence que ceux qui exercent le pouvoir social n'agissent que dans un cadre légal afin que leurs actions puissent être considérées comme légalement autorisées* »²⁶⁴⁸. Grâce à la soumission de l'État au droit, les citoyens sont en mesure de « *prévoir avec une certitude raisonnable comment l'autorité utilisera ses pouvoirs de coercition dans des circonstances données* »²⁶⁴⁹. Ils peuvent ainsi planifier leurs activités, notamment économiques²⁶⁵⁰, sans risquer de voir l'État s'immiscer arbitrairement dans leurs affaires²⁶⁵¹.

828. En conséquence, le libéralisme politique fait de l'idéal de calculabilité et de prévisibilité de l'action étatique le but ultime à atteindre²⁶⁵². Confrontés à l'expérience de la tyrannie, les libéraux « *en sont tous venus à reconnaître que l'action mal réglementée et imprévisible de l'État rendait impossible ne serait-ce qu'un minimum d'autonomie politique et sociale* », et se sont ainsi « *attelés à imaginer des instruments institutionnels permettant de rendre l'action de l'État prévisible* »²⁶⁵³. Sous cet angle, le droit apparaît comme l'outil idéal pour garantir la prévisibilité de l'action de l'État : en définissant par avance le périmètre de l'action étatique et « *en faisant fonctionner l'appareil juridique comme une machine techniquement rationnelle, [le droit] assure à tous les intéressés le maximum relatif de*

²⁶⁴⁷ En ce sens, v. p. ex. W. E. SCHEUERMAN, *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, M.I.T. Press, coll. « Studies in Contemporary German Social Thought », 1994, p. 69 (« *it was the exercise of arbitrary power, of despotism as they dramatically labelled it, that worried liberals as diverse as the bourgeois Locke and the rabble-rousing Paine, the aristocratic Montesquieu and the state-building Madison* »).

²⁶⁴⁸ L. McDONALD, « Positivism and the Formal Rule of Law: Questioning the Connection », *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 26, 2001, p. 97, n. trad.

²⁶⁴⁹ Friedrich HAYEK, cité in K. M. SULLIVAN, « The Justices of Rules and Standards », *op. cit.*, pp. 63-64, n. trad.

²⁶⁵⁰ Selon Max WEBER, l'impératif de calculabilité et de prévisibilité de l'action étatique est intrinsèquement lié à l'émergence du capitalisme. V. M. WEBER, *Gesammelte Politische Schriften*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1958, p. 310, cité et trad. in A. MASTROPAOLO, « L'État ou l'ambiguïté. Hypothèses pour une recherche », *Revue française de science politique*, vol. 36, n°4, 1986, p. 482 (« *l'entreprise capitaliste (...) a besoin pour son existence d'une justice et d'une administration dont le fonctionnement puisse, du moins en principe, être calculé rationnellement à partir de normes précises et générales, tout comme l'on calcule le travail prévisible d'une machine* »). V. également D. M. TRUBEK, « Max Weber on Law and the Rise of Capitalism », *Wisconsin Law Review*, vol. 3, 1972, pp. 720-753.

²⁶⁵¹ En ce sens, v. L. McDONALD, « Positivism and the Formal Rule of Law », *op. cit.*, p. 98 (« *[a]s Locke argued, absent these characteristics [la stabilité, la généralité et la cohérence du droit] laws would not enable people "to be able to know their duty, and be safe and secure within the limits of the law"* »).

²⁶⁵² En ce sens, v. not. W. E. SCHEUERMAN, *Between the Norm and the Exception*, *op. cit.*, pp. 68-69 (l'idée maîtresse du libéralisme politique « *has always been the idea that governmental action must be rendered calculable and restrained* ») ; F. L. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State*, *op. cit.*, p. 6 (le libéralisme politique vise à obtenir « *the erection of fences around political power which is, allegedly, distrusted. Its aim is the dissolution of power into legal relationships, the elimination of the element of personal rule, and the substitution of the rule of law in which all relationships are to become purposive-rational, that is, predictable and calculable* »).

²⁶⁵³ W. E. SCHEUERMAN, *Between the Norm and the Exception*, *op. cit.*, p. 69, n. trad.

liberté de mouvement et surtout de calculabilité des conséquences juridiques »²⁶⁵⁴ de leurs actes. Les gouvernants, et à plus forte raison les agents de l’État, juges compris, deviennent les simples exécutants de normes s’imposant à eux et leur indiquant comment (ré)agir dans chaque cas particulier. Leur volonté subjective s’efface devant la raison objective du droit²⁶⁵⁵. Ils se contentent, à l’image d’automates²⁶⁵⁶, d’exécuter les directives juridiques.

829. Or, c’est précisément cet idéal de calculabilité de l’action étatique que l’irruption d’une situation d’exception vient remettre en cause. En effet, lorsqu’apparaît une situation d’extrême urgence qui exige que les autorités publiques agissent au-delà du cadre tracé par le droit, celui-ci n’ayant pas anticipé de manière satisfaisante le cas qui se présente²⁶⁵⁷, l’action de l’État devient imprévisible – le droit est muet quant à la manière dont l’État doit procéder pour vaincre la menace et rétablir l’ordre. Les citoyens ne peuvent donc « prévoir avec une certitude raisonnable » comment l’État agira et, dans le silence de la loi, le pouvoir exécutif retrouve son « *pouvoir d’agir avec discrétion* »²⁶⁵⁸. Or, comme le relevait Dicey, « *partout où il y a pouvoir discrétionnaire, il y a place pour l’arbitraire* »²⁶⁵⁹. La liberté individuelle des citoyens se retrouve donc menacée face à l’imprévisibilité de l’action étatique, et l’on retombe sur la question basale du libéralisme politique : comment garantir que les gouvernants et leurs exécutants utiliseront avec sagesse les pouvoirs (ici, d’exception) qui leurs sont dévolus ? En l’absence de règles de droit énonçant *a priori* comment ces pouvoirs d’exception pourront être employés, rien ne permet de le garantir. L’État libéral menace ainsi de se transformer en État totalitaire, dont la marque de fabrique consiste en « *l’utilisation d’une violence non-calculable* »²⁶⁶⁰. Dans l’esprit libéral, la calculabilité de l’action étatique est donc une garantie de la liberté ; l’imprévisibilité, en miroir, est synonyme de danger pour la liberté.

830. À l’aune de ce qui précède, il est possible de reformuler l’objet que se donnent les législations d’exception. Ces lois particulières ont pour fonction de faire reculer l’arbitraire

²⁶⁵⁴ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 2, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976, p. 469, cité et trad. in A. MASTROPAOLO, « L’État ou l’ambiguïté... », *op. cit.*, pp. 482-483.

²⁶⁵⁵ W. E. SCHEUERMAN, *Between the Norm and the Exception*, *op. cit.*, p. 70 (« [t]he rule of law represents the hegemony of ratio, in contrast to mere voluntas »).

²⁶⁵⁶ L’image de l’automate est empruntée à Max WEBER (v. *ibid.*, p. 70 : « As Max Weber noted, administrators and judges were ideally to be like "an automaton into which legal documents and fees are stuffed at the top in order that [they] may spill forth the verdict at the bottom along with the reasons, read mechanically from codified paragraphs" »).

²⁶⁵⁷ Sur la notion de « situation d’exception », v. *supra*, Chapitre 5, §§ 664-676.

²⁶⁵⁸ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 263.

²⁶⁵⁹ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^{ème} éd., Londres, MacMillan, 1915, p. 184, n. trad.

²⁶⁶⁰ F. L. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State*, *op. cit.*, p. 245, n. trad.

en soumettant la réaction de l'État confronté à l'exception à des règles de droit qui rendent sa réaction calculable et prévisible. Il s'agit de « *prévoir à l'avance* »²⁶⁶¹ comment et à quelles conditions l'État pourra employer ses pouvoirs d'exception, « *d'anticiper* »²⁶⁶² la survenance des crises, « *d'organiser à l'avance* »²⁶⁶³ l'étendue du périmètre de l'action étatique en période d'exception, bref : de réintroduire de la certitude au cœur de l'incertain. Or, telle est également la fonction du droit de la guerre. Comme l'écrit Michael Schmitt, en définissant par avance l'étendue des pouvoirs de l'État en temps de guerre, le droit de la guerre « *maintient la guerre ordonnée et prévisible, ce qui contribue à la "gérabilité" des conflits* »²⁶⁶⁴. Grâce au *jus in bello*, la guerre n'est plus une période d'incertitude fondamentale, mais un phénomène saisi par le droit, lequel définit par avance ce que l'État peut ou ne peut pas faire même dans les crises les plus extrêmes. L'effet civilisateur du droit empêche ainsi la guerre de se transformer en « *un état d'arbitraire illimité* »²⁶⁶⁵.

831. Si les lois d'exception parviennent à cet objectif, alors les individus auront de nouveau cette capacité à « prévoir avec une certitude raisonnable » comment l'État emploiera ses pouvoirs de contrainte, même en temps de crise, puisque l'action étatique s'accomplira « *à l'intérieur d'un cadre rigide prévu par [la] législation qui organise un régime dérogatoire* »²⁶⁶⁶. Dès lors, les gouvernants et leurs subordonnés n'agiront plus en fonction de leur volonté propre, mais sur la base de prescriptions juridiques posées *a priori* qui s'imposent à eux. Par l'entremise des lois d'exception, l'action de l'État devient de nouveau calculable et prévisible. Le droit réinstaure son empire sur l'état d'exception. À une condition, cependant : que les lois d'exception se dotent de règles formelles.

§ II. – L'intégration de règles formelles au sein des lois d'exception, condition de réalisation de l'idéal de calculabilité de l'action étatique

832. Bien qu'elles puissent être taxées de lois illibérales puisqu'elles étendent considérablement les atteintes que le pouvoir exécutif peut porter à la séparation des

²⁶⁶¹ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 32.

²⁶⁶² F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 236.

²⁶⁶³ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 21.

²⁶⁶⁴ M. N. SCHMITT, « State-Sponsored Assassination... », *op. cit.*, p. 633, n. trad.

²⁶⁶⁵ F. F. MARTENS, *La guerre et la paix*, *op. cit.*, p. 32.

²⁶⁶⁶ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 32.

pouvoirs et aux droits fondamentaux²⁶⁶⁷, les lois d'exception n'en sont pas moins le produit du libéralisme politique, lequel cherche à rendre l'action de l'État calculable et prévisible afin de prévenir tout exercice arbitraire du pouvoir. Cependant, l'idéal de calculabilité de l'action étatique n'est pas réalisé de la même manière selon que les législations d'exception imposent à l'État des règles formelles ou des règles instrumentales²⁶⁶⁸. En effet, la lutte contre l'arbitraire suppose, en temps normal comme en période d'exception, que « *le droit [soit] capable de guider le comportement de ses sujets* »²⁶⁶⁹. Or, comme nous l'avons vu dans la première partie de cette étude²⁶⁷⁰, les règles formelles et les règles instrumentales ne jouissent pas du même niveau de « *réalisabilité formelle* »²⁶⁷¹ et, par conséquent, de la même capacité à « guider le comportement » des sujets de droit. Ainsi, si l'on veut réellement rendre l'action de l'État en temps de crise calculable et prévisible, alors les lois d'exception doivent se doter de règles formelles plutôt que de règles instrumentales. Ce rappel est important car, comme nous le verrons par la suite, le problème de la sur-exception ne peut émerger qu'en réaction à l'application de règles formelles²⁶⁷².

833. Tout d'abord, il est possible de chercher à dissiper l'anomie de l'état d'exception en soumettant l'action de l'État à des **règles instrumentales** générales, gouvernant l'ensemble des actes que les autorités étatiques sont susceptibles d'adopter pour faire face à la crise. Cependant, ces règles ne permettent pas de rendre l'action de l'État calculable et prévisible.

834. Les clauses constitutionnelles de dérogation empruntent généralement cette voie. En effet, celles-ci soumettent généralement l'action de l'État en période d'exception à un standard de nécessité²⁶⁷³. Par exemple, la Constitution française de 1958 énonce que, lorsque

²⁶⁶⁷ Sur ce point, v. *supra*, § 915.

²⁶⁶⁸ Pour rappel, la distinction entre les règles formelles et les règles instrumentales tient au fait que le contenu normatif des règles formelles est donné *ex ante*, alors que le contenu normatif des règles instrumentales n'est donné qu'*ex post*. Les règles formelles constituent des formes symboliques autonomes, indépendantes des faits : elles définissent un comportement-type auquel est octroyé une valeur juridique (interdiction, obligation ou permission), ce qui permet aux sujets de droit de connaître par avance et avec précision ce que le droit exige d'eux. À l'inverse, les règles instrumentales ne disposent d'aucun contenu normatif identifiable *a priori*. En effet, ces règles se bornent à soumettre l'action humaine à un standard général de comportement (le sujet doit agir de manière raisonnable, proportionnée, nécessaire, etc.) qui n'impose aucune voie d'action pré-déterminée. Seule la confrontation de la règle instrumentale avec un ensemble factuel permettra de dire, *a posteriori*, si le comportement adopté par le sujet de droit était raisonnable, proportionné, nécessaire, etc., et donc licite. Sur tout ceci, v. *supra*, Chapitre 4.

²⁶⁶⁹ J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2009, p. 214, n. trad.

²⁶⁷⁰ V. *supra*, Chapitre 4.

²⁶⁷¹ Du. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *op. cit.*, p. 1687, n. trad.

²⁶⁷² Sur ce point, v. *infra*, §§ 867-876.

²⁶⁷³ En ce sens, v. O. GROSS, « Providing for the Unexpected », *op. cit.*, p. 20, n. s. (qui, après l'analyse des clauses constitutionnelles de dérogation, conclut que ces clauses visent à « *ensuring that the branch of government most capable of acting rapidly and effectively to counter a crisis is not rendered unable to wield the necessary powers and to take the measures that are deemed necessary to overcome the particular exigency* »).

les conditions de l'article 16 sont remplies, le Président de la République peut « *prend[re] les mesures exigées par ces circonstances* »²⁶⁷⁴. Il s'agit bien d'une règle instrumentale, dont le contenu normatif n'est pas donné *ex ante* : plutôt que d'identifier les mesures concrètes que le Président de la République peut ou ne peut pas adopter en cas de crise majeure, cette règle se borne à soumettre l'action du Président à un standard général de nécessité. En effet, seules les mesures exigées par les circonstances, c'est-à-dire seules les mesures *nécessaires* pour rétablir le fonctionnement normal du droit et des institutions, sont licites. Or, on ne peut se figurer abstrairement, à partir de ce standard de nécessité, ce que le Président peut ou ne peut pas faire, car seule l'irruption d'un contexte factuel spécifique permettra d'évaluer si telle ou telle mesure est « exigée par les circonstances » ou non. La mesure du légal et de l'illégal variera donc au gré des circonstances. Ces réflexions valent *mutatis mutandis* pour l'article 15 de la Conv. EDH qui dispose que, lorsque les conditions de mise en œuvre de cet article sont réunies, les autorités nationales peuvent « *prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la (...) Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige (...)* »²⁶⁷⁵. Il s'agit de nouveau d'une règle instrumentale, soumettant l'action des autorités nationales à un standard de stricte nécessité : seules les mesures strictement exigées par les circonstances, c'est-à-dire *strictement nécessaires* au regard des faits, seront jugées licites. Le droit est donc silencieux sur les mesures concrètes que les autorités nationales peuvent ou ne peuvent pas prendre ; seule la lecture de ce standard à l'aune de faits spécifiques permettra de distinguer, *a posteriori*, les actes licites des actes illicites.

835. Le droit de la guerre emprunte une voie similaire, en soumettant l'ensemble des actes commis durant l'état de guerre à un standard général de nécessité. Johann Caspar Bluntschli pouvait ainsi dire, à l'orée du droit de la guerre moderne, que « [l]a nécessité détermine ce qu'on ose faire en temps de guerre »²⁶⁷⁶. Les fondateurs du droit de la guerre moderne partageaient cette opinion²⁶⁷⁷. De nos jours, il est généralement reconnu que les belligérants jouissent, en temps de guerre, du « *droit d'employer la violence à un degré et sous la forme qui sont nécessaires pour contraindre l'adversaire à se soumettre le plus rapidement possible, avec un minimum de sang versé et de frais* »²⁶⁷⁸. Et si certains auteurs affirment

²⁶⁷⁴ FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*, art. 16, al. 1.

²⁶⁷⁵ Conv. EDH, art. 15, § 1.

²⁶⁷⁶ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 289.

²⁶⁷⁷ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, § 544.

²⁶⁷⁸ M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, *op. cit.*, pp. 313-314, n. trad. V. ég. l'ensemble de la littérature citée *supra*, Chapitre 4, § 545.

que ce droit général de nécessité n'a plus aucune portée autonome à l'heure actuelle, celui-ci ayant été subsumé dans les règles plus spécifiques du *jus in bello*²⁶⁷⁹, la doctrine s'accorde toujours pour dire que le droit de la guerre repose sur le principe de nécessité militaire, qui soumet précisément l'ensemble des actes de guerre à un standard général de nécessité²⁶⁸⁰. Il s'agit, ici encore, d'une règle instrumentale générale qui ne présente aucun contenu normatif identifiable *a priori* : seuls les faits permettront de déterminer *a posteriori* quels actes sont nécessaires, et donc licites, pour soumettre l'ennemi à sa volonté²⁶⁸¹.

836. Ces règles, qui se bornent à soumettre l'action humaine à un standard général de comportement tout en laissant aux sujets de droit le choix des moyens à mettre en œuvre pour parvenir à leur but, ont l'avantage d'octroyer une large marge de manœuvre aux autorités de l'État pour agir face à la crise²⁶⁸². Cependant, elles ont aussi l'inconvénient de rendre l'action en période d'exception entièrement imprévisible. En effet, il est impossible de « prévoir avec une certitude raisonnable » comment l'État emploiera ses pouvoirs d'exception, car les règles instrumentales renvoient à l'État le choix des moyens à mettre en œuvre pour parvenir au but (en l'occurrence, surmonter la crise et rétablir l'état antérieur des choses). En fonction de la crise (catastrophe naturelle, insurrection, agression extérieure, épidémie...), de sa gravité, de son intensité et de son étendue, l'État pourra adopter des mesures extrêmement variées, dont on ne peut prévoir ni le moment où elles seront adoptées, ni la forme concrète qu'elles revêtiront.

837. Par conséquent, certains auteurs estiment que les règles instrumentales sont « *incompatibles avec la calculabilité qui est l'exigence première du droit libéral* »²⁶⁸³. En effet, ces règles ne rendent pas l'action du temps de crise calculable et prévisible, mais permettent au contraire à l'État d'adapter son comportement en fonction des nécessités de l'instant et, ainsi, de se mouvoir dans le « *brouillard de la raison d'État* »²⁶⁸⁴ – et ceci tout en agissant conformément aux prescriptions générales du droit. Car, comme le relève Franz Neumann, ces règles n'obligent pas l'État à prendre des décisions qui seraient « *le produit de la subsomption d'un cas concret sous une règle abstraite* », comme c'est le cas avec les

²⁶⁷⁹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, § 563.

²⁶⁸⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, § 545.

²⁶⁸¹ Sur le fait que le principe de nécessité militaire constitue une règle instrumentale, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 542-547.

²⁶⁸² Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, not. §§ 590-591.

²⁶⁸³ F. L. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State*, op. cit., p. 171, n. trad.

²⁶⁸⁴ F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l'état d'exception », op. cit., p. 93.

règles formelles ; au contraire, les règles instrumentales permettent à l'État « *d'agir d'une manière purement discrétionnaire tout en se conformant en apparence à la tradition libérale d'un droit général* »²⁶⁸⁵. Au travers de ces règles, le droit d'exception anticipe le contenu de l'action étatique en temps de crise, mais seulement en apparence, car on ne peut se figurer *a priori* ce que l'État fera ou ne fera pas. C'est d'ailleurs pourquoi ces règles sont si plébiscitées par les militaires : elles n'engagent à rien pour l'avenir, de sorte que les spécialistes de la violence conservent la possibilité d'agir en fonction de l'intérêt du moment²⁶⁸⁶.

838. Afin de dissiper le « brouillard de la raison d'État », les législations d'exception doivent donc se doter de **règles formelles**. Contrairement aux règles instrumentales, ces règles permettent un haut degré de prévisibilité de l'action étatique. En effet, là où les règles instrumentales prescrivent uniquement (en substance) de se comporter de manière raisonnable dans la poursuite de certaines finalités, les règles formelles créent des « *catégories générales d'actes et de personnes* »²⁶⁸⁷ et contiennent des impératifs énonçant ce que ces « *catégories de personnes peuvent, doivent ou ne doivent pas faire* »²⁶⁸⁸. Dès lors, grâce à ce découpage du monde social en catégories formelles, il est « *possible d'établir quelles sortes d'actes sont obligatoires, interdits ou permis pour les catégories de personnes avant que des problèmes spécifiques de choix (...) ne se posent* »²⁶⁸⁹. En d'autres termes, les règles formelles permettent de connaître par avance les actes spécifiques que des catégories prédéfinies de personnes peuvent, doivent ou ne doivent pas accomplir. Les règles formelles exigent ainsi du sujet de droit qu'il réagisse d'une manière prédéterminée face à des circonstances de fait préétablies²⁶⁹⁰.

839. En vue de combattre l'arbitraire pouvant naître en période de crise, les législations d'exception contiennent généralement de telles règles formelles. Par exemple, plutôt que de se contenter d'énoncer que les autorités nationales peuvent employer tous les moyens nécessaires pour faire face à un « *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre*

²⁶⁸⁵ F. L. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State*, op. cit., p. 171, n. trad. Dans un sens similaire, Charles Cheney HYDE dit que les clauses de dérogation formulées à partir d'un standard de nécessité « *give an appearance of lawlessness to acts which in reality conform to what is required* » (C. C. HYDE, *International Law...*, vol. 2, op. cit., p. 301).

²⁶⁸⁶ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 601-602.

²⁶⁸⁷ R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 89, n. trad.

²⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 69, n. trad.

²⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 73, n. trad.

²⁶⁹⁰ Du. KENNEDY, « *Form and Substance in Private Law Adjudication* », op. cit., pp. 1687-1688.

public » ou à des « évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »²⁶⁹¹, la loi de 1955 sur l'état d'urgence énumère de manière exhaustive les mesures que certaines autorités clairement identifiées seront habilitées à prendre une fois l'état d'urgence déclaré. Cette loi dispose, par exemple, que le préfet pourra « interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixées par arrêtés » et « interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »²⁶⁹². De même, cette loi énonce que le ministre de l'Intérieur pourra « prononcer l'assignation à résidence (...) de toute personne (...) à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »²⁶⁹³, et fixe de nombreuses garanties pour éviter toute forme d'arbitraire eu égard à cette mesure particulièrement intrusive²⁶⁹⁴. Il s'agit à chaque fois de règles formelles : les énoncés définissent *a priori* certains comportements-types (interdiction de circulation, assignation à résidence, etc.) auxquels sont octroyés une valeur normative (l'autorisation). Le droit de la guerre suit cette voie, en interdisant *a priori* aux belligérants de recourir à certaines armes, procédés, tactiques et stratégies²⁶⁹⁵.

840. Si le fait de recourir à des règles formelles pour préciser le contenu de l'action étatique en temps de crise est susceptible de « causer une certaine lenteur dans la prise de décision qui, précisément dans des situations extrêmes, doit être rapide et sans à-coups »²⁶⁹⁶, cette stratégie a l'avantage de rendre l'action étatique hautement prévisible. En effet, contrairement aux règles instrumentales, le choix des moyens pour parvenir aux fins n'est pas laissé à l'appréciation des autorités nationales : ceux-ci sont dénombrés et réglementés par avance. Dès lors, l'étendue des pouvoirs d'exception n'est plus « fonction de la situation objective »²⁶⁹⁷, comme le prétendait Carl Schmitt : quelle que soit la nature de la crise, son intensité, son étendue ou la gravité des intérêts en cause, le droit fixe par avance les mesures que les autorités nationales peuvent ou ne peuvent pas prendre en période de crise. Il devient

²⁶⁹¹ FRANCE, *Loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, art. 1.

²⁶⁹² *Ibid.*, art. 5, 1^o et 3^o.

²⁶⁹³ *Ibid.*, art. 6, al. 1.

²⁶⁹⁴ *Ibid.*, art. 6, al. 2 à 13.

²⁶⁹⁵ Sur l'existence de règles formelles au sein du droit de la guerre, v. *supra*, Chapitre 5, §§ 548-561.

²⁶⁹⁶ SUISSE, CONSEIL FEDERAL, *Une nouvelle réglementation du droit de nécessité ne s'impose pas ; le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu de légiférer dans ce domaine*, communiqué du 16 juin 2016.

²⁶⁹⁷ C. SCHMITT, *La dictature*, op. cit., p. 75.

donc possible de « prévoir avec une certitude raisonnable » comment les autorités nationales exercent leurs pouvoirs d’exception.

*

841. Conclusion de la Sous-section 1. Si les lois d’exception visent à anticiper juridiquement les périodes de crise pour éviter que de la suspension du droit commun ne donne naissance à un pouvoir arbitraire, alors leur objet peut être reformulé comme suit : ces régimes spéciaux doivent étendre l’idéal de calculabilité de l’action étatique, élément définitoire de l’État de droit, au temps de crise. Le droit spécial doit donc prévoir en amont de la crise ce que l’État pourra ou ne pourra pas faire lorsque le droit général aura été suspendu. Or, pour être en mesure de se hisser à la hauteur de cet idéal, les régimes d’exception doivent contenir des règles formelles. En effet, les règles formelles imposent aux agents de l’État certains comportements prédéterminés, de sorte que l’action de l’État devient hautement prévisible : le droit définit par avance comment l’État pourra employer ses pouvoirs d’exception. À l’inverse, les règles instrumentales ne permettent pas de prévoir comment l’État utilisera ses prérogatives exceptionnelles : elles aménagent, au bénéfice des autorités étatiques, une zone de liberté dans laquelle l’État peut agir avec discrétion. Pour autant, il est permis de douter de la capacité du droit en général, et des régimes d’exception en particulier, à réaliser l’idéal d’une société dans laquelle l’ensemble de la vie, avec toutes ses contingences, pourrait être réduite à un « *système de relations rationnelles et calculables* »²⁶⁹⁸. En effet, de la même manière que le droit normal peut être renversé par l’apparition de circonstances exceptionnelles qui exigent d’en sortir au bénéfice d’une action effective, le droit d’exception peut être mis en échec par l’apparition de circonstances « sur-exceptionnelles », c’est-à-dire de situations que le droit d’exception lui-même n’a pas (ou pas bien) anticipé et qui exigent par conséquent d’agir au-delà des limites tracées par le droit d’exception.

²⁶⁹⁸ F. L. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State*, op. cit., p. 170, n. trad.

Sous-section 2. – La limite des législations d’exception : l’hypothèse de l’apparition de circonstances sur-exceptionnelles

842. Dans l’ordre interne, l’éventualité de l’entrée dans l’état d’exception, zone d’anomie où toutes les considérations juridiques sont désactivées²⁶⁹⁹, se justifie par le fait que le législateur est incapable « *de prévoir tout, et de pourvoir, par des lois, à tous les accidents et à toutes les nécessités qui peuvent concerner le bien public* »²⁷⁰⁰. Pour éviter que la nécessité de sauvegarder le bien public ne donne lieu à des abus de pouvoir, les sociétés libérales s’équipent de régimes d’exception, notamment législatifs, définissant en amont la manière dont l’État pourra réagir face à la crise. Or, pourquoi le législateur d’exception serait-il plus à même que le législateur ordinaire « de prévoir tout » et d’anticiper par avance « tous les accidents et toutes les nécessités qui peuvent concerner le bien public » ? Les lois d’exception ne sont-elles pas elles-mêmes susceptibles d’être mises en échec par des circonstances exceptionnelles ?

843. Tout juriste spécialisé dans le droit de la guerre sait, par expérience, que les régimes d’exception sont susceptibles d’être défaits par l’apparition de circonstances imprévues : il s’agit d’un argument redondant dans l’histoire du droit de la guerre²⁷⁰¹. Après avoir exposé cette hypothèse de la « sur-exception », c’est-à-dire le cas dans lequel l’État se retrouve contraint, par nécessité, à agir au-delà des limites tracées par les lois d’exception (§ I), il conviendra de mettre en évidence le fait, que la mise en échec des lois d’exception par l’avènement de circonstances exceptionnelles est une construction sociale, produite par les opérateurs du droit, plutôt qu’une nécessité naturelle (§ II).

§ I. – L’hypothèse de la sur-exception : résurgence de la nécessité d’agir hors du droit

844. À la question de savoir si les lois d’exception sont elles-mêmes susceptibles d’être mises en échec par l’apparition de circonstances imprévues et urgentes, qui n’auraient pas

²⁶⁹⁹ Sur la définition de l’état d’exception, v. *supra*, Chapitre 5.

²⁷⁰⁰ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 264.

²⁷⁰¹ Pour des exemples en ce sens, v. *infra*, §§ 865-904.

(ou pas bien) été anticipées par le législateur d'exception, Pierre-Clément Frier offre une réponse sans appel :

(...) tirant les leçons de chaque période troublée, le législateur a fixé le contenu et les conditions d'emploi des pouvoirs exceptionnels, tentant de dégager à la lumière du passé une réponse valable pour l'avenir. Mais aucune crise ne s'est laissé enfermer dans les prévisions établies. Chaque fois les dispositions applicables se sont révélées inadaptées et ont dû être, à leur tour, modifiée pour tenir compte des enseignements des nouvelles crises. (...) [Q]uelles que soient la finesse des prévisions et la complexité du droit de crise, il se produit toujours des circonstances imprévues qui obligent les autorités publiques à prendre des mesures contraires aux lois d'exception elles-mêmes : il est toujours des exceptions à l'exception²⁷⁰².

845. Et en effet, le droit français témoigne du fait que les législations d'exception ont toujours dû être modifiées pour intégrer les enseignements des crises ultérieurs, au cours desquelles le droit d'exception a toujours montré ses insuffisances. L'état de siège, institué par la loi du 9 août 1849, aura été largement modifié, notamment en 1878 et en 1916, pour étendre les pouvoirs conférés aux autorités militaires, lesquels ont révélés leurs insuffisances face aux crises graves²⁷⁰³. Malgré ces retouches, il fallut néanmoins créer un « *nouveau régime de crise, qui accroîtrait, en certaines circonstances, les pouvoirs de police de l'administration civile* »²⁷⁰⁴ : l'état d'urgence, créé par la loi du 3 avril 1955. Or, ce régime juridique, en plus d'avoir été jugé insuffisant pour affronter les cas où « *la nation est menacée dans son existence même par une agression extérieure* »²⁷⁰⁵, justifiant ainsi l'adoption de l'ordonnance du 7 janvier 1959 sur l'organisation générale de la défense nationale, aura été modifiée à plusieurs reprises. En particulier, l'état d'urgence fut modifié par la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme,

²⁷⁰² P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, pp. 21-22. Ces conclusions sont partagées par P. CAILLE, « L'état d'urgence », *op. cit.*, p. 328 (« *les législations [d'exception] ne peuvent certes tout prévoir, dès lorsqu'elles sont destinées à prévoir l'imprévisible* ») ; F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l'état d'exception », *op. cit.*, p. 95 (« *le législateur d'exception, pas plus que le législateur des temps normaux, ne peut tout prévoir : par définition, les crises à venir peuvent prendre des formes inédites* ») ; et O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, pp. 68-69, citations omises (les législations d'exception souffrent du « *problem of legislative myopia. Legislatures tend to provide legislative tools necessary (or deemed necessary) to fight or stop the last war or the most recent threat. The unpredictability of threats and their changing nature, coupled with the need for rapid counter-response, are almost guaranteed to ensure that the legislative branch will suffer from the "red queen effect", i.e., it would take all the legislative running it can do in order to keep in the same place* »).

²⁷⁰³ En ce sens, v. P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, pp. 23-24.

²⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 24.

²⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 25.

qui intègre certaines dispositions de l'état d'urgence dans le droit commun et élargit les prérogatives des autorités de police, notamment en matière de surveillance, pour faire face aux nouvelles menaces terroristes. Par ailleurs, ces régimes d'exception se sont montrés insuffisants pour affronter les épidémies, pourtant un cas de « calamité publique » au sens de la loi de 1955 sur l'état d'urgence²⁷⁰⁶, ce qui justifia l'adoption d'un autre régime juridique spécial, l'état d'urgence sanitaire, créé par la loi du 23 mars 2020. Par ces adaptations successives visant à pallier les insuffisances du droit de crise lui-même, l'ordre juridique reconnaît, « *avec une modestie qui l'honore et qui inquiète tout à la fois, (...) qu'il lui est impossible de prévoir toutes les règles qu'exigeront les circonstances particulières du moment* »²⁷⁰⁷. Le droit, même spécial, est toujours susceptible d'être défait par des circonstances imprévues exigeant que l'État agisse au-delà des règles qu'il contient.

846. De plus, la possibilité que l'État se retrouve placé face à la nécessité d'agir au-delà des limites tracées par les lois d'exception est reconnue par la jurisprudence administrative française. En effet, le juge administratif n'hésite pas à recourir à la théorie des circonstances exceptionnelles pour autoriser l'administration à opérer au-delà des limites tracées par les législations d'exception elles-mêmes²⁷⁰⁸.

847. Typiquement, dans sa jurisprudence *Dame Dol et Laurent*, le Conseil d'État a jugé licites les décisions du préfet maritime, gouverneur de Toulon, interdisant aux propriétaires de débits de boisson de servir à boire aux femmes, de les recevoir dans leur établissement ou de les employer, ainsi que le racolage en dehors du quartier réservé, tout ceci au visa de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, laquelle ne prévoyait pas l'adoption de telles mesures²⁷⁰⁹. Constatant implicitement les insuffisances de cette loi d'exception, le Conseil d'État estima que les pouvoirs de police dont jouit l'autorité militaire en vertu de l'état de siège « *ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension*

²⁷⁰⁶ En ce sens, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire », *op. cit.*, p. 877.

²⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 28.

²⁷⁰⁸ F. SAINT-BONNET, « Les trois âges de l'état d'exception », *op. cit.*, p. 95.

²⁷⁰⁹ Dans sa version en vigueur au moment des faits, l'article 9 de la loi sur l'état de siège énonce que « [l']autorité militaire a le droit : 1° de faire des perquisitions, de jour et de nuit, dans le domicile des citoyens ; 2° D'éloigner les repris de justice et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège ; 3° D'ordonner la remise des armes et munitions, et de procéder à leur recherche et à leur enlèvement ; 4° D'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre » (FRANCE, *Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège*, art. 9). Aucune de ces dispositions n'autorise expressément la réglementation de la clientèle admise dans les débits de boisson.

plus grande et exigeant pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses »²⁷¹⁰.

L'autorité militaire se retrouve ainsi habilitée à agir au-delà du droit d'exception lui-même pour faire face à une situation non-anticipée par la loi du 9 août 1849, à condition, notamment, que les mesures dérogatoires soient exigées par les « *nécessités provenant de l'état de guerre* »²⁷¹¹.

848. De même, dans l'arrêt *Delmotte*, également rendu au visa de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, le Conseil d'État avait à connaître de la décision par laquelle le commandant d'armes de la place d'Annecy avait ordonné la fermeture du débit de boisson que le requérant exploitait. Or, si l'article 9 de la loi sur l'état de siège permet à l'autorité militaire « [d']interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre »²⁷¹², rien n'indique qu'elle puisse, sur ce fondement, ordonner la fermeture d'un débit de boisson pendant toute la durée de la guerre. Le Conseil d'État jugea pourtant que les « réunions » visées à l'article 9 incluent « *les rassemblements de fait, même accidentels, des citoyens dans tous les lieux ouverts au public (...), lorsque ces réunions pourraient, en engendrant des désordres, compromettre les intérêts dont l'autorité militaire a la garde pendant la durée de l'état de siège* »²⁷¹³. L'autorité militaire pouvait ainsi ordonner la fermeture du débit de boisson durant toute cette période. Or, selon de nombreux auteurs, le Conseil d'État se livra dans cet arrêt « à une interprétation extensive »²⁷¹⁴, sinon à « une interprétation contra legem d'une législation d'exception »²⁷¹⁵, puisqu'il utilise « *l'argument des circonstances exceptionnelles pour déclarer légale une mesure qui contrevient à cette législation* »²⁷¹⁶. Si l'on suit cette lecture de l'arrêt *Delmotte*, alors le Conseil d'État constate implicitement les insuffisances de la loi sur l'état de siège, laquelle peut être confrontée à des cas non-anticipés et, en réponse, habiliter l'autorité militaire à agir « *au-delà des pouvoirs dont elles disposent normalement* »²⁷¹⁷ en vertu de l'état de siège.

²⁷¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Dame Dol et Laurent*, arrêt du 28 fév. 1919, n°61593, cons. 3.

²⁷¹¹ *Ibid.*

²⁷¹² FRANCE, *Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège*, art. 9, 4^o.

²⁷¹³ CONSEIL D'ÉTAT, *Delmotte*, arrêt du 6 août 1915, n°59536.

²⁷¹⁴ P. CAILLE, « L'état d'urgence », *op. cit.*, p. 332.

²⁷¹⁵ F. SAINT-BONNET, « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La Grande Guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception », *Jus Politicum*, vol. 15, 2016, p. 12.

²⁷¹⁶ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 33.

²⁷¹⁷ P. DELVOLVE, « La guerre comme situation d'exception », *op. cit.*, p. 206.

849. Cette mobilisation par le juge administratif de la théorie des circonstances exceptionnelles ne peut que laisser « *songeur* »²⁷¹⁸. En effet, cette théorie ne devrait trouver à s'appliquer « *qu'en l'absence de législation d'exception* »²⁷¹⁹, puisque les lois d'exception sont censées avoir déjà fixé les limites de l'action étatique en période de crise. Il ne devrait donc pas y avoir besoin d'aller au-delà du cadre tracé par ces lois. Ceci reviendrait effectivement à annuler la garantie offerte par les législations d'exception, censées rendre l'action étatique calculable et prévisible même en période de crise²⁷²⁰. Il n'en demeure pas moins que cette mobilisation de la théorie des circonstances exceptionnelles par le juge administratif montre que le droit d'exception, pourtant pensé pour régir les cas où le droit commun est mis en échec par l'apparition de circonstances exceptionnelles, est lui-même susceptible d'être mis en échec par des circonstances exceptionnelles. En d'autres mots, bien que les régimes d'exception aient pour fonction de combler les lacunes du droit commun pour faire face aux situations de crises extrêmes, il est possible que ces régimes révèlent eux-mêmes des lacunes dans la manière dont ils appréhendent les pouvoirs de l'État en période de crise : certains cas non- ou mal anticipés peuvent paralyser l'application du droit de crise et obliger l'État à contrevir auxdites lois au nom de la nécessité²⁷²¹.

850. Ainsi, tant les modifications législatives successives des lois d'exception que la possibilité, consacrée par le juge administratif, de déroger à ces régimes au nom de la théorie des circonstances exceptionnelles montrent que l'adoption de lois d'exception ne met pas fin à la dialectique de la norme et de l'exception. Le législateur d'exception est incapable de « *prévoir tout* »²⁷²² – rien ne le distingue du législateur ordinaire sur ce point. Le droit d'exception est donc, exactement comme le droit ordinaire, continuellement menacé d'être défait par le phénomène de la sur-exception. Or, ce problème de la sur-exception n'est pas lié aux lois d'exception elles-mêmes, et certainement pas à leur qualité²⁷²³, mais au rapport que le droit entretient à la réalité, et plus précisément à l'impossibilité radicale d'enserrer toutes les contingences de la vie dans les formes universelles du droit.

²⁷¹⁸ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 32.

²⁷¹⁹ P. CAILLE, « L'état d'urgence », *op. cit.*, p. 331.

²⁷²⁰ F. SAINT-BONNET, « L'abnégation des hommes... », *op. cit.*, p. 12 (« [s]i on [interprète la législation d'exception] *en vertu des circonstances exceptionnelles, alors la prétendue garantie offerte par la loi n'en est plus une* »).

²⁷²¹ Sur la théorie des lacunes, v. A. MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles dans l'évolution du droit public », *op. cit.*

²⁷²² J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 264.

²⁷²³ Comme le relève Pierre-Clément Frier, la sur-exception est susceptible de se matérialiser « *quel que soit le degré de finesse et de précision du droit de crise* » (P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 33).

851. Pour saisir ce point, un détour par la théorie du droit s’impose. Les règles de droit, et plus précisément les règles formelles, procèdent à partir d’une généralisation de cas particuliers²⁷²⁴. Pour reprendre le célèbre exemple de Frederick Schauer²⁷²⁵, la règle (formelle) interdisant aux propriétaires de chiens d’emmener leurs animaux dans les restaurants procède d’une généralisation à partir d’une expérience particulière, à savoir que *certains* chiens provoquent *parfois* des troubles dans ces lieux. Généralisant ce cas de figure particulier, la règle interdit l’accès au restaurant à *tous* les chiens, en *toutes* circonstances. Il s’agit bien d’une généralité puisque, dans les faits, certains chiens, au moins dans certaines circonstances, ne troubleront pas la quiétude des restaurants. Néanmoins, trouvant son origine dans un raisonnement probabiliste, la règle « *s’appuie sur la probabilité d’une incidence plus élevée de perturbations gênantes lorsque les chiens sont autorisés que lorsqu’ils ne le sont pas* »²⁷²⁶. Or, du simple fait qu’elles se construisent à partir d’une généralisation probabiliste, les règles formelles ne peuvent être formulées qu’« *au prix de l’exclusion, de la forclusion d’une part du réel* »²⁷²⁷ : certains chiens, qui ne troubleront pas la quiétude des restaurants, se trouvent injustement compris dans le champ d’application de la règle et, en conséquence, exclus de ces lieux²⁷²⁸. Dès lors, en raison du fait qu’elles reposent sur une hypothèse qui n’est pas toujours vérifiée dans les faits, la règle est constamment menacée d’être défaite par l’apparition d’un cas particulier qui dément la généralisation sur laquelle la règle repose. Mais la règle générale ne cessera pas pour autant d’être valide simplement parce qu’elle rencontre un cas particulier qui en dément la généralisation fondatrice, car, comme l’écrit Giorgio Agamben, « *c’est précisément parce que la norme est générale qu’elle doit valoir indépendamment du cas particulier* »²⁷²⁹ – la règle sera appliquée quand bien même certains chiens admis dans les restaurants n’en troubleraient pas la quiétude.

852. Il y a donc un problème originaire dans la manière dont le droit se réfère à la vie²⁷³⁰. En effet, par l’effort de généralisation qu’elles déploient, les règles formelles simplifient les

²⁷²⁴ F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, coll. « Clarendon Law Series », 1991, pp. 23-27.

²⁷²⁵ *Ibid.*, pp. 23-31. Cet exemple est repris de manière synthétique par M. CARPENTIER, « Cas difficiles et défaisabilité des règles », *op. cit.*, pp. 2099-2100.

²⁷²⁶ F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, p. 29, n. trad.

²⁷²⁷ J. FLORENCE, « Discours psychanalytique et discours juridiques : remarques sur l’interprétation », in M. VAN DE KERCHOVE, *L’interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Presses Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1978.

²⁷²⁸ Et, à l’inverse, certains animaux (ou, d’ailleurs, certains êtres humains) pouvant troubler les lieux seront exclus du champ d’application de la règle, laquelle ne vise que « les chiens », et donc autorisés à entrer dans ces lieux. Sur le problème de la sur- et de la sous-inclusion, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 518-520

²⁷²⁹ G. AGAMBEN, « Le Pouvoir souverain et la vie nue », *op. cit.*, p. 27.

²⁷³⁰ Sur ce point, v. *ibid.*, pp. 9-171.

complexités de l'existence. Dans les faits, certaines races de chiens sont plus calmes que d'autres, certains environnements (chaleur, humidité, bruits, odeurs, etc.) sont plus propices à l'agitation animale, l'âge et le sexe de l'animal jouent également, de même que son éducation. Mais en droit, tout ceci importe peu : les règles formelles opèrent « *dans la suspension de toute référence actuelle* »²⁷³¹, dans l'indifférence vis-à-vis de tout être concret – un chien est un chien. D'où le fait que le droit revêt avant tout un caractère normatif « *non pas parce qu'il commande ou prescrit, mais en tant qu'il doit avant tout créer le cadre de sa propre référence dans la vie réelle, la normaliser* »²⁷³² : par les généralisations probabilistes qu'il opère, le droit capture les contingences de l'existence dans des catégories formelles (« chien ») qui supplantent, nient et détruisent la complexité ineffable du réel²⁷³³. Dès lors, le droit est sans cesse menacé d'être renversé par « *l'irruption de la "vie effective"* », c'est-à-dire du réel et de ses contingences irréductibles, qui menace à tout moment de « *"briser la croûte d'un mécanisme figé dans la répétition"* »²⁷³⁴. En d'autres termes, le droit est perpétuellement menacé d'être renversé par l'exception, c'est-à-dire par cela-même se retrouve inclus dans le droit au travers de son exclusion²⁷³⁵.

853. Pour contrecarrer l'éventualité d'un renversement de la règle par l'apparition d'un cas d'exception, on pourrait adjoindre à la règle une clause de dérogation. Par exemple, l'interdiction d'emmener les chiens dans les restaurants pourrait s'accompagner d'une clause énonçant : « sauf si les chiens portent une muselière ». Néanmoins, cette clause opère également à partir d'une généralisation. Il est vrai que la plupart du temps, les chiens portant une muselière ne troublient pas la quiétude des restaurants (leur aboiement est moins

²⁷³¹ *Ibid.*, p. 27.

²⁷³² *Ibid.*, p. 32.

²⁷³³ Comme le relèvent certains anarchistes, ce que l'État attend des « sujets de droit » n'est donc pas tant le respect du droit que le respect de la manière dont le droit capture le réel, en réduisant chaque individualité pourtant irréductible à certains prédictats, à certaines qualités que chaque individualité doit avoir pour pouvoir être capturée dans les normes du droit. En ce sens, v. TIQQUN, « Introduction à la guerre civile », in TIQQUN, *Contributions à la guerre civile en cours*, Paris, La Fabrique, 2009, p. 17 (« [c]e que l'Empire exige de chacun, ce n'est pas tant qu'il se conforme à une loi commune, mais à son identité particulière ; car c'est de l'adhérence des corps à leurs qualités supposées, à leurs prédictats que dépend le pouvoir impérial de les contrôler »).

²⁷³⁴ Carl SCHMITT, cité in G. AGAMBEN, « Le Pouvoir souverain et la vie nue », *op. cit.*, p. 31. Ainsi, pour les anarchistes révolutionnaires, échapper à l'État revient à échapper aux prédictats (aux qualités) que chaque être doit avoir pour pouvoir être pris dans les formes juridiques et se transformer en « sujet de droit » (TIQQUN, « Introduction à la guerre civile », *op. cit.*, p. 17).

²⁷³⁵ L'exception est en effet un cas particulier qui est exclu de la règle générale, celle-ci fonctionnant par généralisation et donc par aveuglement vis-à-vis des cas particuliers susceptibles d'en démentir l'hypothèse fondatrice (« en général, les chiens troublient la quiétude des restaurants »). Cependant, l'exception n'est pas pour autant sans lien avec la règle générale, puisque l'exception n'existe que par référence à l'hypothèse fondatrice de la règle qui, précisément, l'exclut (on ne se pose la question de savoir si certains chiens ne troublient pas la quiétude des restaurants que parce qu'il existe une règle supposant le contraire). Sur cette conception de l'exception, v. G. AGAMBEN, « Le Pouvoir souverain et la vie nue », *op. cit.*, pp. 23-34. Sur l'idée que l'exception entretient un rapport ambivalent à la norme, v. ég. J.-C. LE COSTUMER, « La norme et l'exception », *op. cit.*, p. 19.

puissant, ils ne peuvent pas mordre, manger, etc.), mais est-il pour autant exact que les chiens portant une muselière ne puissent jamais troubler la quiétude des lieux ? Il se trouvera forcément des exceptions à la règle. On pourrait donc s'enfoncer plus loin dans la réglementation, en précisant quel type de muselière les chiens doivent porter, l'horaire auquel l'accès à ces chiens est autorisé, la manière dont les propriétaires d'animaux doivent gérer leur chien dans le restaurant, etc. Mais, sauf à formuler une règle instrumentale pouvant être adaptée à chaque cas particulier car ne se référant à rien de concret (par exemple, « seuls les chiens bien élevés sont admis dans le restaurant »), on ne pourra toujours procéder que par généralisation probabiliste, de sorte qu'il ne pourra jamais être mis fin au processus de « *sélection et suppression* »²⁷³⁶ du réel propre à toute règle formelle. Par définition, la simple énonciation d'une règle formelle donne toujours naissance à des cas d'exception qui en démentent l'hypothèse fondatrice. Partout où il y a norme, il y a exception, l'une et l'autre existant dans un rapport réciproque, comme les deux faces d'une même pièce²⁷³⁷.

854. L'hypothèse de la sur-exception n'a donc pas trait aux régimes d'exception eux-mêmes, mais au fait que le droit ne peut appréhender la vie que de manière partielle, sans jamais pouvoir rendre compte de toute sa complexité et d'imaginer une solution juste pour chaque problème. Il faut donc se rendre à l'évidence. Le monde que nous habitons n'est pas « *un monde où les hommes seraient comme des dieux et pourraient anticiper toutes les combinaisons possibles de faits* »²⁷³⁸. De par leur structure même, les règles formelles « *comportent des exceptions qui ne sont pas exhaustivement spécifiables à l'avance* »²⁷³⁹. On ne peut dénombrer par avance tous les cas qui démentiront la généralisation probabiliste sur laquelle repose la règle. Le droit est radicalement incapable de prévoir l'imprévisible. Comme le soulignent avec force Nicolas Fisher et David Samdja,

[I]es règles les plus communément acceptées doivent, elles-mêmes, rencontrer des cas exceptionnels car il y va de la compréhension même de ce qu'est une règle de

²⁷³⁶ F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, op. cit., p. 23, n. trad.

²⁷³⁷ J.-C. LE COSTUMER, « La norme et l'exception... », op. cit., p. 19 (« *il y a une fondation réciproque des notions de règle et d'exception. En un sens, là où n'existe pas de règle, un système de règles, il ne peut y avoir d'exception, car il n'existe rien alors à quoi comparer la chose que l'on présente comme exceptionnelle. Pour qu'une exception soit, il faut donc qu'elle s'oppose à une règle, qui elle-même permet de donner signification d'exception à un acte quelconque. L'exception entretient donc un rapport au système de règles lui-même ainsi qu'à une règle en particulier* »).

²⁷³⁸ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 139, n. trad.

²⁷³⁹ *Ibid.*, n. trad.

droit et de l'abstraction nécessaire qu'elle déploie ; l'universalité et la nécessité du principe cohabitent avec leur possible remise en question²⁷⁴⁰.

855. Néanmoins, si le décalage entre le droit et la réalité n'est pas propre aux régimes d'exception, ce décalage entraîne des conséquences différentes lorsqu'il se révèle dans un contexte où l'État est confronté à une menace qui doit absolument être vaincue. En effet, lorsque ce décalage entre le droit et la réalité se révèle dans un contexte normal, où la vie publique n'est pas perturbée par l'irruption d'une situation d'extrême urgence, il suffit le plus souvent d'attendre que le législateur ou le juge interviennent *ex post facto* pour réintégrer l'exception dans le droit, en adaptant les règles juridiques aux faits nouveaux²⁷⁴¹. À l'inverse, dans les périodes d'exception, l'État n'a pas le loisir d'attendre l'intervention *ex post facto* des autorités normatives. Il peut donc se retrouver contraint de combler lui-même les lacunes du régime d'exception, en employant en fait les moyens qui devraient pouvoir être employés en droit. Par conséquent, l'hypothèse qui retiendra notre attention ici n'est pas uniquement celle dans laquelle le droit de la guerre se révèle incapable d'appréhender les contingences de la vie ; il s'agit, plus précisément, du cas dans lequel cette incapacité se double de la nécessité d'agir rapidement et efficacement, quitte à agir au-delà des limites fixées par le *jus in bello* lui-même. Avant de se tourner vers cette hypothèse, il faut voir que, si le droit est incapable d'appréhender toutes les contingences de l'existence dans ses formes universelles, la mise en échec du droit par l'apparition d'un cas d'exception n'a rien d'un phénomène naturel. Au contraire, il s'agit d'une construction sociale, réalisée par les opérateurs du droit eux-mêmes.

§ II. – La mise en échec du droit par l'avènement de circonstances exceptionnelles : une construction sociale plutôt qu'un phénomène naturel

856. Le fait de souligner que les règles formelles sont *par nature* vouées à être mises en échec par l'apparition de cas d'exception ne doit pas conduire à la conclusion que la mise en échec du droit serait un processus naturel, se développant de lui-même, selon ses logiques propres et hors de toute interférence humaine. En effet, le droit est toujours le produit d'une

²⁷⁴⁰ N. FISHER, D. SAMDJA, « L'état d'exception et les silences de la loi », *Raisons politiques*, vol. 9, n°1, 2003, p. 108.

²⁷⁴¹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5, § 668.

construction sociale²⁷⁴². De la même manière qu'un énoncé linguistique ne contient aucun sens normatif en tant que tel, ceci supposant un travail d'interprétation de la part des juristes²⁷⁴³, une situation de fait ne contient jamais en elle-même la signification d'une exception au droit en vigueur. Ce n'est qu'à l'issue du travail d'interprétation qu'un cas particulier en viendra à être compris comme un cas échappant à l'emprise de la norme. Ainsi, la mise en échec du droit par l'apparition de circonstances exceptionnelles échappe donc au domaine de la causalité naturelle ; elle résulte de la pratique des opérateurs du droit.

857. Ceci vaut tout d'abord pour l'exception « simple », c'est-à-dire pour le cas où l'ordre juridique « normal » est mis en échec par l'apparition d'une situation d'exception. Cette mise en échec du droit n'a rien d'un processus naturel, car ce n'est qu'à l'issue d'un processus de confrontation du droit aux faits que la situation en cause apparaîtra comme une situation d'exception, exigeant des autorités étatiques qu'elles suspendent l'application du droit au profit de l'action effective. Typiquement, la pandémie de Covid-19 ne constitue pas une situation faisant par elle-même exception au droit applicable à l'action de l'État. Ce fut le gouvernement français qui construisit cette situation comme une situation « *exceptionnelle par sa nature et son ampleur* », qui exigeait par conséquent la mise en œuvre de « *moyens exceptionnels* »²⁷⁴⁴. Et, le champ juridique étant le lieu d'une coexistence antagoniste des points de vue, certains auteurs ont pu nier cette interprétation, en suggérant que la pandémie de Covid-19 n'était pas une situation exceptionnelle à proprement parler, celle-ci pouvant être appréhendée efficacement à l'intérieur du cadre tracé par le droit commun²⁷⁴⁵.

858. Ceci vaut ensuite pour la « sur-exception », c'est-à-dire pour le cas où les régimes d'exception eux-mêmes sont mis en échec par l'apparition de circonstances imprévues et non- ou mal anticipées. Aucun cas particulier ne contient en lui-même la signification d'exception au droit de la guerre. À ce titre, Fleur Johns a démontré que le sort des détenus de la base navale de Guantánamo Bay n'était pas le produit d'un « *effondrement du droit* »²⁷⁴⁶, comme si les combattants d'Al-Qaida tombaient d'eux-mêmes, du fait de leurs

²⁷⁴² Sur ce point, v. *supra*, Introduction, §§ 27-38.

²⁷⁴³ Sur ce point, v. not. M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *op. cit.*

²⁷⁴⁴ PREMIER MINISTRE, *Discours prononcé devant l'Assemblée nationale*, 21 mars 2020.

²⁷⁴⁵ V. p. ex. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire », *op. cit.*, p. 877 (« *concernant l'état d'urgence sanitaire, il a fallu justifier politiquement la création d'un nouveau régime, alors qu'en étant aussi prévu pour répondre aux calamités publiques, l'ancien (l'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955), comme les compétences déjà accordées au ministre chargé de la santé en cas d'urgence sanitaire (article L. 3131-1 du CSP) (...) auraient sans doute juridiquement pu suffire* »).

²⁷⁴⁶ F. JOHNS, « Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception », *op. cit.*, p. 614, n. trad.

caractéristiques intrinsèques, dans un vide juridique. Le prétendu cas d'exception que représentent les combattants d'Al-Qaida, c'est-à-dire le fait que, n'étant ni des combattants pouvant prétendre à ce statut formel, ni des civils qui ne participent pas aux hostilités, ils ne peuvent être appréhendés que comme des « combattants illégaux » pouvant à la fois être jugés pour leur simple participation aux hostilités *et* détenus pour toute la durée de la guerre²⁷⁴⁷, n'est qu'une mise en scène de l'administration états-unienne. Ainsi, assez paradoxalement, la tentative visant à placer les détenus de Guantánamo Bay « hors du droit » est le fruit « *d'efforts de régulation élaborés par toute une palette d'autorités juridiques* » faisant œuvre de « *représentation et de classification juridiques* »²⁷⁴⁸. La base de Guantánamo n'est donc pas un espace de non-droit absolu mais au contraire un espace « *où le droit et le procéderalisme libéral s'expriment et opèrent à outrance* »²⁷⁴⁹. En effet, l'administration états-unienne s'est à la fois attachée à montrer que le problème posé par les combattants d'Al-Qaida apparaissait sous la forme d'une exception au droit de la guerre, ceux-ci échappant à l'emprise des catégories juridiques les mieux établies, tout en s'empressant d'annihiler ou de codifier l'exception par la voie de réglementation fixant le statut de ces combattants (les voies de recours qui leur sont offertes, les droits dont ils sont privés et ceux dont ils jouissent, etc.)²⁷⁵⁰. Dans les deux cas, qu'il s'agisse de constater l'existence d'une exception ou de la réglementer, il s'agit de travail juridique.

859. Ainsi, exactement de la même manière que la création d'un marché dérégulé suppose de la régulation²⁷⁵¹, la mise en échec du droit par l'apparition d'un cas d'exception suppose du droit, et plus précisément du travail juridique²⁷⁵². Ce n'est qu'à l'issue de ce travail juridique que le droit apparaîtra comme étant « suspendu » du fait de « circonstances exceptionnelles ». Ainsi, la connaissance du droit (de ses catégories formelles, de ses lacunes, de ses virtualités, de ses angles morts, etc.) est nécessaire pour permettre aux États d'échapper au droit en présentant certaines circonstances comme étant « exceptionnelles » au regard des règles en vigueur.

²⁷⁴⁷ Sur la bataille autour du statut des détenus de Guantánamo Bay, v. not. J. PAUST, « War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War », *Yale Journal of International Law*, vol. 28, n°2, 2003, pp. 325-335 ; M. SASSOLI, « The Status of Persons Held in Guantánamo... », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n°1, 2004, pp. 96-106 ; G. RONA, « Enemy Combatants in the "War on Terror"? A Case Study of How Myopic Lawyering Makes Bad Law », *National Security Law Report*, vol. 30, n°1, 2008, pp. 1-5.

²⁷⁴⁸ F. JOHNS, « Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception », *op. cit.*, p. 614, n. trad.

²⁷⁴⁹ *Ibid.*, n. trad.

²⁷⁵⁰ *Ibid.*, n. trad.

²⁷⁵¹ D. GRAEBER, *Bureaucratie*, trad. F. CHELMA et P. CHELMA, Paris, Actes Sud, coll. « Babel », 2017.

²⁷⁵² C'est pourquoi les États « *employ countless legal advisors to explain and defend emergency tactics which might appear unlawful* » (M. NEOCLEOUS, *Critique of Security*, *op. cit.*, 2008, p. 70).

860. Ce constat permet de se prémunir de toute forme de naïveté vis-à-vis de l'argument tiré de la sur-exception. Il permet en effet de garder à l'esprit que la suspension du droit de la guerre s'inscrit toujours dans un cadre stratégique : l'argument des circonstances sur-exceptionnelles n'est qu'une tentative, plus ou moins fructueuse selon les cas, visant à permettre à l'État de poursuivre ses intérêts plus efficacement que s'il était soumis aux prescriptions du droit ordinaire²⁷⁵³. De la même manière, les contre-arguments consistant à dire que telle ou telle situation n'est pas une situation exceptionnelle, de sorte que l'État peut et doit l'affronter dans le cadre tracé par le droit de la guerre, sont également des stratégies visant à maintenir l'autorité du droit et, par-delà, à maintenir l'idéal libéral d'une action étatique soumise au droit même en temps de guerre. Ainsi, les développements qui suivent ne devront pas être compris comme des formes de réification de l'exception. Le droit est toujours sujet à l'exception, car la possibilité de l'exception est inscrite à l'état potentiel dans la structure même des règles juridiques formelles. Néanmoins, la mobilisation de ces potentialités, de même que leur négation, est toujours le fruit d'une pratique humaine qui peut et doit, le cas échéant, être critiquée²⁷⁵⁴.

*

861. Conclusion de la Sous-section 2. Les limites des législations d'exception sont contenues à l'état implicite dans l'objet même qu'elles se donnent. En effet, trouvant leur origine dans la volonté d'étendre l'idéal libéral de prévisibilité et de calculabilité de l'action étatique aux situations de crises les plus extrêmes, les lois d'exception font face à un problème de taille : n'y a-t-il pas des circonstances de fait qui mettent en échec le fonctionnement régulier des régimes spéciaux et exigent ainsi que l'État y déroge ? Les développements qui précèdent ont cherché à montrer que cette hypothèse (celle de la sur-exception) était consubstantielle au droit lui-même. Il est impossible d'écartier l'éventualité que les régimes d'exception soient eux aussi mis en échec par l'apparition de circonstances non- ou mal anticipées. L'exemple du droit français a permis de rendre cette impossibilité tangible. En effet, les régimes d'exception, qu'il s'agisse de l'état de siège ou de l'état d'urgence, ont continuellement montré leur insuffisance pour faire face à certaines crises spécifiques. De même, le juge administratif admet de longue date que, face à l'apparition de circonstances exceptionnelles, l'administration puisse déroger aux lois d'exception, pourtant

²⁷⁵³ En ce sens, Michael Walzer relève que « [I]es mots "crise" et "urgence" sont des clichés, utilisés pour préparer nos esprits à des actes de brutalité » (M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 341).

²⁷⁵⁴ V. *infra*, Chapitre 8.

prévues pour parer à l'éventualité que le droit commun ne soit mis en échec par l'apparition de circonstances imprévues. Tout se passe ainsi comme si la dialectique de la norme et de l'exception était un processus sans fin, chaque norme pouvant toujours être défaite par une exception. Or, la théorie du droit conforte cette hypothèse. En effet, les règles formelles, si nécessaires pour rendre l'action étatique calculable et prévisible même en période d'exception, ne peuvent être formulées que sur la base de généralisations probabilistes. Reposant sur des hypothèses abstraites, ces règles sont obligées de simplifier les complexités de l'existence. Elles sont ainsi perpétuellement menacées de rencontrer un cas particulier qui nie l'hypothèse sur laquelle elles se fondent. Cependant, il ne faudrait point conclure que les règles sont toujours renversées par l'exception. En effet, la dialectique de la norme et de l'exception n'a rien de naturel ; ce sont toujours des agents, socialement et historiquement situés, poursuivant des intérêts propres et défendant des valeurs par définition subjectives, qui mettent en scène l'exception à la norme. Il est donc plus exact de dire que les règles *peuvent* toujours être défaites par l'exception. L'actualisation de cette potentialité dépend des hommes et de leur lecture, forcément politique, des événements.

*

862. Conclusion de la Section 1. Ces quelques éléments théoriques permettent d'aborder la question du renversement du droit de la guerre de manière plus éclairée. Comme tout régime d'exception, le droit de la guerre se donne pour fonction d'étendre l'idéal de prévisibilité et de calculabilité de l'action étatique au temps de guerre : il faut fixer par avance les droits et les obligations des belligérants pour éviter que la guerre ne dégénère en chaos total, où chacun fait ce qu'il estime nécessaire pour vaincre l'ennemi. Et, comme tout régime d'exception, le droit de la guerre ne peut réaliser cet idéal qu'au travers de règles formelles énonçant *ex ante* les comportements précis que les belligérants peuvent, doivent ou ne doivent pas adopter. Dès lors, l'ensemble des considérations qui précèdent semblent devoir être appliquées au *jus in bello* : ce droit d'exception serait lui-même susceptible d'être renversé par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles. L'état d'exception, vaincu dans un premier temps par la création d'un régime spécialement conçu pour le régir, menace donc de faire son retour au sein même du droit de la guerre.

Section 2. – La mise en échec du droit de la guerre par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles

863. Tirant les enseignements des éléments théoriques exposés ci-dessus, cette section va s'attacher à démontrer que, comme tout droit d'exception, le droit de la guerre est susceptible de faire face à des « *circonstances imprévues qui obligent les autorités publiques à prendre des mesures contraires aux lois d'exceptions elles-mêmes* »²⁷⁵⁵. Cependant, deux précisions liminaires s'imposent. Tout d'abord, puisque le phénomène de la sur-exception n'est pas un phénomène naturel, mais une construction juridique²⁷⁵⁶, il faut se méfier de la forme d'expression passive : le droit de la guerre n'est pas « sujet à la sur-exception » ; il est susceptible d'être manipulé de manière à présenter certaines de ses règles comme étant mises en échec par des circonstances exceptionnelles. Deuxièmement, il faut souligner avec force que le fait de mettre en évidence qu'il peut exister des cas où l'État se retrouve face à la nécessité d'agir en violation des règles du *jus in bello* ne revient ni à légitimer les interprétations juridiques allant dans ce sens, ni à endosser la conclusion qu'elles cherchent généralement à imposer, à savoir que l'État *peut* déroger au droit de la guerre lorsqu'il fait face à un contexte exceptionnel. En effet, il faut soigneusement distinguer le constat factuel (le fait que le droit de la guerre soit susceptible d'être mis en échec par des circonstances sur-exceptionnelles) de son traitement normatif (le fait d'autoriser ou non l'État confronté à un cas de sur-exception à déroger au droit de la guerre). Dans les développements qui suivent, il s'agira simplement de mener les règles formelles du droit de la guerre jusqu'à leur point de rupture, pour montrer que celles-ci sont susceptibles d'être défaites par des circonstances sur-exceptionnelles. La question de savoir si ces règles doivent rompre ou non face à de telles circonstances sera étudiée dans le chapitre suivant.

864. Appliquée au droit de la guerre, l'hypothèse de la sur-exception doit être analysée sous deux angles. Tout d'abord, il convient de distinguer les différentes *dimensions* de la sur-exception, en fonction du degré de mise en échec du droit de la guerre : la sur-exception peut revêtir une dimension microscopique, dans le cas où seules certaines règles du droit de la guerre sont mises en échec, ou bien une dimension macroscopique, dans le cas où le régime juridique dans son ensemble se trouve remis en cause par l'apparition de

²⁷⁵⁵ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁵⁶ V. *supra*, §§ 946-950.

circonstances exceptionnelles (**Sous-section 1**). Il faudra ensuite distinguer les différents niveaux de la sur-exception au droit de la guerre. En effet, celle-ci doit être lue sur une échelle de la gravité car elle peut mettre en danger des intérêts plus ou moins importants, allant de la simple protection des soldats à la survie même de l'État (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – Les dimensions de la sur-exception : mise en échec partielle vs. mise en échec totale du droit de la guerre

865. L'apparition de circonstances sur-exceptionnelles est susceptible d'entraîner la paralysie du régime juridique à un degré plus ou moins important. À ce titre, il est possible de distinguer la sur-exception microscopique, c'est-à-dire le cas où des circonstances exceptionnelles mettent en échec certaines règles individuelles du droit de la guerre, mais pas le régime juridique dans sa globalité (**§ I**), et la sur-exception macroscopique, c'est-à-dire le cas où les conditions d'application du droit de la guerre sont bouleversées à un point tel que le régime du droit de la guerre est mis en échec dans son ensemble, celui-ci ne pouvant plus du tout s'appliquer à la situation nouvelle qui se présente (**§ II**).

§ I. – La sur-exception microscopique : la mise en échec partielle du droit de la guerre

866. La sur-exception microscopique correspond à l'hypothèse où le régime d'exception – ici, le droit de la guerre – n'est que partiellement mis en échec par l'apparition de circonstances imprévues. Dans cette hypothèse, la crise anticipée par le régime d'exception (insurrection, guerre, épidémie, etc.) se matérialise globalement dans la forme prévue par le droit, mais des circonstances particulières révèlent l'impossibilité de se conformer à certaines règles juridiques spécifiques, de sorte que la puissance publique se retrouve contrainte d'« *en viol[er] le dispositif par nécessité* »²⁷⁵⁷. Avec l'apparition d'un cas de sur-exception ressurgit ainsi le dilemme entre sauvegarde de l'État et conservation du droit que l'adoption d'un régime d'exception avait précisément pour fonction de dépasser²⁷⁵⁸. En effet,

²⁷⁵⁷ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 237.

²⁷⁵⁸ Sur l'idée que les régimes d'exception se donnent pour objet de dépasser le dilemme entre sauvegarde de l'État et conservation du droit, v. *supra*, Chapitre 6, §§ 804-808.

l'État fait de nouveau face au dilemme suivant : faut-il préférer se conformer aux prescriptions du droit, quitte à se priver de moyens d'actions efficaces pour parvenir au but recherché dans un contexte d'urgence extrême ? Ou bien faut-il préférer agir de manière rapide et effective, quitte à violer le droit de crise, ultime barrière contre le déchaînement arbitraire de la violence ?

867. À titre liminaire, il convient de voir que toutes les règles du droit de la guerre ne sont pas susceptibles d'être défaites par l'apparition de circonstances exceptionnelles. Il faut distinguer, à cet égard, les règles instrumentales, les règles hybrides et les règles formelles.

868. Premièrement, l'hypothèse de la sur-exception ne peut jamais se matérialiser vis-à-vis des **règles instrumentales**. En effet, l'hypothèse de la sur-exception est celle dans laquelle des circonstances particulières révèlent l'impossibilité de se conformer à une règle de droit, de sorte que l'État se trouve contraint, par nécessité, de violer la règle. Pour qu'un cas de sur-exception se matérialise, il faut donc que deux éléments soient réunis : i) il faut que la règle oblige le sujet de droit à adopter (ou à ne pas adopter) un comportement prédéterminé, et ii) que des circonstances de fait révèlent l'impossibilité d'adopter (ou de ne pas adopter) ce comportement. Or, si les règles instrumentales contiennent bien l'idée d'une obligation, puisqu'elles imposent au sujet de droit d'agir de manière raisonnable, juste, proportionnée, etc., elles n'obligent le sujet de droit à adopter aucun comportement prédéterminé que l'on pourrait identifier comme tel²⁷⁵⁹. Il n'existe donc aucune situation où le sujet de droit pourrait être obligé de violer une règle instrumentale par nécessité, car ces règles ne prescrivent l'adoption d'aucun comportement identifiable *a priori*.

869. Par exemple, la règle interdisant de causer de dommages incidents au sein de la population civile qui seraient « *excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct* »²⁷⁶⁰ n'oblige pas les belligérants à adopter un comportement prédéterminé²⁷⁶¹. En effet, cette règle n'identifie aucun seuil empiriquement constatable au-delà duquel les belligérants devraient se réfréner d'attaquer (dix, vingt, cinquante, cent morts civiles ?). Dès lors, cette règle ne détermine pas *ex ante* les attaques que les belligérants peuvent ou ne peuvent pas mener : seule la confrontation de cette règle à un contexte factuel spécifique

²⁷⁵⁹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 486-497.

²⁷⁶⁰ PA I, art. 51, § 5, b) et art. 57, § 2, b).

²⁷⁶¹ Sur cette règle, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 573-576.

(valeur de l'objectif militaire, dégâts potentiels au sein de la population civile, contexte tactique et stratégique, etc.) permettra d'évaluer le caractère proportionné des dommages causés au sein de la population civile. La mesure du légal et de l'illégal n'est donc pas donnée en amont de l'action ; elle varie selon les contextes.

870. Ainsi, les règles instrumentales sont par définition insusceptibles d'être défaites par un cas d'exception, car le renversement de la règle par un cas d'exception présuppose nécessairement qu'un cas général soit envisagé *a priori*, dans l'énoncé même de la règle. C'est seulement lorsqu'une règle énonce par avance comment, dans une situation de fait donnée, un individu doit concrètement se comporter que l'on peut arguer qu'il existe des situations justifiant que l'individu agisse autrement que de la manière prescrite par le droit. Plus encore, dans le cas des règles instrumentales, l'argument s'appuyant sur l'existence de circonstances exceptionnelles pour étendre les limites de la légalité est interne à la règle de droit, celles-ci contenant dans leur structure même la possibilité d'invoquer cet argument²⁷⁶². En effet, puisque la dimension du raisonnable, de l'excessif ou du nécessaire varie selon les faits, l'apparition de circonstances exceptionnelles n'impose pas de « sortir de la règle » (c'est-à-dire de la violer), mais d'interpréter le standard de comportement de manière particulièrement libérale au regard du contexte exceptionnel auquel le sujet de droit fait face. Ainsi, un commandant militaire n'arguera jamais qu'un contexte exceptionnel l'a obligé à causer des dommages excessifs au sein de la population civile, car ce standard peut être manipulé à l'envi. Il lui suffira plutôt d'arguer que le standard doit être interprété largement, comme autorisant des dommages incidents particulièrement étendus au regard de l'exceptionnalité du contexte, et notamment de haute valeur militaire de l'objectif visé. Les règles instrumentales ne signifiant rien en elles-mêmes, leur contenu normatif peut être adapté à n'importe quelle situation, même extrême, pour repousser toujours plus loin les limites du légal²⁷⁶³.

871. Deuxièmement, l'hypothèse de la sur-exception ne peut pas non plus se matérialiser dans le cas des **règles hybrides**, et plus précisément dans le cas des règles formelles contenant une clause de dérogation énoncée sous la forme d'une règle instrumentale²⁷⁶⁴. En

²⁷⁶² À l'inverse, dans le cas des règles formelles, l'argument tiré des circonstances exceptionnelles est externe à la règle de droit : il est mobilisé pour démontrer qu'il existe des situations justifiant de ne pas adopter le comportement prescrit par la norme.

²⁷⁶³ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 590-596.

²⁷⁶⁴ Sur les règles hybrides, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 498-504.

effet, dans un tel cas de figure, la règle prescrit bien au sujet de droit d'adopter un comportement prédéterminé (dimension formelle de la règle), mais cette règle intègre en elle-même la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, le sujet de droit ne soit pas en mesure d'adopter le comportement prescrit par le droit et qu'il soit donc nécessaire d'y déroger (dimension instrumentale de la règle). Dès lors, dans le cas où de telles circonstances exceptionnelles se matérialisent en fait, la règle n'est pas défaite par l'exception, puisqu'elle contient en elle-même la possibilité d'une telle défaisabilité. Lorsque le sujet de droit n'adopte pas le comportement imposé par la règle de droit en arguant de l'existence de circonstances exceptionnelles, il ne viole pas la règle par nécessité, mais se contente de l'appliquer en se prévalant de la clause de dérogation qu'elle contient²⁷⁶⁵.

872. Par exemple, l'article 57, § 2, c) du PA I énonce que, « *dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas* »²⁷⁶⁶. Cette règle contient une dimension formelle, puisqu'elle impose aux belligérants d'adopter un comportement-type prédéfini : tout belligérant qui planifie une attaque pouvant affecter la population civile doit l'avertir au préalable de l'attaque. Certes, cette règle demeure relativement indéterminée, puisqu'elle ne dit pas *quand* un tel avertissement doit être donné (« *en temps utile* »), ni *comment* cet avertissement doit être donné (« *par des moyens efficaces* »). Néanmoins, cette règle impose bien à l'attaquant d'agir d'une manière prédéterminée. Elle ne se contente pas de dire que « toutes les précautions utiles doivent être prises pour épargner la population civile », ce qui en ferait une règle instrumentale ; ici, la règle prescrit à l'attaquant une action concrète : l'avertissement. Celui-ci peut être effectué par radio, par tract, par message téléphonique ou par message posté sur les réseaux sociaux²⁷⁶⁷ ; il peut être effectué dans un délai plus ou moins éloigné avant l'attaque ; mais il doit être effectué.

²⁷⁶⁵ En ce sens, v. A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, op. cit., p. 32 (« [i]l existe, tant d'après les usages que d'après les conventions internationales, certaines prescriptions ou interdictions auxquelles on échappe, d'après les termes mêmes de ces dispositions, en cas de nécessité. Celui qui agit contrairement à la règle normale et ordinaire, en cas de nécessité, ne se met pas au-dessus d'elles, ne la viole pas, il agit en vertu de ces dispositions mêmes »).

²⁷⁶⁶ PA I, art. 57, § 2, c).

²⁷⁶⁷ En ce sens, v. CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, op. cit., §§ 2224-2225, p. 705. Sur la pratique récente, et notamment les tactiques controversées de l'armée israélienne, v. ILA, « The Conduct of Hostilities and International Humanitarian Law : Challenges of 21st Century Warfare », Report of the Study Group on the Conduct of Hostilities in the 21st Century, présenté au cours de la 77ème Conférence de l'Association du droit international à Johannesburg, Afrique du Sud, 7-11 août 2016, in *International Law Studies*, vol. 93, 2017, pp. 384-388 ; , A. S. KADOSH, « The Practice of "Roof Knocking" from the Perspective of International Law », *Strategic Assessment*, vol. 24, n°4, 2021, pp. 61-77 ; R.-C. LIWANGA, « Roof-Knocking Tactic: A Lawful and Effective Warning Technique under the Law of War », *North Carolina Journal of*

873. Si l'énoncé normatif de la règle s'arrêtait à l'obligation d'avertir la population civile avant de conduire une attaque pouvant l'affecter²⁷⁶⁸, alors cette règle (formelle) serait sujette à la sur-exception. En effet, on pourrait imaginer de nombreux scénarios dans lesquels un commandant militaire se trouverait dans l'impossibilité d'adopter le comportement prescrit par la règle, et donc dans la nécessité de la violer. Ainsi, lorsque « *la soudaineté de l'attaque est une condition de son succès* »²⁷⁶⁹, avertir la population peut se révéler impossible car l'avertissement nuirait à la réalisation de la mission. Par exemple, lorsque l'attaque vise à détruire une cache d'arme située en zone urbaine, l'avertissement pourrait gâcher l'effet de surprise indispensable au succès de l'opération : une fois informés de l'attaque, l'ennemi pourrait déplacer rapidement les armes d'une cache à une autre. Ce scénario apparaîtrait ainsi sous la forme d'une exception à la règle : un cas particulier se trouverait injustement compris dans le champ d'application de la règle, laquelle devrait logiquement ne pas valoir dans ce cas particulier. « *C'est pourquoi* », disent les commentateurs du PA I, « *la règle est assortie d'une clause dérogatoire : "à moins que les circonstances ne le permettent pas"* »²⁷⁷⁰. Au travers de cette clause, la règle anticipe l'éventualité que des circonstances exceptionnelles obligent le commandant d'opération à ne pas se conformer aux prescriptions du droit en n'avertissant pas la population. Dès lors, si un commandant militaire juge que des circonstances exceptionnelles ne lui permettent pas d'avertir la population civile au cours d'une attaque, il ne viole pas la règle par nécessité : il ne fait que se prévaloir des virtualités dérogatoires qu'elle contient.

874. Ces conclusions valent également pour la règle contenue à l'article 23, g) du RH 1907, qui énonce qu'« *il est (...) interdit (...) de détruire ou de saisir des propriétés ennemis, sauf dans les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre* »²⁷⁷¹. Cette règle prescrit aux belligérants de ne pas adopter un comportement prédéfini, à savoir « détruire ou saisir des propriétés

International Law, vol. 43, n°2, pp. 34-54 ; M. N. SCHMITT, « The IDF, Hamas, and the Duty to Warn », *Articles of War*, 27 oct. 2023 ; J. MERRIAM, « Inside IDF Targeting », *Articles of War*, 20 oct. 2023.

²⁷⁶⁸ Au cours de la Conférence de 1974-1977, certaines délégations souhaitaient que cette règle ne soit assortie d'aucune clause dérogatoire. V. Commentaire PA I 1987, § 2223

²⁷⁶⁹ CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN *et al.*], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977... op. cit.*, § 2223, p. 705.

²⁷⁷⁰ *Ibid.*

²⁷⁷¹ RH 1907, art. 23, g). V. ég. CG IV, art. 53, qui décline cette règle aux cas d'occupation militaire (« *[i]l est interdit à la Puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'état ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires* »).

ennemis »²⁷⁷². Or, il est des cas dans lesquels la destruction ou la saisie des propriétés ennemis est un acte nécessaire à la conduite effective de la guerre. Par exemple, au cours de la préparation d'une embuscade, il peut être nécessaire de détruire tout ou partie d'un bâtiment pour dégager le champ de tir ou priver l'ennemi d'un couvert, sans quoi l'embuscade serait vouée à l'échec. C'est pourquoi la règle contient une clause dérogatoire, en vertu de laquelle l'interdiction tombe si les destructions ou saisies sont « impérieusement commandées par les nécessités militaires ». La règle envisage ainsi le cas où des circonstances exceptionnelles empêcheraient le commandant militaire de se conformer strictement à la règle de droit. Ici encore, puisque la règle anticipe l'éventualité de sa propre suspension en cas de circonstances exceptionnelles, un commandant qui se verrait obligé d'ordonner la destruction d'un bâtiment ne violerait pas la règle par nécessité ; il se contenterait de mettre le droit en œuvre, en se prévalant de la clause de dérogation.

875. Troisièmement et en conséquence, l'hypothèse de la sur-exception ne vaut que pour les **règles formelles**. Contrairement aux règles instrumentales, ces règles prescrivent aux belligérants d'adopter certains comportements prédéfinis, qui peuvent être identifiés *a priori*. Et contrairement aux règles hybrides, ces règles n'envisagent pas la possibilité de leur propre mise en échec par l'apparition de circonstances exceptionnelles, puisqu'elles ne contiennent aucune clause de dérogation. Dès lors, du fait de leur caractère absolu ou inconditionnel²⁷⁷³, c'est-à-dire de leur indifférence vis-à-vis des circonstances concrètes de l'action²⁷⁷⁴, les règles formelles sont sujettes à la sur-exception : certaines circonstances extrêmes peuvent rendre impossible l'exécution du comportement prescrit par la règle. Pour autant, si l'on s'en tient à l'énoncé de la règle, celle-ci ne permet pas d'y déroger en raison de circonstances exceptionnelles – aucune clause de dérogation n'envisage l'hypothèse d'un renversement de la norme par l'exception. Les belligérants font donc face au dilemme que le droit de la guerre prétendait résoudre : faut-il se conformer strictement à la règle, quitte à ce que des effets néfastes²⁷⁷⁵ en découlent ? Ou bien faut-il violer la règle, quitte à remettre

²⁷⁷² L'expression « propriétés ennemis » s'entend ici des biens mobiliers ou immobiliers, publics ou privés, qui n'ont pas de caractère militaire (v. M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 570). Cette disposition vise à protéger les biens ennemis au cours des hostilités, leur protection en période d'occupation militaire étant garantie par d'autres règles (v. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 372).

²⁷⁷³ Les qualificatifs « absolu » et « inconditionnel » sont utilisés ici comme des synonymes pour dénoter l'idée qu'une règle juridique doit être respectée absolument, c'est-à-dire quelles que soient les conditions effectives de l'action.

²⁷⁷⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 522-536.

²⁷⁷⁵ Sur la nature de ces effets et les distinctions qui s'imposent, v. *infra*, §§ 906-922.

en cause l'idée même d'un droit dans la guerre et à pénétrer dans une nouvelle zone d'anomie ?

876. Nous tenons pour acquis, au regard des éléments théoriques exposés ci-dessus²⁷⁷⁶, que n'importe quelle règle formelle est susceptible d'être mise en échec par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles. En effet, ces règles fonctionnant par généralisation probabiliste, elles simplifient toujours les complexités de l'existence au profit de généralisations abstraites et, ce faisant, incluent dans leur champ d'application des situations dont on peut raisonnablement arguer qu'elles devraient en être exceptées. Dès lors, il est possible d'imaginer pour n'importe quelle règle formelle des scénarios dans lesquels l'État se retrouve face à la nécessité de violer la règle. Cette éventualité est comprise dans la structure même du rapport que ces règles entretiennent avec la réalité. Il n'est donc pas nécessaire (ni même possible) d'étudier une à une toutes les règles formelles du droit de la guerre ; certains exemples, analysés de manière approfondie, suffiront à mettre en lumière la généralité du propos.

877. Le premier exemple, largement discuté en doctrine²⁷⁷⁷, concerne l'interdiction de mettre à mort les combattants ennemis capturés à la suite d'un combat ou d'une reddition. Si cette capture intervient dans le cadre d'un CAI, les soldats capturés jouissent en principe du statut de prisonnier de guerre et doivent se voir accorder les garanties de la CG III²⁷⁷⁸. Étant tombés au pouvoir de l'ennemi²⁷⁷⁹, le droit de la guerre prohibe de manière inconditionnelle l'exécution des prisonniers de guerre²⁷⁸⁰. L'emploi de la force létale ne se justifie que dans un cas de figure strictement défini : celui où un prisonnier tenterait de

²⁷⁷⁶ V. *supra*, §§ 934-945.

²⁷⁷⁷ V. p. ex. Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 19 ; M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity... », *op. cit.*, p. 805 ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 44 ; N. HAYASHI, *Military Necessity*, *op. cit.*, not. p. 185 ; J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 106 ; T. TAYLOR, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, Toronto/New York/Londres, Bantam Books, 1971, p. 36 ; J. KLEFFNER, « Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2013, pp. 326-327.

²⁷⁷⁸ CG III, art. 4, A), 1) (« [c]ont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi : les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées »).

²⁷⁷⁹ CICR [J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, Genève, CICR, vol. 3, 1958, p. 84 (« [l]es termes de la présente disposition, selon lesquels la Convention s'applique aux personnes "tombées au pouvoir" de l'ennemi (...) indiquent clairement que le régime conventionnel n'est pas réservé aux seuls militaires faits prisonniers au cours des combats, mais qu'il s'applique également à ceux qui passent au pouvoir de l'adversaire, par suite de reddition ou de capitulation en masse »).

²⁷⁸⁰ CG III, art. 13, al. 1 (« [t]out acte ou omission illicite de la part de la Puissance détentrice entraînant la mort (...) d'un prisonnier de guerre en son pouvoir est interdit »). À ce titre, l'homicide intentionnel des prisonniers de guerre constitue à ce titre une infraction grave (CG III, art. 130) en plus d'un crime de guerre (*Statut de Rome*, art. 8, § 2, a), i)).

s'évader et qu'il n'existerait aucun autre moyen de mettre fin à l'évasion²⁷⁸¹. Si cette capture intervient dans le cadre d'un CANI, où le statut de prisonnier de guerre ne trouve pas à s'appliquer, il est également interdit d'exécuter les combattants mis hors de combat par capture²⁷⁸². La doctrine reconnaît une seule exception à cette règle, empruntée par analogie au droit des CAI : l'emploi de la force léale se justifie, en dernier recours, en cas de tentative d'évasion des détenus²⁷⁸³.

878. Comme toute règle formelle, l'interdiction absolue de tuer les prisonniers repose sur une généralisation probabiliste opérée à partir d'un cas particulier. En l'espèce, le scénario envisagé par la règle est celui dans lequel des combattants ennemis sont capturés dans une zone de combat à l'issue d'un affrontement. En témoigne le fait que le droit impose que les prisonniers, une fois tombés au pouvoir de l'ennemi, soient « évacués, *dans le plus bref délai possible (...), vers des camps situés assez loin de la zone de combat pour être hors de danger* »²⁷⁸⁴. La règle est donc pensée pour s'appliquer au cas où des forces armées se font face sur une ligne de front, se livrent bataille et, à l'issue de celle-ci, capturent des prisonniers ennemis qui se rendent ou sont incapables de s'enfuir. Ainsi, la règle se justifie par le fait que mettre à mort les prisonniers constitue *généralement* un acte de cruauté inutile sur le plan militaire. En effet, les combattants ennemis étant capturés, désarmés et privés de liberté, ils ne font plus partie du potentiel de combat de l'adversaire et ne représentent plus une

²⁷⁸¹ CG III, art. 42 (« [l']usage des armes contre les prisonniers de guerre, en particulier contre ceux qui s'évadent ou tentent de s'évader, ne constituera qu'un moyen extrême qui sera toujours précédé de sommations appropriées aux circonstances »). Sur cette règle, v. CICR [J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 3, *op. cit.*, p. 261 (« [l']a captivité se fonde sur la force et, sans qu'il soit permis d'en douter, le droit international coutumier admet que la Puissance détentrice a le droit de faire appel à la force pour maintenir les prisonniers en captivité. Mais cette même considération limite également l'usage des armes contre les prisonniers. Qu'il s'agisse d'une tentative d'évasion ou de toute autre manifestation (mutinerie, révolte), l'usage des armes "ne constituera qu'un moyen extrême qui sera toujours précédé de sommations appropriées aux circonstances". (...) Dès le moment où l'auteur de la tentative d'évasion interrompt son entreprise, il se place à nouveau sous la protection de la Puissance détentrice (...) [L]a Convention accorde (...) aux prisonniers, suivant en cela la coutume internationale et la plupart des règlements nationaux, une ultime possibilité de renoncer à leur tentative et d'échapper à la sanction. L'ouverture du feu n'est pas automatique, même lorsque toutes les conditions matérielles requises sont réalisées; elle doit être précédée de sommations "appropriées aux circonstances", qui peuvent être faites de vive voix, ou à l'aide d'un instrument (sifflet, sonnerie, etc.), ou encore par un coup de feu d'avertissement. L'essentiel est qu'elles soient clairement perçues et comprises par ceux à qui elles sont adressées. Le nombre de sommations n'est pas indiqué non plus, mais on remarquera que la Convention emploie le pluriel, ce qui implique forcément deux sommations au moins; le chiffre de trois est généralement considéré comme réglementaire »).

²⁷⁸² CG 1949, art. 3 commun (« [l']es personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par (...) détention (...) seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité (...). A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu (...) : les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes ». V. ég. PA II, art. 4, §§ 1 et 2 (« [t]outes les personnes qui (...) ne participent plus aux hostilités, qu'elles soient ou non privées de liberté, ont droit au respect de leur personne (...). Elles seront en toutes circonstances traitées avec humanité (...). [S]ont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu à l'égard [de ces personnes] : les atteintes portées à la vie (...). »). Cette infraction constitue également un crime de guerre dans les CANI (*Statut de Rome*, art. 8, § 2, c, i)).

²⁷⁸³ V. p. ex. CICR [G. GAGGIOLI], *L'usage de la force dans les conflits armés non-internationaux. Interaction entre le paradigme de la conduite des hostilités et le paradigme du maintien de l'ordre*, Genève, CICR, 2016, pp. 34-38.

²⁷⁸⁴ CG III, art. 19, al. 1.

menace sérieuse²⁷⁸⁵. Les belligérants n'ont donc plus aucune raison de procéder à leur exécution ; il leur suffit de détacher une unité dont la mission sera d'évacuer ces prisonniers de guerre vers l'arrière, dans un lieu où ils pourront être internés et surveillés, pendant que d'autres unités défendront le territoire nouvellement conquis. Avec ce scénario à l'esprit, le droit de la guerre peut donc envisager sereinement l'incorporation d'une règle absolue, ne souffrant aucune dérogation.

879. Or, il est possible d'imaginer des cas particuliers démentant la généralisation sur laquelle cette règle repose. En effet, les prisonniers ennemis ne sont pas *toujours* capturés à la suite d'un affrontement entre troupes régulières, et il n'est pas *toujours* possible de les évacuer vers l'arrière aux fins de leur internement. À ce titre, la doctrine reconnaît que l'interdiction d'exécuter les prisonniers est déstabilisée lorsqu'elle est appliquée à un cas de figure particulier : celui où une unité de forces spéciales opérant derrière la ligne de front capture des combattants ennemis rencontrés par hasard²⁷⁸⁶. En théorie, dès l'instant où ces combattants sont capturés, ils tombent au pouvoir de l'ennemi et l'interdiction d'attenter à leur vie s'applique. Le droit reconnaît même que, lorsque les forces ennemis sont capturées dans des « *conditions inhabituelles de combat qui empêchent de les évacuer (...), elles doivent être libérées et toutes les précautions utiles doivent être prises pour assurer leur sécurité* »²⁷⁸⁷. Dès lors, dans un tel cas de figure, seules trois options légales s'ouvrent aux forces spéciales :

- *i)* poursuivre la mission tout en assurant la garde des prisonniers ;
- *ii)* abandonner la mission et évacuer les prisonniers sur le territoire qu'elles contrôlent ; ou

²⁷⁸⁵ Sur la justification sous-jacente de cette règle, v. not. H. FISHER, « Protection of Prisoners of War », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2008, p. 367 (« [t]he humane treatment of prisoners of war derives from the conviction that captured combatants no longer pose any threat to the lives of the persons who capture them nor to the detaining power. (...) Military considerations also play an important role in the treatment of prisoners of war. In principle, prisoners are of military value to the adversary. They can be used as sources of information or to influence their comrades who are still fighting ») ; R. B. BRANDT, « Utilitarianism and the Rules of War », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, n°2, 1972, pp. 154-155 (« [a] rule forbidding wanton murder of prisoners hardly needs discussion. Such murder does not advance the war effort of the captors; indeed, news of its occurrence only stiffens resistance and invites retaliation. Moreover, there is an advantage in returning troops having been encouraged to respect the lives of others. A strict prohibition of wanton murder of prisoners therefore has the clear support of utilitarian considerations ») ; S. C. NEFF, « Prisoners of War in International Law: The Nineteenth Century », in S. SCHEIPERS (dir.), *Prisoners in War*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 65 (« [o]nce a soldier has surrendered, or fallen into the power of his enemy, he [is] no longer a functioning member of his armed force – with the immediate logical consequence that no military advantage [is] to be gained by killing or mistreating him »).

²⁷⁸⁶ Sur ce scénario, v. la littérature citée *supra*, § 967, note 2851.

²⁷⁸⁷ PA I, § 3.

- *iii) relâcher les prisonniers et poursuivre (ou non) la mission.*

880. Cependant, il existe des cas dans lesquels aucune des voies tracées par le droit n'est réalisable et où la violation du droit constitue, en conséquence, la seule option viable. Ainsi par exemple du scénario suivant. Une unité composée de quatre membres des forces spéciales est parachutée au cœur du territoire ennemi, à une centaine de kilomètres au-delà de la ligne de front. La mission de cette unité consiste à capturer ou, à défaut, tuer un haut commandant ennemi. Alors qu'elle s'infiltre dans une zone hautement surveillée, l'unité tombe par hasard sur trois jeunes soldats qui montent la garde. Repérées, les forces spéciales braquent leurs armes sur les soldats, qui se rendent immédiatement. Un moment de concertation entre les opérateurs s'ensuit. Ceux-ci s'accordent tout d'abord sur le fait qu'il est impossible de poursuivre la mission en emportant les prisonniers avec eux. Non seulement ceci complique énormément la mission, qui impose déjà de capturer ou, en dernier recours, tuer un haut commandant ennemi, mais en plus ceci ne semble pas réalisable au regard du fait que les forces spéciales se trouvent encore loin de l'objectif, qu'elles ne disposent que de faibles rations alimentaires, et que les prisonniers à garder sont trop nombreux pour la petite unité²⁷⁸⁸. De plus, les opérateurs jugent qu'il est impossible d'abandonner la mission de d'évacuer les prisonniers sur le territoire qu'elles contrôlent. En effet, ceux-ci ont été parachutés profondément en territoire ennemi et ne disposent daucun moyen de transport retour. Le rendez-vous au point d'extraction est fixé par avance, et les forces spéciales ne peuvent établir aucune communication sécurisée avec le commandement des opérations, celui-ci ayant imposé un silence radio total. Enfin, il apparaît, au regard des informations dont l'unité dispose, que relâcher les prisonniers exposerait les opérateurs à une mort certaine. Les prisonniers donneraient immédiatement l'alerte et, l'ennemi disposant de forces importantes dans le secteur, il ne leur faudrait que quelques heures pour les retrouver. Relâcher les prisonniers serait donc un acte suicidaire. Ne reste donc qu'une seule option viable : exécuter les prisonniers, camoufler les corps et se hâter de remplir la mission²⁷⁸⁹.

²⁷⁸⁸ En ce sens, v. p. ex. D.-P. BAKER, R. HERBERT, D. WHETHAM, *The Ethics of Special Ops. Raids, Recoveries, Reconnaissance and Rebels*, Cambridge, C.U.P., 2023, p. 41, références omises (« (...) taking and handling prisoners necessarily complicates the planned execution of the raid, thus increasing the likelihood of mission failure. (...) Taking prisoners adds steps to the timeline, increasing the time on target and the probability that a reaction force will arrive in time to cause trouble. Furthermore, it diminishes the firepower of the raiding party as shooters drop out of "the train" to become prisoner handlers »).

²⁷⁸⁹ La doctrine juridique reconnaît parfois qu'il s'agit de la seule option viable sur le plan militaire. En ce sens, v. p. ex. M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity... », *op. cit.*, p. 805 (« [t]he logical answer is to kill [the prisoner] »); N. HAYASHI, « Military Necessity as Normative Indifference », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 44,

881. Et pourtant, « [a]ussi irrationnel que cela puisse paraître »²⁷⁹⁰, lorsque les forces spéciales ne peuvent ni poursuivre la mission tout en assurant la garde des prisonniers, ni évacuer les prisonniers vers l’arrière, le droit impose de les libérer²⁷⁹¹ – exécuter les prisonniers n’est jamais une option licite²⁷⁹². En effet, la règle prohibant cet acte doit être respectée « *de manière inconditionnelle* »²⁷⁹³, même lorsque les soldats sont confrontés à des « *circonstances extraordinaires* »²⁷⁹⁴ et quand bien même ceci conduirait à un abandon de la mission ou à la mort des soldats²⁷⁹⁵. Ainsi, même cette circonstance d’extrême nécessité déstabilisant la généralisation sur laquelle repose la règle est insusceptible d’en remettre en cause l’application : cette règle n’est générale et absolue *que* parce qu’elle est indifférente vis-à-vis des cas particuliers, même extrêmes, qui peuvent se présenter en pratique²⁷⁹⁶. Par conséquent, le dilemme que le droit spécial de la guerre avait pour fonction de dépasser ressurgit, témoignant par-là même de l’existence d’un cas de sur-exception. Les forces spéciales doivent-elles respecter le droit de la guerre et s’abstenir d’exécuter les combattants ennemis capturés, même si cela conduit à l’abandon de la mission et condamne les soldats à une mort probable, voire certaine ? Ou bien doivent-elles exécuter les prisonniers de guerre afin de sauver leur vie et conserver la possibilité de mener la mission à bien, quitte à violer

n°2, 2013, p. 694 (« *killing an enemy combatant captured in unusual conditions of combat is deemed descriptively inhumane, yet, (...) consistent with material military necessity* »).

²⁷⁹⁰ M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity... », *op. cit.*, p. 805, n. trad.

²⁷⁹¹ PA I, art. 41, § 3 (« [I]lorsque des personnes ayant droit à la protection des prisonniers de guerre sont tombées au pouvoir d’une Partie adverse dans des conditions inhabituelles de combat qui empêchent de les évacuer comme il est prévu au Titre III, Section I, de la IIIe Convention, elles doivent être libérées et toutes les précautions utiles doivent être prises pour assurer leur sécurité »).

²⁷⁹² À ce titre, la doctrine juridique antérieure à 1945 admettait l’existence d’une exception à l’interdiction d’exécuter les prisonniers de guerre, liée au scénario discuté ici. En ce sens, v. p. ex. Code Lieber, art. 60 (« [i]t is against the usage of modern war to resolve, in hatred and revenge, to give no quarter. No body of troops has the right to declare that it will not give, and therefore will not expect, quarter; but a commander is permitted to direct his troops to give no quarter, in great straits, when his own salvation makes it impossible to cumber himself with prisoners ») ; J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 303 (« [I]l’ordre de ne pas faire de quartier ne peut être donné qu’à titre de représailles ou en cas de nécessité absolue, et spécialement lorsqu’il est impossible d’emmener les prisonniers sans compromettre sa propre sûreté ») ; L. OPPENHEIM, *International Law*, 1^{re} éd., vol. 2, *op. cit.*, pp. 116-117 (« the rule that quarter must be given has its exceptions. Although it has of late been the customary rule of International Law, and although the Hague Regulations stipulate now expressly by article 23 (d) that belligerents are prohibited from declaring that no quarter will be given, quarter may nevertheless be refused (...) in case of imperative necessity, when the granting of quarter would so encumber a force with prisoners that its own security would thereby be vitally imperilled ») ; ALLEMAGNE, GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, *op. cit.*, p. 36 (« [les prisonniers] peuvent être mis à mort : (...) en cas de nécessité inéluctable, lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen de les garder et que la présence des prisonniers constitue un danger pour la propre existence du capteur »)

²⁷⁹³ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 19, n. trad.

²⁷⁹⁴ CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN *et al.*], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, *op. cit.*, § 1625, p. 495.

²⁷⁹⁵ En ce sens, v. p. ex. M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, *op. cit.*, p. 103 (« [a] commander is not entitled to kill his prisoners to preserve his own forces, even in cases of extreme necessity. Neither may he do so because they slow up his movements, weaken his fighting force because they require a guard, consume supplies, or appear certain to be set free by their own forces »).

²⁷⁹⁶ En ce sens, Marshall COHEN parle de ce scénario comme d’une « *circumstance which, of course, shows nothing about the validity of the rule* » (M. COHEN, « Morality and the Laws of War », in V. HELD, S. MORGENBESSER, T. NAGEL (dir.), *Philosophy, Morality and International Affairs. Essays edited for the Society for Philosophy and Public Affairs*, New York, O.U.P., 1971, p. 76).

l'une des normes fondamentales du *jus in bello*? Faut-il opter pour l'absolutisme, ou pour le nihilisme?

882. Le deuxième exemple, plus discuté dans la littérature relative à la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme que dans celle relative au droit de la guerre²⁷⁹⁷, concerne l'interdiction de la torture en tant que moyen d'obtenir des renseignements. Initialement définie comme « *le fait d'infliger à une personne des souffrances afin d'obtenir d'elle ou de tiers des aveux ou des renseignements* »²⁷⁹⁸, la torture en vint progressivement, sous l'impulsion du droit international des droits de l'homme et du droit international pénal, à faire l'objet d'une définition plus complète²⁷⁹⁹. À ce jour, les Éléments des crimes de la CPI définissent la torture comme le fait d'infliger à une personne protégée par les CG de 1949 « *une douleur ou des souffrances aiguës (...) afin, notamment, d'obtenir des renseignements ou des aveux, de punir, d'intimider ou de contraindre ; ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination, quelle qu'elle soit* »²⁸⁰⁰. L'acte de torture se distingue des traitements cruels, inhumains ou dégradants par le degré de souffrance infligée à la victime²⁸⁰¹ et par le fait que la torture vise un but spécifique (obtenir des renseignements ou des aveux, punir, intimider, contraindre, ou tout autre motif discriminatoire)²⁸⁰². En droit de la guerre, la torture fait l'objet d'une prohibition absolue, qu'elle soit employée dans les CAI²⁸⁰³ ou dans les CANI²⁸⁰⁴, et constitue un crime de

²⁷⁹⁷ V. p. ex. H. SHUE, « Torture », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n°2, 1978, pp. 124-143 ; O. GROSS, « The Prohibition on Torture and the Limits of the Law », in S. LEVINSON (dir.), *Torture: A Collection*, Oxford, O.U.P., 2004, pp. 229-253 ; H. SHUE, « Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, n°2, 2006, pp. 231-239 ; A. DERSHOWITZ, « Tortured Reasoning », in S. LEVINSON (dir.), *Torture: A Collection*, Oxford, O.U.P., 2004, pp. 257-280 ; N MACMASTER « Torture: From Algiers to Abu Ghraib », *Race & Class*, vol. 46, n°2, 2004, pp. 1-21 ; A. J. BELLAMY, « No Pain, No Gain? Torture and Ethics in the War on Terror », *International Affairs*, vol. 82, n°1, 2006, pp. 121-148 ; D. LUBAN, « Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb », *Virginia Law Review*, vol. 91, n°6, 2005, pp. 1425-1461 ; A. LIESE, « Exceptional Necessity. How Liberal Democracies Contest the Prohibition of Torture and Ill-Treatment when Counteracting Terrorism », *Journal of International Law and International Relations*, vol. 5, n°1, 2009, pp. 17-47 ; B. JURATOWITCH, « Torture is Always Wrong », *op. cit.* ; J. MCMAHAN, « Torture in Principle and in Practice », *Public Affairs Quarterly*, vol. 22, n°2, 2008, pp. 111-128.

²⁷⁹⁸ CICR [J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 4, Genève, CICR, 1958, p. 640.

²⁷⁹⁹ Sur ce point, v. la littérature citée *supra*, Chapitre 4, § 555.

²⁸⁰⁰ CPI, *Éléments des crimes*, *op. cit.*, p. 15. Sur la définition de la torture, v. not. G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 441-448.

²⁸⁰¹ Sur ce point, v. p. ex. C. DROEGE, « "In Truth the Leitmotiv" », *op. cit.*, pp. 527-530 ; COUR EDH, arrêt du 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n°5310/71, §§ 165-168.

²⁸⁰² Sur ce point, v. p. ex. C. DROEGE, « "In Truth the Leitmotiv" », *op. cit.*, pp. 526-527.

²⁸⁰³ PA I, art. 75, § 2, a), ii) (« [s]ont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu les actes suivants, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires : (...) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, notamment (...) la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale »).

²⁸⁰⁴ CG 1949, art. 3 commun, 1), a) (« (...) sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des [personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat] les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices »).

guerre²⁸⁰⁵. Une disposition spécifique de la CG III interdit cette pratique de manière inconditionnelle lorsqu'elle est mise en œuvre pour obtenir des renseignements de la part des prisonniers de guerre²⁸⁰⁶.

883. Comme toute règle formelle, l'interdiction de la torture en vue d'obtenir du renseignement repose sur une généralisation probabiliste, à savoir que les personnes détenues par les forces armées, qu'elles soient civiles ou militaires, sont le plus souvent des personnes capturées au hasard et peu au fait des plans de l'ennemi. Elles ne détiennent généralement pas d'informations cruciales ou même importantes en vue de la victoire. En effet, les renseignements importants s'obtiennent le plus souvent par d'autres moyens, humains ou technologiques, et ces moyens sont globalement considérés comme étant plus fiables que la torture, celle-ci pouvant conduire à récolter des informations erronées²⁸⁰⁷. On peut donc dire qu'« *[e]n règle générale, la torture n'est pas un moyen indispensable d'obtenir du renseignement* »²⁸⁰⁸. Cette pratique est plutôt perçue comme un prétexte au déploiement d'une violence « *entièrement gratuite et inutile* »²⁸⁰⁹.

884. Or, il est possible d'imaginer des cas particuliers déstabilisant la généralisation probabiliste sur laquelle l'interdiction de torturer pour obtenir des renseignements repose²⁸¹⁰. En effet, les personnes capturées par les forces armées ne sont pas *toujours* des soldats du rang qui ne disposent d'aucune information cruciale pour l'issue de la guerre. Soit, par exemple, le cas suivant. Un État est engagé dans une guerre de légitime défense contre son voisin, plus puissant militairement, qui cherche à l'annexer. Dans un contexte stratégique tendu où les forces ennemis se rapprochent dangereusement de la capitale et où des appels à la capitulation commencent à se faire entendre, le commandement militaire apprend qu'un convoi transportant une cible de haute valeur s'apprête à passer à une cinquantaine de kilomètres de la ligne de front. Sans connaître l'identité de cette cible, le commandement militaire décide, au regard du contexte stratégique défavorable, de tenter une embuscade. La

²⁸⁰⁵ *Statut de Rome*, art. 8, 2), a), ii) et art. 8, 2), c), i).

²⁸⁰⁶ CG III, art. 17, al. 4 (« *[a]ucune torture physique ou morale ni aucune contrainte ne pourra être exercée sur les prisonniers de guerre pour obtenir d'eux des renseignements de quelque sorte que ce soit* »).

²⁸⁰⁷ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 3, § 397.

²⁸⁰⁸ W. O'BRIEN, *The Conduct of Just and Limited War*, op. cit., p. 190, n. trad.

²⁸⁰⁹ M. L. GROSS, *Moral Dilemmas of Modern War. Torture, Assassination, and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict*, Cambridge, C.U.P., 2010, p. 128, n. trad.

²⁸¹⁰ La doctrine juge généralement que ces scénarios sont rares, pour ne pas dire inexistant (v. p. ex. J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, Oxford, O.U.P., 2016, p. 76). Cependant, certains auteurs imaginent certains scénarios où l'emploi de la torture apparaît absolument nécessaire (v. p. ex. W. O'BRIEN, *The Conduct of Just and Limited War*, op. cit., p. 190 ; W. O'BRIEN, *War and/or Survival*, New York, Doubleday & Cie, 1969, p. 231).

veille, plusieurs unités s'infiltrent avec succès en territoire ennemi et attendent le convoi. Une fois le convoi en vue, les forces armées ouvrent le feu. Un affrontement s'engage. À l'issue de celui-ci, plusieurs ennemis en uniforme sont capturés. Parmi eux figure l'un des plus hauts gradés de l'état-major ennemi, connu comme le stratège ayant planifié l'invasion du territoire. Dans une telle situation, on peut présumer que le prisonnier détient des « *informations vitales* » qui, si elles étaient connues de la Puissance détentrice, « *changerait le cours du conflit* »²⁸¹¹. Or, le prisonnier refuse obstinément de livrer ces informations. Et pendant ce temps-là, les forces ennemis continuent de suivre les plans qu'il a lui-même dessiné, et se rapprochent toujours plus de la capitale. Dans un tel cas de figure, le recours à la torture pourrait relever de « *la nécessité militaire impérative* »²⁸¹².

885. Pourtant, même dans ce cas particulier où le prisonnier capturé est un haut dignitaire ennemi, détenant des informations vitales dans un conflit aux enjeux suprêmes, l'interdiction de la torture demeure opposable aux forces armées. En effet, cette interdiction vaut « *en tout temps et en tout lieu* »²⁸¹³ : comme pour toute règle formelle, l'appréciation de la licéité de l'acte n'est pas fonction de sa nécessité dans un contexte donné mais de la réalisation objective d'un comportement interdit de manière générale, indépendamment des cas particuliers qui peuvent se présenter²⁸¹⁴. Ainsi, aucune exception, aussi extrême soit-elle, n'est susceptible de renverser la norme. L'État fait donc de nouveau face au dilemme entre conservation du droit et sauvegarde de l'État que le droit de la guerre avait pourtant, en sa qualité de droit d'exception, pour fonction de dépasser. Les forces armées doivent-elles respecter l'interdiction de recourir à la torture, quitte à priver l'État de ce qui apparaît comme l'ultime moyen de changer le cours de la guerre et d'éviter l'annexion ? Ou bien doivent-elles arracher par la force les informations essentielles à la survie de l'État, quitte à violer une norme impérative du droit international public ? Faut-il être absolutiste, ou nihiliste ?

886. Le troisième exemple concerne l'interdiction d'attaquer les personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités. Sous l'angle du droit de la guerre, il est strictement interdit d'attaquer les personnes civiles, que celles-ci se trouvent prises dans un CAI²⁸¹⁵ ou

²⁸¹¹ W. O'BRIEN, *The Conduct of Just and Limited War*, op. cit., p. 190, n. trad.

²⁸¹² *Ibid.*, n. trad.

²⁸¹³ CG 1949, art. 3 commun, 1) ; PA I, art. 75, § 2.

²⁸¹⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 509-521.

²⁸¹⁵ PA I, art. 51, § 1 et 2 (« *1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes, qui*

dans un CANI²⁸¹⁶. L'immunité contre la violence ne cesse de s'appliquer que si les personnes civiles « *participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation* »²⁸¹⁷. Le cas classique de participation directe aux hostilités est celui dans lequel une personne civile prend les armes et engage le combat contre l'ennemi²⁸¹⁸. Ici encore, cette règle formelle repose sur une généralisation probabiliste, à savoir que le meurtre de personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités ne sert généralement aucun but militaire²⁸¹⁹. En effet, la doctrine majoritaire juge que dans la guerre, « *la victoire peut être remportée en écrasant seulement les combattants* »²⁸²⁰. Or, comme le relèvent Jonathan Crowe et Kylie Weston-Scheuber, cette généralité ne vaut pas « *dans tous les cas* »²⁸²¹. Dans certaines « *situations extrêmes* »²⁸²², le fait de tuer des civils qui ne participent pas directement aux hostilités peut passer pour une nécessité militaire impérative, voire même vitale. Soit, par exemple, le scénario suivant²⁸²³.

887. Une guerre de libération nationale oppose un mouvement insurgé à un État colonial. Alors que le contexte stratégique penche en faveur du mouvement insurgé, qui opère clandestinement à partir d'un territoire où l'État colonial ne dispose d'aucune administration ni d'aucun relais, un groupe de scientifiques rattachés à une université de l'État colonial est sur le point de mettre sur pieds une technologie qui pourrait changer la face du conflit. En effet, ces chercheurs travaillent sur un logiciel piloté par intelligence artificiel capable de

s'ajoutent aux autres règles du droit international applicable, doivent être observées en toutes circonstances. 2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques »).

²⁸¹⁶ PA II, art. 13, §§ 1 et 2 (« *1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes seront observées en toutes circonstances. 2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne devront être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile* »).

²⁸¹⁷ PA I, art. 51, § 3 et PA II, art. 13, § 3.

²⁸¹⁸ Sur la notion de participation directe aux hostilités, v. not. CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, *op. cit.*

²⁸¹⁹ V. p. ex. G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON *et al* (dir.), *The Law of Armed Conflict...*, *op. cit.*, pp. 120-121 (« *[le principe de distinction] operates to protect innocent individuals and their property from deliberate attack, and ensures that the application of combat power is restricted to targets that contribute to the submission of an opponent's military capability* ») ; CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 9 (« *[p]ermettre des attaques sur des non-combattants violerait (...) le principe de nécessité, car la victoire peut être atteinte en vainquant uniquement les combattants d'un pays (...)* ») ; J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 54 (« *civilians are innocent bystanders to the conflict and therefore may never be attacked* ») ; M. SASSOLI, « *Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law* », *op. cit.*, p. 9 (« *[t]o allow attacks on persons other than combatants would violate the principle of necessity, because victory can be achieved by overcoming only the combatants of a country* ») ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 251 (« *military necessity requires that attacks be limited to military objectives* ») ; M. N. SCHMITT, « *Military Necessity and Humanity...* », *op. cit.*, p. 818 (« *any attack against a nonmilitary objective is unnecessary* ») ; W. O'BRIEN, *The Conduct of Just and Limited War*, *op. cit.*, p. 43 (« *there is no military utility in attacking anyone other than the enemy* »).

²⁸²⁰ M. SASSOLI, « *Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law* », *op. cit.*, p. 9, n. trad.

²⁸²¹ J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 54, n. trad.

²⁸²² CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, *op. cit.*, p. 55, note 122.

²⁸²³ Pour d'autres scénario remettant en cause l'interdiction d'attaquer les civils ne participant pas directement aux hostilités, v. p. ex. J. McMAHAN, « *Innocence, Self-Defense and Killing in War* », *Journal of Political Philosophy*, vol. 2, n°3, 1994, pp. 193-221 ; C. J. DUNLAP, « *The End of Innocence* », *op. cit.* ; M. LUTTRELL, *Le survivant*, *op. cit.*

regrouper des centaines de milliers de données à partir des téléphones portables des personnes situées dans le territoire contrôlé par les insurgés²⁸²⁴. Ce logiciel permettrait de reconstituer le réseau insurgé à partir d'une analyse des échanges communicationnels et, ainsi, d'identifier avec précision l'ensemble des acteurs du mouvement de libération. Or, le groupe insurgé tirant sa force de l'anonymat de ses membres et des difficultés de l'administration coloniale à identifier clairement les individus qui en font partie, cette technologie pourrait inverser dramatiquement le rapport de force. Les scientifiques participant à la mise au point de ce logiciel deviennent donc une cible prioritaire des insurgés. Les leaders se réunissent et décident de mener une campagne d'assassinats ciblés contre ces chercheurs.

888. Cependant, du point de vue du droit de la guerre, ces scientifiques ne constituent pas une cible licite d'attaque. En effet, n'étant pas formellement intégrés au sein des forces armées²⁸²⁵, ces chercheurs ne sont pas des combattants, mais des personnes civiles²⁸²⁶. De plus, si l'on suit la doctrine majoritaire, les scientifiques participant à la mise au point d'armes et d'équipement militaire ne participent pas directement aux hostilités²⁸²⁷, ce qui leur ferait perdre leur immunité contre les attaques intentionnelles, mais se contentent simplement de « *développer ou [de] maintenir la capacité d'une partie à nuire à l'adversaire* »²⁸²⁸. Par conséquent, ils ne produisent d'« *effets nuisibles que de manière indirecte* »²⁸²⁹. Ainsi, même dans le cas où ces scientifiques possèdent une « *expertise*

²⁸²⁴ Cet exemple est tiré de l'invention du logiciel Levander par l'unité 8200 de l'armée israélienne. Sur ce logiciel, v. Y. ABRAHAM, « "Lavender" », *op. cit.*

²⁸²⁵ Le fait que les scientifiques ne soient pas formellement intégrés aux forces armées étatiques permet de distinguer cet exemple de celui qui l'a inspiré car, dans le cas du logiciel Lavender, celui-ci fut mis au point par la célèbre unité 8200 de l'armée israélienne (v. *ibid.*).

²⁸²⁶ Aux termes de l'article 43 du PA I, « *[...]es forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés* » (PA I, art. 43, § 1). Or, en l'espèce, le groupe de chercheur est rattaché à une université de l'État colonial et n'est pas « placé sous le commandement » militaire. Le TPIY a pu rappeler, en ce sens, que les personnes civiles collaborant avec l'ennemi n'en perdaient pas leur qualité de civils du simple fait de cette collaboration (TPIY, *Le Procureur c. Limaj et al.*, jugement du 30 nov. 2005, affaire n°IT-03-66, § 224).

²⁸²⁷ En ce sens, v. CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, *op. cit.*, p. 55 ; M. SASSOLI, « *Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law* », *op. cit.*, p. 9 (« *[t]o allow attacks on persons other than combatants would violate the principle of necessity, (...) however efficient its armament producers and however genial its scientists (...) may be. (...) There is (...) no military necessity that the armament worker or the weapons development scientist might be targeted individually, e.g. through aerial bombardment of the residential area where he lives or by enemy ground forces capturing his factory* »). *Contra*, v. M. N. SCHMITT, « *Attacking Scientists and the Law of Armed Conflict* », *Articles of War*, 18 juin 2025.

²⁸²⁸ CICR [N. MELZER], *Guide interprétatif...*, *op. cit.*, p. 55.

²⁸²⁹ *Ibid.* Les choses seraient différentes si ces activités scientifiques étaient « *menées en tant que partie intégrante d'une opération militaire spécifique* » (*ibid.*), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le présent exemple doit donc être distingué du cas où, par exemple, un ingénieur créerait des engins explosifs improvisés en vue d'une opération spécifique planifiée contre les forces ennemis (sur ce point, v. *ibid.*, note 123).

exceptionnelle, constituant un élément potentiellement décisif pour l'issue [du] conflit armé »²⁸³⁰, le mouvement insurgé se voit opposer l'interdiction absolue de prendre délibérément pour cible ces personnes. Tout acte contraire constituerait un crime de guerre²⁸³¹. Aucune nécessité, même la plus pressante, n'est susceptible de renverser la norme²⁸³². Le mouvement insurgé fait donc face au dilemme que le droit de la guerre prétendait résoudre. Faut-il respecter cette prescription inconditionnelle du droit de la guerre, quitte à exposer le groupe insurgé à la destruction et à abandonner toute perspective de libérer le pays de l'oppression coloniale ? Ou bien faut-il passer outre les prescriptions du droit au nom de l'impératif de vaincre l'ennemi, quitte à transgresser le principe de distinction, soit « *le fondement même du droit international humanitaire moderne* »²⁸³³ ?

889. Ce raisonnement vaut, *mutatis mutandis*, pour toutes les règles formelles du droit de la guerre. En effet, dans la mesure où les règles formelles « *comportent des exceptions qui ne sont pas exhaustivement spécifiables à l'avance* »²⁸³⁴, il n'y a d'autres limites à l'imagination que celles tracées par les contingences de l'existence qui sont, par définition, infinies. À ces cas de sur-exception microscopiques s'ajoute le cas, plus grave, dans lequel le droit de la guerre est totalement mis en échec par l'apparition de circonstances nouvelles.

§ II. – La sur-exception macroscopique : la mise en échec totale du droit de la guerre

890. La sur-exception macroscopique correspond à l'hypothèse où l'application d'un régime d'exception est rendue impossible par le fait que la crise que ce régime avait pour fonction d'anticiper (attentats terroristes, épidémie, guerre, etc.) se matérialise *hic et nunc* d'une manière si inédite (par sa nature, son ampleur ou sa gravité) qu'elle refuse d'entrer « *dans le moule que le droit a fixé* »²⁸³⁵. Dans une telle hypothèse, les conditions d'application du régime juridique sont bouleversées au point d'entraîner la paralysie totale

²⁸³⁰ *Ibid.*, note 122.

²⁸³¹ *Statut de Rome*, art. 8, 2), b), i) (« [a]ux fins du Statut, on entend par "crimes de guerre" : (...) [l]e fait de diriger intentionnellement des attaques contre (...) des civils qui ne participent pas directement part aux hostilités »).

²⁸³² TPIY, *Le Procureur c. Galic*, op. cit., § 44 (l'article 51, § 2 du PA I « indique clairement que ni les personnes civiles ni la population civile en tant que telle ne doivent être l'objet d'attaques. Il ne prévoit aucune exception. En particulier, il exclut toute possibilité d'y déroger en se prévalant des nécessités militaires »).

²⁸³³ TPIY, *Le Procureur c. Kupreškić et al.*, op. cit., § 521.

²⁸³⁴ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 139, n. trad.

²⁸³⁵ F. SAINT-BONNET, « *L'état d'exception* », op. cit., p. 237.

du régime juridique : celui-ci devient instantanément obsolète au regard de la forme exceptionnelle que revêt la crise qu'il était censé régir. L'État ne peut tout simplement plus agir de manière effective tout en se conformant aux prescriptions du droit. Il se trouve donc de nouveau contraint d'*« en viol[er] le dispositif par nécessité »*²⁸³⁶, mais cette fois à une échelle systémique. La différence entre ces deux dimensions de la sur-exception tient donc au fait que, dans le cas de la sur-exception macroscopique, les règles formelles dont que l'État se trouve constraint de violer par nécessité sont si nombreuses ou si importantes qu'on en vient à remettre en cause la viabilité du régime d'exception dans son ensemble.

891. En affirmant que le droit de la guerre est toujours « *en retard d'une guerre* »²⁸³⁷, les juristes reconnaissent que les transformations de la guerre et les évolutions technologiques, tactiques ou stratégiques sont susceptibles de mettre en échec ce régime d'exception. Cependant, au-delà de l'obsolescence programmée du droit et de ses normes, le cas qui intéresse l'analyse qui suit est celui dans lequel le défaut d'anticipation du droit se double d'une urgence : l'État estime qu'il ne peut plus conduire la guerre dans le cadre tracé par le droit et qu'il doit donc agir au-delà des prescriptions juridiques – c'est-à-dire, violer le *jus in bello*. Or, un tel phénomène est loin d'être étranger au droit de la guerre. En effet, au cours de l'histoire du droit de la guerre moderne, au moins deux formes de guerre furent conçues comme des exceptions macroscopiques, faisant voler en éclat le régime dans ensemble. Il s'agit de la « guerre totale », qui caractérisa les conflits de 1914-1918 et de 1939-1945 (**A**), et de la « guerre contre le terrorisme », déclenchée à la suite des attentats du 11 septembre 2001 (**B**).

A. Le cas de la « guerre totale »

892. Dès les premières années d'affrontement, plusieurs juristes présentèrent la Grande Guerre (1914-1918) comme un conflit d'un genre résolument nouveau, bouleversant toutes les idées préconçues sur la guerre et faisant planer « *une menace entièrement nouvelle [sur] la civilisation* »²⁸³⁸. Pour ces juristes, la conception antérieure de la guerre, voulant que celle-ci soit menée par des forces armées régulières au travers de moyens purement militaires, et

²⁸³⁶ *Ibid.*

²⁸³⁷ CICR [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre*, op. cit., p. 13.

²⁸³⁸ N. SLOUTZKI, « New Destructive Agencies of War », *Current History*, vol. 20, n°3, 1924, p. 434, n. trad.

dont l'objectif se cantonnait à la destruction du potentiel militaire de l'ennemi, « *a incontestablement fait naufrage* »²⁸³⁹. En effet, la guerre de 1914-1918 révéla l'émergence d'une nouvelle forme de guerre, dans laquelle les belligérants jettent l'ensemble de leurs ressources humaines, matérielles, financières, scientifiques et technologiques dans la lutte. De limitée et circonscrite, confinée aux forces armées étatiques²⁸⁴⁰, la guerre est devenue totale : elle n'est plus l'affaire de militaires, mais de peuples entiers qui s'affrontent par tous les moyens disponibles²⁸⁴¹. En plus de la destruction du potentiel de combat de l'ennemi, les belligérants doivent désormais prendre pour cible l'économie de l'adversaire, son industrie civile et militaire, et même sa force morale²⁸⁴². Or, si « *toutes nos idées sur la guerre ont été bouleversées* »²⁸⁴³, si l'époque antérieure est « *à jamais révolue* »²⁸⁴⁴, quel sort réserver au droit de la guerre, ce régime juridique né à cette époque antérieure et conçu pour régir une autre forme de guerre que celles que mènent désormais les nations européennes ?

893. Si certains juristes dénoncent « l'illusion » selon laquelle la guerre aurait changé de nature et défendent l'application du *jus in bello* aux conditions nouvelles de la guerre totale²⁸⁴⁵, d'autres conçoivent celle-ci comme une situation exceptionnelle mettant en échec l'application globale du droit de la guerre. Par exemple, Antoine Pillet juge que la Première Guerre mondiale a rendu le droit de la guerre, et notamment les Conventions de La Haye de 1907, instantanément obsolètes²⁸⁴⁶. En effet, pour lui, les règles du droit de la guerre n'ont pas simplement été violées au cours de la Grande Guerre ; ce régime juridique s'est effondré car les règles qu'il contenait « *ne correspondaient à rien de réel* »²⁸⁴⁷. Les conditions de fait que présupposaient l'application de ce régime juridique ont cessé d'exister. En particulier, les évolutions militaires et technologiques ont relativisé, voire nié, la distinction traditionnelle entre combattants et non-combattants. Abondant en ce sens, T. J. Lawrence insiste sur les bouleversements provoqués par la Grande Guerre : désormais, les non-combattants, vieillards, femmes et enfants sont mis au service de l'effort de guerre, notamment en étant employés dans l'industrie de guerre, ce qui n'est pas moins important

²⁸³⁹ O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 114.

²⁸⁴⁰ Sur cette conception de la guerre et sa remise en cause, v. supra, Chapitre 3, §§ 429-433.

²⁸⁴¹ V. p. ex. O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., pp. 114-124.

²⁸⁴² Ibid. V. également E. COLBY, « *Laws of Aerial Warfare II* », op. cit., pp. 217-234.

²⁸⁴³ N. SLOUTZKI, « *New Destructive Agencies of War* », op. cit., p. 434, n. trad.

²⁸⁴⁴ O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 124, n. trad.

²⁸⁴⁵ V. not. J. B. MOORE, « *International Law and Some Current Illusions* », in J. B. MOORE, *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, New York, MacMillan, 1924, pp. 1-39.

²⁸⁴⁶ A. PILLET, *Les Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907. Étude juridique et critique*, Paris, Pedone, 1918, p. 270 (« *l'œuvre des conférences de La Haye (...) date de dix ans et elle paraît déjà vieille, aussi vieille que si elle avait été faite pour les guerres d'un autre âge* »).

²⁸⁴⁷ A. PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, op. cit., p. 205.

sur le plan stratégique que le combat effectif mené par les soldats²⁸⁴⁸. Ainsi, les raisons justifiant que ces non-combattants soient immunisés contre les attaques directes « *perdent une partie de leur force* »²⁸⁴⁹ : la viabilité du principe fondamental du droit de la guerre, imposant de distinguer en tout temps les combattants des non-combattants, est remise en cause.

894. De même, l'émergence de nouvelles technologies de guerre rend obsolète de nombreuses règles acceptées jusqu'alors. Par exemple, l'émergence de la guerre sous-marine remet en cause la règle imposant aux forces navales de secourir les naufragés en mer : ceux-ci ne peuvent tout simplement pas être accueillis à bord des sous-marins par manque d'espace²⁸⁵⁰. L'invention du sous-marin remet également en cause la règle imposant aux forces navales de visiter et fouiller les navires suspectés de transporter de la contrebande plutôt que de les couler : pour se conformer à cette règle, le sous-marin devrait émerger à la surface de l'eau, ce qui le rendrait extrêmement vulnérable aux attaques²⁸⁵¹. Et d'ailleurs, peut-on encore distinguer la contrebande de guerre des biens employés à d'autres fins que militaires, à l'heure où l'ensemble de la société et de ses biens sont mis au service de la guerre ?²⁸⁵² L'avènement de la guerre aérienne remet également en cause de nombreuses règles acceptées avant 1914. En premier lieu, ceci remet en cause le principe, défendu par la Déclaration de Saint-Pétersbourg, selon lequel « *le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi* »²⁸⁵³. Effectivement, l'aviation permet de sauter par-dessus les lignes ennemis pour s'attaquer directement à ses centres vitaux²⁸⁵⁴. Or, le droit de la guerre sur terre impose de n'attaquer que les « *villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus* »²⁸⁵⁵. Quel est le

²⁸⁴⁸ T. J. LAWRENCE, « The Effect of the War on International Law », *op. cit.*, p. 108.

²⁸⁴⁹ L. ROLLAND, « Les pratiques de la guerre aérienne... », *op. cit.*, p. 554. V. ég. T. J. LAWRENCE, « The Effect of the War on International Law », *op. cit.*, p. 110 (« *what a difference there is between nations organised for war and nations possessing navies and armies organised for war? In the latter case we can separate the bulk of the nation from its fighting forces, and exempt the non-combatants from many of the severities we apply to the combatants. But in the former case, how can a similar distinction be made? One whole nation, or at least much the larger part of it, is joining in an effort to crush another, not only indirectly, as by the payment of taxes, but directly, as by making munitions, procuring and training recruits, organising transport, and preparing defences. Can the people who are doing these things claim to be non-combatants, and therefore entitled, should the district in which they live be overrun by the enemy, to all the immunities bestowed by modern International Law (...)?* »).

²⁸⁵⁰ V. p. ex. A. P. HIGGINS, « Submarine Warfare », *B.Y.I.L.*, vol. 1, 1920-1921, pp. 149-166.

²⁸⁵¹ T. J. LAWRENCE, « The Effect of the War on International Law », *op. cit.*, p. 113.

²⁸⁵² *Ibid.*, p. 114.

²⁸⁵³ *Déclaration de Saint-Pétersbourg*, préambule, al. 3.

²⁸⁵⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, § 300.

²⁸⁵⁵ RH 1907, art. 25

sens de cette règle à l'heure où l'élément déterminant n'est plus la résistance opposée par une ville à son occupation, mais l'importance stratégique des objectifs qui s'y trouvent ?²⁸⁵⁶

895. Face à l'ensemble de ces bouleversements dans la théorie et la pratique de la guerre, la conclusion s'impose : « [i]l est actuellement impossible de renfermer la guerre dans les anciens cadres »²⁸⁵⁷. En effet, les règles du droit de la guerre les plus communément acceptées jusqu'alors « ne paraissent déjà pour la plupart [plus] susceptibles d'aucun usage »²⁸⁵⁸, la dernière guerre ayant « balayé toutes les dispositions des Conférences de La Haye, qui, certainement, n'ont pas pu prévoir les modifications que la grande guerre apporta dans le domaine militaire et dans la conception générale de la guerre »²⁸⁵⁹. Les circonstances exceptionnelles de la Première Guerre mondiale ont tout simplement renversé le droit de la guerre, qui était prévu pour un autre type de guerre²⁸⁶⁰. Face à ce changement radical de circonstances, les juristes n'auraient plus qu'à façonner un droit de la guerre nouveau, spécifiquement conçu pour appréhender la conduite des hostilités dans les conditions nouvelles de la guerre totale²⁸⁶¹.

896. L'irruption de la Seconde Guerre mondiale donnera lieu à une nouvelle série d'écrits confirmant l'exceptionnalité de la guerre totale et l'impossibilité de faire entrer celle-ci dans le cadre du droit traditionnel de la guerre. En effet, si le conflit de 1939-1945 est « toujours une guerre », il s'agit d'une « guerre d'un autre genre »²⁸⁶², encore plus totale que celle ayant opposé les belligérants trois décennies plus tôt. Écrivant au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, Charles G. Fenwick rappelle que, durant la guerre de 1914-1918, de nombreuses règles du droit de la guerre s'étaient déjà « effondrées en présence de conditions nouvelles et imprévues »²⁸⁶³. Or, « si les lois de la guerre n'ont pas permis de contenir les

²⁸⁵⁶ Sur la naissance de la règle de l'objectif militaire, v. *supra*, Chapitre 3, §§ 436-439.

²⁸⁵⁷ N. SLOUTZKI, « Guerre des nations », *op. cit.*, p. 111.

²⁸⁵⁸ A. PILLET, *Les Conventions de La Haye...*, *op. cit.*, p. 271.

²⁸⁵⁹ N. SLOUTZKI, « Le bombardement des villes ouvertes », *Revue de droit international*, vol. 1, n°1, 1924, p. 59. *Contra*, v. J. B. MOORE, « Postwar International Law », *Columbia Law Review*, vol. 27, n°4, 1927, pp. 400-412.

²⁸⁶⁰ A. PILLET, La guerre actuelle et le droit des gens, *op. cit.*, p. 6 (« [r]ien ne subsiste (...) de ce qui paraissait le mieux établi et nous en sommes venus, nous les serviteurs du droit international, à nous demander si, après cette grande destruction, quelque chose pourra être réédifié. Semblables aux citoyens d'une ville qu'un cyclone a ruinée de fond en comble, nous en sommes réduits à fouiller les décombres, comptant nos pertes et nous demandant à chaque pas si, de ce grand édifice abattu, assez de matériaux pourront être retirés pour en construire une habitation plus modeste, mais plus solide et ayant des chances sérieuses d'affronter sans désastre de semblables ouragans ») ; A. PILLET, *Les Conventions de La Haye...*, *op. cit.*, p. 271 (« [l']art de la guerre a marché et rien de ce que l'on avait prévu n'est plus possible »).

²⁸⁶¹ T. J. LAWRENCE, « The Effect of the War on International Law », *op. cit.*, p. 110 (« nothing short of a comprehensive revision of the Hague Règlement and other texts will meet the needs of the situation »).

²⁸⁶² C. EAGLETON, « Of the Illusion that War does not Change », *A.J.I.L.*, vol. 35, n°4, 1941, p. 661, n. trad.

²⁸⁶³ C. G. FENWICK, *International Law*, *op. cit.*, p. 549, n. trad.

*belligérants dans certaines limites pendant la Première Guerre mondiale, elles se sont révélées encore plus inefficaces pendant la Seconde Guerre mondiale »²⁸⁶⁴. En effet, les belligérants inventèrent de nouvelles armes et de nouvelles méthodes de guerre qui ont de nouveau « rompu avec les traditions établies »²⁸⁶⁵, c'est-à-dire avec les conditions de fait envisagées pour l'application de ce droit d'exception. En particulier, le bombardement stratégique, l'arme nucléaire et la guerre commerciale – toutes ces choses qui n'étaient que « de fantastiques illusions quelques décennies auparavant »²⁸⁶⁶ – ont achevé de détruire ce qu'il restait du principe de distinction entre les combattants et les non-combattants²⁸⁶⁷. L'ensemble des règles découlant de ce principe ne sont plus que des vestiges du passé²⁸⁶⁸. Et au-delà des règles individuelles du droit de la guerre, c'est le régime juridique lui-même qui se retrouve mis en échec : ses fondements ont été ébranlés par l'avènement de la guerre totale et, à l'exception de quelques règles secondaires, le droit de la guerre a dans son ensemble « cessé d'être applicable »²⁸⁶⁹. Concluant son étude sur ce point, Wolfgang Friedmann juge qu'il est impossible, face à la « conception moderne de la guerre », de « préserver quelque réalité que ce soit pour les anciennes règles de la guerre »²⁸⁷⁰. Les conditions de la guerre totale échappent à l'application du droit traditionnel de la guerre. Les États ne peuvent tout simplement plus se battre dans le cadre fixé par le *jus in bello*.*

897. Les juristes insistent par conséquent sur la nécessité de réviser le droit de la guerre à l'aune de ces faits nouveaux²⁸⁷¹. Puisque « la guerre a changé dans ses applications et ses effets »²⁸⁷², ce bouleversement doit s'accompagner de la rénovation complète de ce régime juridique pour lui permettre d'appréhender adéquatement cette situation sur-exceptionnelle. Un autre droit de la guerre est nécessaire. Plus sceptique, Hersch Lauterpacht invite les juristes à « envisager la possibilité que la guerre totale ait irrévocablement détruit les fondements d'une partie substantielle de cette branche du droit et que les efforts juridiques – ou même politiques – pour leur donner un souffle nouveau soient vains »²⁸⁷³. On ne saurait

²⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 551, n. trad.

²⁸⁶⁵ *Ibid.*, n. trad.

²⁸⁶⁶ C. EAGLETON, « Of the Illusion that War does not Change », *op. cit.*, p. 661, n. trad.

²⁸⁶⁷ L. NURICK, « The Distinction... », *op. cit.* ; C. EAGLETON, « Of the Illusion that War does not Change », *op. cit.*, pp. 660-662.

²⁸⁶⁸ *Ibid.* V. ég. H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », *op. cit.*, pp. 364-378.

²⁸⁶⁹ W. FRIEDMAN, « International Law and the Present War », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 26, 1940, p. 221, n. trad.

²⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 222, n. trad. V. ég. W. FRIEDMAN, « International Law and the Present War », *Modern Law Review*, vol. 3, n°3, 1940, p. 181 (« the majority of the Hague Conventions relating to the conduct of war seem to have fallen a victim to the totalitarian character of warfare »).

²⁸⁷¹ C. EAGLETON, « Of the Illusion that War does not Change », *op. cit.*, p. 661.

²⁸⁷² *Ibid.*, n. trad.

²⁸⁷³ H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », *op. cit.*, p. 375, n. trad.

en effet « *simplifier la difficulté fondamentale, qui découle du phénomène entièrement nouveau du caractère "total" de la guerre moderne* »²⁸⁷⁴ : le monde civil ne peut plus être distingué du monde militaire. Par son caractère inédit et imprévu, la guerre totale a donc fait voler en éclat le cadre tracé par le droit de la guerre. Ce régime juridique fait face à une exception macroscopique, c'est-à-dire à une situation qui excède ses prévisions et ses anticipations sur la manière dont les belligérants opéreront en temps de guerre.

B. Le cas de la « guerre contre le terrorisme »

898. Malgré cet effondrement du droit de la guerre entre la Première et la Seconde Guerre mondiale, qui déboucha sur une forme d'ostracisation du *jus in bello* dans le champ académique²⁸⁷⁵, ce régime juridique renaquit de ses cendres. Au tournant des années 1990, les juristes regardaient avec optimisme les CG de 1949, adoptées au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, et leurs PA de 1977²⁸⁷⁶. Certaines obligations étaient désormais conçues comme des obligations *erga omnes*, élevées au rang de *jus cogens*²⁸⁷⁷. La quasi-totalité des États du monde étaient alors partie aux CG de 1949, et si les PA de 1977 faisaient encore l'objet de quelques résistances, notamment de la part des États-Unis d'Amérique, les juristes pensaient encore que ces résistances pouvaient être surmontées pour obtenir l'assentiment universel des États²⁸⁷⁸. Ainsi, dans un contexte marqué par la fin de la Guerre froide, par la création de tribunaux pénaux internationaux et par la consécration quasi-universelle des droits de l'homme, le « droit international humanitaire » était en passe de devenir la « *loi de l'humanité* »²⁸⁷⁹.

899. Les attentats du 11 septembre 2001 et la réaction qu'ils susciteront au sein de l'administration Bush mirent fin à cet optimisme. De nouveau, la rhétorique de la sur-exception macroscopique s'imposa sur la scène internationale. Dès le 27 septembre, Donald

²⁸⁷⁴ *Ibid.*, n. trad.

²⁸⁷⁵ Sur ce point., *supra*, Introduction, § 11, note 56.

²⁸⁷⁶ V. p. ex. R. G. TEITEL, « Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics », *Cornell International Law Journal*, vol. 35, 2001-2002, pp. 335-387 ; T. MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », *A.J.I.L.*, vol. 94, n°2, 2002, pp. 239-278.

²⁸⁷⁷ V. p. ex. M. C. BASSIOUNI, « International Crimes: *Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes* », *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n°4, 1996, pp. 63-74.

²⁸⁷⁸ V. p. ex. T. MERON, « The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol I », *A.J.I.L.*, vol. 88, n°4, 1994, pp. 678-686 ; G. ALDRICH, « Réflexions sur les Protocoles de Genève », *R.I.C.R.*, vol. 79, n°827, 1997, pp. 544-547 ; H.-P. GASSER, « Faire accepter les Protocoles par les États », *R.I.C.R.*, vol. 79, n°827, 1997, pp. 567-575.

²⁸⁷⁹ R. G. TEITEL, « Humanity's Law », *op. cit.*, n. trad.

Rumsfeld, alors *Secretary of Defense*, affirma que les États-Unis d'Amérique se trouvaient engagés dans un « *nouveau type de guerre* »²⁸⁸⁰. Contrairement aux guerres anciennes, celle-ci n'opposera pas des soldats en uniforme sur un champ de bataille traditionnel. En effet, confrontés à un « *réseau global d'organisations terroristes et [d']États sponsors* » cherchant à « *nier à un peuple libre l'opportunité de vivre comme il l'entend* »²⁸⁸¹, les États-Unis et leurs alliés devront employer tout un ensemble de moyens – militaires, policiers, financiers, diplomatiques, technologiques, etc. –, au cours d'un affrontement non limité dans le temps et dans l'espace, pour vaincre ces réseaux terroristes et les États qui les soutiennent²⁸⁸². Il sera nécessaire, en pratique, de détruire des cibles militaires, de nouer des alliances diplomatiques, d'assécher des sources de financement, d'infiltrer des réseaux dans le cyberspace, de surveiller des frontières, de récolter des informations, de démanteler des réseaux criminels, etc.²⁸⁸³ – autant d'opérations qui témoigneraient de la naissance d'un nouveau type de guerre devant être mené « *sur des champs de batailles différents* »²⁸⁸⁴.

900. Très rapidement, plusieurs juristes de l'administration Bush commencèrent à sous-entendre que cette situation nouvelle échappait entièrement à l'emprise du *jus in bello*. Dans une note en date du 25 janvier 2002, le conseiller juridique du Président étatsunien estima en effet que la guerre contre le terrorisme était « *une nouvelle forme de guerre* », qui ne répondait pas à « *l'affrontement traditionnel entre nations* » ayant servi de « *toile de fond* »²⁸⁸⁵ à la formulation des CG. Deux semaines plus tard, le président Bush reprit cet argumentaire à son compte dans une note envoyée aux plus hauts dignitaires de l'administration. Selon lui, « *la guerre contre le terrorisme inaugure un nouveau paradigme, dans lequel des groupes d'envergure internationale commettent des actes horribles contre des civils innocents, parfois avec le soutien direct d'États* »²⁸⁸⁶. Or, ce paradigme « *exige*

²⁸⁸⁰ D. H. RUMSFELD, « A New Kind of War », *The New York Times*, 27 sept. 2001, n. trad. Un an plus tard, Condoleezza Rice, alors National Security Adviser, renchérit : « [w]e're in a new kind of war, and we've made very clear that it is important that this new kind of war be fought on different battlefields » (interview sur Fox News, dans l'émission *Fox News Sunday with Tony Snow*, 10 nov. 2002).

²⁸⁸¹ D. H. RUMSFELD, « A New Kind of War », *op. cit.*, n. trad.

²⁸⁸² *Ibid.*

²⁸⁸³ *Ibid.*

²⁸⁸⁴ Condoleezza RICE, interview sur Fox News, dans l'émission *Fox News Sunday with Tony Snow*, 10 nov. 2002, n. trad.

²⁸⁸⁵ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, OFFICE OF THE LEGAL COUNSEL [A. R. GONZALEZ], *Memorandum for the President. Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban*, 25 janv. 2002, in K. J. GREENBERG, J. L. DRATEL (dir.), *The Torture Papers. The Road to Abu Ghraib*, préf. A. LEWIS, Cambridge, C.U.P., 2005, p. 119, n. trad.

²⁸⁸⁶ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, WHITE HOUSE, *Memorandum for the Vice President et al. Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees*, 7 fév. 2002, in K. J. GREENBERG, J. L. DRATEL (dir.), *The Torture Papers. The Road to Abu Ghraib*, *op. cit.*, p. 134, n. trad.

*une nouvelle réflexion sur le droit de la guerre »²⁸⁸⁷. Reconnaissant que cette « nouvelle réflexion » devrait être « compatible avec les principes [et non les règles, ndla] de Genève », le Président conclut néanmoins qu’« aucune des dispositions [des CG] ne s’applique dans notre conflit avec al-Qaida en Afghanistan ou ailleurs dans le monde »²⁸⁸⁸. En effet, tout en étant bien une guerre, la guerre contre al-Qaida n’est ni un CAI, puisque al-Qaida n’est pas un État partie aux CG mais un réseau terroriste informel, ni un CANI, puisque al-Qaida contient une dimension internationale, transfrontière, de même que le conflit qui oppose ce groupe terroriste aux États-Unis d’Amérique²⁸⁸⁹. Et, en mai 2003, le président publiera un communiqué de presse dans lequel il affirmera explicitement que « *la guerre contre le terrorisme est une guerre qui n'avait pas été envisagée lors de la signature [des] Convention[s] de Genève en 1949* »²⁸⁹⁰, sous-entendant par-là que le droit de la guerre fait face à des circonstances entièrement nouvelles qui mettent en échec son application globale. En l’espèce, cette nouvelle forme de guerre supposerait de repenser les règles du *jus in bello*, notamment celles relative au traitement des prisonniers, à la qualité de combattant dans les CANI et au ciblage²⁸⁹¹.*

901. De nombreuses voix s’élèverent dans le champ académique au soutien des prétentions de l’administration étatsunienne²⁸⁹². Michael W. Reisman défendit ainsi l’idée que les démocraties occidentales font face à une menace nouvelle, exceptionnelle par sa nature, qui exige de « *développer de nouvelles armes offensives et défensives et de nouveaux procédés de guerre* »²⁸⁹³. Le ton est clair : les circonstances ont changé, l’Occident fait désormais face à un « *danger mortel* » et le droit devra s’adapter à ces « *contextes nouveaux* »²⁸⁹⁴. Et le sous-texte n’est pas moins limpide : en l’état actuel, le droit ne saurait s’appliquer aux circonstances exceptionnelles qui se présentent. En effet, Reisman

²⁸⁸⁷ *Ibid.*, n. trad.

²⁸⁸⁸ *Ibid.*, n. trad.

²⁸⁸⁹ *Ibid.*, pp. 134-135 (« *I accept the legal conclusion of the Department of Justice and determine that none of the provisions of Geneva apply to our conflict with al Qaeda in Afghanistan or elsewhere throughout the world because, among other reasons, al Qaeda is not a High Contracting Party to Geneva (...). I also accept the legal conclusion of the Department of Justice and determine that common Article 3 of Geneva does not apply to either al Qaeda or Taliban detainees, because, among other reasons, the relevant conflicts are international in scope and common Article 3 applies only to "armed conflict not of an international character"* »).

²⁸⁹⁰ ÉTATS-UNIS D’AMÉRIQUE, WHITE HOUSE, *Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention*, 7 mai 2003, n. trad.

²⁸⁹¹ Sur tout ceci, v. not. N. K. MODIRZADEH, « Folk International Law », *op. cit.*

²⁸⁹² Les écrits sont nombreux, et il ne saura être question ici de prétendre à l’exhaustivité. Pour une analyse de ces écrits sous l’angle du *jus in bello*, v. not. *ibid.*; M. STOHL, « The War on Terror and the Law of War: Shaping International Order in the Context of Irregular Violence », in L. BROCK, H. SIMON (dir.), *The Justification of War and International Order. From Past to Present*, Oxford, O.U.P., coll. « The History and Theory of International Law », 2021, pp. 311-325.

²⁸⁹³ M. W. REISMAN, « In Defense of World Public Order », *A.J.I.L.*, vol. 95, n°4, 2001, p. 834, n. trad.

²⁸⁹⁴ *Ibid.*, pp. 834-835, n. trad.

défend l'idée que lorsque les conditions d'application du droit « *changent au point que les communautés ne peuvent plus assurer leur défense dans le cadre juridique existant* », alors il est normal que « *les personnes chargées de la défense nationale demandent (...) des modifications du droit* »²⁸⁹⁵. L'auteur légitime ainsi la position de l'administration Bush, puisqu'il reprend l'idée qu'on ne saurait appliquer de « *vieux arrangements* » à des « *contextes différents de ceux pour lesquels ils furent originellement établis* »²⁸⁹⁶. La guerre contre le terrorisme révèle, en d'autres termes, l'apparition de circonstances nouvelles mettant en échec l'application du droit²⁸⁹⁷.

902. De même, Rosa E. Brooks, dans un article à l'épithète suggestif (« *[l]aw has gone away* ») s'inscrit exactement dans cette lignée²⁸⁹⁸. Selon l'auteure, le droit de la guerre repose sur des catégories traditionnelles qui, au XXI^{ème} siècle, ont « *perd[u] leurs fondements logiques* »²⁸⁹⁹. En effet, le droit de la guerre est conçu pour s'appliquer à une forme précise de guerre, celle opposant des « *États-nations souverains, dans laquelle des armées régulières bien organisées s'affrontaient sur des champs de bataille relativement bien définis* »²⁹⁰⁰. Les règles du *jus in bello* renverraient ainsi à « *un passé imaginaire dans lequel les guerres étaient menées par des soldats professionnels dans des uniformes sophistiqués, s'affrontant sur de vastes champs ouverts au son des clairons et des tambours* »²⁹⁰¹. Or, la mondialisation est passée par là. Avec la multiplication des échanges internationaux, les facilités pour traverser les frontières et les évolutions en matière de communication, n'importe quel groupe armé radical peut désormais acheter des armes de guerre et monter des opérations militaires transfrontières complexes pouvant causer des milliers de morts²⁹⁰². Et, selon Brooks, al-Qaida est l'exemple topique de groupe armé issu de la mondialisation qui déstabilise les catégories traditionnelles du droit de la guerre. En effet, « *[a]l-Qaida ne connaît pas de frontières, et ses agents ne portent aucun uniforme*,

²⁸⁹⁵ M. W. REISMAN, « Assessing Claims the Revise the Laws of War », *A.J.I.L.*, vol. 97, n°1, 2003, p. 82, n. trad. L'épithète de l'article reprend une phrase d'Oliver Wendell Holmes qu'il est intéressant de citer *in extenso* : « *It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation* ».

²⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 83, n. trad.

²⁸⁹⁷ Si l'article cité *ibid.* ne s'en prend nommément qu'au *jus ad bellum*, les juristes spécialisés dans le *jus in bello* voient parfaitement que les réflexions de Michael W. REISMAN valent *mutatis mutandis* pour le droit dans la guerre (en ce sens, v. not. M. SASSOLI, « Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism », *Minnesota Journal of Law & Inequality*, vol. 22, n°2, 2004, p. 221).

²⁸⁹⁸ R. E. BROOKS, « War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, n°2, 2004, pp. 675-761.

²⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 681, n. trad.

²⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 706, n. trad.

²⁹⁰¹ *Ibid.*, n. trad.

²⁹⁰² *Ibid.*, pp. 705-711.

opérant plus en secret qu'ouvertement »²⁹⁰³, ce qui leur permet de commettre de nombreux attentats mortels, culminant avec ceux du World Trade Center. Cette menace d'un genre nouveau aurait provoqué l'effondrement des distinctions traditionnelles du droit de la guerre : la distinction entre le temps de paix et le temps de guerre, entre les conflits internes et les conflits internationaux, entre le crime organisé et la guerre, entre les civils désengagés et les combattants, entre le champ de bataille et ce qui s'en trouve exclu, etc.²⁹⁰⁴ Dès lors, il n'y aurait aucun sens à « *insister sur la validité continue de paradigmes juridiques obsolètes* »²⁹⁰⁵ ou à maintenir des règles qui sont des « *vestiges pittoresques d'une époque plus chevaleresque* »²⁹⁰⁶. Les circonstances ont changé. Le monde est entré dans une nouvelle ère, et le droit traditionnel de la guerre ne trouve peut plus s'appliquer aux circonstances du temps présent.

903. Par la suite, de nombreux écrits reprendront l'idée que le droit de la guerre serait confronté à une sur-exception macroscopique, au point d'en faire un lieu commun de la littérature. Il n'est pas rare de lire, en effet, que « *les réseaux terroristes transnationaux modernes, avec des idéologies et des structures similaires à al-Qaida, ne peuvent pas être facilement intégrés dans le système de guerre global, créé par et pour les États* »²⁹⁰⁷, et qu'il est donc nécessaire de reformuler le droit de la guerre. Mais surtout, la doctrine juridique va s'attacher à généraliser cette idée au-delà de la menace spécifique posée par al-Qaida. On estime désormais que la mondialisation a donné naissance à de « *nouvelles guerres* »²⁹⁰⁸, qui présentent des singularités irréductibles et exigent que le droit de la guerre soit repensé²⁹⁰⁹. Mais malgré cette tentative d'abstraction, on retrouve toujours la rhétorique de l'administration états-unienne au cœur de ces écrits. Par exemple, lorsque certains auteurs écrivent que la « *stricte dichotomie entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non-internationaux est trop simpliste pour les complexités des nouvelles guerres* », celles-ci impliquant « *des réseaux d'acteurs étatiques et non-étatiques opérant au travers des territoires sans égard pour les frontières formelles* »²⁹¹⁰, on retrouve l'idée selon laquelle

²⁹⁰³ *Ibid.*, p. 710, n. trad.

²⁹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 711-743.

²⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 686, n. trad.

²⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 706, n. trad.

²⁹⁰⁷ R. D. SLOANE, « Prologue to a Voluntarist War Convention », *Michigan Law Review*, vol. 106, n°3, 2007, p. 452, n. trad.

²⁹⁰⁸ M. KALDOR, *New & Old Wars. Organised Violence in a Global Era*, 3ème éd., Cambridge, Polity Press, 2012.

²⁹⁰⁹ V. not. C. CHINKIN, M. KALDOR, *International Law and New Wars*, Cambridge, C.U.P., 2017, not. pp. 227-335.

²⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 244. V. ég. G. S. CORN, « *Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict* », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 40, n°2, 2007, not. pp. 300-310.

la guerre contre al-Qaida n'est ni un CAI, s'agissant d'un réseau terroriste et non d'un État, ni un CANI, al-Qaida disposant d'une dimension internationale et transfrontière²⁹¹¹. Par ailleurs, tout le débat autour des conflits armés asymétriques, opposant des forces aux moyens militaires inégaux, s'inscrit aussi dans la rhétorique de la sur-exception qui fut celle de l'administration Bush²⁹¹². Par exemple, dans l'ouvrage collectif dirigé par William C. Banks au titre évocateur (*New Battlefields/Old Laws*), on retrouve l'idée que le droit de la guerre fait face à de « [n]ouvelles circonstances » (la multiplication des conflits asymétriques) et que « [l]es lois existantes ne sont pas adaptées à la prise en compte de ces asymétries »²⁹¹³. Le droit fait ainsi face à une nouvelle forme de guerre, ce qui implique de « repenser le droit »²⁹¹⁴, les États ne pouvant plus combattre effectivement dans le cadre tracé par les règles en vigueur²⁹¹⁵.

*

904. Conclusion de la Sous-section 1. S'il est indubitable que le droit de la guerre moderne n'échappe pas à la problématique des circonstances exceptionnelles, dans la mesure où ce droit d'exception est lui-même susceptible d'être confronté à des contextes imprévus et urgents qui déstabilisent les calculs réalisés par les rédacteurs des traités, il faut distinguer les différentes dimensions de mise en échec du droit de la guerre. À un niveau basal, microscopique, seules les règles formelles du droit de la guerre sont susceptibles d'être défaites par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles : ce scénario ne concerne ni les règles instrumentales, qui ne prescrivent aucun comportement prédéterminé dont des circonstances exceptionnelles pourraient révéler l'impossibilité pratique, ni les règles hybrides, qui prévoient l'hypothèse de leur propre défaisabilité au travers des clauses d'exception. Mais si seules les règles formelles du *jus in bello* peuvent faire l'objet de sur-exceptions, il faut préciser que toutes les règles formelles du *jus in bello* sont susceptibles d'être défaites par des circonstances exceptionnelles. En effet, il en va de la logique même de l'énonciation des règles formelles, qui se bâissent sur la base d'un raisonnement

²⁹¹¹ Sur cet argument, v. *supra*, § 990.

²⁹¹² Sur ce débat, v. E. BENVENISTI, « The Legal Battle... », *op. cit.*, pp. 339-359.

²⁹¹³ W. C. BANKS, « Toward an Adaptive International Humanitarian Law. New Norms for New Battlefields », in W. C. BANKS (dir.), *New Battlefields/Old Laws. Critical Debates on Asymmetric Warfare*, New York, Columbia University Press, coll. « Columbia Studies in Terrorism and Irregular Warfare », 2011, p. 2, n. trad.

²⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 4, n. trad.

²⁹¹⁵ La rhétorique du second volume est essentiellement la même. V. W. C. BANKS, « Introduction. Shaping a Global Legal Framework for Counterinsurgency: Placing Postmodern War in Context », in W. C. BANKS, *Counterinsurgency Law. New Directions in Asymmetric Warfare*, Oxford, O.U.P., coll. « Terrorism and Global Justice », 2013, pp. vii-xxii, not. p. xiii (« [t]he outdated legal framework for conventional armed conflicts has compromised our settling on strategy and its core normative elements. (...) There are gaps, lacunae, and needs for clarification in deciding what law applies to postmodern warfare »).

probabiliste sur la manière dont les hommes devraient se comporter. Or, ces raisonnements probabilistes sont par définition susceptibles d'être rendus caducs par des circonstances extraordinaires révélant l'impossibilité, dans certains cas particuliers, de suivre les voies d'action prescrites par le droit. De plus, l'histoire du droit de la guerre moderne démontre que ce *corpus juris* est susceptible d'être défait à une échelle macroscopique, celle du régime juridique lui-même. À chaque fois, l'argument est le même : le *jus in bello*, pensé pour encadrer certains types de guerre, voit son application rendue impossible par l'émergence de nouvelles formes de conflictualité qui ne correspondent pas au cas paradigmique envisagé à la base. Ceci étant posé, il reste à explorer plus en avant cette « mise en échec » des règles formelles. Car à chaque fois, l'impossibilité d'appliquer le droit de la guerre est liée à un argument sous-jacent : la préservation de certains intérêts jugés supérieurs. Distinguer ces différents intérêts revient à distinguer les différents niveaux de la sur-exception.

Sous-section 2. – Les niveaux de la sur-exception : de la protection des soldats à la survie de l'État

905. Le problème de la sur-exception surgit lorsque des circonstances particulières révèlent l'impossibilité de se conformer à certaines prescriptions juridiques en raison du contexte exceptionnel auquel le sujet de droit fait face. Cependant, cette « impossibilité » n'est pas une impossibilité au sens strict, car le sujet de droit n'est jamais physiquement empêché de se conformer au droit de la guerre²⁹¹⁶. Il s'agit plutôt d'une impossibilité métaphorique, mettant en lumière le fait que le respect du droit est susceptible de mettre en danger certains intérêts²⁹¹⁷. Or, ces intérêts sont de nature et d'importance variables, ce qui montre que la sur-exception est susceptible de se matérialiser à différents niveaux. En pratique, la sur-exception au droit de la guerre est susceptible de se matérialiser à un niveau individuel, tactique, stratégique ou politique (§ I), étant entendu que ces quatre niveaux de la sur-exception sont interdépendants (§ II).

²⁹¹⁶ Sur le fait qu'il existe toujours plusieurs options disponibles, de sorte qu'il n'est jamais « nécessaire » de se comporter d'une manière plutôt que d'une autre, v. *supra*, Chapitre 2, § 271.

²⁹¹⁷ Dans les développements qui suivent, il ne sera pas question de l'hypothèse où l'impératif de respecter le *jus in bello* est susceptible de compromettre des intérêts dits « humanitaires ». Il peut en effet arriver que le droit de la guerre prescrive certains comportements qui, dans certaines circonstances exceptionnelles, se révèlent globalement néfastes en termes de souffrance globale infligée : il faudrait donc déroger au droit de la guerre pour adopter d'autres comportements que ceux prescrits par le droit, plus respectueux de la vie humaine. Cette hypothèse est notamment développée par G. BLUM, « The Laws of War and the "Lesser Evil" », *Yale Journal of International Law*, vol. 35, n°1, 2010, pp. 1-69. Ici, il ne sera question que de l'hypothèse où le respect strict du droit de la guerre est susceptible de mettre en danger les intérêts de l'État ou de ses agents.

§ I. – Sur-exception individuelle, tactique, stratégique et politique : analyse des différents niveaux de la sur-exception

906. Chaque cas de sur-exception met en scène l'impossibilité de se conformer au droit de la guerre sans sacrifier d'importants intérêts. À ce titre, il est possible de distinguer quatre niveaux de la sur-exception au droit de la guerre, qui seront exposés dans l'ordre croissant de gravité des intérêts mis en cause : le niveau individuel (mise en danger de la vie des soldats), le niveau tactique (mise en danger de la réussite d'une mission), le niveau stratégique (mise en danger de l'hypothèse de la victoire sur l'ennemi) et le niveau politique (mise en danger d'intérêts politiques essentiels)²⁹¹⁸.

907. Premièrement, la sur-exception se matérialise au **niveau individuel** lorsque des circonstances exceptionnelles placent les soldats face à la nécessité de violer les règles du droit de la guerre pour *préserver leur propre vie dans une situation de danger extrême*. Il s'agit du premier degré de la sur-exception, celui où l'intérêt mis en cause par le strict respect du droit (la vie de soldats) est le moins important dans l'échelle de la gravité. En effet, dans la guerre, la mort des combattants est une hypothèse probable que les soldats, les chefs militaires et les responsables politiques acceptent assez facilement²⁹¹⁹. Deux exemples illustreront ce cas de figure.

908. Dans le premier exemple, un soldat se retrouve perdu et isolé en territoire ennemi à la suite d'un affrontement. Fuyant les forces à sa poursuite, ce soldat cherche à leur échapper par tout moyen, car il est bien établi que l'armée ennemie ne fait pas de quartier et, dans de nombreux cas, soumet les combattants ennemis à des traitements inhumains. Alors que les forces poursuivantes se rapprochent, ce soldat identifie une habitation devant laquelle un véhicule est garé. Il entre par effraction dans la maison et trouve le propriétaire du véhicule, mais celui-ci refuse obstinément de lui donner les clés. Ici, le droit imposerait de ne pas contraindre par la violence le propriétaire du véhicule et de trouver une solution alternative

²⁹¹⁸ On retrouve cette distinction quadripartite dans M. HUBER, « Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison », *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, vol. 13, 1913, pp. 354-355, où l'auteur distingue le niveau politique de la nécessité d'État (*Staatsnotwendigkeit*), le niveau stratégique de la nécessité de guerre (*Kriegsnotwendigkeit*), le niveau tactique de la nécessité militaire (*militärische Notwendigkeit*) et le niveau individuel de l'état de nécessité (*Notstand*).

²⁹¹⁹ Certains écrits récents remettent cependant en cause l'idée que la préservation de la vie des soldats constituerait un intérêt négligeable en temps de guerre. V. p. ex. G. BLUM, « The Dispensable Lives of Soldiers », *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n°1, 2010, pp. 69-124 ; F. MÉGRET, « "We Will Not Go to the Trenches!" The "fusillés pour l'exemple", Military Disobedience, and Soldiers' Right to Life », *Peace & Change*, vol. 47, n°2, 2022, pp. 97-117.

(se cacher, continuer la fuite à pied, etc.). En effet, le fait de commettre intentionnellement des actes de violence à l'encontre des personnes civiles est un acte absolument interdit, que celui-ci soit commis dans le cadre d'un CAI²⁹²⁰ ou d'un CANI²⁹²¹, et constitue un crime de guerre²⁹²². Or, dans l'hypothèse où les forces poursuivantes sont désormais à portée de vue et qu'il ne reste plus que quelques secondes pour espérer s'évader, le soldat fait face à un dilemme. Faut-il préférer respecter le droit de la guerre et s'abstenir de commettre un crime de guerre, quitte, pour le soldat, à y laisser la vie ? Ou bien faut-il violer le droit et commettre un crime de guerre (le meurtre d'une personne civile) afin d'échapper à une mort certaine²⁹²³ ?

909. Le second exemple est celui de l'affaire du *Peleus*²⁹²⁴. Dans la nuit du 13 au 14 mars 1944, un sous-marin allemand naviguant dans l'océan Atlantique coula un navire marchant grec (le *Peleus*) affrété par le *Ministry of War Transport* britannique. La majorité des membres de l'équipage parvint à embarquer sur des canots de sauvetage. Or, se trouvant sur le théâtre d'opération où la surveillance aérienne des Alliés était la plus forte²⁹²⁵, le commandant jugea que les canots de sauvetages étaient un danger pour ses hommes. En effet, leur simple présence indiquait à l'aviation alliée l'emplacement exact du naufrage, et donc la zone de présence du sous-marin²⁹²⁶. De plus, ces canots pouvaient contenir des moyens de communication permettant d'alerter des renforts²⁹²⁷. Ayant émergé à la surface pour interroger l'un des membres de l'équipage sur le nom du navire, l'équipage du *U-boat*

²⁹²⁰ CG IV, art. 27 (« [l]es personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne (...). Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ») et art. 147 (qui qualifie d'infraction grave le « fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé » à l'encontre des personnes protégées par la Convention).

²⁹²¹ CG 1949, art. 3 commun, § 1, a) (qui prohibe « en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes [qui ne participent pas directement aux hostilités] (...) les atteintes portées à (...) l'intégrité physique »); PA II, art. 4, § 2, a) (qui prohibe « en tout temps et en tout lieu à l'égard des personnes [qui ne participent pas directement aux hostilités] les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique »).

²⁹²² V. *Statut de Rome*, art. 8, § 2, a), iii) (qui qualifie de crime de guerre dans les CAI « [l]e fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ») et art. 8, § 2, c), i) (qui qualifie de crime de guerre dans les CANI couverts par l'article 3 commun aux CG le « [l]es atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle »).

²⁹²³ Le mot « certain » est utilisé ici par facilité de langage, car aucun événement n'est jamais « certain » avant de s'être produit. En effet, le monde social échappe au domaine de la causalité (sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, § 271). Ici, on pourrait tout à fait imaginer que le soldat en fuite parvienne *in fine* à survivre quand bien même il aurait pris la décision de ne pas se saisir des clés du véhicule par la force (par exemple dans le cas où des hélicoptères de combat passeraient par hasard au-dessus de la zone, engageraient les forces ennemis et permettraient au soldat de s'échapper).

²⁹²⁴ ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, arrêt du 17-20 oct. 1945, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 1, Londres, H. M. Stationery Office, 1947, pp. 1-21.

²⁹²⁵ O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit., p. 392.

²⁹²⁶ ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, op. cit., p. 15.

²⁹²⁷ *Ibid.*

se trouvait dans une situation de grand danger²⁹²⁸, d'autant plus marquée dans un contexte stratégique défavorable à l'Allemagne, où tout devait être mis en œuvre pour épargner les hommes et sauver les matériels²⁹²⁹. Dans une telle situation, le droit de la guerre interdit absolument de détruire toutes les traces du naufrage, et notamment d'exécuter les survivants afin de maximiser les chances de survie de l'équipage du sous-marin. Un tel acte constitue un crime de guerre, ce pour quoi quatre membres de l'équipage, dont le commandant, furent poursuivis²⁹³⁰. Or, ayant ordonné l'exécution des naufragés, le commandant du sous-marin plaida que « *l'élimination des traces du Peleus était nécessaire sur le plan opérationnel pour sauver le U-boat* »²⁹³¹. Si l'on suit son argumentaire, le commandant a donc fait face au dilemme suivant : fallait-il respecter strictement les prescriptions du droit de la guerre, quitte à minimiser drastiquement les chances de survie des soldats ? Ou bien fallait-il violer le droit de la guerre afin de maximiser les possibilités d'échapper à la mort ?

910. Deuxièmement, la sur-exception se matérialise à un **niveau tactique** lorsque des circonstances exceptionnelles placent une unité militaire face à la nécessité de violer le droit de la guerre pour permettre la réalisation opérationnelle d'une mission²⁹³². Le niveau tactique peut aisément être confondu avec le niveau individuel, car la réussite d'une mission suppose nécessairement la survie des soldats chargés de la mener à bien²⁹³³. Néanmoins, ces deux plans doivent être distingués car les intérêts en cause ne sont pas les mêmes : dans un cas, il s'agit simplement d'assurer la survie des soldats (niveau individuel), dans l'autre, il s'agit de permettre le succès d'une opération militaire (niveau tactique). De plus, la sur-exception tactique met en jeu des intérêts plus importants que la sur-exception individuelle. En effet, pour les militaires, la réussite tactique d'une opération est généralement plus importante que la préservation de la vie des soldats, sans quoi très peu d'opérations militaires engageant des vies humaines seraient menées²⁹³⁴. Ce type de sur-exception peut être illustré

²⁹²⁸ En ce sens, v. p. ex. T. TAYLOR, *Nuremberg and Vietnam*, *op. cit.*, p. 37 (« [r]adar, sonar, convoys and long-range aircraft rapidly advanced the techniques of antisubmarine warfare to such a point that it was virtual suicide for a submarine to surface anywhere near its target, let alone to remain in the vicinity for rescue operations »).

²⁹²⁹ O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, *op. cit.*, p. 389.

²⁹³⁰ ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, *op. cit.*, p. 2.

²⁹³¹ *Ibid.*, p. 4, n. trad. Le fait que les accusés se défendent sur le fondement de la doctrine de la *Kriegsräson* distingue cette affaire d'autres affaires similaires. V. not. REICHSGERICHT, *Diltmar and Boldt (Llandover Castle Case)*, arrêt du 16 juil. 1921, *in A.J.I.L.*, vol. 16, n°4, 1922, pp. 708-724 ; ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *In Re Moehle (Laconia Order Case)*, arrêt du 16 oct. 1946, *in I.L.R.*, vol. 13, 1951, pp. 246-248.

²⁹³² Sur la distinction entre le niveau tactique et le niveau stratégique, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 156-157.

²⁹³³ Nous reviendrons sur ce point, v. *infra*, § 924.

²⁹³⁴ Ceci ne vaut évidemment qu'à titre général. En pratique, ces impératifs doivent être mis en balance au cours d'un calcul coût/avantage : certaines missions particulièrement importantes justifient d'exposer de nombreux soldats à la mort, alors que d'autres missions moins importantes peuvent être annulées s'il s'avère que le *ratio mort/succès* excède un certain niveau.

au travers de l'opération *Red Wings*, une opération menée par les forces armées états-uniennes entre fin juin et mi-juillet 2005 dans les montagnes de l'Hindi Kouch en Afghanistan²⁹³⁵.

911. Conçue dans un contexte global de pacification de l'Afghanistan (et notamment de la province de Kunar, où la résistance insurgée était la plus forte), l'objectif de l'opération *Red Wings* était de capturer ou neutraliser Ahmad Shah, le chef d'une cellule insurgée forte d'une centaine de membres et responsable de plusieurs actions meurtrières contre les forces de la coalition. Alors que les agents du renseignement avaient d'énormes difficultés à localiser Ahmad Shah, celui-ci se déplaçant constamment de village en village, ils finirent par identifier des *safe houses* dans le village de Chichal où, selon les renseignements, celui-ci se rendait généralement vers la fin du mois de juin. Le plan de l'opération consistait à envoyer une unité de quatre *Navy SEAL* dans les montagnes en surplomb du village afin de pouvoir confirmer la présence de la cible. Une fois la cible identifiée par les forces spéciales, une compagnie de *Marines* serait insérée sur zone et se chargerait de capturer ou de neutraliser Ahmad Shah. La réussite de cette mission supposait ainsi une très grande discréetion de la part des *Navy SEAL*²⁹³⁶, qui devraient observer le village pendant quatre nuits maximum au cœur d'une zone contrôlée par l'ennemi. Ils seraient par conséquent « *en permanence en danger de mort* »²⁹³⁷.

912. Le jour J, l'équipe de *Navy SEAL* fut insérée dans les montagnes de l'Hindi Kouch. Après avoir marché six kilomètres, ils finirent par trouver un point d'observation en surplomb du village²⁹³⁸. Alors qu'ils observaient le village, les forces spéciales se firent surprendre par trois fermiers afghans accompagnés d'une centaine de chèvre. Selon le seul survivant de cette opération, les bergers marquèrent leur hostilité vis-à-vis des forces états-uniennes, sans faire preuve d'aucune agressivité²⁹³⁹. Naquit ainsi dans l'esprit des forces

²⁹³⁵ Sur cette opération, v. E. DARACK, *Victory Point: Operations Red Wings and Whalers. The Marine Corps' Battle for Freedom in Afghanistan*, New York, Berkley Caliber, 2009. Cette opération est racontée par le seul opérateur y ayant survécu dans M. LUTTRELL, *Le survivant*, *op. cit.*

²⁹³⁶ M. LUTTRELL, *Le survivant*, *op. cit.*, p. 159 (« [n]ous devions (...) nous faire plus discrets que nous ne l'avions jamais été »).

²⁹³⁷ *Ibid.*, p. 161.

²⁹³⁸ *Ibid.*, p. 175 (« [le point d'observation] était parfait, mais également très dangereux. Si nous étions attaqués, en particulier au cours de la nuit, nous n'aurions pas d'autre choix que de nous battre pour nous en sortir. (...) Il n'y avait pas d'autre voie s'évasion que le sentier que nous avions pris pour venir jusque-là. Un stratège tel que [Ahmad Shah] pouvait nous bloquer là-haut, sur ce piton rocheux et désertique, et il nous faudrait tuer un bon paquet de gars avant de pouvoir nous échapper (...). Mais du seul point de vue de l'observation, cette position n'en était pas moins parfaite, avec la meilleure vue qu'une équipe de surveillance ait pu rêver »).

²⁹³⁹ *Ibid.*, pp. 177-178.

spéciales la possibilité que ces bergers soient affiliés à un groupe insurgé et qu'ils soient tenus « *d'informer les chefs talibans de tout ce qu'ils voyaient de suspect dans les montagnes* »²⁹⁴⁰. Le fait d'avoir été repérés en plein cœur du territoire ennemi, dans une zone grouillant d'insurgés, plaçait les forces spéciales dans une situation de danger extrême²⁹⁴¹. La possibilité de tuer ces bergers et de dissimuler leurs corps fut discutée par les opérateurs, dont plusieurs conclurent qu'il s'agissait de la « *bonne décision* »²⁹⁴². Or, du point de vue juridique, le fait de mettre à mort ces personnes civiles constitue un acte illicite²⁹⁴³ qualifié de crime de guerre²⁹⁴⁴. Dans une telle situation, le droit prescrit de relâcher les bergers²⁹⁴⁵. Cependant, une telle action aurait entraîné des « *conséquences (...) inacceptables* »²⁹⁴⁶ sur le plan militaire : ceci aurait non seulement exposé les soldats à un danger de mort probable²⁹⁴⁷, mais il aurait en plus fallu abandonner une mission visant à placer hors d'état de nuire un chef insurgé de premier plan, qui sera qualifié plus tard de « *terroriste le plus recherché de la province de Kunar* »²⁹⁴⁸. Les forces spéciales firent ainsi face à un dilemme, que l'on peut exprimer dans les termes suivants : devaient-elles respecter strictement le droit de la guerre, quitte à mettre en danger leur vie et la réalisation d'une mission importante en vue de la pacification de l'Afghanistan ? Ou bien devaient-elles faire fi de ce qu'un l'un des opérateurs décrit comme des « *règles complètement déconnectées de la réalité* »²⁹⁴⁹ et mener l'opération à son terme, quitte à commettre un crime de guerre ? En l'occurrence, les *Navy SEAL* firent le choix du droit et relâchèrent les bergers. Quelques dizaines de minutes plus tard, ils furent attaqués par une centaine de combattants insurgés. Trois des quatre opérateurs

²⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 178. V. également *ibid.*, p. 148 (où l'auteur insiste sur la difficulté, réelle ou fantasmée, qu'il y avait alors à distinguer les combattants insurgés des simples civils : « *le civil désarmé* » peut être « *un espion très habile au service des forces illégales que nous tentions d'éradiquer* », et il faut donc se méfier de « *tous les soldats de cette armée secrète, éparpillée et dangereuse, qui grouillent dans les montagnes d'Afghanistan en faisant semblant d'être des civils* »).

²⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 179 (« [s]i ces Afghans nous dénonçaient, nous avions tous de bonnes chances de finir mort, là, sur ce promontoire rocheux rôti par le soleil, (...) à des années-lumière de toute aide. (...) Nous savions tous que [Ahmad Shah] comptait entre quatre-vingts et deux cents hommes armés. Je me rappelle avoir coupé la poire en deux et m'être demandé quelles seraient nos chances à cent quarante contre quatre. À trente-cinq contre un. Des chances plutôt faibles »).

²⁹⁴² *Ibid.*, p. 178.

²⁹⁴³ CG 1949, art. 3 commun, § 1, a) (« *sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes [qui ne participent pas directement aux hostilités] : a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes (...)* »).

²⁹⁴⁴ *Statut de Rome*, art. 8, § 2, c), i).

²⁹⁴⁵ Ceux-ci auraient également pu être menottés et privés de liberté le temps que les forces spéciales s'enfuient ou établissent une nouvelle position plus loin, mais les soldats ne disposaient pas de cordes pour immobiliser les bergers (M. LUTTRELL, *Le survivant*, *op. cit.*, p. 181). De plus, il était prévu que les forces spéciales restent quatre nuits maximum sur place, de sorte que le non-retour des bergers dans leurs familles durant cette période aurait immanquablement donné lieu à des recherches et aurait mis en péril la mission et la vie des opérateurs (*ibid.*, p. 178).

²⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 181.

²⁹⁴⁷ *Le Survivant* présente uniquement cette situation comme une sur-exception individuelle, où la stricte conformité aux prescriptions du droit expose la vie des soldats (v. *ibid.*, pp. 149 et 178-181), et non comme une sur-exception tactique, ce qu'elle est également puisqu'ici, à l'inverse de l'affaire du *Peleus*, la mission n'a pas encore été menée à bien.

²⁹⁴⁸ T. REALS, S. YOUSAFZAI, « Infamous Taliban Leader Killed in Pakistan », *CBS News*, 16 avr. 2008.

²⁹⁴⁹ M. LUTTRELL, *Le survivant*, *op. cit.*, p. 185.

périrent dans le combat, ainsi que seize membres de la *Quick Reaction Force* venue les secourir.

913. Troisièmement, la sur-exception se déploie au **niveau stratégique** lorsque des circonstances exceptionnelles placent le commandement militaire face à la nécessité de violer le droit de la guerre pour *vaincre la résistance de l'ennemi et mettre fin à la guerre*. Ici, il n'est plus question de garantir le succès opérationnel d'une mission en particulier, mais de la guerre en général. La sur-exception stratégique est donc celle dans laquelle un contexte particulier rend impossible de soumettre la volonté de l'ennemi tout en se conformant strictement aux prescriptions du droit de la guerre. Ce type de sur-exception peut être illustré au travers du bombardement stratégique déployé par le Royaume-Uni au cours de la Seconde Guerre mondiale, et plus particulièrement à partir de juin 1940.

914. Lorsque la France et le Royaume-Uni déclarent la guerre à l'Allemagne nazie en septembre 1939, le bombardement stratégique n'est pas encore à l'ordre du jour pour la *Royal Air Force*²⁹⁵⁰. Le gouvernement britannique accéda même à la requête du président Roosevelt, formulée le 1^{er} septembre 1939, demandant que les belligérants ne se livrent pas une guerre aérienne illimitée qui mettrait en danger la population civile²⁹⁵¹. Ce n'est qu'à l'issue de la Bataille de France, débutée le 10 mai 1940 avec l'invasion des Pays-Bas, du Luxembourg, de la Belgique et de la France par l'Allemagne nazie que le commandement britannique s'interrogea sur les moyens d'action disponibles pour poursuivre la guerre. En effet, la fin de cette bataille marque le début de l'occupation de tout le nord de l'Europe occidentale par les troupes allemandes. Les forces françaises sont repoussées plus au sud, et Paris tombe le 14 juin 1940. L'armistice sera signé le 22 juin 1940 par le gouvernement du maréchal Pétain. Les troupes britanniques, quant à elles, sont forcées de battre en retraite et de rembarquer depuis Dunkerque vers le Royaume-Uni au début du mois de juin 1940. À partir de ce moment, les Britanniques sont seuls dans la guerre. La France, seul pays à pouvoir résister militairement à l'Allemagne sur le continent, a capitulé, et les États-Unis d'Amérique n'entreront en guerre qu'en décembre 1941.

²⁹⁵⁰ Sur ce point, v. p. ex. O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit., p. 78 ; A. J. LEVINE, *The Strategic Bombing of Germany, 1940-1945*, Westport/Londres, Praeger, 1992, pp. 21-25.

²⁹⁵¹ A. J. LEVINE, *The Strategic Bombing of Germany*, op. cit., p. 21.

915. À cette époque, les choix stratégiques dont disposent les Britanniques pour poursuivre la guerre sont extrêmement limités. Une offensive terrestre est hors de question, car le Royaume-Uni ne dispose tout simplement pas des forces suffisantes pour vaincre l'imposante *Wehrmacht*. L'issue du conflit ne passera pas non plus par la guerre maritime, l'Allemagne n'étant pas un pays insulaire pouvant être soumis à un blocus efficace et susceptible de faire gagner la guerre à lui seul. Reste alors l'arme aérienne, unique option disponible pour poursuivre la guerre. Comme le relève un historien de la Seconde Guerre mondiale,

(...) après que [la Bataille de France] fut terminée, les bombardiers représentaient l'unique arme offensive que les Alliés, ou ce qu'il en restait, avaient. La Grande-Bretagne était seule ; le *Bomber Command* était le seul moyen, même s'il était pitoyablement inefficace, dont elle disposait pour frapper l'Allemagne²⁹⁵².

À la fin de juin 1940, le gouvernement britannique décida donc d'employer l'arme aérienne contre l'Allemagne nazie. Cependant, à ce moment du conflit, la précision des bombardements était extrêmement faible²⁹⁵³. Les essais réalisés antérieurement contre la marine allemande s'étaient révélés très peu concluants²⁹⁵⁴, et le rapport Butt, qui sera publié en août 1941, révélera que seuls deux avions sur trois parvenaient effectivement jusqu'à la cible et que sur ce nombre, un tiers seulement larguait ses bombes à moins de 8 kilomètres du point visé²⁹⁵⁵. De plus, les appareils étaient obligés de voler de nuit à haute altitude pour éviter de trop nombreuses pertes causées par la *Flak*, la défense anti-aérienne allemande, ce qui diminuait d'autant plus la précision des tirs²⁹⁵⁶. Il devint donc rapidement évident que, s'ils en venaient à être utilisés, les bombardiers « *ne pourraient raisonnablement viser de cible plus petite qu'une assez grande ville* »²⁹⁵⁷. S'imposa alors la décision de procéder au bombardement indiscriminé des villes allemandes dans le but de répandre la terreur au sein de la population civile qui, espérait-on, forcerait le gouvernement allemand à la capitulation²⁹⁵⁸. Winston Churchill put ainsi écrire, le 8 septembre 1940, que le seul moyen d'écraser l'Allemagne d'Hitler consistait à mener « *une attaque absolument dévastatrice*,

²⁹⁵² *Ibid.*, n. trad.

²⁹⁵³ O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit., p. 398.

²⁹⁵⁴ A. J. LEVINE, *The Strategic Bombing of Germany*, op. cit., pp. 21-22.

²⁹⁵⁵ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 349.

²⁹⁵⁶ A. J. LEVINE, *The Strategic Bombing of Germany*, op. cit., pp. 22-25.

²⁹⁵⁷ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 349.

²⁹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 346-347.

exterminatrice, menée par des bombardiers lourds de ce pays sur la mère-patrie nazie »²⁹⁵⁹. Dans l'esprit des chefs militaires, seule l'arme aérienne permettait encore à cette époque d'espérer gagner la guerre²⁹⁶⁰.

916. Or, sur le plan du droit de la guerre, le bombardement indiscriminé des villes ennemis dans le but de répandre la terreur constitue un acte illicite, puisqu'il contrevient au principe d'immunité de la population civile²⁹⁶¹. Le droit de la guerre imposerait donc de ne pas employer ce moyen d'action et de recourir à une stratégie alternative. Cependant, cette stratégie constituait *déjà* une stratégie alternative²⁹⁶² : elle fut prise « *quand aucune autre décision ne semblait possible, si l'on voulait mener une offensive militaire, quelle qu'elle fût, contre l'Allemagne nazie* »²⁹⁶³. Le bombardement stratégique apparaissait ainsi, pour reprendre les termes d'Arthur Harris, le commandant en chef du *Bomber Command*, comme le seul moyen de « *mener une action offensive contre l'Allemagne, [le] seul moyen de toucher l'ennemi de façon à le gêner un tant soit peu* »²⁹⁶⁴. Il s'agissait également du seul moyen pour venir en aide aux forces armées russes sur le front de l'Ouest et d'aider les forces alliées engagées au Moyen-Orient²⁹⁶⁵. Dès lors, dans ce cas précis, le commandement militaire britannique fit face à un cas de sur-exception stratégique. En effet, de cette situation naquit un dilemme pour les forces britanniques : fallait-il respecter strictement les prescriptions du droit de la guerre, quitte à abandonner la guerre et, par-delà, abandonner toute chance de vaincre l'Allemagne nazie ? Ou bien fallait-il procéder au bombardement indiscriminé des villes allemandes pour garder l'espoir de vaincre Hitler et ses hommes, quitte à commettre ce qui s'apparente bien à un crime de guerre ?

²⁹⁵⁹ A. J. LEVINE, *The Strategic Bombing of Germany*, op. cit., p. 25.

²⁹⁶⁰ *Ibid.* (où l'auteur cite Winston CHURCHILL, pour qui « [t]he Navy can lose us the war, but only the Air Force can win it »).

²⁹⁶¹ On peut néanmoins s'interroger sur la question de savoir si ce principe était encore en vigueur à l'époque. Sur ce point controversé, v. *supra*, Chapitre 3, §§ 434-438. À l'issue de la Seconde Guerre mondiale, le Tribunal du district de Tokyo, dans la célèbre affaire *Shimoda*, refusa d'admettre l'idée que le principe de distinction serait tombé en désuétude à la suite des bombardements stratégiques opérés notamment par les Alliés au cours du conflit de 1939-1945. L'interdiction d'attaquer délibérément la population civile était donc, selon le Tribunal, toujours en vigueur (JAPON, TOKYO DISTRICT COURT, *R. Shimoda et al. v. The State et al.*, op. cit., pp. 239-240). À l'inverse, dans l'affaire des *Einsatzgruppen*, un tribunal militaire étatsunien de Nuremberg jugea que le bombardement des villes constituait « *an act of legitimate warfare* » (ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Otto Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen Case)*, op. cit., p. 467).

²⁹⁶² O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit., p. 389.

²⁹⁶³ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 350

²⁹⁶⁴ A. HARRIS, *Bomber Offensive*, préf. N. ASSHETON, Toronto, Stoddart, 1990 [1947], p. 74, cité et trad. in *ibid.*, p. 350. V. également les propos de Winston CHURCHILL, cité in A. J. LEVINE, *The Strategic Bombing of Germany*, op. cit., p. 25 (« *[w]e must be able to overwhelm them by this means, without which I do not see a way through* »).

²⁹⁶⁵ A. HARRIS, *Bomber Offensive*, op. cit., p. 74.

917. Enfin, la sur-exception se matérialise au **niveau politique** lorsque des circonstances exceptionnelles révèlent l'impossibilité de se conformer strictement aux prescriptions du droit sans mettre en cause des intérêts politiques essentiels. Il faut rappeler, à ce titre, que la guerre n'est jamais une fin en soi : elle n'est qu'un moyen en vue de la réalisation d'objectifs politiques²⁹⁶⁶. Dès lors, la défaite sur le plan militaire est toujours aussi une défaite sur le plan politique car, en échouant à briser la volonté de l'ennemi, on échoue à lui imposer la décision politique ayant motivé le recours initial à la force armée. La guerre met donc toujours en jeu des intérêts politiques.

918. Cependant, il va de soi que les intérêts politiques poursuivis par la guerre peuvent être plus ou moins importants en fonction du type de guerre menée. À un extrême du spectre, on retrouve les guerres menées pour des objectifs politiques *limités*, dans lesquelles les enjeux politiques demeurent relativement faibles. Par exemple, on peut raisonnablement arguer que la guerre menée par les forces françaises au Sahel dans le cadre des opérations Serval (2013-2014) puis Barkhane (2014-2022) était une guerre limitée, ne mettant pas en jeu des intérêts vitaux pour la France : il s'agissait tout d'abord d'éviter l'effondrement du gouvernement malien en stoppant l'offensive des groupes insurgés vers Bamako (opération Serval), puis de vaincre les groupes armés sévissant dans la bande sahéli-saharienne (opération Barkhane). Ainsi, cette guerre n'étant pas menée au nom d'intérêts politiques existentiels ni même majeurs, une défaite sur le plan militaire n'aurait pas entraîné de conséquences suprêmement importantes pour l'État français. À l'autre extrême du spectre se trouvent les guerres menées pour un objectif politique *total*, dans lesquelles les enjeux deviennent existentiels : vaincre l'ennemi sur le plan militaire est, littéralement, une question de vie ou de mort pour la communauté politique. Tel fut le cas, par exemple, de la guerre menée par les Forces d'autodéfense du Rojava contre l'État islamique en Syrie et au Levant (Daesh). En effet, dans cette guerre, les forces kurdes jouaient leur survie même : confrontées à un ennemi qui avait pour objectif avoué de conquérir leur territoire et d'exterminer ou d'asservir tous les mécréants (« كافر ») qui s'y trouvaient, les Kurdes percevaient la guerre contre Daesh comme un conflit existentiel, aux enjeux incommensurables²⁹⁶⁷. De même, la guerre menée par les Alliés contre l'Allemagne nazie

²⁹⁶⁶ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1, § 162.

²⁹⁶⁷ Un combattant Kurde engagé dans cette guerre en décrit les enjeux dans les termes suivants : « si vous m'aviez vu à l'époque, allongé tout seul dans les ruines glaciales de Kobané, à moitié mort de faim, attendant pendant des jours pour prendre d'un seul coup de feu un seul homme de l'armée adverse, je pense que vous auriez compris. C'était une question de liberté, et il s'agissait de ne jamais renoncer. (...) Les djihadistes pensaient que la sainteté surnaturelle de

est souvent décrite comme une guerre à l'enjeu total, dont les conséquences finales d'une défaite « étaient littéralement incalculables, d'une horreur que l'on ne peut mesurer »²⁹⁶⁸.

Entre ces deux extrêmes, on trouve toute une palette de guerres, mettant en jeu des intérêts plus ou moins importants : un ajustement territorial, le paiement d'indemnités, le contrôle de ressources naturelles, un changement de régime politique, la conquête de nouvelles terres, la libération d'otages, la défense de ressortissants situés en territoire étranger, etc. De plus, l'évaluation des intérêts politiques en jeu dans la guerre est toujours subjective, liée à la complexion affective de chacun – les Nazis eux-mêmes voyaient la Seconde Guerre mondiale comme une question de vie ou de mort (culturelle) pour le peuple allemand, s'agissant de préserver son « espace vital » (*Lebensraum*). N'importe quelle guerre peut donc être présentée comme une guerre poursuivant un objectif total²⁹⁶⁹.

919. Le scénario de la sur-exception politique peut être illustré au travers du scénario fictif suivant. Une démocratie libérale, fait l'objet d'une agression militaire par ses trois voisins qui, acquis au fascisme, cherchent à imposer leur hégémonie sur la région. Leur projet stratégico-politique consiste à envahir les États alentour pour y imposer leur régime politique autoritaire, centré sur le pouvoir absolu du leader charismatique, et raciste, les dirigeants cherchant à purifier ethniquement la région. Or, dans la guerre contre les États fascistes, cet État ne peut attendre aucune aide extérieure. Il se retrouve « seul au monde », comme le Royaume-Uni entre fin juin 1940 et décembre 1941²⁹⁷⁰.

920. Or, cette démocratie libérale ne dispose d'aucune chance de vaincre l'ennemi en employant des moyens conventionnels. L'alliance fasciste surpassé ses capacité de résistance, qu'elles soient terrestres, maritimes ou aériennes. Quelques jours après le début de l'invasion, alors que les combats font rage aux frontières, une délégation de scientifiques de premier plan se présente auprès de l'état-major des armées pour proposer un moyen d'action stratégique radical : l'emploi massif d'une arme chimique. En effet, ces scientifiques ont travaillé dans le secret et mis au point un gaz neurotoxique ultra-puissant,

leur cause les dispensait de toute moralité terrestre. Démocratie, égalité, droits, tolérance, féminisme, liberté n'étaient que des beaux mots utilisés par Satan pour répandre sa corruption. Leur façon de libérer les gens était paradoxalement d'en faire des esclaves d'Allah. (...) C'était [sic] les enjeux de notre combat. Le progrès ou la régression. La lumière ou l'obscurité. La vie ou la mort » (A. CUDI, *Sniper. Ma guerre contre Daesh*, Paris, Nouveau Monde, 2023 [2019], pp. 30-31).

²⁹⁶⁸ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 344.

²⁹⁶⁹ Sur la subjectivité des valeurs, v. *infra*, Chapitre 8.

²⁹⁷⁰ Sur ce point, v. *supra*, § 1004-1005.

plus puissant encore que le gaz Sarin. Incolore et inodore, ce gaz se disperse dans l'atmosphère à une très grande vitesse, causant instantanément la mort de quiconque le respire, même en très faible quantité. Ce gaz peut être produit dans des quantités immenses en quelques jours et bombardé sur les centres vitaux de l'adversaire. L'état-major des armées estime très vite que, selon ses calculs, ce moyen d'action stratégique serait susceptible de renverser le cours de la guerre à lui seul.

921. Cependant, signataire de la Convention sur l'interdiction des armes chimiques de 1993, cet État s'est engagé « *à ne jamais, en aucune circonstance* »²⁹⁷¹, mettre au point ni employer d'armes chimiques²⁹⁷². L'emploi d'armes chimiques constitue par ailleurs un crime de guerre²⁹⁷³. Il s'agit, par ailleurs, d'une arme indiscriminée qui tue indistinctement les combattants et les civils²⁹⁷⁴. Le droit proscrit donc absolument l'emploi de cette arme. Or, dans ce scénario, il semble n'exister aucune stratégie alternative : cet État est incapable de rivaliser militairement contre trois États plus puissants, mieux préparés et mieux équipés. La guerre de guérilla serait envisageable, mais elle ne pourrait commencer qu'une fois le territoire national occupé par l'alliance fasciste, ce qui constituerait déjà une défaite, celle-ci pouvant commencer à transformer les institutions politiques et à mettre en place sa politique d'épuration ethnique. Ici, cet État fait donc face à une sur-exception politique. En effet, dans ces circonstances exceptionnelles, le droit de la guerre, par les interdictions d'utiliser certaines armes qu'il contient, met en danger la réalisation d'intérêts politiques essentiels. L'État fait face au dilemme suivant : faut-il suivre les prescriptions du droit de la guerre à la lettre et renoncer à l'emploi de l'arme chimique, quitte à signer l'arrêt de mort de cet État et, par-delà, des valeurs qu'il défend ? Ou bien faut-il employer l'arme chimique, seul et unique moyen d'assurer la survie de l'État et de ses valeurs, quitte à commettre un crime de guerre et à causer d'indécibles souffrances au sein de la population civile ennemie ?

922. De ce qui précède, il ressort qu'il faut distinguer les sur-exceptions au droit de la guerre en fonction du niveau auquel elles se matérialisent, ce qui revient à distinguer l'importance des intérêts que la stricte conformité au droit est susceptible de mettre en danger. En l'occurrence, quatre types de sur-exceptions peuvent être distinguées :

²⁹⁷¹ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, art. 1, § 1.

²⁹⁷² Ibid., art. 1, § 1, a) et b).

²⁹⁷³ Statut de Rome, art. 8, 2), b), xviii et art. 8, 2), e), xiv).

²⁹⁷⁴ PA I, art. 51, § 4, b) et c).

- *i)* celle dans laquelle il est impossible de se conformer au droit de la guerre sans mettre en danger la vie des soldats (sur-exception individuelle) ;
- *ii)* celle dans laquelle le respect du droit de la guerre fait échec à la réussite opérationnelle d'une mission (sur-exception tactique) ;
- *iii)* celle dans laquelle les prescriptions juridiques mettent en danger la possibilité même de vaincre l'ennemi (sur-exception stratégique) ; et
- *iv)* celle dans laquelle il est impossible de se confirmer aux règles du *jus in bello* sans abandonner des intérêts politiques essentiels, pouvant aller jusqu'à la survie même de l'État et de ses valeurs (sur-exception politique).

Or, ces différents niveaux de sur-exceptions, distincts sur le plan conceptuel, peuvent être difficiles à séparer en pratique du fait de leur interdépendance.

§ II. – L'interdépendance des niveaux de la sur-exception

923. S'il est important de distinguer les différents niveaux auxquels la sur-exception au droit de la guerre est susceptible de se matérialiser, il peut être difficile de les séparer clairement en pratique. Ceci s'explique par le fait que ces différents niveaux sont en réalité interdépendants.

924. Tout d'abord, il existe une connexion évidente entre le niveau individuel et le niveau tactique. En effet, la réussite opérationnelle d'une mission (niveau tactique) suppose très généralement la survie des soldats chargés de la mener à bien (niveau individuel). Ceci n'est évidemment pas le cas lorsque la mission est réalisée au travers de moyens d'action non-humains, ou en tout cas au travers de moyens qui n'exposent pas directement la vie de ceux qui les emploient. Par exemple, lorsque la neutralisation d'une unité ennemie est effectuée par drone, le pilote du drone, souvent situé à plusieurs centaines voire plusieurs milliers de kilomètres du théâtre d'opération, ne met pas sa vie en danger²⁹⁷⁵. Dans une telle situation, le succès opérationnel de la mission ne présuppose pas la survie de soldats déployés sur le terrain. Néanmoins, ce cas de figure constitue toujours l'exception plutôt que la norme. Dans

²⁹⁷⁵ Sur ce point, v. les réflexions passionnantes *in* G. CHAMAYOU, *Théorie du drone*, Paris, La Fabrique, 2013.

une majorité de cas, les niveaux individuels et tactiques demeurent interdépendants. Par exemple, lorsqu'un escadron aérien a pour mission de détruire un objectif militaire situé en territoire ennemi, il faut que les pilotes survivent aux obstacles qui peuvent se dresser sur leur route (défense anti-aérienne, avions de chasse ennemis, conditions météorologiques complexes, etc.), ce qui peut impliquer par exemple de voler à très haute altitude pour maximiser les chances de survie des pilotes²⁹⁷⁶. De même, le succès d'une mission *kill or capture* menée par des forces spéciales opérant derrière les lignes ennemis suppose nécessairement la survie des opérateurs, ce qui peut nécessiter qu'ils prennent toutes les précautions pour rester en vie jusqu'à l'accomplissement de la mission²⁹⁷⁷.

925. Ensuite, il existe une connexion non moins évidente entre le niveau tactique et le niveau stratégique. En effet, si la stratégie désigne « *la conception, la préparation et la conduite des opérations militaires* » en vue de la victoire sur l'ennemi, la tactique renvoie à l'exécution concrète des opérations par les « *échelons inférieurs* »²⁹⁷⁸ de l'appareil militaire²⁹⁷⁹. Par conséquent, il est tout à fait possible que certains échecs tactiques mettent en danger la réalisation des plans stratégiques et, de ce fait, l'éventualité même de la victoire sur l'ennemi. Tel est ainsi le cas lorsque la victoire sur l'ennemi (plan stratégique) dépend exclusivement ou quasi-exclusivement de la réussite d'une opération spécifique (plan tactique). Par exemple, l'invasion de l'Ukraine par la Russie passait par une opération militaire cruciale : la prise de l'aéroport de Hostomel, situé en banlieue de Kiev, par des commandos parachutistes. En effet, la prise de l'aéroport aurait dû permettre d'établir un pont aérien entre la Russie et l'Ukraine, ce qui aurait ensuite permis aux forces armées russes de s'insérer directement au cœur de la capitale ukrainienne, de renverser le régime et de le remplacer par un gouvernement pro-russe²⁹⁸⁰. La guerre d'Ukraine aurait ainsi été remportée en quelques jours. La stratégie militaire russe dépendait donc de la réussite de cette opération, ce qui aurait pu conduire la Russie à maximiser ses chances de succès tactique, quitte à violer certaines normes du droit de la guerre²⁹⁸¹. Dans les faits, cette opération fut

²⁹⁷⁶ Ce qui peut donner lieu à des débats juridiques, notamment au regard du principe de précaution dans l'attaque (v. p. ex. TPIY, *Final Report to the Prosecutor...*, *op. cit.*, §§ 56 et 63-70).

²⁹⁷⁷ Pour un exemple, v. *supra*, §§ 1000-1002.

²⁹⁷⁸ H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, pp. 126 et 132.

²⁹⁷⁹ Sur la distinction entre le niveau tactique et le niveau stratégique, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 156-157.

²⁹⁸⁰ Sur cette opération, v. p. ex. L. COLLINS, M. KOFMAN, J. SPENCER, « The Battle of Hostomel Airport: A Key Moment in Russia's Defeat in Kyiv », *War on the Rocks*, 10 août 2023 ; O. B. STEWARD, « A Lesson in Military Doctrinal and Operational Failures: The Battle of Hostomel and the Russian Military's Failure to Capture Kyiv », in M.-S. TOFAN A. STOICA, A.-I. POPESCU (dir.), *Proceedings of the International Scientific Conference Strategies XXI – National Defence College*, Bucarest, "Carol 1" National Defence University, 2024, pp. 125-132.

²⁹⁸¹ À part la destruction d'un Antonov An-225, le plus grand avion de transport au monde, par l'une ou l'autre des parties au conflit, aucune violation du droit de la guerre ne fut relevée au cours de cet épisode crucial de la guerre

un échec, conduisant à une modification progressive de la stratégie russe jusqu'à l'adoption d'une stratégie d'attrition²⁹⁸². L'interdépendance entre le niveau tactique et le niveau stratégique devient également visible lorsqu'un belligérant conduit, dans un contexte stratégique délicat, une opération de la dernière chance visant à renverser le cours de la guerre. Dans ce cas de figure, la réussite de l'opération sur le plan tactique a un impact direct sur la possibilité de vaincre l'ennemi.

926. Enfin, il existe également une connexion naturelle entre le plan stratégique et le plan politique. En effet, en raison de la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil²⁹⁸³, la stratégie a pour fonction de traduire les fins de la politique en buts stratégiques²⁹⁸⁴. Dès lors, la réussite des plans stratégiques est intimement connectée à la réalisation des objectifs politiques de la guerre : ces derniers ne seront réalisés qu'à condition de vaincre militairement l'ennemi, ce qui suppose nécessairement d'obtenir la victoire sur le plan stratégique. Inversement, la défaite sur le plan stratégique entraîne inévitablement l'abandon des objectifs politiques – on ne peut imposer à l'ennemi une décision dont il ne veut pas (plan politique) que si l'on parvient à briser sa volonté (plan stratégique)²⁹⁸⁵.

927. En raison de l'interdépendance des niveaux de la sur-exception, il est possible d'imaginer des cas de sur-exception dans lesquels tous les échelons seraient impliqués. Tel serait le cas, par exemple, lorsqu'une mission de la dernière chance est confiée à des soldats dans le cadre d'une guerre menée en défense d'intérêts politiques absolument essentiels. Ici, la survie des soldats (niveau individuel) est directement connectée à la sauvegarde d'intérêts politiques vitaux (niveau politique), car du succès opérationnel de la mission (niveau tactique) dépend la possibilité de vaincre l'ennemi (niveau stratégique). Il existe donc un lien qui unit le premier niveau de la sur-exception, le plan individuel, au dernier niveau, le plan politique.

d'Ukraine par la Russie (sur ce point, v. not. O. SOTULA, M. PIĄTKOWSKI, « Air Warfare over Ukraine and International Humanitarian Law », *Acta Universitatis Lodzienensis*, vol. 106, 2024, pp. 13-33).

²⁹⁸² O. B. STEWARD, « Russia's Embrace of Attritional Warfare: "Winning By Not Losing" », in M.-S. TOFAN, A. STOICA, A.-I. POPESCU (dir.), *Proceedings of the International Scientific Conference Strategies XXI – National Defence College*, Bucarest, "Carol I" National Defence University, 2024, pp. 133-140.

²⁹⁸³ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1, §§ 172-184.

²⁹⁸⁴ En ce sens, v. p. ex. les propos du général Lucien POIRIER, cité in H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, op. cit., p. 110 (la stratégie « est la science et l'art de manœuvre des forces pour accomplir les fins de la politique, traduites en buts stratégiques »).

²⁹⁸⁵ V. cependant *supra*, Chapitre 1, § 169, note 389.

928. Soit, par exemple, le scénario suivant. Un État dirigé par un dictateur fou est engagé dans une guerre d'agression contre un État voisin, qu'il menace de détruire au moyen d'armes de destruction massive. Le conflit s'enlisant, aucun belligérant n'étant en mesure de l'emporter sur le terrain conventionnel, le dictateur profère une ultime menace d'employer ses armes de destruction massive. Les services de renseignement de l'État victime de l'agression ont toutes les raisons de considérer cette menace comme étant réelle et sérieuse. En plus de causer d'indicibles souffrances au sein de la population civile, l'emploi de ces armes conduirait à la destruction pure et simple de l'État. Face à cette menace suprême, l'état-major des armées entreprend une opération de la dernière chance, consistant en une tentative d'assassinat du dictateur ennemi. En effet, selon les renseignements disponibles, de nombreuses fractions du peuple ennemi désapprouvent la guerre et sont prêtes à se soulever au cas où le régime dictatorial en viendrait à tomber. L'assassinat du dictateur entraînerait d'un seul coup la chute du régime et la fin de la guerre. Or, alors que des images satellites montrent que l'État dictatorial se prépare à utiliser ses armes de destruction massive, les services de renseignement apprennent que le dictateur s'apprête à faire l'une de ses rares sorties en public, au cœur de la capitale ennemie. Une unité spéciale, composée de trois opérateurs capables de se fondre dans la population civile de l'adversaire (dont ils partagent les origines ethniques, la culture et la langue), est dépêchée pour assassiner le dictateur lors du bain de foule qu'il projette de mener. L'un des trois opérateurs, un tireur d'élite, devra s'insérer dans un appartement vide ayant une vue dégagée sur la rue où se rendra la cible. Les deux autres seront dans la foule, chargés de « finir le travail » au cas où la balle du tireur d'élite n'atteindrait pas sa cible. Les trois soldats savent qu'ils risquent de ne jamais revenir de leur mission mais, convaincus de la cause qu'ils défendent, sont prêts au sacrifice.

929. Or, le jour de l'opération, un évènement imprévisible vient remettre en cause le succès de la mission. En effet, alors que le tireur d'élite pénètre dans l'immeuble et monte jusqu'au dernier étage, où est situé l'appartement d'où partira la balle qui tuera le dictateur ennemi et mettra fin à la guerre, l'opérateur entend des bruits dans l'appartement, pourtant censé être vide. Il enfonce la porte et pointe son arme : deux jeunes soldats ennemis montaient la garde dans l'appartement, s'agissant d'un lieu propice à l'action d'un tireur d'élite. Avant que l'opérateur n'ait pu faire quoi que ce soit, ces deux soldats, qui étaient en train de déjeuner, se jettent à terre et se rendent. Sur le plan juridique, ces deux combattants ennemis ont exprimé clairement leur intention de se rendre et sont donc « hors de combat » :

il est interdit d'attenter à leur vie, à moins qu'ils commettent des actes d'hostilités ou tentent de s'évader²⁹⁸⁶. Cependant, l'opérateur n'est pas en mesure d'assurer leur garde tout en menant la mission à bien²⁹⁸⁷. En effet, la mission suppose qu'il soit capable de se concentrer sur sa cible sans qu'aucun élément extérieur ne vienne le perturber. Par ailleurs, rien ne permet de garantir que les soldats ennemis ne tenteront pas de l'arrêter ou de s'enfuir pour alerter des renforts une fois qu'ils auront compris l'objet de sa mission. Il n'est pas possible non plus de contacter les deux autres membres de l'unité, le silence radio leur étant imposé pour des raisons de sécurité. L'opérateur ne peut donc ni libérer ces soldats, ceux-ci risquant de sonner l'alerte, ni poursuivre la mission tout en assurant leur garde, ni contacter des renforts qui seraient en mesure de garder ces prisonniers. Sur le plan militaire, leur exécution s'impose comme une évidence : il s'agit du seul moyen disponible pour garantir le succès opérationnel de la mission. Pourtant, cet acte fait l'objet d'une interdiction absolue, dont la transgression constitue un crime de guerre²⁹⁸⁸. Le soldat fait donc face à un dilemme, dans lequel les quatre niveaux de la sur-exception sont liés. Faut-il respecter strictement le droit de la guerre en respectant la vie des soldats ennemis s'étant rendus, quitte à mettre en danger la vie de l'opérateur (niveau individuel) et le succès opérationnel de la mission (niveau tactique) et, par-delà, la possibilité même de vaincre l'ennemi (niveau stratégique) et les intérêts vitaux de l'État (niveau politique) ? Ou bien faut-il s'affranchir du droit de la guerre afin de maximiser les chances de survie du soldat et de succès de l'opération, ce qui permettra de mettre fin à une guerre engagée contre un adversaire s'apprêtant à employer des armes de destruction massives qui menacent la survie même de l'État ?

*

930. Conclusion de la sous-section 2. Le phénomène de la sur-exception n'est pas un phénomène unitaire et homogène. En effet, les sur-exceptions au droit de la guerre peuvent signifier différentes choses en pratique, en fonction de la gravité des intérêts mis en cause. À ce titre, les développements qui précèdent ont amené à distinguer quatre niveaux de sur-exception : le niveau individuel, dans lequel le droit met en danger la survie des soldats ; le niveau tactique, où les prescriptions juridiques mettent en danger le succès opérationnel de la mission ; le niveau tactique, dans lequel le *jus in bello* empêche d'employer des moyens

²⁹⁸⁶ PA I, art. 41, §§ 1 et 2 (« 1. Aucune personne reconnue, ou devant être reconnue, eu égard aux circonstances, comme étant hors de combat, ne doit être l'objet d'une attaque. 2. Est hors de combat toute personne : (...) b) qui exprime clairement son intention de se rendre (...) à condition que, dans tous les cas, elle s'abstienne de tout acte d'hostilité et ne tente pas de s'évader »).

²⁹⁸⁷ Cet exemple est donc analogue à celui étudié *supra*, §§ 967-971.

²⁹⁸⁸ Sur ce point, v. *supra*, § 967, not. note 2858.

à même de vaincre l'ennemi ; et le niveau politique, où la stricte conformité au droit de la guerre met en danger des intérêts politiques vitaux. Ces quatre niveaux, qui sont parfois interdépendants en pratique, doivent être séparés sur le plan théorique car ceci influe sur le traitement normatif de la sur-exception. En effet, comme nous le verrons par la suite, on n'abordera pas de la même manière la situation où un État juge devoir déroger au droit de la guerre pour maximiser les chances de survie de quelques soldats engagés dans une opération mineure et la situation où un État affirme devoir déroger au droit de la guerre pour garantir la survie même de la communauté politique et des valeurs qu'elle incarne²⁹⁸⁹.

*

931. Conclusion de la section 2. L'étude du phénomène de la sur-exception semble devoir être menée selon deux axes. Tout d'abord, sur un axe « horizontal », il semble nécessaire identifier la dimension que cette sur-exception revêt en pratique, c'est-à-dire la mesure dans laquelle le régime d'exception est mis en échec par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles. À ce titre, deux types de sur-exceptions furent distinguées. La sur-exception microscopique tout d'abord, qui correspond au cas où la crise envisagée par le régime d'exception se matérialise dans des conditions relativement ordinaires, mais où des circonstances imprévues et urgentes obligent les autorités publiques à déroger à certaines règles formelles du régime d'exception. Dans ce cas, la mise en échec du droit n'est que partielle. La sur-exception macroscopique ensuite, qui renvoie au cas où la crise se matérialise dans une forme radicalement nouvelle et où, en conséquence, l'État se trouve contraint à l'affronter hors du cadre juridique tracé par le régime d'exception. Dans ce cas, le droit est totalement mis en échec par la sur-exception. Ensuite, sur un axe « vertical », il semble nécessaire de différencier les niveaux de gravité de la sur-exception, c'est-à-dire les différents intérêts qu'un strict respect du droit face à l'exceptionnel sont susceptibles de mettre en cause. Ceci amena à distinguer, dans l'ordre de gravité, quatre niveaux de sur-exceptions : la sur-exception individuelle (mise en danger de la vie de soldats) ; la sur-exception tactique (mise en danger de la réussite d'une mission) ; la sur-exception stratégique (mise en danger de l'hypothèse de la victoire sur l'ennemi) ; et la sur-exception politique (mise en danger d'intérêts politiques essentiels). Ce découpage de la sur-exception selon un axe horizontal des dimensions de la mise en échec du droit et un axe vertical des niveaux de gravité permet de réaliser une anatomie du phénomène à l'étude. Or, une fois la

²⁹⁸⁹ V. *infra*, Chapitre 8.

description réalisée, la question de son traitement normatif demeure. Que faire des cas de sur-exception au droit de la guerre ? Faut-il admettre que l'État déroge à ce régime d'exception, au motif que les intérêts en cause transcendent l'impératif de respecter le droit ? Ou bien faut-il prohiber toute sortie du droit de crise, au motif que celui-ci constitue le dernier rempart contre l'arbitraire ?

Conclusion du chapitre 7

932. Le droit de la guerre est un produit défectueux, souffrant d'un vice de fabrication originel. En effet, en sa qualité de droit d'exception, le *jus in bello* se donnait pour objet de normer l'exceptionnel, de réintroduire du droit dans cette zone d'anomie pure en la transformant en phénomène « *organisé, régularisé, réglementé* »²⁹⁹⁰. En énonçant par avance ce que l'État peut ou ne peut pas faire en temps de guerre, le droit de la guerre avait vocation à réinstaurer de la certitude au cœur de l'incertain, du droit au cœur du non-droit²⁹⁹¹.

933. Or, il apparaît désormais qu'une telle entreprise est vouée à l'échec. En effet, malgré l'idéal libéral d'un monde où le droit aurait étendu son empire à l'ensemble des contingences de l'existence, où toutes les réactions de l'État seraient calculables et prévisibles, force est de constater que le droit, même exceptionnel, est continuellement menacé d'être renversé par l'exception. Fonctionnant par anticipation probabiliste, le droit ne peut pas enfermer les contingences irréductibles de la vie dans ses formes universelles. Par définition, des cas imprévus, échappant aux catégories formelles et aux scénarios pré-écrits, sont susceptibles de mettre en échec les anticipations du droit, même spécial. Dans l'ordre interne, aucune législation d'exception n'a jamais permis de réinstaurer une bonne fois pour toute l'empire du droit sur l'état d'exception : ces lois ont toujours dû être modifiées et complétées, soit par de nouvelles lois, soit par la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, afin de corriger *a posteriori* les défauts d'anticipation du législateur. Ainsi, l'effraction du réel, la déstabilisation des formes préétablies, sont des cas de figure que l'on ne peut écarter de l'analyse des régimes d'exception sous peine de s'aveugler sur la capacité réelle du droit à normer les crises extrêmes.

934. Indépendamment de tout jugement normatif, les développements qui précèdent ont montré que le droit de la guerre était lui-même susceptible d'être défait par des circonstances sur-exceptionnelles. En effet, il est possible d'imaginer un nombre infini de situations imprévues et urgentes où il devient impossible de se conformer aux prescriptions du *jus in bello* sans sacrifier des intérêts jugés essentiels, qu'il s'agisse de la vie des soldats, de la réussite d'une mission, de la victoire sur le plan militaire ou d'intérêts politiques vitaux. Or, que faire de ces cas de sur-exception qui, semble-t-il, auront toujours vocation à déstabiliser

²⁹⁹⁰ H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 565.

²⁹⁹¹ Sur tout ceci, v. *supra*, Chapitre 6.

le droit de la guerre ? Comment traiter, sur le plan juridique, la problématique des circonstances exceptionnelles ? Faut-il permettre à l'État de s'émanciper du droit de la guerre pour affronter ces cas exceptionnels *hors* du cadre tracé par ses normes et, ainsi, l'autoriser à pénétrer dans un nouvel état d'exception ? Ou bien faut-il au contraire obliger l'État à affronter l'exceptionnel *dans* le cadre tracé par ses normes, dont la normativité doit être maintenue en toutes circonstances ? L'impossibilité du droit de la guerre se niche dans le fait qu'il n'existe aucune réponse proprement « juridique » au problème de la sur-exception. D'une part, la doctrine de la *Kriegsräson* conduit à l'effondrement du droit de la guerre : en octroyant aux belligérants le pouvoir de dire quand le droit de la guerre s'applique et que les circonstances exigent d'en suspendre l'application, cette théorie conduit droit à la guerre de tous contre tous. Mais la doctrine inverse, celle de la *Rechtsräson*, n'est pas non plus tenable : il semble impossible de ne pas vouloir conserver, au cœur même du droit, l'éventualité d'une violence extralégale – la résorption définitive de la guerre dans le droit apparaît, dès lors, comme une illusion (**Chapitre 8**).

Chapitre 8. – L’illusion d’une résorption définitive de la guerre dans le droit : la nécessité de conserver l’éventualité d’une violence extralégale

Il y a toujours un risque de prétention dans le discours juridique : la prétention que l’empire du droit ne connaît aucune limite.

Paul W. KAHN²⁹⁹²

935. La problématique des circonstances sur-exceptionnelles témoigne de l’incapacité des régimes spéciaux, droit de la guerre compris, à réintégrer définitivement l’état d’exception au sein de l’ordre juridique. En effet, initialement conçus pour normer l’exceptionnel, il s’avère *in fine* que les régimes d’exception sont eux-mêmes susceptibles d’être défaits par l’apparition de circonstances imprévues et urgentes, qui obligent l’État à agir hors des limites qu’ils prévoient. Or, que faire face aux cas de sur-exceptions ? Comment traiter, sur le plan juridique, cette mise en échec du droit spécial ? Comme nous l’avons vu ci-dessus²⁹⁹³, il existe fondamentalement trois manières d’appréhender juridiquement le cas où le droit est mis en échec par des situations d’exception. En effet, lorsque l’État ne peut agir de manière effective pour affronter une crise extrême tout en restant dans le cadre de la légalité, il est possible :

- *i)* de maintenir la normativité du droit en toutes circonstances et, en conséquence, d’empêcher l’État de pénétrer dans l’état d’exception (stratégie absolutiste) ;
- *ii)* d’habiliter l’État à déroger aux prescriptions du droit et à employer des moyens extralégaux lorsqu’il l’estime nécessaire pour combattre efficacement l’exception (stratégie nihiliste) ; et
- *iii)* de produire un régime juridique spécial, spécifiquement conçu pour encadrer la réaction de l’État confronté à une situation d’exception (stratégie alternative).

936. Cette structure tripartite, consubstantielle à la dialectique de la norme et de l’exception, vaut également lorsqu’un droit spécial tel que le droit de la guerre est mis en

²⁹⁹² P. W. KAHN, « Nuclear Weapons and the Rule of Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n°2-3, 1999, p. 413, n. trad.

²⁹⁹³ V. *supra*, Chapitre 6.

échec par des circonstances sur-exceptionnelles. Nous avons vu que, de ces trois options, la stratégie alternative consistant à encadrer juridiquement la réaction de l'État confronté à l'exceptionnel passait pour la plus raisonnable²⁹⁹⁴. En effet, tout en reconnaissant que certaines situations doivent parfois être affrontées hors des règles valables en temps normal, cette stratégie soumet l'action de l'État à des règles spéciales, pensées pour les temps de crises. L'État se voit donc autorisé à s'émanciper du droit commun au profit d'une action plus effective, mais il ne retrouve pas pour autant sa liberté d'agir comme un être purement rationnel – il ne pénètre pas dans « l'état d'exception », c'est-à-dire dans un espace de pure anomie²⁹⁹⁵.

937. Cependant, bien que théoriquement disponible, il semble vain d'appliquer cette stratégie alternative aux circonstances sur-exceptionnelles. En effet, s'agissant d'un cas où *le droit d'exception lui-même* est mis en échec par des circonstances urgentes et imprévues, l'encadrement juridique de la réaction de l'État confronté à la « sur-exception » supposerait de produire un droit « sur-exceptionnel », c'est-à-dire un régime juridique dérogatoire du *droit spécial* plutôt que du *droit commun*. Or, rien n'indique que ce droit ne puisse pas lui-même être mis en échec par des circonstances non-anticipées²⁹⁹⁶. Il semble donc inutile de chercher à encadrer les cas de sur-exception par un droit « sur-exceptionnel », car celui-ci est naturellement susceptible d'être confronté à des circonstances « sur-sur-exceptionnelles », qui nécessiteraient la production d'un droit « sur-sur-exceptionnel », lui-même susceptible d'être renversé par l'exception, et ainsi de suite *ad absurdum*. Ainsi, face à « [l]a course poursuite que se livrent, sans fin, le droit et la crise »²⁹⁹⁷, la réflexion juridique finit par atteindre un point où la décision devient inévitable : soit on admet, en dernière analyse, que l'État puisse agir hors du droit spécial pour affronter l'exception suprême (stratégie nihiliste), soit on impose à l'État de respecter le droit spécial, même dans les situations les plus extrêmes (stratégie absolutiste).

938. Le droit de la guerre moderne témoigne de l'existence d'un tel point de rupture où, la réflexion juridique atteignant ses limites, il devient impossible de ne pas choisir – c'est soit le droit, soit l'action effective. Initialement conçue comme un moment situé hors du

²⁹⁹⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 6, §§ 803-830.

²⁹⁹⁵ Sur cette définition de l'état d'exception, v. *supra*, Chapitre 5, not. §§ 680-694.

²⁹⁹⁶ Sur la consubstantialité de la norme et de l'exception, v. *supra*, Chapitre 7, 934-945 et note 2813.

²⁹⁹⁷ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 33.

droit, résultant de l'incapacité des institutions du temps de paix à résoudre certains conflits, la guerre est originellement pensée comme un espace de pure anomie où la violence peut librement être mobilisée en vue de la victoire²⁹⁹⁸. Face aux dangers inhérents à cette construction, la guerre fut finalement réintégrée dans l'ordre juridique international *via* un droit spécial, spécifiquement pensé pour encadrer cet état d'exception : le droit de la guerre²⁹⁹⁹. Or, nous avons vu que ce droit spécial de la guerre était, au même titre que le droit général de la paix, susceptible d'être mis en échec par l'apparition de circonstances (sur-)exceptionnelles³⁰⁰⁰. Ses normes formelles, si nécessaires pour rendre l'action du temps de guerre calculable et prévisible, sont par définition susceptibles de rencontrer des cas d'exception. Cependant, rien n'indique que ces règles *doivent* rompre face à l'exceptionnel. Sur ce point, deux doctrines s'affrontent : la doctrine de la *Kriegsräson*, qui habilite les belligérants à déroger au droit de la guerre lorsqu'ils sont confrontés à des circonstances sur-exceptionnelles, et la doctrine opposée de la *Rechtsräson*³⁰⁰¹, qui maintient la normativité du droit de la guerre en toutes circonstances, aussi extrêmes soient-elles.

939. Les doctrines de la *Kriegsräson* et de la *Rechtsräson* mènent ainsi la réflexion juridique sur la guerre et son droit jusqu'à sa destination finale. En effet, ces deux doctrines ont pour fonction de répondre à la question de savoir ce qui, au bout du bout, doit prévaloir en cas de conflit : la logique finaliste de la guerre, où la violence n'est considérée que comme un moyen de parvenir à des fins, ou bien la logique formelle du droit, qui impose aux belligérants le respect de certaines normes considérées en elles-mêmes et pour elles-mêmes. Face aux circonstances les plus extrêmes, lorsque les intérêts vitaux de la communauté politique sont en jeu, faut-il admettre que la guerre retrouve sa dimension finaliste originelle ? Existe-t-il un point où le belligérant, menacé dans sa survie même, retrouve le droit d'employer tous les moyens nécessaires, même illicites au regard du *jus in bello*, pour se sortir de la crise ? Ou bien faut-il imposer la logique formelle du droit contre vents et marées, même dans les circonstances les plus extraordinaires, au nom de l'idée que la fin ne saurait justifier l'emploi de tout moyen ? Doit-on considérer que, dans tous les cas, l'intérêt universel de l'humanité prévaut sur les intérêts particuliers du belligérant menacé dans sa

²⁹⁹⁸ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5.

²⁹⁹⁹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 6.

³⁰⁰⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 7.

³⁰⁰¹ Cette doctrine aurait pu être nommée « doctrine de la *Humanitätsräson* », mais Nobuo Hayashi emploie déjà cette expression dans un sens différent (v. N. HAYASHI, *Military Necessity*, op. cit., pp. 206, 215 et 221-223). L'expression « *Rechtsräson* » est tirée de la littérature allemande, où la doctrine de la *Rechtsräson* (raison du droit) est parfois opposée à la doctrine de la *Staatsräson* (raison d'État).

survie même ? À cette question controversée, le champ juridique a fini par trouver une réponse définitive. En effet, en abandonnant progressivement la doctrine de la *Kriegsräson* au profit de la théorie inverse de la *Rechtsräson*, le champ juridique a consacré la primauté de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre (**Section 1**). Même confronté à l'exception suprême, un belligérant ne peut s'émanciper des prescriptions du droit de la guerre en recourant à une violence extralégale pour parvenir à ses fins. Or, l'impossibilité du droit de la guerre se niche dans ce geste même : il s'avère, à l'analyse, qu'il est impossible de proclamer la primauté inconditionnelle de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre sans aboutir à un résultat politiquement inacceptable (**Section 2**).

Section 1. – La consécration progressive de la primauté de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre

940. Dans le champ du droit de la guerre moderne, le problème des circonstances sur-exceptionnelles a donné lieu à deux solutions dont la première, consistant à écarter le droit au profit de l'action effective, porte le nom de « doctrine de la *Kriegsräson* ». Selon cette doctrine, un belligérant peut licitement déroger au droit de la guerre, et plus précisément aux règles formelles ne contenant aucune clause de dérogation³⁰⁰², lorsqu'il est confronté à un cas de sur-exception³⁰⁰³. La seconde solution, consistant à maintenir la normativité du droit au détriment de l'action effective, sera recoupée sous l'expression « doctrine de la *Rechtsräson* »³⁰⁰⁴. Cette doctrine résout le problème des circonstances sur-exceptionnelles dans un sens rigoureusement opposé à la *Kriegsräson* : elle énonce qu'un belligérant ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, s'émanciper du respect du droit de la guerre, sauf dans le cas où les règles le prévoient expressément au travers de clauses de dérogation. Ces doctrines peuvent être appliquées dans le cas d'une sur-exception individuelle, tactique, stratégique ou politique. Leur fonctionnement est le même quel que soit le niveau de sur-exception considéré³⁰⁰⁵.

³⁰⁰² Sur le fait que seules les règles formelles sont sujettes à la sur-exception, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 956-966.

³⁰⁰³ Dans un sens similaire, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., p. 285 (« [I]l est de "doctrine de la Kriegsräson" visé généralement à désigner une théorie (...) selon laquelle des situations de nécessité militaire peuvent dans certaines conditions (...) autoriser des dérogations aux obligations découlant du jus in bello »).

³⁰⁰⁴ Sur l'utilisation du terme « *Rechtsräson* », v. *supra*, note 3075.

³⁰⁰⁵ Sur les différents niveaux de la sur-exception au droit de la guerre, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 996-1012.

941. L'histoire du droit de la guerre moderne est, dans une large mesure, l'histoire du conflit opposant les partisans de la *Kriegsräson* aux promoteurs de la *Rechtsräson* – il en va, après tout, de la survie même du *jus in bello* dans les circonstances extrêmes que la guerre ne manque jamais de faire naître. Retracer l'histoire de ce conflit permettra par la suite de comprendre pourquoi la solution retenue – celle de la primauté finale du droit – pose problème et, par-delà, pourquoi le droit de la guerre se heurte à une impossibilité conceptuelle. Or, l'histoire de ce conflit entre partisans de la *Kriegsräson* et promoteurs de la *Rechtsräson* est celui d'un renversement provoqué par une inversion du rapport de force au sein du champ juridique. En effet, dans le champ juridique antérieur à la Seconde Guerre mondiale, la doctrine de la *Kriegsräson* exerçait sa domination sur les esprits, étant défendue par une majorité d'opérateurs juridiques influents (**Sous-section 1**). Cependant, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, le rapport de force s'inverse : malgré quelques résurrections épisodiques de la *Kriegsräson*, la doctrine de la *Rechtsräson* impose son hégémonie dans le champ juridique (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. – La domination de la doctrine de la Kriegsräson dans le champ juridique antérieur à la Seconde Guerre mondiale

942. Si l'on suit l'historiographie traditionnelle, la doctrine de la *Kriegsräson* serait le fruit de la culture allemande de la fin du XIX^{ème} siècle, à la fois militariste et anti-libérale³⁰⁰⁶. Cette théorie serait née à cette époque sous la plume du juriste allemand Carl Lueder et, malgré sa circulation dans les cercles allemands, aurait fait l'objet d'un rejet global de la part du champ juridique, notamment par les juristes britanniques, étatsuniens, français et italiens, qui lui opposèrent des critiques dévastatrices³⁰⁰⁷. Or, il semblerait que l'historiographie traditionnelle se trompe à double titre. D'une part, la doctrine de la *Kriegsräson* était en circulation dans le champ juridique dès l'origine du droit de la guerre moderne, bien avant

³⁰⁰⁶ Tel est le portrait que dessine p. ex. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 299-317, malgré les réserves formulées p. 285. Dans le même sens, v. N. HAYASHI, *Military Necessity*, op. cit., p. 4. Sur la culture anti-juridique prévalant dans l'Allemagne de la fin du XIX^{ème} siècle, Otto GIERKE pouvait remarquer en 1902 que « [d]e plus en plus une tendance se fait jour en Allemagne qui menace dans ses fondements l'idée même du droit. Celle-ci tend à s'absorber quant à son contenu dans la notion d'utilité et quant à son action dans la notion de force » (cité in C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », R.G.D.I.P., vol. 24, 1917, p. 108). Sur le militarisme de l'époque, v. not. R. CHICKERING, « Militarism and Radical Nationalism », op. cit. ; I. HULL, *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca, Cornell University Press, 2004 ; M. MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und "Kriegsnotwendigkeit"... », *German Studies Review*, vol. 6, n°2, 1983, pp. 237-269.

³⁰⁰⁷ En ce sens, v. not. L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, 2^{ème} éd., vol. 2, Londres, Longmans, Green & Co., 1912, p. 84 ; E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., p. 321.

sa formulation par Carl Lueder (§ I). D'autre part, si cette doctrine fut effectivement contestée par de larges pans du champ juridique, les juristes de l'époque n'avaient que de faibles arguments contraires à lui opposer (§ II).

§ I. – Naissance et diffusion de la doctrine de la Kriegsräson

943. S'il est difficile d'établir avec certitude l'origine du terme « *Kriegsräson* » ou de l'un de ses équivalents dans d'autres langues (« raison de guerre », « *ragione di guerra* », « *ratio belli* »), ceux-ci se perdant dans la littérature européenne des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles³⁰⁰⁸, il est clair que ce terme sert dès l'origine à signifier qu'un belligérant peut « *déroger à une prescription dans une situation exceptionnelle* »³⁰⁰⁹. Cet argument se retrouve dans la maxime, présente dans la doctrine allemande dès le XVIII^{ème} siècle, selon laquelle « *Kriegsräson geht vor Kriegsmanier* »³⁰¹⁰. Loin de naître sous la plume de Carl Lueder, la théorie de la *Kriegsräson* était très largement partagée dans le champ juridique des années 1860, au moment même où naissait le droit de la guerre moderne³⁰¹¹. Il n'est donc pas étonnant que cette doctrine ait été partagée par les fondateurs du droit de la guerre moderne, au premier rang desquels Francis Lieber, Johan C. Bluntschli et Gustave Moynier (A).

³⁰⁰⁸ Sur l'origine du terme « *Kriegsräson* », v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 288-299.

³⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 289. Qualifier de « situations exceptionnelles » des événements se déroulant en temps de guerre peut passer pour un contre-sens théorique, la guerre étant elle-même le résultat de la réaction de l'État confronté à l'exceptionnel (v. *supra*, Chapitre 5). Néanmoins, puisqu'il est ici affaire de sur-exception, il faut bien recourir de nouveau à la distinction entre le normal et l'exceptionnel pour séparer les circonstances « normales » de guerre, dans lesquelles le droit spécial de la guerre s'applique « normalement », et les circonstances exceptionnelles de guerre, dans lesquelles l'opération régulière du *jus in bello* est mise en échec.

³⁰¹⁰ Littéralement, cette maxime signifie que la raison de guerre (*Kriegsräson*) prime (*geht vor* : « aller avant ») la manière de guerre (*Kriegsmanier*), soit initialement les *coutumes* de la guerre (le terme est ainsi parfois remplacé par *Kriegsgebrauch*, soit « la coutume de guerre »), ce qui renverra sans équivoque après 1860 au *droit* de la guerre. Georg Friedrich von Martens pouvait ainsi dire que les nations civilisées observent entre elles des « *loix de la guerre* (*Kriegsmanier*) », auxquelles il n'est permis « *de s'écarte que dans les cas où (...) la nécessité urgente, que les circonstances particulières font naître, admet des exceptions que la raison de guerre (Kriegsraison) autorise* » (G. F. VON MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, vol. 2, Göttingen, J. C. Dietrich, 1789, pp. 339-340). Dans la même veine, Johann Ludwig Klüber affirme que les États civilisés respectent certaines restrictions prévues par « *la loi de guerre* (*Kriegsmanier*, *Kriegsgebrauch*) », et qu'« *[i]l ne peut être dérogé à cette loi* » qu'en cas de « *circonstance extraordinaire, toujours par exception et seulement dans les cas prévus par la coutume qu'on appelle la raison de guerre* (*ratio belli*, *Kriegs-raison*) » (J. L. KLÜBER, *Droit des gens modernes de l'Europe*, vol. 2, Paris, J.-P. Aillaud, 1831, p. 21).

³⁰¹¹ Paul Pradier-Fodéré remarquait ainsi que « *[I]es auteurs contemporains (...) reconnaissent tous que des circonstances extraordinaires peuvent justifier l'inobservation des restrictions adoptées d'un commun accord par les Etats, ou respectées universellement, à l'exercice des moyens employés pour nuire à l'ennemi* » (P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, op. cit., p. 868). Pour une recension non-exhaustive des auteurs adoptant la doctrine de la *Kriegsräson* aux alentours des années 1860, v., en sus de G. F. Martens et de J. L. KLÜBER, T. A. H. SCHMALZ, *Le droit des gens européen*, trad. L. DE BOHM, Paris, N. Maze, 1823, p. 231 ; A. G. HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, op. cit., p. 230 ; F. DAHN, *Das Kriegsrecht*, op. cit., pp. 3-4 ; H. WHEATON, *Éléments du droit international*, 5^{ème} éd., vol. 2, Leipzig, F. A. Brockhaus, 1852, pp. 2-3 ; P. FIORE, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, 1^{ère} éd., vol. 3, trad. P. PRADIER-FODERE, Paris, 1868 [1865], pp. 70-71.

Cependant, il est vrai que cette théorie connaît une expansion importante à la suite de sa formalisation par Carl Lueder en 1889 (B).

A. – Une doctrine partagée par les fondateurs du droit de la guerre moderne

944. Le célèbre Code Lieber, parfois perçu comme l’acte de naissance du droit de la guerre moderne³⁰¹², regorge d’ambiguïtés quant à la doctrine de la *Kriegsräson*³⁰¹³. D’un côté, ce Code contient plusieurs règles formelles qui placent des limites fermes et définitives à l’action militaire, dessinant ainsi un cadre duquel l’État ne devrait normalement pas pouvoir s’émanciper même en cas de danger extrême. Par exemple, le Code prohibe l’emploi de la torture pour obtenir des confessions, l’utilisation du poison sous quelque forme que ce soit, les actes de perfidie³⁰¹⁴ et l’assassinat³⁰¹⁵. L’énoncé de ces règles ne s’accompagne d’aucune clause de dérogation³⁰¹⁶. Il faudrait donc en conclure que ces règles valent de manière absolue et qu’il serait toujours interdit d’employer le poison, la perfidie, la torture ou l’assassinat même dans des circonstances extrêmes.

945. Et pourtant, au dernier alinéa de l’article 5, que John Fabian Witt qualifie de « *passage le plus surprenant du Code* »³⁰¹⁷, Lieber pose un principe que l’on pourrait largement interpréter comme une clause de dérogation générale. En effet, le dernier alinéa de cet article énonce que « *la sauvegarde du pays prime sur toutes les autres considérations* »³⁰¹⁸. Cette reprise de la maxime *salus populi suprema lex esto* pourrait vouloir signifier que, lorsque la sauvegarde du pays est en jeu, toutes les autres considérations, y compris juridiques, peuvent être mises de côté : l’action effective

³⁰¹² V. p. ex. R. R. BAXTER, « Le premier effort moderne de codification du droit de la guerre. Francis Lieber et l’ordonnance générale n°100 (I) », *R.I.C.R.*, vol. 45, n°532, 1963, pp. 155-176 ; R. R. BAXTER, « Le premier effort moderne de codification du droit de la guerre. Francis Lieber et l’ordonnance générale n°100 (II) », *R.I.C.R.*, vol. 45, n°533, 1963, pp. 217-236.

³⁰¹³ Il semble ainsi difficile d’admettre, comme le fait Nobuo Hayashi, que le Code Lieber trouve son origine dans un rejet de la *Kriegsräson* (N. HAYASHI, *Military Necessity*, op. cit., p. 5, note 7).

³⁰¹⁴ Code Lieber, art. 16 (« [m]ilitary necessity does not admit of (...) torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way (...). It admits of deception, but disclaims acts of perfidy (...) »).

³⁰¹⁵ Code Lieber, art. 148 (« [t]he law of war does not allow proclaiming either an individual belonging to the hostile army, or a citizen, or a subject of the hostile government, an outlaw, who may be slain without trial by any captor, any more than the modern law of peace allows such intentional outlawry; on the contrary, it abhors such outrage. The sternest retaliation should follow the murder committed in consequence of such proclamation, made by whatever authority. Civilized nations look with horror upon offers of rewards for the assassination of enemies as relapses into barbarism »).

³⁰¹⁶ À l’inverse par exemple de la règle contenue à l’article 60 du Code prohibant le fait de ne pas faire de quartier, à laquelle un commandant peut déroger en cas de « *difficultés extrêmes et quand son propre salut rend impossible de s’encombrer avec des prisonniers* » (Code Lieber, art. 60, n. trad.).

³⁰¹⁷ J. F. WITT, *Lincoln’s Code...*, op. cit., p. 236, n. trad.

³⁰¹⁸ Code Lieber, art. 5, n. trad.

retrouverait ainsi toute sa prééminence sur le droit. Il s'agirait donc d'une reformulation de la maxime selon laquelle « *Kriegsräson geht vor Kriegsmanier* »³⁰¹⁹. Certes, cette interprétation du dernier alinéa de l'article 5 peut être soumise à plusieurs objections³⁰²⁰, mais cet alinéa pose néanmoins un principe qui n'est autre que l'énoncé de la doctrine de la *Kriegsräson*, commenté par Lieber dans les termes suivants : « [t]out danger physique immédiat et la nécessité vitale qui en découle dispensent des formes du droit (...). Le salut d'un pays est comme le salut d'une vie individuelle. Il prime sur tout le reste »³⁰²¹. Or, pourquoi ce principe général, tiré d'une analogie avec le droit à la légitime défense individuelle, ne vaudrait-il *que* pour le droit interne et pas pour le droit international de la guerre ? Le droit de la guerre n'est-il pas susceptible de mettre en danger le salut de la nation au même titre que le droit interne, de sorte que le commandant militaire serait *aussi* fondé à s'émanciper des formes qu'il prescrit ?³⁰²²

³⁰¹⁹ Francis LIEBER ayant fait ses classes en Allemagne, il ne pouvait ignorer cette maxime. En ce sens, une version du Code annoté de la main de Francis LIEBER ayant récemment été retrouvée dans les *National Archives* de Washington D.C. fait expressément référence à la *Kriegsräson* (F. LIEBER, G. N. LIEBER, *To Save the Country: A Lost Treatise on Martial Law*, New Haven/Londres, Yales University Press, 2019 [date inconnue], p. 311). Sur la vie et l'œuvre de Francis LIEBER, v. not. J. F. WITT, *Lincoln's Code...*, *op. cit.*; L. R. HARLEY, *Francis Lieber. His Life and Political Philosophy*, New York, Columbia University Press, 1899 ; E. NYS, « Francis Lieber – His Life and His Work: Part I », *A.J.I.L.*, vol. 5, n°1, 1911, pp. 84-117 ; E. NYS, « Francis Lieber – His Life and His Work: Part I », *A.J.I.L.*, vol. 5, n°2, 1911, pp. 355-393.

³⁰²⁰ Tout d'abord, cet article est inséré dans une section relative à la loi martiale, c'est-à-dire au régime juridique définissant l'étendue des pouvoirs de l'armée en temps de guerre. L'idée que « la sauvegarde du pays prime toutes les autres considérations » ne vaudrait donc que dans le rapport que le commandant militaire entretient vis-à-vis des habitants du territoire sur lequel il se trouve, qu'il s'agisse de son propre territoire ou d'un territoire ennemi occupé. Néanmoins, il ressort de la formulation même de cet article qu'il s'applique à la fois pour les phases d'occupation et les phases d'hostilités actives. Cet article énonce en effet, dans sa version complète, que « [I]l a loi martiale devrait être moins stricte dans les lieux et les pays entièrement occupés et relativement conquis. Une sévérité beaucoup plus grande peut être exercée dans les lieux ou les régions ou des hostilités réelles existent, ou sont attendues et doivent être préparées. Son déploiement le plus complet est permis – même dans le propre pays du commandant – lorsqu'il se trouve face-à-face avec l'ennemi, en raison des nécessités absolues de la situation et du devoir primordial de défendre le pays contre l'invasion. La sauvegarde du pays prime toutes les autres considérations » (Code Lieber, art. 5, n. trad.). Néanmoins, il ressort de la formulation même de cet article qu'il s'applique à la fois pour les phases d'occupation et les phases d'hostilités actives (il s'applique également « dans les lieux ou les régions ou des hostilités réelles existent »). Ensuite, Lieber semble ne viser que les cas de dérogation au droit *interne*, comme en témoigne l'exemplaire du Code annoté de sa main récemment retrouvé dans les *National Archives* de Washington D.C (F. LIEBER, G. N. LIEBER, *To Save the Country*, *op. cit.*, pp. 310-316). Le commandant militaire ne pourrait donc, sur son propre territoire, se dispenser que du respect des règles de l'ordre interne en cas de danger exceptionnel. Le commandant militaire ne pourrait donc, sur son propre territoire, se dispenser que du respect des règles de l'ordre interne en cas de danger exceptionnel.

³⁰²¹ *Ibid.*, pp. 313-314, n. trad.

³⁰²² Par ailleurs, l'article 30 du Code – qui, fait éminemment surprenant au regard de son contenu, n'est quasiment jamais commenté par la doctrine – semble confirmer l'idée que Francis Lieber aurait embrassé la doctrine de la *Kriegsräson*, y compris pour le droit international de la guerre. Cet article énonce en effet que :

Depuis la formation et la coexistence des nations modernes, et depuis que les guerres sont devenues de grandes guerres nationales, on en est venu à reconnaître que la guerre n'était pas une fin en soi, mais le moyen d'atteindre les grandes fins de l'État, ou qu'elle consistait à se défendre contre le mal ; et aucune restriction conventionnelle des modes adoptés pour nuire à l'ennemi n'est plus admise ; mais le droit de la guerre impose de nombreuses limitations et restrictions en vertu des principes de la justice, de la foi [et non de la « loi », comme l'indique la traduction du CICR, *ndla*] et de l'honneur (Code Lieber, art. 30, n. trad., n. s.).

Dans cet article, Lieber énonce donc explicitement que les moyens et méthodes de guerre ne sont susceptibles de faire l'objet d'aucune « restriction conventionnelle ». S'il est difficile de savoir ce à quoi renvoie l'adjectif « conventionnel », l'interprétation qui se dégage naturellement est la suivante : aucune règle de droit positif, y compris du droit de la guerre, ne peut être opposée à l'action d'un commandant militaire dès lors que celui-ci emploie les moyens d'action qu'il juge nécessaires. On pourrait certes arguer, comme le fait John Fabian Witt, que cet article n'entraîne aucune conséquence

946. Si la position de Francis Lieber quant à la doctrine de la *Kriegsräson* demeure ambiguë, la position de Johan Caspar Bluntschli est plus claire. Sa célèbre codification du droit international est inspirée du Code Lieber³⁰²³. Selon le juriste allemand, on ne saurait empêcher le commandant militaire d'adopter « *les mesures les plus sévères* » et de commettre « *les exactions les plus dangereuses* »³⁰²⁴. Ceci signifie-t-il que, pour Bluntschli, des conditions extrêmes peuvent justifier la violation des règles du droit de la guerre ? Il semblerait bien que oui. L'auteur affirme en effet que « *les moyens employés pour faire la guerre ne doivent pas être contraires au droit, à moins que les nécessités militaires ne l'exigent* »³⁰²⁵. Et s'il tempère immédiatement son propos, en précisant qu'« *[i]l n'est pas permis de manquer à sa parole ou d'être cruel envers l'ennemi, [a]lors même que ces actes pourraient paraître avantageux* »³⁰²⁶, il semble ne viser ici que le cas où un commandant militaire emploierait des moyens interdits au seul prétexte de leur utilité (comme en témoigne l'adjectif « *avantageux* »). Qu'en serait-il lorsque des conditions extrêmes exigeraient de violer le droit de la guerre pour préserver des intérêts vitaux ? Prenant pour exemple un cas de sur-exception individuelle, dans laquelle un soldat « *affamé ou manquant de tout (...) s'empar[e] violemment de pain, de viande, d'animaux ou de légumes destinés à sa nourriture* »³⁰²⁷ et viole ainsi le droit de la guerre³⁰²⁸, Bluntschli écrit que « *les lois de la guerre ne peuvent incriminer ce qui est inévitable* »³⁰²⁹. Dès lors, cet acte étant « *inévitable* » pour sauver sa propre vie, il doit être « *excus[é]* », alors même que « *[p]our être logique on*

réelle, car « *à peine [a-t-il] éliminé les "restrictions conventionnelles" du droit de la guerre que Lieber introduit une nouvelle série de limites* » (J. F. WITT, *Lincoln's Code...*, op. cit., p. 236, n. trad.), fondées sur les « principes de la justice, de la foi et de l'honneur ». Ainsi, le droit – mais mérite-t-il encore ce titre ? – de la guerre imposerait *toujours* certaines restrictions et limitations à l'action des belligérants, bien que celles-ci soient à trouver *ailleurs que dans le droit* (en ce sens, v. J. C. BLUNTSCHLI, « Lieber's Service to Political Science and International Law », in F. LIEBER, *The Miscellaneous Writings of Francis Lieber*, vol. 2, préf. J. C. BLUNTSCHLI, Philadelphie, J. B. Lippincott & Co., 1881, p. 10 : « *according to Lieber, duty is different from right; the former is moral obligation, not legal obligation. (...) Duty has a broader basis in the nature of man, which is not governed entirely by law or legally regulated in all lines of its activity. Conscience still urgences to the exercise of duty when laws are silent, and even in political conduct we continue to distinguish between good and evil after the law has ceased to discriminate* »). En réalité, ce léger déplacement change tout, car dans le cas où un commandant militaire déroge au droit de la guerre en employant des moyens d'action illicites au motif que la sauvegarde du pays exige d'outrepasser le droit, alors ceci n'est plus qu'une affaire de *conscience* et non de *droit pénal militaire* : ce commandant sera responsable devant Dieu (v. Code Liber, art. 15), mais pas devant les hommes composant les cours martiales.

³⁰²³ Ibid., p. 12, n. trad. Bluntschli perçoit Lieber à la fois comme un libéral idéaliste et une personne ayant « *pleine conscience des dures réalités de la vie, et du pouvoir inexpugnable des faits* » (J. C. BLUNTSCHLI, « Lieber's Service to Political Science and International Law », op. cit., p. 9, n. trad.). De même, il ne voit pas seulement le Code Lieber comme un traité empreint d'humanité, mais aussi comme un écrit pragmatique reconnaissant qu'« *en temps de guerre, il est absolument nécessaire d'assurer la sécurité des armées et la réussite d'une campagne* » (ibid., n. trad.).

³⁰²⁴ Ibid., n. trad.

³⁰²⁵ J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 281, n. s.

³⁰²⁶ Ibid.

³⁰²⁷ Ibid., p. 335

³⁰²⁸ Ibid. (« *[I]les personnes qui font partie de l'armée n'ont pas le droit de s'emparer d'objets appartenant à des particuliers (...)* »).

³⁰²⁹ Ibid.

devrait punir cette violation de la propriété »³⁰³⁰. Dans ce cas de sur-exception individuelle, la raison de guerre prime sur les lois de la guerre. Or, pourquoi ceci ne vaudrait-il pas lorsque des intérêts encore plus grands encore, de nature stratégique ou politique, seraient en jeu ?

947. La Conférence de Genève de 1864, qui déboucha sur l'adoption de la CG de 1864, offre également un bel exemple de l'accueil favorable réservé à la doctrine de la *Kriegsräson* par les fondateurs du droit de la guerre moderne. Cette convention devait consacrer l'immunité des ambulances, des hôpitaux militaires, du personnel sanitaire et des soldats blessés ou malades. Or, au cours de la troisième séance, le délégué espagnol émit des doutes sur la possibilité de soumettre les belligérants à des règles absolues valables en toutes circonstances. Il proposa donc de préciser que « *ces immunités sont entendues, sauf les exceptions que les Généraux en chef ou Commandants des armées en campagne estimeront nécessaires dans chaque cas particulier, ou que les circonstances exigeront* »³⁰³¹. Alors que la discussion s'engagea entre ceux qui jugent que l'insertion d'une telle clause « *détruirait complètement* »³⁰³² la convention et ceux qui estiment qu'« *il faut admettre ce qui existe en fait et en droit* »³⁰³³, à savoir que les militaires n'hésiteront pas à se délier du droit si des circonstances exceptionnelles l'exigent³⁰³⁴, le délégué italien proposa d'insérer la clause suivante :

[t]outes ces immunités sont admises et reconnues, sauf telles exceptions que les Généraux en chef ou Commandants des armées en campagne pourraient, dans quelques cas particuliers, et sous leur propre responsabilité, juger nécessaires, ou que des circonstances exceptionnelles pourraient expliquer³⁰³⁵.

³⁰³⁰ *Ibid.* Par où l'on voit non seulement que Bluntschli mentionne bien la doctrine de la *Kriegsräson*, contrairement à ce que prétendra Lassa Oppenheim par la suite (L. OPPENHEIM, *International Law*, 1^{re} éd., vol. 2, *op. cit.*, p. 79), mais qu'il est plus fondamentalement impossible de citer Bluntschli à l'appui d'une réfutation de cet argument, comme le fera Charles de Visschers (C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *op. cit.*, p. 94).

³⁰³¹ CICR, *Conférence de Genève de 1864*, *op. cit.*, p. 19.

³⁰³² *Ibid.*, p. 27 (Gustave MOYNIER).

³⁰³³ *Ibid.*, p. 28 (Général DUFOUR).

³⁰³⁴ Le général Dufour avance ainsi que le « *Général en chef est libre de faire ce qu'il veut, mais sous sa responsabilité. Les Règlements, quels qu'ils soient, ne peuvent jamais lier les Généraux, mais ce sont des directions qui leur sont données*ibid., p. 28). Dans la même veine, le délégué espagnol dit que « *les Généraux en chef conserveront toujours, en quoiqu'on en fasse, leur liberté d'action* » (*ibid.*).

³⁰³⁵ *Ibid.*, p. 26 (Félix BAROFFIO).

Cette clause constitue un énoncé parfait de la doctrine de la *Kriegsräson* : elle fait droit à l'argument selon lequel l'État peut déroger au *jus in bello* lorsqu'il est confronté à des circonstances exceptionnelles³⁰³⁶.

948. *In fine*, les plénipotentiaires optèrent pour une autre formulation. Sur proposition de la délégation française, il fut inséré au sein de la CG de 1864 un article 8, qui prévoit que : « [l]es détails d'exécution de la présente Convention seront réglés par les commandants en chef des armées belligérantes, d'après les instructions de leurs gouvernements respectifs, et conformément aux principes généraux énoncés dans cette Convention »³⁰³⁷. Si cet article fut purgé de tout le vocabulaire de la *Kriegsräson*, sa fonction reste la même : permettre à l'État de déroger à ses obligations en cas de nécessité. Comme le relève Gustave Moynier lui-même, cette clause reconnaît qu'il est « *parfois impossible de [se] conformer* »³⁰³⁸ aux prescriptions du *jus in bello*. En effet, il y a « *tant d'imprévu à la guerre* » que le droit ne peut jamais dicter par avance « *comment il conviendra de procéder dans toutes les éventualités imaginables* »³⁰³⁹. Il est donc « *indispensable de laisser (...) une certaine latitude aux belligérants* », et plus précisément aux commandants militaires, car « *eux seuls sont en mesure de savoir exactement, à un moment donné, ce qui est possible et ce qui ne l'est pas* »³⁰⁴⁰. Il leur revient donc de « *régler les détails d'exécution de la Convention* »³⁰⁴¹, c'est-à-dire de juger de la manière dont la Convention doit être appliquée dans chaque cas d'espèce. Or, ce « *pouvoir* »³⁰⁴² reconnu au chef de guerre peut-il aller jusqu'à refuser d'appliquer la Convention ou en violer le dispositif au motif que des circonstances exceptionnelles l'exigent ? Pour Moynier, tel est bien le cas : ce « *droit* » appartient aux militaires « *par la force des choses* »³⁰⁴³ – il préexiste au *jus in bello*. Le président du CICR conclut ainsi qu'un commandant peut s'émanciper des prescriptions de la CG de 1864 en cas d'extrême nécessité, mais qu'il doit « *le faire ouvertement* » et « *assumer franchement*

³⁰³⁶ Tel pourrait être le cas, selon certains auteurs, lorsqu'un commandant ne parvient pas à faire tomber une ville assiégée dans un contexte stratégique dramatique et qu'il est se retrouve contraint, pour briser la résistance de l'ennemi, à ouvrir le feu sur les ambulances qui quittent la ville assiégée : en empêchant ces ambulances de sortir, l'assiégeant augmente la pression mise sur l'assiégée, qui se retrouve avec d'autant plus de bouches à nourrir et de soldats à soigner (v. C. LUEDER, *La Convention de Genève...*, *op. cit.*, pp. 302-303).

³⁰³⁷ CG 1864, art. 8. V. également *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, adoptée à Genève le 6 juil. 1906, entrée en vigueur le 9 août 1907, art. 26 (« *Les commandants en chef des armées belligérantes auront à pourvoir aux détails d'exécution des articles précédents, ainsi qu'aux cas non prévus, d'après les instructions de leurs Gouvernements respectifs et conformément aux principes généraux de la présente Convention* »).

³⁰³⁸ G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, *op. cit.*, p. 241.

³⁰³⁹ *Ibid.*, pp. 241-242.

³⁰⁴⁰ *Ibid.*

³⁰⁴¹ CG 1864, art. 8.

³⁰⁴² G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, *op. cit.*, p. 242.

³⁰⁴³ *Ibid.*

*la responsabilité de tous ses actes devant l'opinion publique »³⁰⁴⁴. Autre manière de dire qu'en cas de circonstances exceptionnelles, *Kriegsräson geht vor Kriegsmanier*.*

949. Ainsi, les fondateurs du droit de la guerre moderne entretenaient soit un rapport ambiguë à la doctrine de la *Kriegsräson* (Lieber), soit la jugeaient vraisemblablement valide (Bluntschli, Moynier). Cependant, il faudra attendre les écrits de Carl Lueder pour que cette doctrine soit formulée de manière rigoureuse, connaissant une expansion rapide et provoquant de vives réactions au sein du champ juridique.

B. – L’expansion de la *Kriegsräson* suite à la formalisation de la doctrine par Carl Lueder

950. Bien que la doctrine de la *Kriegsräson* ait été en circulation dans le champ juridique dès la naissance du droit de la guerre moderne, il est exact que cette théorie ne connaîtra son expansion fulgurante qu’à la suite de sa formalisation par Carl Lueder. Dans sa contribution au *Handbuch des Völkerrechts* de von Holdzendorff³⁰⁴⁵, Carl Lueder pose les bases d’une formulation rigoureuse de la *Kriegsräson*. Selon le juriste allemand, la *Kriegsräson* renvoie aux cas où, « *par exception, les lois de la guerre doivent ne pas être respectées* »³⁰⁴⁶, c’est-à-dire aux cas où un belligérant peut licitement déroger au droit de la guerre. Pour Lueder, il ne peut être dérogé au droit de la guerre que dans deux cas : le cas des représailles, qui ne retiendra pas notre attention, et le cas de « *nécessité extrême, lorsque le but de guerre peut seulement être atteint par [la] violation [du droit de la guerre]* »³⁰⁴⁷. Ainsi, lorsque le droit de la guerre empêche un État de réaliser les objectifs pour lesquels il est entré en guerre, celui-ci est fondé à en violer les règles. Au soutien de sa théorie, Lueder formule deux arguments. Le premier repose sur une analogie avec l’état de nécessité en droit pénal interne : si l’on exempte les individus de toute punition lorsqu’une infraction est commise par nécessité, on doit en faire de même pour les États engagés dans la guerre, où les enjeux sont

³⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 243.

³⁰⁴⁵ C. LUEDER, « *Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen* », in F. VON HOLDZENDORFF, *Handbuch des Völkerrechts*, vol. 4, Hambourg, Verlagsanstalt und Druckerei, 1889, pp. 174-367. V. ég. C. LUEDER, *La Convention de Genève...*, *op. cit.*, pp. 248-252, où l’auteur pose les prémisses de sa théorie.

³⁰⁴⁶ C. LUEDER, « *Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen* », cité et trad. in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, pp. 238-239, n. trad.

³⁰⁴⁷ C. LUEDER, « *Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen* », cité et trad. in *ibid.*, pp. 238-239 (« *[T]his can only happen in two cases, one that of extreme necessity, when the object of the war can only be attained by their non-observance and would be defeated by their observance* »).

encore plus grands³⁰⁴⁸. Le second argument, de nature empirique, repose sur l'hypothèse qu'aucun commandant ou chef d'État n'acceptera jamais de perdre une guerre au motif que le droit de la guerre lui interdit d'employer les moyens qui lui permettraient de la gagner³⁰⁴⁹. Il faut donc reconnaître que l'État peut déroger au droit de la guerre en cas de « *danger extrême* »³⁰⁵⁰.

951. La doctrine de la *Kriegsräson* trouve chez Carl Lueder sa formulation la plus complète. Ce qui n'était accepté qu'à demi-mots par Lieber, Bluntschli et Moynier fait désormais l'objet d'un exposé systématique. Par la suite, cette théorie va se répandre au sein de la littérature juridique allemande³⁰⁵¹. Reprenant l'analogie avec l'état de nécessité en droit interne et s'appuyant sur le droit naturel d'autoconservation reconnu aux États en droit international, tous ces auteurs s'accordent pour dire que l'État est fondé à déroger au droit de la guerre en cas de nécessité extrême.

952. De plus, doctrine *Kriegsräson* sera rapidement adoptée comme politique officielle de l'Allemagne³⁰⁵². À ce titre, de nombreux auteurs voient dans *Kriegsgebrauch im Landkriege*,

³⁰⁴⁸ C. LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », cité et trad. in A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, op. cit., p. 38 (« [s]i, lorsqu'il s'agit de l'état de nécessité pour les individus, l'impunité des actes les plus préjudiciables commandés par la nécessité est admise, il en doit être ainsi a fortiori dans la guerre où des intérêts bien plus graves sont en jeu. Quand donc la situation est telle que, pour atteindre le but de la guerre et éviter un danger extrême, il faut absolument franchir les bornes de la Kriegsmanier, c'est-à-dire du droit de la guerre, on le peut »).

³⁰⁴⁹ Carl LUEDER, cité in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, op. cit., p. 239 (« [t]he course of no war will in such extreme cases be hindered and allow itself to end in defeat, perhaps in ruin, in order not to violate formal law. No prohibition can in such a case effect any thing, or present a claim to recognition and validity; and it would be idle to formulate one, for from what commander or from what State could such heroism of meekness and renunciation be expected? »).

³⁰⁵⁰ Carl LUEDER, cité in *ibid.*, pp. 238-239, n. trad.

³⁰⁵¹ Parmi les juristes adhérent à la doctrine de la *Kriegsräson*, on peut citer F. VON LISZT, *Das Völkerrecht. Systematisch Dargestellt*, 4^{ème} éd., Berlin, O. Häring, 1906, pp. 196 et 318 (l'auteur abandonnera ses vues par la suite, dans la 6^{ème} édition de son manuel) ; A. ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung. Eine kritische Untersuchung*, Berlin, V. Heymanns, 1906, pp. 15-16 ; C. MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz*, vol. 2, Munich, J. Schweizer, 1907, pp. 13-15 ; E. VON ULLMANN, *Völkerrecht*, 2^{ème} éd., vol. 3, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1908, pp. 455 et 469-470 ; H. WEHBERG, *Die Abkommen der Haager Friedenskonferenzen, der Londoner Seekriegskonferenz nebst Genfer Konvention*, Berlin, J. Guttentag, 1910, pp. 14-15 ; E. ZITELMANN, « Haben wir noch ein Völkerrecht? », *Preussische Jahrbücher*, vol. 158, 1914, pp. 472-495 ; K. STRUPP, *Das Internationale Landkriegsrecht*, Frankfort, J. Baer & Co., 1914, pp. 3-8 ; K. STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt*, Berlin, W. Kohlhammer, 1920, pp. 172-179 et K. STRUPP, *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, préf. A. ALVAREZ, Paris, Arthur Rousseau, 1927, pp. 168-169 ; J. KOHLER, « Notwehr und Neutralität », *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. 8, 1914, pp. 576-580 et J. KOHLER, *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Ntrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, Berlin, Walther Rotschlid, 1915 ; T. NIEMEYER, « International Law in War », trad. J. S. REEVES, *Michigan Law Review*, vol. 13, n°3, 1915, pp. 175-178. Sur l'expansion de cette doctrine au sein de la littérature allemande, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 299-317 ; I. HULL, « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », in S. N. KALYVAS, I. SHAPIRO, T. MASOUD (dir.), *Order, Conflict and Violence*, Cambridge, C.U.P., 2008, pp. 352-377 ; I. HULL, *A Scrap of Paper. Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca, Cornell University Press, 2014, not. pp. 76-78 ; M. MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und "Kriegsnotwendigkeit" in der deutschen militärischen Tradition seit den Einigungskriegen », op. cit. ; M. SCHMOECKEL, C. WAMPACH, « L'humanisation du droit de la guerre: une utopie combattue par la doctrine allemande? », *Clio Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, vol. 11, 2016.

³⁰⁵² Ce point est discuté en détail et avec nuance dans E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 330-347.

un manuel de droit de la guerre publié par le grand état-major allemand en 1902³⁰⁵³, une confirmation officielle de cette doctrine³⁰⁵⁴. Cependant, ce manuel ne reprend pas cette théorie dans son exposé général de la nature du *jus in bello*³⁰⁵⁵. Cela n'est pas nécessaire, car le droit de la guerre n'est tout simplement pas considéré par le grand état-major allemand comme un régime juridique obligatoire³⁰⁵⁶, ce qui rend inutile de formuler une théorie rigoureuse de la dérogation³⁰⁵⁷. Ainsi, c'est vraiment au cours du conflit de 1914-1918 que cette théorie trouvera sa première confirmation officielle au plus haut niveau de l'appareil d'État allemand. En effet, c'est bien à la *Kriegsräson* que se référa le chancelier von Bethmann Hollweg lorsque, devant le Reichstag, il justifia l'invasion de la Belgique par les troupes allemandes en violation des traités de neutralité permanente dans les termes suivants³⁰⁵⁸ :

Un malheur épouvantable menace l'Europe. (...) Devions-nous attendre patiemment le moment choisi par les puissances qui nous enserrent pour mettre le feu aux poudres ? Il eût été criminel d'exposer l'Allemagne à un tel danger. (...) Nous sommes en état de légitime défense. Nécessité ne connaît pas de loi. Nos troupes ont occupé le Luxembourg et peut-être déjà la Belgique. Cela est contraire au droit des gens, mais nous savons que la France était prête à l'attaque et une attaque de notre aile gauche sur le Rhin inférieur eût pu nous être fatale. (...) Lorsqu'on est menacé comme nous le sommes et lorsqu'on combat, comme nous, pour le bien suprême, on s'en tire comme on peut³⁰⁵⁹.

³⁰⁵³ ALLEMAGNE, GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, op. cit.

³⁰⁵⁴ V. p. ex. J. W. GARNER, « The German War Code », *University of Illinois Bulletin*, vol. 15, n°49, 1918, pp. 10-13 ; J. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, Londres, Longmans, Green & Co. 1920, p. 196.

³⁰⁵⁵ Contrairement par exemple à un règlement militaire espagnol de 1882 : v. ESPAGNE, *Reglamento para el servicio de campaña, aprobado por ley de 5 enero de 1882*, Madrid, Imprenta y Litografía del deposito de la Guerra, 1882, p. 363 (« [e]n résumé, il ne faut pas enfreindre les règles ordinaires, ni causer de dommages inutiles à l'ennemi, ni employer des moyens illégitimes, sauf (...) en cas d'absolue nécessité, lorsque le strict respect de ces lois pourrait compromettre gravement les intérêts, la sécurité ou l'existence de l'armée »).

³⁰⁵⁶ En effet, le manuel estime que « la raison de guerre permet à chaque État belligérant d'employer tous les moyens de nature à l'aider à atteindre le but de guerre », et que les « considérations humanitaires, telles que les ménagements relatifs aux personnes et aux biens, ne peuvent faire question que si la nature et le but de la guerre s'en accommodent » (ALLEMAGNE, GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, op. cit., p. 3). Le droit de la guerre ne vaut que « dans l'intérêt de celui qui agit », et ce droit d'exception ne saurait donc revêtir « un sens absolument en opposition avec la nature et les fins mêmes de [la guerre] » (*ibid.*, p. 3).

³⁰⁵⁷ Bizarrement, la doctrine de la *Kriegsräson* fera quand même son apparition plus loin dans l'étude, où il est dit que l'État peut légitimement violer certaines règles du droit de la guerre considérées obligatoires par les juristes lorsque la raison de guerre l'exige (v. not. *ibid.*, pp. 36 et 111).

³⁰⁵⁸ Cette théorie est donc consacrée officiellement par l'Allemagne dans un domaine (le droit de la neutralité) qui toucherait aujourd'hui au *jus contra bellum*, mais que les juristes de l'époque considéraient généralement comme une partie intégrante du droit applicable dans la guerre (*jus in bello*).

³⁰⁵⁹ Theobald VON BETHMANN HOLLWEG, *Allocution devant le Reichstag*, 4 août 1914. Cette prétention fit l'objet de nombreuses réfutations, tant juridiques que factuelles. V. not. Ch. DE VISSCHER, *La Belgique et les juristes allemands*, Paris, Payot, 1916 ; A. WEISS, *La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise par l'Allemagne*, Paris, Armand Colin, 1915 ; L. RENAULT, *Les Premières Violations du Droit des Gens par l'Allemagne : Luxembourg et Belgique*,

953. Cependant, il ne faudrait pas conclure de tout cela que la *Kriegsräson* est une théorie purement allemande. Tout d'abord, un grand nombre d'auteurs de l'époque reconnaissait que l'État jouit d'un droit naturel et premier à l'autoconservation, en vertu duquel il peut « *prendre les mesures qu'il juge nécessaires pour sa propre sécurité et sa propre défense* »³⁰⁶⁰. Et, ce droit primant sur tous les autres, l'État peut, « *dans des cas extrêmes de nécessité, commettre ce qui serait normalement une infraction au droit des gens* »³⁰⁶¹. Il existe donc un lien évident entre le droit naturel à l'autoconservation et la doctrine de la *Kriegsräson*, celle-ci n'étant que le pendant, *durante bello*, de ce droit naturel exposé dans les parties des manuels relatifs au temps de paix³⁰⁶². Certains auteurs³⁰⁶³ et certains tribunaux³⁰⁶⁴ ont pu juger que les options dérogatoires ouvertes par le droit d'autoconservation valaient également en temps de guerre, ce qui revient en pratique à consacrer implicitement la doctrine de la *Kriegsräson*. Mais surtout, contrairement à ce que prétend l'historiographie traditionnelle, la doctrine de la *Kriegsräson* est reconnue bien au-delà des cercles allemands. On la retrouve chez des auteurs britanniques³⁰⁶⁵, français³⁰⁶⁶,

Paris, Sirey, coll. « Pour la défense du droit international », 1917 ; J. M. BECK, *The Evidence in the Case: A Discussion of the Moral Responsibility for the War of 1914, as Disclosed by the Diplomatic Records of England, Germany, Russia, France, Austria, Italy, and Belgium*, New York/Londres, G. P. Putnam's Sons, 1915.

³⁰⁶⁰ A. S. HERSEY, *The Essentials of Public International Law*, 2^{ème} éd., New York, MacMillan, 1919, p. 144. À l'appui de sa démonstration, Hershey cite les écrits de W. E. Hall, R. Phillimore, P. Pradier-Fodéré, A. Rivier et T. Twiss. V. ég. A. D. MCNAIR, « International Conduct During the World War », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 4, n°4, 1922, p. 178 (où l'auteur relève que de nombreux auteurs se prononcent en faveur de l'existence d'un droit naturel d'autoconservation).

³⁰⁶¹ A. S. HERSEY, *The Essentials of Public International Law*, op. cit., p. 144-145.

³⁰⁶² Étienne Henry relève en ce sens que les positions doctrinales acceptant l'idée que les États jouissent d'un droit naturel d'autoconservation, quand bien même elles rejettent explicitement la doctrine de la *Kriegsräson*, aboutissent en réalité « à un résultat comparable » (E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., p. 329). Parmi les auteurs faisant un lien explicite entre droit d'autoconservation et doctrine de la *Kriegsräson*, v. not. A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, op. cit., p. 241 (« *les lois de la guerre restent subordonnées au droit essentiel de conservation* ») ; A. CAVAGLIERI, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Internazionale*, Rome, Athenaeum, 1917, p. 99, n. trad. (« [en] ce qui concerne les normes qui ne sont pas spécifiques à l'état de guerre, il ne semble pas, comme nous avons déjà eu l'occasion de le constater, que le problème de leur application par rapport à ce qu'on appelle l'excuse de nécessité revête des aspects fondamentalement différents de ceux qui constituent le problème lui-même en temps de paix ») ; P. BORDWELL, *The Law of War between Belligerents*, op. cit., p. 5 ; J. KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, Berlin, Springer, 1935, p. 27, n. trad. (« [la] mesure dans laquelle l'état de nécessité, la légitime défense et l'autoconservation peuvent être invoqués par rapport au droit de la guerre en vigueur doit donc être évaluée selon le droit international général et relève de la présentation du droit international de la paix »).

³⁰⁶³ V. p. ex. L. OPPENHEIM, *The Future of International Law*, Oxford, Clarendon Press, coll. « Pamphlet Series of the Carnegie Endowment for International Peace », 1921, p. 60 ; K. STRUPP, *Éléments du droit international public...*, op. cit., p. 229 (« [l]e droit de nécessité est le même en temps de paix qu'en temps de guerre »).

³⁰⁶⁴ V. les références in N. C. H. DUNBAR, « Military Necessity in War Crime Trials », op. cit., p. 446 et H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 185, note 1.

³⁰⁶⁵ P. BORDWELL, *The Law of War between Belligerents*, op. cit., p. 5 (« [c]onfined to certain extraordinary cases this doctrine [la doctrine de la *Kriegsräson*, ndlr] is not objectionable »).

³⁰⁶⁶ H. BONFILS, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 569 (« [l]es États belligérants sont libres de se soustraire aux obligations créées par les lois de la guerre ou de les respecter exactement », ceux-ci étant les « *souverains appréciateurs des nécessités de la guerre* »). Dans l'édition de 1921, Bonfils et Fauchille se contentent d'exposer cette doctrine sans l'inflammer, suggérant par-là que sa validité est au moins douteuse. V. ég. F. DESPAGNET, C. DE BOECK, *Cours de droit international public*, op. cit., p. 803 (« [n]ous pensons que les belligérants sont déjà trop portés à abuser de l'excuse des nécessités militaires en atteignant les non-combattants (...). [Q]uelques violations qu'il subisse dans la pratique, ce principe offre du moins un critérium de jugement et de conduite qui peut servir de frein aux excès des belligérants : il faudra que ceux-ci prouvent, s'ils s'en écartent, qu'ils ont obéi à d'impérieuses nécessités militaires (...) ») ; P. BOUDIN, *Les lois de la guerre...*, op. cit., p. 29 (« [u]n État ne doit avoir

italiens³⁰⁶⁷, belges³⁰⁶⁸ ou suisses germanophones, à l'image d'Alphonse Rivier³⁰⁶⁹ ou, plus étonnant encore, chez Max Huber, futur président du CICR³⁰⁷⁰.

954. Par ailleurs, fait largement ignoré par l'historiographie traditionnelle, la doctrine de la *Kriegsräson* est souvent partiellement acceptée par ses critiques britanniques et américains les plus fervents. Ainsi, James Garner, l'un des plus grands pourfendeurs de cette doctrine, reconnaît lui-même qu'*« [i]l faut admettre que, dans des limites raisonnables, cette théorie tant critiquée est juridiquement défendable »*³⁰⁷¹. En effet, selon cet auteur, *« un belligérant est en droit de ne pas respecter une règle du droit de la guerre lorsque le respect de cette règle entraînerait sa destruction »*³⁰⁷². Il cite à l'appui de ses raisonnements l'autre grand pourfendeur de cette doctrine, John Westlake, à qui il fait dire que *« [l]a doctrine de la*

recours à la lutte que si l'intérêt en litige est pour lui considérable, et s'il a épuisé tous les moyens de conciliation. Mais lorsqu'il ne lui restera plus d'autres ressources, et qu'il sera acculé à la guerre, il lui faudra alors par tous les moyens en son pouvoir, même les plus violents, briser par la force la volonté de l'ennemi. Là devront tendre tous ses efforts, toute son énergie. Tous les expédients seront bons qui auront ce résultat. La force limitée n'est plus la force »)³⁰⁶⁷ D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale* (*Appunti ad uso degli studenti*), vol. 3, partie 1, Rome, Athanaeum, 1915, pp. 207-208, n. trad. (*« [e]n interdisant les actes de violence inutiles à l'action militaire, le droit procède – comme toujours – selon des critères généraux, c'est-à-dire en tenant compte de ce qui est commun et constant dans les différents cas, id quod plerumque accidit, et en faisant abstraction de ce qui peut constituer la particularité d'un cas donné. Mais ce qui correspond à la généralité des cas peut ne pas s'adapter au cas concret : certains actes de violence, normalement inutiles à l'action militaire, peuvent en revanche être nécessaires dans un cas donné. Il découle donc du concept même du droit de la guerre que la limitation cesse d'être obligatoire, car celui-ci ne vise pas à interdire l'usage de la force dans la mesure où il est nécessaire aux fins de la guerre, mais uniquement dans la mesure où il agraverait inutilement les maux. Ce concept s'exprime généralement en disant que la raison de la guerre - c'est-à-dire les nécessités de la guerre - prévaut sur le droit de la guerre »*). V. ég., D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, vol. 1, trad. G. GIDEL, Paris, Sirey, 1929, pp. 507-515 (où l'auteur semble accepter que la doctrine de l'état de nécessité s'applique au droit de la guerre, ce qui revient à accepter la doctrine de la *Kriegsräson*).

³⁰⁶⁸ F. VERRAES, *Le droit international. Les lois de la guerre et de la neutralité*, op. cit., pp. 92-93 (*« [i]l ne faut pas (...) perdre de vue que les lois de la guerre, destinées en somme à limiter l'emploi de la force, devront parfois céder à leur tour devant ce qu'on a appelé : "la raison de guerre" ; en d'autres termes, ces lois devront plier, si la raison, si la nécessité pressante du moment l'exige (...). On ne peut formuler en règles précises la loi des cas de nécessité. La nécessité crée en quelque sorte elle-même la loi ; tout ce qui est raisonnable et juste dans les cas de nécessité est légitime. Une nécessité évidente fournit donc une justification suffisante pour tout acte posé de bonne foi sous l'empire de cette nécessité. Les injonctions, même les plus formelles de la loi positive, sont présumées écarter toute intention de contraindre les hommes à accomplir des impossibilités »*).

³⁰⁶⁹ A. RIVIER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, F. Enke, 1899, pp. 392-394 et A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, op. cit., pp. 241-242 (*« [d]ictées par l'humanité et l'intérêt bien entendu, les lois de la guerre restent subordonnées au droit essentiel de conservation. Dans la guerre, l'existence de l'État belligérant est en jeu. Il faut qu'il terrasse son adversaire, pour n'être pas terrassé. Le chef militaire a reçu de son gouvernement le mandat de vaincre ; il est tenu de faire son possible pour vaincre. Ses soldats lui sont confiés, il en répond. Les égards pour l'ennemi et pour les soldats ennemis ne viennent qu'ensuite. Sans doute le chef doit être humain, généraux, mais il ne lui est pas permis de l'être aux dépens de ses soldats et de son pays. De là, pour lui, l'autorisation et même l'obligation de déroger, s'il le faut, aux lois de la guerre, en vertu de la nécessité ou raison de guerre. La nécessité de guerre peut excuser des rigueurs que les lois de la guerre condamnent. Elle prime les lois de la guerre. Mais cette prévalence de la nécessité n'a jamais qu'un caractère exceptionnel, comme l'excuse de nécessité, dont elle est une application »*).

³⁰⁷⁰ M. HUBER, « Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsräson », op. cit., pp. 351-374.

³⁰⁷¹ J. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, op. cit., pp. 196-197, n. trad.

³⁰⁷² *Ibid.*, p. 197, n. trad. V. ég. J. W. GARNER, « The German War Code », op. cit., pp. 10-11 ; G. W. SCOTT, J. W. GARNER, *The German War Code. Contrasted with The War Manuals of the United States, Great Britain, and France*, Washington, The Committee on Public Information, coll. « War Information Series », 1918, p. 4 (où les auteurs affirment que l'idée selon laquelle « military necessity justifies the abrogation of war law » est bien une règle reconnue par le droit international ; le problème, selon eux, est que les auteurs allemands ont érigé cette « exceptional rule » en « general principle »).

*nécessité (...) s'applique (...) dans les cas d'autoconservation »³⁰⁷³, c'est-à-dire dans les cas où les intérêts les plus fondamentaux de l'État sont en jeu³⁰⁷⁴. De même, Lassa Oppenheim, un auteur généralement cité parmi les opposants à la *Kriegsräson*, ratifie en réalité cette doctrine sous couvert du droit à l'autoconservation. Tout en affirmant que « *la simple Kriegsräson ne va jamais jusqu'à dispenser des règles établies de la guerre* », il écrit qu'« [i]l faut admettre que le principe général du droit des gens, selon lequel les actes absolument nécessaires à l'autoconservation peuvent être excusés même s'ils sont illégaux, s'applique également au droit de la guerre »³⁰⁷⁵.*

955. Ainsi, dans le champ du *jus in bello* antérieur à la Seconde Guerre mondiale, la doctrine de la *Kriegsräson* semble avoir été largement admise. De nombreux auteurs influents l'acceptaient explicitement, et même les auteurs en apparence les plus opposés à cette doctrine finissaient généralement par l'accepter. Durant cette période, la doctrine de la *Kriegsräson* fit néanmoins l'objet d'une contestation, dont la véhémence était inversement proportionnelle à la solidité des arguments.

§ II. – Une doctrine contestée malgré la faiblesse des arguments contraires

956. Dans le champ du droit de la guerre, la contestation de la doctrine de la *Kriegsräson* prend la forme de la construction d'une théorie rigoureusement opposée, celle de la *Rechtsräson*.

³⁰⁷³ J. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, *op. cit.*, p. 198. V. ég. J. W. GARNER, « The German War Code », *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁷⁴ En réalité, si Westlake admet la doctrine de la nécessité en temps de paix sur le fondement du droit à l'autoconservation, il semble refuser de la transposer au temps de guerre. V. J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, pp. 114-120 (où l'auteur accepte la doctrine de la nécessité en temps de paix, notamment si cela implique de violer le territoire d'un État neutre) et 238-244 (où l'auteur rejette la doctrine de la *Kriegsräson* en temps de guerre, sans faire mention de la doctrine de la nécessité valable en temps de paix). Westlake n'explique pas pourquoi une doctrine valable en temps de paix devrait ne pas valoir en temps de guerre.

³⁰⁷⁵ L. OPPENHEIM, *The Future of International Law*, *op. cit.*, p. 60. Oppenheim semble ainsi revenir sur sa position antérieure, où il rejetait clairement l'application de la doctrine de la *Kriegsräson* aux lois de la guerre (L. OPPENHEIM, *International Law*, 1^{ère} éd., vol. 2, *op. cit.*, p. 79). Dans le même sens, un auteur anonyme écrivant dans le but de réfuter la maxime selon laquelle « nécessité ne connaît pas de loi » (« *Not kennt kein Gebot* »), qui est une expression de la doctrine de la *Kriegsräson*, est forcé de reconnaître que l'état de nécessité peut être invoqué « *aussi longtemps que les intérêts à sauvegarder (...) sont (...) plus considérables que les intérêts qui devraient être sacrifiés* » (ANON. [E. L.], « Théories allemandes pour la légitimation juridique de la maxime *Not kennt kein Gebot* (Nécessité n'a pas de loi) », *Journal du droit international*, vol. 44, 1917, p. 476). Par ailleurs, certains auteurs de l'époque admettent que cette doctrine demeure valide, mais uniquement vis-à-vis des usages de guerre, par opposition aux lois de la guerre.

957. À notre connaissance, Antoine Pillet est le premier auteur à fournir une critique rigoureuse de la théorie de Carl Lueder et à formuler la doctrine inverse de la *Rechtsräson*. Dès 1892, dans une conférence prononcée devant les officiers de la garnison de Grenoble, Pillet précise que les règles du droit de la guerre « *doivent être suivies dans tous les cas* », y compris dans les « *cas de nécessité pressante* »³⁰⁷⁶. Dans une opposition explicite à Carl Lueder, le juriste français maintient que, même dans les cas de nécessité extrême, il n'existe aucune « *raison de guerre (Kriegsraison)* » que l'on pourrait mettre « *au-dessus du droit des gens* »³⁰⁷⁷. Deux arguments viennent étayer son jugement. Le premier argument consiste à dire que le droit de la guerre « *tient en perpétuelle considération les nécessités de la guerre* » et doit donc « *être appliqué quelles que soient ces nécessités* »³⁰⁷⁸. Le droit de la guerre prendrait déjà en compte les nécessités de la guerre au stade de la formulation des règles, lesquelles procèdent d'une mise en balance des nécessités militaires et des impératifs d'humanité³⁰⁷⁹. On ne pourrait donc plus réajuster cet agencement au stade de l'application du droit. Le second argument, de nature conséquentialiste, consiste à dénoncer le fait que la doctrine de la *Kriegsraison* inverse le processus civilisateur à l'issue duquel la guerre en vint à être comprise non plus comme un état d'exception où la violence se substitue au droit, mais comme une situation particulière gouvernée par un droit particulier. En effet, si l'on donnait aux prescriptions du droit de la guerre un « *caractère conditionnel et relatif* », on condamnerait les relations internationales à un « *retour à la barbarie primitive* »³⁰⁸⁰. Les belligérants, seuls juges compétents pour déterminer l'existence d'un cas d'extrême nécessité³⁰⁸¹, invoqueront cet argument « *à tout propos et hors de propos* »³⁰⁸², pour justifier n'importe quelle violation du droit de la guerre. Ressurgira alors cette zone de pure anomie que le droit de la guerre avait précisément pour fonction de résorber³⁰⁸³.

958. Cependant, avant l'adoption des RH de 1899 et de 1907, les arguments des défenseurs de la *Rechtsräson* étaient particulièrement faibles. En premier lieu, la quasi-totalité des auteurs de l'époque reconnaissaient au profit des États un droit naturel à

³⁰⁷⁶ A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, op. cit., p. 161. En réalité, Antoine Pillet plagie quasiment mot pour mot la critique, formulée avant la systématisation opérée par Carl Luder, de Paul Pradier-Fodéré (v. P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, op. cit., pp. 869-870). Pour une autre critique de la doctrine de la *Kriegsraison* avant sa formulation de Carl Luder, v. J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations*, op. cit., p. 83.

³⁰⁷⁷ A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, op. cit., p. 162.

³⁰⁷⁸ *Ibid.*

³⁰⁷⁹ Sur cette prétention, v. supra, Chapitre 3.

³⁰⁸⁰ A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, , op. cit., p. 162.

³⁰⁸¹ *Ibid.* (« [s]'il existe vraiment une raison de guerre qui légitime tout acte entrepris en son nom, qui aura à la déterminer? Le belligérant lui-même (...) »).

³⁰⁸² *Ibid.*

³⁰⁸³ Sur ceci, v. Chapitre 6.

l'autoconservation, en vertu duquel les États pouvaient commettre des actes illicites si ceux-ci s'avéraient nécessaires à la préservation de leur existence³⁰⁸⁴. Dans les manuels, ce droit était généralement exposé dans la partie relative au droit applicable aux relations pacifiques des États. Or, comme le relèvera Julius Stone par la suite, il n'est pas évident de comprendre pourquoi ce droit naturel vaudrait en temps de paix et non en temps de guerre, où la préservation des États est d'autant plus mise en danger³⁰⁸⁵. En second lieu, aucune conférence diplomatique où auraient siégé des militaires n'avait débouché sur une codification complète du droit de la guerre, adoptée et ratifiée par les États. Il était donc délicat d'affirmer que les nécessités de la guerre ont déjà été prises en compte au stade de la formulation des règles, celles-ci n'étant contenues dans aucun traité international à force obligatoire. L'adoption du RH de 1899 puis du RH de 1907 va donner de nouveaux arguments, plus ou moins convaincants, aux partisans de la *Rechtsräson*.

959. Premièrement, les juristes vont interpréter le préambule du RH 1899 comme une preuve du fait que les nécessités militaires sont prises en compte une fois pour toutes au stade de la formulation des règles. En effet, le préambule de la Convention énonce que la rédaction du Règlement « *a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent* »³⁰⁸⁶. Ce passage prouverait que, une fois les règles adoptées, les nécessités de la guerre ne peuvent plus être invoquées « *pour contrôler et limiter leur application* »³⁰⁸⁷. L'autorité des règles du RH 1899 serait donc « *suprême dans la limite de leur champ d'application* »³⁰⁸⁸ : une situation tombant dans le champ d'application d'une interdiction absolue ne peut échapper à l'application stricte du droit au motif que cela serait nécessaire pour préserver des intérêts supérieurs.

³⁰⁸⁴ Sur ce point les sources et la discussion dans J.-B. DUDANT, *La conservation de l'État en droit international*, Paris, Pedone, coll. « Publication de la Revue générale de droit international public », 2025.

³⁰⁸⁵ J. STONE, *Legal Controls of International Conflict*, op. cit., p. 352-353.

³⁰⁸⁶ RH 1899, préambule, al. 6. Dans sa version complète, cet alinéa se lit comme suit : « *Selon les vues des Hautes Parties Contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations* ».

³⁰⁸⁷ J. WESTLAKE, *International Law*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 57. Dans le même sens, v. not. C. DE VISSCHER, « *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité* », op. cit., p. 100, note 1 ; A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, op. cit., p. 10 ; B. C. RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, op. cit., p. 60 ; H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 185, note 1.

³⁰⁸⁸ J. WESTLAKE, *International Law*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 57, n. trad.

960. Cela étant, il est *a minima* douteux que les rédacteurs du RH de 1899 aient réellement eu pour intention de rejeter la doctrine de la *Kriegsräson*³⁰⁸⁹. En effet, dans son rapport à la Conférence sur les travaux de la deuxième sous-commission, chargée de formuler les lois et coutumes de la guerre sur terre, Edouard Rolin relève qu'un délégué allemand a affirmé que les restrictions à la conduite de la guerre « *ne sauraient entraver la liberté d'action des belligérants dans certaines éventualités extrêmes qu'on peut assimiler à une sorte de légitime défense* »³⁰⁹⁰. En d'autres termes, des circonstances extrêmes seraient susceptibles de libérer l'État de l'impératif de respecter les dispositions du Règlement. Or, la remarque du délégué allemand ayant été faite « *sans soulever de contradiction* »³⁰⁹¹, il semblerait que les délégués de la deuxième sous-commission aient au contraire embrassé la doctrine de la *Kriegsräson*. À l'aune de cette hypothèse, le sixième alinéa du préambule du RH 1899, qui sera intégré mot pour mot dans le préambule du RH 1907³⁰⁹², pourrait faire l'objet d'une interprétation radicalement opposée : celui-ci exprimerait l'idée que les dispositions du Règlement, bien qu'*« inspirées par le désir de diminuer les maux de la guerre* », ne valent que pour « *autant que les nécessités militaires le permettent* »³⁰⁹³. Cette interprétation, retenue par certains juristes de l'époque³⁰⁹⁴, est renforcée par le fait que le préambule trouve

³⁰⁸⁹ Sur ce point, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 324-326 (où l'auteur relève que les Conférences de La Haye de 1899 et de 1907 ne closent pas définitivement la question de savoir si un belligérant peut déroger au droit de la guerre en cas de sur-exception).

³⁰⁹⁰ PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence internationale de la paix. La Haye 18 mars-29 juillet 1899*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, p. 43. Plus loin, le délégué belge, confronté à la proposition d'un délégué allemand visant à adjoindre à l'actuel article 46 relatif aux droits des individus dans les territoires occupés la clause de sauvegarde « pour autant que les nécessités militaires le permettent », s'oppose à cette idée au motif qu'il serait « *contraire à l'esprit du Projet de Bruxelles d'introduire dans les différents articles une clause spéciale par rapport aux nécessités de la guerre* », mais affirme néanmoins qu'*« [o]n ne peut pas admettre la destruction des droits individuels comme thèse juridique bien que, le cas échéant, on y ait parfois recours* » (*ibid.*, p. 79). Le délégué allemand perçoit cette dernière remarque comme une confirmation de l'idée que cette règle peut être suspendue dans le cas où les nécessités de la guerre ne permettraient pas de respecter absolument les droits à la vie, à la propriété ou à la religion des personnes vivant dans les territoires occupés. Il retire en effet sa proposition, jugeant que la déclaration du délégué belge « *donne une interprétation exacte de l'article* » (*ibid.*).

³⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 43. Cette interprétation est relevée par B. V. A. RÖLING, « *The Law of War and the National Jurisdiction since 1945* », *R.C.A.D.I.*, vol. 100, 1960, p. 385.

³⁰⁹² RH 1907, préambule, al. 5 (« *[s]elon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations* »).

³⁰⁹³ RH 1899, préambule, al. 6. Cette interprétation opposée est notamment relevée par S. HORTON, « *Kriegsräson or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude Towards the Conduct of War* », *Fordham International Law Journal*, vol. 30, n°3, 2007, p. 587.

³⁰⁹⁴ J. W. GARNER, « *The German War Code* », op. cit., pp. 10-11 (où l'auteur affirme que cet alinéa consacre l'idée « *qu'il y a des circonstances qui permettent à un belligérant d'ignorer les règles établies du droit international* »). V. également PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence internationale de la paix. La Haye 18 mars-29 juillet 1899*, op. cit., p. 79 (où le délégué allemand cherche à insérer une clause faisant droit à l'argument selon lequel les nécessités de la guerre priment sur les lois de la guerre en utilisant exactement la même expression que celle du préambule : « *pour autant que les nécessités militaires le permettent* »). Certains auteurs ont pu voir dans cette épisode une confirmation de l'adoption de la doctrine de la *Kriegsräson* par la Conférence (v. K. STRUPP, *Das Internationale Landkriegsrecht*, op. cit., pp. 6-7).

son origine dans une déclaration faite par Fiodor F. Martens³⁰⁹⁵, lequel, en plus d'avoir sans doute été un partisan de la *Kriegsräson*³⁰⁹⁶, estime que les « *nation[s] héroïque[s]* » sont « *au-dessus des codes, des règles et des faits* »³⁰⁹⁷. Par extension, le même doute traverse l'interprétation à donner au préambule du RH 1907³⁰⁹⁸.

961. **Deuxièmement**, l'idée que les nécessités militaires auraient déjà été prises en compte au niveau de la formulation des règles va être renforcée par le fait que certaines règles des RH de 1899 et de 1907 contiennent des clauses explicites de dérogation³⁰⁹⁹. Selon de nombreux auteurs, le fait que les rédacteurs des traités aient formulé certaines règles contenant des clauses de dérogation et des règles n'en contenant aucune suffit à écarter l'argument de la *Kriegsräson* : la nécessité militaire ne peut « *constituer le fondement d'une exception à certaines des règles* »³¹⁰⁰ que si celles-ci le prévoient explicitement³¹⁰¹. Il résulte de ceci, « *par argument a contrario, que le recours à la nécessité militaire est exclu dans tous les cas où il n'est pas expressément autorisé* »³¹⁰². Et dans le cas où une règle contient une clause de dérogation permettant à l'État de déroger à ses obligations lorsque les nécessités de la guerre l'exigent, l'État qui s'en prévaut ne s'affranchit pas du droit au nom d'une nécessité supérieure et extérieure au droit : « *il agit en vertu de ses dispositions mêmes* »³¹⁰³, puisque cette règle prévoit l'éventualité de sa propre défaisabilité³¹⁰⁴. Le droit de la guerre serait donc un système juridique complet, qui prévoit lui-même et de manière exhaustive les cas dans lesquels il est permis de déroger à ses règles.

962. Cependant, cet argument est loin d'être irréfutable. Tout d'abord, ces clauses démontrent que les nécessités de la guerre peuvent faire tomber des règles formelles

³⁰⁹⁵ PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence internationale de la paix. La Haye 18 mars-29 juillet 1899*, *op. cit.*, p. 152. Sur l'origine de la « clause Martens » et les controverses qui l'entourent, v. not. R. GILALDI, « The Enactment of Irony: Reflexions on the Origins of the Martens Clause », *E.J.I.L.*, vol. 25, n°3, 2014, pp. 847-869.

³⁰⁹⁶ Fiodor F. Martens se serait fait le porte-voix de cette doctrine dans une conférence prononcée à Saint-Pétersbourg en avril 1881 (P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, *op. cit.*, pp. 867-868) mais, n'ayant pu mettre la main sur le texte original, sa position ne sera pas commentée ici.

³⁰⁹⁷ PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence internationale de la paix. La Haye 18 mars-29 juillet 1899*, *op. cit.*, p. 120.

³⁰⁹⁸ J. WESTLAKE, *International Law*, 2^{ème} éd., *op. cit.*, p. 61 (qui étend l'argument formulé vis à vis du RH de 1899 au RH de 1907) ; S. HORTON, « *Kriegsraison or Military Necessity?* », *op. cit.*, p. 587.

³⁰⁹⁹ V. p. ex. RH 1907, art. 23, g), art. 48, art. 51, art. 52, et art. 54.

³¹⁰⁰ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, *op. cit.*, p. 15

³¹⁰¹ En ce sens, v. p. ex. L. OPPENHEIM, *International Law*, 2^{ème} éd., vol. 2, *op. cit.*, pp. 84-85 ; C. DE VISSCHER, « *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité* », *op. cit.*, p. 101 ; A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, *op. cit.*, pp. 15 et 33 ; B. C. RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, *op. cit.*, p. 60 ; H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, *op. cit.*, p. 185, note 1.

³¹⁰² C. DE VISSCHER, « *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité* », *op. cit.*, p. 101.

³¹⁰³ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, *op. cit.*, p. 33.

³¹⁰⁴ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 961-964.

prohibitives³¹⁰⁵. Or, une fois cette possibilité reconnue, comment la cantonner à certaines règles spécifiques ? Si l'exception « *se justifie par l'impossibilité matérielle de se conformer à la règle* »³¹⁰⁶, force n'est-il pas de constater que cette impossibilité peut se matérialiser pour n'importe quelle règle du droit de la guerre ?³¹⁰⁷ En ce sens, Denisio Anzilotti écrivit que ces clauses de dérogation ne constituent que des applications particulières « *d'un même concept fondamental, inhérent (...) à l'essence même du droit de la guerre* »³¹⁰⁸ : le concept de la *ragion di guerra*, en vertu duquel un État peut déroger au droit de la guerre lorsque sa conservation est en jeu. Ce concept, inscrit au cœur même du droit de la guerre, vaudrait ainsi pour l'ensemble de ses règles, que celles-ci le précisent explicitement ou non³¹⁰⁹. Cet argument peut être renforcé par l'idée que, dans tous les cas, le législateur est insusceptible de prévoir tous les cas de figure pouvant se présenter et qu'il n'a pas pu vouloir exclure certains cas extrêmes. En ce sens, Fiodor F. Martens rappela, au cours de la Conférence de La Haye de 1899, que la Conférence de Bruxelles de 1874 n'avait pas eu pour tâche « *de formuler un code pour des cas qu'on ne peut prévoir et codifier* », et qu'on ne saurait « *réglementer sur le papier, jusque dans les détails, la marche des guerres futures* »³¹¹⁰. L'histoire apprend en effet « *que les circonstances sont souvent plus fortes que les hommes, et plus fortes mêmes que la meilleure volonté des généraux* »³¹¹¹. Toutes ces dispositions ne seraient donc que des principes qui devraient être suivies dans l'esprit, non dans la lettre³¹¹².

963. Troisièmement, les défenseurs de la *Rechtsräson* vont se référer à l'article 22 des RH de 1899 et de 1907 pour réfuter la théorie de la *Kriegsräson*³¹¹³. Or, ils n'expliquent

³¹⁰⁵ Comme le relève p. ex. C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *op. cit.*, p. 101

³¹⁰⁶ *Ibid.*

³¹⁰⁷ Karl STRUPP, cité et trad. in UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 12, 1949, p. 123 (« [i]f this opinion [la doctrine de la *Kriegsräson*, ndlr] were justified, no law of warfare could exist. For every rule might be declared impracticable on the ground that it is contrary to military necessities »).

³¹⁰⁸ D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale...*, *op. cit.*, p. 208, n. trad.

³¹⁰⁹ En ce sens, le baron de Jomini pouvait affirmer, au cours de la conférence de Bruxelles de 1874, qu'« *on pourrait, à la rigueur, ajouter après chaque article : "sauf les nécessités de la guerre"* », bien que « *cette restriction vague produirait un effet fâcheux dans l'opinion publique* » (BELGIQUE, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence de Bruxelles*, La Haye, Les Frères van Cleef, 1890, p. 25).

³¹¹⁰ PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence internationale de la paix. La Haye 18 mars-29 juillet 1899*, *op. cit.*, pp. 120 et 122. D'où la clause énonçant que « *les cas non compris dans les dispositions réglementaires* » restent « *sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* » (RH 1899, préambule, al. 9). Dans le même sens, v. G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, *op. cit.*, pp. 241-242 (il y a « *tant d'imprévu à la guerre* » que le droit ne saurait définir en amont « *comment il conviendra de procéder dans toutes les éventualités imaginables* »).

³¹¹¹ PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence internationale de la paix. La Haye 18 mars-29 juillet 1899*, *op. cit.*, p. 122.

³¹¹² CICR, *Conférence de Genève de 1864*, *op. cit.*, p. 19 (« *il faut admettre ce qui existe en fait et en droit : c'est qu'un Général en chef est libre de faire ce qu'il veut, mais sous sa responsabilité. Les Règlements, quels qu'ils soient, ne peuvent jamais lier les Généraux, mais ce sont des directions qui leur sont données* ») (général DUFOUR).

³¹¹³ L. OPPENHEIM, *International Law*, 2^{ème} éd., vol. 2, *op. cit.*, p. 85 ; C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *op. cit.*, p. 101 ; J. W. GARNER, « The German War Code », *op. cit.*, p. 11, note 7 ;

jamais en quoi cet article, qui énonce que « [l]es belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi »³¹¹⁴, peut être mobilisé à cette fin. Ils interprètent certainement cette disposition dans le sens d'une affirmation de la complétude du droit de la guerre, pour lui faire dire que les belligérants ne peuvent jamais aller au-delà de ce que le droit de la guerre prévoit. Et en effet les RH de 1899 et 1907 proscriivent l'emploi de certains moyens à l'article 23, de sorte que le choix des moyens de nuire à l'ennemi n'est en effet pas « illimité »³¹¹⁵. Néanmoins, ceci ne préjuge aucunement de la question de savoir si les belligérants peuvent, *par exception*, aller au-delà de limites admises *en principe*.

964. Au-delà de ces arguments strictement positivistes, les partisans de la *Rechtsräson* opposent à la *Krigesräson* un argument consequentialiste bien plus convaincant. Si l'on admettait la doctrine de la *Kriegsräson*, le belligérant qui adopterait des moyens illicites serait « *le seul juge du point de savoir si une nécessité réelle autorisait la dérogation à la loi normale de la guerre* »³¹¹⁶. Or, contrairement à l'ordre interne, où le juge pénal peut juger *ex post facto* de l'excuse de nécessité, aucun juge international ne sera amené à juger de la licéité des actes commis en temps de guerre³¹¹⁷. Et quand bien même un tel juge existait, celui-ci aurait d'immenses difficultés à substituer sa propre appréciation à celle des militaires ou des chefs politiques ayant pris la décision de déroger au droit de la guerre³¹¹⁸. En l'absence de contrôle extérieur, non seulement les belligérants pourront se couvrir du manteau de la raison d'État³¹¹⁹, mais en plus, « [l]a notion de la simple utilité, du simple avantage, se substituera rapidement dans [l'esprit des généraux] à celle de la nécessité absolue »³¹²⁰. Les belligérants n'hésiteront donc pas à terroriser la population civile, à tuer

A. P. HIGGINS, « Submarine Warfare », *op. cit.*, p. 165 ; L. OPPENHEIM, *The Future of International Law*, *op. cit.*, p. 60 ; B. C. RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, *op. cit.*, p. 60.

³¹¹⁴ RH 1899, art. 22 ; RH 1907, art. 22

³¹¹⁵ RH 1907, art. 23 (« [o]utre les prohibitions établies par des conventions spéciales, il est notamment interdit : a. d'employer du poison ou des armes empoisonnées ; b. de tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie ; c. de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ; d. de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier ; e. d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus ; f. d'user indûment du pavillon parlementaire, du pavillon national ou des insignes militaires et de l'uniforme de l'ennemi, ainsi que des signes distinctifs de la Convention de Genève ; g. de détruire ou de saisir des propriétés ennemis, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ; h. de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice, les droits et actions des nationaux de la Partie adverse. Il est également interdit à un belligérant de forcer les nationaux de la Partie adverse à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même dans le cas où ils auraient été à son service avant le commencement de la guerre »).

³¹¹⁶ A. MERIGNHAC, *La guerre économique allemande*, Paris, Sirey, coll. « Pour la défense du droit international », 1919, p. 18.

³¹¹⁷ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, *op. cit.*, p. 44.

³¹¹⁸ *Ibid.* (« [c]'est à bon droit qu'on contesterait à ce juge toute compétence pour statuer sur cette question [la question de la nécessité de déroger au droit de la guerre, ndlr] ; et les généraux trouveraient sans doute ridicule qu'il prétendît l'apprécier plus justement qu'ils ne l'ont fait »). Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 598-600.

³¹¹⁹ A. MERIGNHAC, *La guerre économique allemande*, *op. cit.*, p. 18.

³¹²⁰ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, *op. cit.*, p. 45.

les prisonniers de guerre et à employer les armes les plus destructrices, car « *il est naturel d'admettre que, pour vaincre, il est nécessaire de ne négliger aucun des moyens qui peuvent favoriser la victoire* »³¹²¹. C'est pourquoi les défenseurs de la *Kriegsräson* affirment que, une fois en vigueur, le droit de la guerre doit être appliqué « *d'une façon intégrale, et sans qu'on puisse s'en affranchir à raison d'une prétendue nécessité* » : toute solution contraire aboutirait « *au renouvellement des atrocités de guerres anciennes* »³¹²². La guerre redeviendrait cette zone de pure anomie qu'elle était avant de subir l'influence civilisatrice du *jus in bello*.

965. Ainsi, de la systématisation de cette doctrine par Carl Lueder en 1889 jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'opposition à la doctrine de la *Kriegsräson* reste, dans l'ensemble, timide. Certes, plusieurs auteurs s'y opposent fermement³¹²³. Mais cette opposition est loin d'être aussi radicale qu'elle l'est à l'heure actuelle³¹²⁴. La faiblesse de l'opposition à la *Kriegsräson* peut également être illustrée par le fait que, lorsque les critiques de la *Kriegsräson* cherchent à discréder cette doctrine en la présentant comme une théorie exclusivement allemande, ils ne citent généralement aucun auteur à l'appui de leur

³¹²¹ *Ibid.* p. 45.

³¹²² A. MERIGNHAC, *La guerre économique allemande*, *op. cit.*, p. 18.

³¹²³ A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, *op. cit.*, pp. 161-162 ; J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, pp. 238-244 et J. WESTLAKE, *International Law*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 115-117 ; A. S. HERSHHEY, *The Essentials of Public International Law*, *op. cit.*, p. 353, note 13, et p. 389, note 44 et A. S. HERSHHEY, « Review Essay: Das Internationale Landkriegsrecht, by Dr. Karl Strupp », *A.J.I.L.*, vol. 9, n°2, 1915, pp. 557-558 ; T. J. LAWRENCE, *The Society of Nations. Its Past, Present and Possible Future*, 1^{ère} éd., New York, O.U.P., 1919, pp. 98 ss ; A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, *op. cit.*, pp. 12-52 ; E. C. STOWELL, *Intervention in International Law*, Washington D.C., J. Byrne & Co., 1921, pp. 396-399 ; C. C. HYDE, *International Law...*, vol. 2, *op. cit.*, p. 301 ; B. C. RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, *op. cit.*, pp. 58-82. V. également les sources citées par E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, p. 321, note 1554.

³¹²⁴ Certains juristes se contentaient de relever l'existence de cette théorie sans chercher à la réfuter, ni même marquer leur opposition de principe à celle-ci : v. p. ex. P. FAUCHILLE, H. BONFILS, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, pp. 14 et 115 ; T. E. HOLLAND, *The Laws of War on Land*, *op. cit.*, p. 13. On peut difficilement dire, ainsi que le fait Garner (J. W. GARNER, « The German War Code », *op. cit.*, p. 11, note 1), que Holland marque son opposition à la doctrine de la *Kriegsräson*. D'autres auteurs, tout en marquant leur opposition à la théorie de la *Kriegsräson*, estiment que cette maxime, formulée à une époque où les usages de la guerre ne s'étaient pas encore transformés en lois de la guerre par leur inclusion dans des traités internationaux, demeure valide vis-à-vis des simples usages de guerre, qui « peuvent être ignorés en cas de nécessité » (L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, 1^{ère} éd., vol. 2, *op. cit.*, p. 79, n. trad). Ou, comme le dira de Visschers, « "Kriegsräson geht vor Kriegsmanier", non "vor Kriegsrecht" » (C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *op. cit.*, pp. 99-100). Dans le même sens, v. Q. WRIGHT, « Effect of the War on International Law (II) », *Minnesota Law Review*, vol. 5, 1921, p. 536. À une époque où il n'existe pas d'accord unanime sur les sources du droit international public, il est difficile de dire si l'expression « usages de la guerre » renvoie à la *coutume internationale*, c'est-à-dire à des règles que les belligérants reconnaissent comme étant obligatoires dans leurs rapports réciproques, ou simplement à la *pratique des belligérants*, laquelle ne s'est pas encore cristallisée en coutume internationale et ne peut donc être élevée au rang de règle obligatoire. Enfin, certains juristes affichent une opposition de principe à la doctrine de la *Kriegsräson* tout en tolérant cette théorie en cas de sur-exception politique extrême (v. *supra*, § 1050)

prétention, si ce n'est John Westlake³¹²⁵, qui lui-même ne cite aucune autorité allant en son sens³¹²⁶. L'opposition à la *Kriegsräson* demeure donc, dans l'ensemble, assez timide.

*

966. Conclusion de la Sous-section 1. Contrairement à ce que prétend l'historiographie traditionnelle, la doctrine de la *Kriegsräson* précède sa formulation par Carl Lueder, et fut largement partagée dans le champ juridique antérieur à la Seconde Guerre mondiale. Avant la publication de l'article de Carl Lueder en 1889, le champ juridique semblait globalement converti à cette doctrine. De plus, de 1889 jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, cette doctrine fit certes l'objet d'une contestation doctrinale, mais les arguments employés étaient, dans l'ensemble, peu convaincants. En conséquence, dans le champ juridique pré-1945, la doctrine de la *Kriegsräson* semble avoir été majoritaire voire dominante. La doctrine inverse de la *Rechtsräson* n'en était qu'à ses balbutiements. Les procès des criminels de guerre nazis à l'issue de la Seconde Guerre mondiale vont offrir l'occasion d'inverser le rapport de force au sein du champ juridique.

Sous-section 2. – L'hégémonie de la doctrine de la Rechtsräson dans le champ juridique postérieur à la Seconde Guerre mondiale

967. Selon l'historiographie traditionnelle, la doctrine de la *Kriegsräson* aurait été subitement abandonnée au sortir de la Seconde Guerre mondiale, en même temps que s'effondraient les prétentions hégémoniques de l'Allemagne et que tombaient les condamnations des criminels de guerre nazis³¹²⁷. Or, cette analyse doit être légèrement

³¹²⁵ V. p. ex. L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, 1^{ère} éd., vol. 2, *op. cit.*, p. 79 et L. OPPENHEIM, *International Law*, 2^{ème} éd., vol. 2, *op. cit.*, p. 84 (qui, tout en affirmant que « English, American, French and Italian writers do not, as far as I can see, acknowledge it [la doctrine de la *Kriegsräson*] », ne cite personne d'autre que John Westlake) ; J. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, *op. cit.*, p. 198 (qui, tout en affirmant que « such a view of military necessity [la doctrine de la *Kriegsräson*] has been almost unanimously condemned by writers outside Germany », ne cite que John Westlake). Les auteurs francophones, quant à eux, citent Antoine Pillet et Paul Pradier-Fodéré (v. A. MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre*, *op. cit.*, p. 144, note 2) et, après 1903, Alexandre Mérignac (v. p. ex. A. S. HERSHY, *The Essentials of Public International Law*, *op. cit.*, p. 353, note 13 ; A. MERIGNHAC, *La guerre économique allemande*, *op. cit.*, p. 18, note 2). De même, lorsque Jochnick et Normand publient leur histoire critique du droit de la guerre dans les années 1990, ils ne citent que John Westlake à l'appui de l'idée selon laquelle la doctrine de la *Kriegsräson* aurait provoqué, à la fin du XIX^{ème} siècle, « a storm of condemnation from contemporary international law scholars » (C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 64).

³¹²⁶ J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, pp. 238-244. Même en 1928, Rodick a très peu d'auteurs à citer à l'appui de sa réfutation de la *Kriegsräson* (B. C. RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, *op. cit.*, p. 59, note 162).

³¹²⁷ V. p. ex. N. HAYASHI, *Military Necessity*, *op. cit.*, p. 217 (« Kriegsräson found increasing following in Germany during the late-nineteenth century and remained influential among German military and international lawyers until the end of World War II. Since its unambiguous rejection in post-World War II war crimes trials, Kriegsräson has been thoroughly discredited »).

nuancée. En effet, s'il est vrai que la pratique juridique postérieure à 1945 consacre la doctrine de la *Rechtsräson* comme la seule et unique doctrine valide en cas de circonstances sur-exceptionnelles (§ I), la doctrine de la *Kriegsräson* continue de connaître des résurrections épisodiques au sein d'un champ juridique devenu globalement hostile à cette théorie (§ II).

§ I. – La consécration de la Rechtsräson par la pratique juridique postérieure à 1945

968. Dans l'histoire du conflit opposant les partisans de la *Kriegsräson* aux partisans de la *Rechtsräson*, la période postérieure à la Seconde Guerre mondiale marque une inversion du rapport de force. Durant cette période, la théorie de la *Rechtsräson* instaure progressivement son hégémonie dans le champ juridique. À ce titre, la consécration de la doctrine de la *Rechtsräson* par les tribunaux militaires chargés de juger les criminels de guerre nazis constitue indubitablement un moment de bascule (A). En effet, cette consécration jurisprudentielle fit autorité au sein du champ juridique, permettant à la pratique étatique et à la doctrine juridique ultérieures de rejeter sereinement la doctrine de la *Kriegsräson* au profit de celle de la *Rechtsräson* (B).

A. – La consécration de la Rechtsräson par les tribunaux militaires chargés de juger les criminels de guerre nazis

969. Au cours des procès des nazis accusés de crimes de guerre, la défense fit de la *Kriegsräson* un argument de taille au soutien de l'exonération de la responsabilité pénale des accusés³¹²⁸. Ceci amena les tribunaux à se prononcer sur cette théorie et, plus globalement, sur la question de savoir ce qui, du droit ou de l'action effective, devait prévaloir en cas de conflit. Or, sur ce point, les tribunaux tranchèrent incontestablement en faveur de la doctrine de la *Rechtsräson*. Plus spécifiquement, les tribunaux apportèrent une

³¹²⁸ Sur cette défense, v. not. N. C. H. DUNBAR, « Military Necessity in War Crime Trials », *op. cit.*, pp. 442-452 ; K. BANNELIER, « L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre Mondiale », in T. CHRISTAKIS, K. BANNELIER-CHRISTAKIS (dir.), *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 2007, pp. 311-323 ; E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, pp. 347-351.

double contribution au conflit opposant *Kriegsräson* et *Rechtsräson*, à la fois doctrinale et casuistique.

970. Premièrement, sur le plan doctrinal, les tribunaux militaires ratifièrent la théorie de la *Rechtsräson* et, au passage, certains arguments de ses défenseurs. Typiquement, dans l'affaire des *Otages*, le tribunal militaire étatsunien de Nuremberg réfuta la doctrine de la *Kriegsräson* au travers de l'argument selon lequel « [l]es Règlements de La Haye sont des dispositions obligatoires du droit international. Les interdictions qu'ils contiennent prévalent sur les nécessités militaires les plus urgentes, sauf lorsque les règlements eux-mêmes en disposent autrement »³¹²⁹. Le tribunal refusa ainsi d'excuser la violation des droits individuels des personnes situées en territoire occupées et de l'interdiction d'infliger des peines collectives, au motif que les articles 46, 47 et 50 du RH de 1907 « ne prévoient aucune exception à [leur] application »³¹³⁰. Et les juges consacrèrent de ce fait l'argument, formulée de longue date par les partisans de la *Rechtsräson*³¹³¹, selon lequel les nécessités militaires ne peuvent justifier de déroger au droit de la guerre *que si les règles en cause le prévoient explicitement*³¹³². Plus généralement, les tribunaux militaires rejetèrent la doctrine de la *Kriegsräson* au motif que les nécessités militaires ont déjà été prises en compte au stade de la formulation des règles, et qu'il est par conséquent impossible de s'en prévaloir pour en justifier la violation. Ainsi, dans l'affaire *Burghoff*, la Cour de cassation spéciale des Pays-Bas jugea que l'argument de la *Kriegsräson* « est en contradiction flagrante avec le principe fondamental du droit de la guerre, dont la fonction est de maintenir la guerre dans les limites du droit et d'indiquer le champ dans lequel les belligérants sont autorisés à invoquer les nécessités de la guerre »³¹³³. Ou, comme le dira le tribunal étatsunien dans l'affaire des

³¹²⁹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 69, n. trad. V. ég. PAYS-BAS, COUR DE CASSATION SPÉCIALE, *In Re Lages*, arrêt du 12 juil. 1950, in *I.L.R.*, vol. 16, 1955, p. 555 (« military necessity cannot put aside the laws of war, unless the law of war refers especially to this necessity »).

³¹³⁰ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 66, n. trad.

³¹³¹ V. *supra*, §§ 1059-1061.

³¹³² Dans l'affaire *von Manstein*, l'avocat-général peut ainsi dire que « [i]f the necessities of war were an overriding consideration to be taken into account in regard to all the articles of the Convention, obviously it would be quite unnecessary to make a special provision to that effect in Article 23 (g) » (ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *In re Lewinski (called von Manstein)*, arrêt du 19 déc. 1949, in *I.L.R.*, vol. 16, 1955, pp. 509-525 (cité in N. C. H. DUNBAR, « Military Necessity in War Crime Trials », *op. cit.*, p. 445, n. trad.).

³¹³³ PAYS-BAS, COUR DE CASSATION SPÉCIALE, *In re Burghoff*, arrêt du 17 oct. 1949, in *I.L.R.*, vol. 16, 1955, pp. 551-552, cité in B. V. A. RÖLING, « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », *op. cit.*, p. 383, n. trad. V. ég. PAYS-BAS, COUR DE CASSATION SPÉCIALE, *In re Rauter*, arrêt du 12 janv. 1949, in *I.L.R.*, vol. 16, 1955, pp. 526-548, cité in B. V. A. RÖLING, « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », *op. cit.*, p. 383, n. trad. (« the notorious German doctrine, that in case of necessity the laws of war should yield to this necessity under the device "Kriegsräson geht vor Kriegsmanier", since its general condemnation by the civilised world, does not need any other refutation than the remark that the law of war was codified with the very purpose to keep the "Kriegsräson" within the pale of the law »).

Otages, « les règles du droit de la guerre [ne sont pas] moins que ce qu'elles prétendent être »³¹³⁴ : il n'y a pas à chercher, au-delà de la lettre des textes, des « nécessités » que ceux-ci n'auraient pas pris en compte au stade de la rédaction³¹³⁵. À l'aune de ces arguments, les tribunaux militaires affirmèrent *in fine* que « [l]a nécessité ou l'utilité militaire ne justifient pas la violation de règles de droit positif. Le droit international est un droit prohibitif »³¹³⁶.

971. En sus de ces arguments positivistes, les réfutations les plus fortes de la doctrine de la *Kriegsräson* par les tribunaux militaires s'exprimèrent au travers de l'argument conséquentialiste. Dans l'affaire du *Haut commandement*, le tribunal militaire étatsunien de Nuremberg se borna ainsi à constater que, si elle en venait à être acceptée, la doctrine de la *Kriegsräson* « éliminerait toute humanité, toute décence et tout droit de la conduire de la guerre »³¹³⁷. Il suivit ainsi le procureur général, pour qui cette théorie « n'est qu'un déni de toute loi, et une réaffirmation de la philosophie selon laquelle la fin justifie les moyens »³¹³⁸. Mais la réfutation conséquentialiste la plus forte vint dans l'affaire *Krupp*, où le tribunal put affirmer que :

l'argument selon lequel les règles et les coutumes de la guerre peuvent être violées si l'une des parties est en grande difficulté doit être rejetée (...). L'essence même de la guerre est que l'une ou l'autre des parties doit perdre, et les généraux et hommes d'États expérimentés le savaient lorsqu'ils ont rédigé les règles et les coutumes de la guerre sur terre. En bref, ces règles et coutumes sont conçues spécifiquement pour toutes les phases de la guerre. Elles constituent le droit pour une telle situation d'urgence. Prétendre qu'elles peuvent être ignorées de manière arbitraire – et à la discrétion de n'importe quel belligérant – lorsque celui-ci estime que sa situation est critique revient, ni plus ni moins, à abroger entièrement les lois et coutumes de la guerre³¹³⁹.

³¹³⁴ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 66, n. trad.

³¹³⁵ Dans l'affaire *von Manstein*, l'avocat général dira que la nécessité militaire « had already been taken into consideration when the rules were formulated » (ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *In re Lewinski (called von Manstein)*, *op. cit.*, pp. 509-525 (cité in N. C. H. DUNBAR, « Military Necessity in War Crime Trials », *op. cit.*, p. 445).

³¹³⁶ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 66, n. trad.

³¹³⁷ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm von Leeb et al. (The German High Command Trial)*, *op. cit.*, p. 93, n. trad.

³¹³⁸ *Ibid.*, p. 123, n. trad.

³¹³⁹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Alfried F. A. Krupp von Bohlen und Halbach et al. (The Krupp Trial)*, arrêt du 30 juin 1948, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 10, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, pp. 138-139, n. trad.

972. **Deuxièmement**, sur le plan casuistique, les tribunaux militaires vont mettre cette doctrine en application. Deux affaires illustrent utilement cet emploi casuistique de la *Rechtsräson*³¹⁴⁰.

973. Tout d'abord, dans l'affaire *Thiele et Steinert*³¹⁴¹, deux soldats allemands furent accusés du meurtre d'un soldat américain qui, blessé, avait été fait prisonnier³¹⁴². Le lieutenant Thiele est accusé d'avoir ordonné l'exécution du prisonnier de guerre, et le brigadier Steinert d'avoir exécuté cet ordre³¹⁴³. Les faits se déroulent le 17 avril 1945, à un moment où la guerre touche à sa fin et où la défaite de l'Allemagne nazie est proche³¹⁴⁴. Or, les accusés se défendent de l'accusation de meurtre sur le fondement de la *Kriegsräson*. En effet, l'unité de Thiele et Steinert se trouvait dans une situation extrêmement délicate : elle était entourée de troupes étatsunies, desquelles elle se cachait et cherchait à échapper³¹⁴⁵. Sans que le compte-rendu du jugement n'indique la substance de leur argumentation, il semblerait que la défense ait tenté de démontrer que :

le danger immédiat qui menaçait la sécurité de l'unité justifiait l'exécution du prisonnier, étant donné qu'il n'était pas possible, si l'unité espérait échapper à la détection, de s'encombrer d'un prisonnier de guerre ou, à défaut, qu'il était à craindre que, dans la confusion, le prisonnier ne s'échappe et n'informe ses propres forces de la localisation et de la taille de l'unité allemande³¹⁴⁶.

La défense aurait donc plaidé l'impossibilité matérielle de se conformer à cette obligation au vu de la situation délicate dans laquelle l'unité se trouvait. Il aurait été nécessaire, dans ce cas de figure, de contrevenir à l'obligation de ne pas exécuter les soldats ennemis capturés. En l'espèce, le tribunal étatsunien rejeta l'argument tiré de la *Kriegsräson*. Résumant le

³¹⁴⁰ En sus de ces deux affaires, v. ég. AUSTRALIE, COUR MARTIALE, *Australia v. Lieutenant-General Baba Maso*, arrêt du 2 juin 1947, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 11, Londres, H. M. Stationery Office, 1948, pp. 56-61.

³¹⁴¹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, COMMISSION MILITAIRE DE AUGSBERG, *United States vs. Gunther Thiele and Georg Steinert*, arrêt du 13 juin 1945, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 3, Londres, H. M. Stationery Office, 1948, pp. 56-59.

³¹⁴² Le meurtre des prisonniers est prohibé par l'article 23, c) du RH de 1907, qui énonce qu'il est « *interdit (...) de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion* » (RH 1907, art. 23, c)).

³¹⁴³ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, COMMISSION MILITAIRE DE AUGSBERG, *United States vs. Gunther Thiele and Georg Steinert*, *op. cit.*, p. 56.

³¹⁴⁴ Signe de la défaite imminente de l'Allemagne, Hitler se suicidera deux semaines plus tard, le 30 avril 1945.

³¹⁴⁵ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, COMMISSION MILITAIRE DE AUGSBERG, *United States vs. Gunther Thiele and Georg Steinert*, *op. cit.*, p. 56.

³¹⁴⁶ N. C. H. DUNBAR, « *Military Necessity in War Crime Trials* », *op. cit.*, p. 447, n. trad.

jugement, le rédacteur du compte-rendu indique que « [l]es accusés dans cette affaire avaient violé les lois de la guerre telles qu'exprimées dans des obligations conventionnelles solennelles et, par conséquent, la doctrine de la nécessité militaire n'était pas une excuse valable »³¹⁴⁷. L'interdiction d'exécuter les prisonniers de guerre étant une règle formelle n'admettant aucune exception³¹⁴⁸, il est impossible d'y déroger au nom des nécessités militaires.

974. Ensuite, dans l'affaire des *Otages*³¹⁴⁹, Wilhelm List, commandant en chef de la douzième armée pendant l'invasion puis l'occupation de la Yougoslavie et de la Grèce, fut accusé d'avoir participé à un plan général de terrorisation de la population civile visant à supprimer la forte résistance à l'occupation rencontrée par les troupes allemandes³¹⁵⁰. En effet, peu après le début de l'occupation, la résistance s'organise et conduit de nombreuses opérations de guérilla aux cours desquels des soldats allemands furent tués ou capturés³¹⁵¹. L'autorité allemande sur les territoires grecs et yougoslaves occupés fut donc rapidement menacée³¹⁵². En vue de supprimer la résistance insurgée, le commandement militaire ordonna de prendre en otages des personnes civiles et, le cas échéant, de les exécuter selon le *ratio* suivant : 50 personnes civiles devaient être exécutées pour chaque soldat allemand blessé, et 100 personnes civiles pour chaque soldat allemand tué³¹⁵³. Devant le tribunal, la défense argua que cette tactique était nécessaire au regard du contexte militaire de l'époque³¹⁵⁴. En effet, au fur et à mesure que les mouvements de résistance montaient en puissance, « *il devenait de plus en plus évident que les forces occupantes étaient insuffisantes pour y faire face* »³¹⁵⁵. Or, l'état-major refusant l'envoi de troupes supplémentaires, les troupes occupantes n'auraient eu d'autre choix que d'employer des mesures drastiques, telles que l'exercice de représailles contre la population civile, pour parvenir à leurs fins. Il était donc nécessaire de violer le droit de la guerre, lequel prohibe, en certaines circonstances, l'exécution d'otages civils³¹⁵⁶. Or, dans son jugement, le tribunal rejeta cet argument au

³¹⁴⁷ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, COMMISSION MILITAIRE DE AUGSBERG, *United States vs. Gunther Thiele and Georg Steinert*, *op. cit.*, p. 59.

³¹⁴⁸ V. RH 1907, art. 23, c).

³¹⁴⁹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*

³¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 38-40.

³¹⁵¹ *Ibid.*, p. 38

³¹⁵² *Ibid.*

³¹⁵³ *Ibid.*, pp. 39-40.

³¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 39 (« [o]nly in this manner (...) can quiet be restored »).

³¹⁵⁵ *Ibid.* p. 67, n. trad.

³¹⁵⁶ En l'occurrence, le fondement de la violation, qui relève de la coutume en l'absence de disposition écrite (v. *ibid.*, pp. 60-61), n'apparaît pas de manière claire. Le tribunal semble s'appuyer sur trois éléments : le caractère disproportionné et arbitraire du nombre d'otages exécutés (v. not. *ibid.*, p. 65), le fait que certains otages civils exécutés

motif que « *les règles du droit international doivent être respectées même si cela conduit à la perte d'une bataille ou même d'une guerre. L'opportunité ou la nécessité ne peuvent en justifier la violation* »³¹⁵⁷. Le tribunal réaffirme donc la doctrine de la *Rechtsräson*, à la fois lorsque le belligérant fait face à une sur-exception tactique (perte d'une bataille) et à une sur-exception stratégique (perte d'une guerre)³¹⁵⁸. Le tribunal conclut que, s'il était impossible de vaincre les mouvements de résistance par des moyens légaux, l'occupant aurait dû « *limiter ses opérations ou se retirer du pays en tout ou partie* »³¹⁵⁹. Quelle que soit l'extrême de la situation, l'Allemagne n'avait aucun droit de « *poursuivre une pratique en violation du droit international* »³¹⁶⁰.

975. Ainsi, pour les tribunaux militaires chargés de juger les criminels de guerre nazis au sortir de la Seconde Guerre mondiale, le droit de la guerre est déjà un droit d'exception, prévu pour le contexte exceptionnel de la guerre. On ne saurait donc y déroger par nécessité, même dans les cas les plus extrêmes. Il n'y a rien au-delà du *jus in bello*, si ce n'est un espace d'arbitraire absolu³¹⁶¹. La *Rechtsräson* apparaît ainsi comme la théorie permettant d'empêcher les belligérants de pénétrer dans l'état d'exception – elle n'est qu'une déclinaison, dans le champ du droit de la guerre, de la stratégie absolutiste. Avec cette théorie, les belligérants se trouvent définitivement enfermés dans un cadre juridique dont aucune situation, même prétendument exceptionnelle, ne justifie de s'émanciper.

aient été pris dans des localités qui n'entretenaient aucun lien avec les crimes contre l'occupant qu'il s'agissait de punir (v. not. *ibid.*, pp. 65-66), et le fait qu'aucun tribunal militaire allemand ne se soit prononcé *a priori* sur l'emploi de cette tactique (v. not. *ibid.*, pp. 64-66).

³¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 67, n. trad.

³¹⁵⁸ À notre connaissance, aucun jugement rendu dans le cadre des poursuites exercées à l'encontre des criminels de guerre nazis n'a affirmé que la *Rechtsräson* valait même dans les cas de sur-exception politiques extrêmes, dans lesquels les intérêts vitaux ou la survie d'un État seraient en jeu. V. néanmoins la loi chinoise du 24 octobre 1946 énonce que les crimes commis sur le fondement de la « *political necessity* » n'exonère pas de la responsabilité pénale (UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 15, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, p. 176).

³¹⁵⁹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 67, n. trad.

³¹⁶⁰ *Ibid.*, n. trad.

³¹⁶¹ En ce sens, v. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Erhard Milch*, arrêt du 17 avr. 1947, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 7, Londres, H. M. Stationery Office, 1948, p. 44, n. trad., réf. omises (« *it does not follow that because military necessity unintentionally victimizes a civilian population, political domination may strip them of their civil rights and subject them to intentional torture and possible death. With all its horror modern war still "is not a condition of anarchy and lawlessness between the belligerents, but a contention in many respects regulated, restricted and modified by law"* »).

B. – La consécration de la Rechtsräson par la pratique étatique et la doctrine juridique à la suite des procès des criminels de guerre

976. À l'heure actuelle, la doctrine est unanime : la théorie de la *Kriegsräson* a été universellement répudiée et appartient désormais aux « *archives de l'histoire juridique* »³¹⁶². À ce titre, il est intéressant de constater que les arguments juridiques au soutien de la *Rechtsräson* n'ont quasiment pas changé en plus d'un siècle. En effet, on considère toujours que les nécessités de la guerre ont déjà été prises en compte au stade de la formulation du droit, comme en témoignent les préambules des RH de 1899 et de 1907 et l'insertion de clauses de dérogation³¹⁶³. Dès lors, la nécessité ne saurait être prise en considération dans l'examen de la licéité d'un acte *que si* la règle en cause contient une clause de dérogation explicite³¹⁶⁴. Si tel n'est pas le cas, alors « [l]es normes inconditionnelles du droit des conflits armés doivent être respectée d'une manière inconditionnelle, même si la nécessité militaire pointe dans une autre direction »³¹⁶⁵. Outre l'argument d'autorité tiré du rejet de cette doctrine par les tribunaux militaires au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la doctrine juridique peut s'appuyer sur plusieurs développements ultérieurs.

³¹⁶² L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and Armed Conflict*, op. cit., p. 31, n. trad. Le rejet de la doctrine de la *Kriegsräson* étant omniprésent dans la littérature contemporaine, il est impossible d'établir une liste exhaustive des auteurs se prononçant en ce sens (E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., p. 355). En sus des auteurs cités in *ibid.*, pp. 355-356, note 1746, v. E. RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », *R.D.P.M.D.G.*, vol. 19, n°1-2, 1980, p. 214 ; P. A. RAGONE, « Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 16, n°4, 1984, p. 704 ; CICR [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN et al.], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977...*, op. cit., § 1386, p. 393 ; H. MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », op. cit., pp. 218-219 ; H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 50 ; L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, op. cit., pp. 122-123 ; I. DETTER, *The Law of War*, 2^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2000, pp. 393-398 ; F. KALSHOVEN, L. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, op. cit., pp. 32-33 ; A. V. P. ROGERS, *Law on the Battlefield*, op. cit., p. 4 ; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 18-19 ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, op. cit., pp. 43-45 ; C. GREENWOOD, « Historical Development and Legal Basis », op. cit., p. 35 ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, op. cit., pp. 267-269 ; M. N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity... », op. cit., p. 798 ; G. S. CORN, V. HANSEN, R. JACKSON et al (dir.), *The Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 116 ; E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, op. cit., pp. 48 et 196 ; C. H. B. GARRAWAY, J. K. KLEFFNER, « International Humanitarian Law in Self-Defence Operations », in T. D. GILL, D. FLECK (dir.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2015, p. 239 ; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., pp. 865-867 ; M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., pp. 88-89 ; M. N. SCHMITT, « International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities », op. cit., pp. 148-149.

³¹⁶³ V. p. ex. L. R. BLANK, G. P. NOONE, *International Law and Armed Conflict*, op. cit., p. 31 ; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 18-19 ; C. H. B. GARRAWAY, J. K. KLEFFNER, « International Humanitarian Law in Self-Defence Operations », op. cit., p. 239 ; H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 50 ; L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, op. cit., pp. 122-123 ; F. KALSHOVEN, L. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, op. cit., pp. 32-33 ; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, op. cit., pp. 43-45 ; M. SASSOLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., pp. 88-89.

³¹⁶⁴ *Ibid.*

³¹⁶⁵ Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities...*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 18-19, n. trad.

977. Tout d'abord, au moment même où les tribunaux militaires « *faisaient renaître l'état de droit des carnages de la Seconde Guerre mondiale* »³¹⁶⁶, une conférence diplomatique réunie à Genève entre avril et août 1949 mit fin aux années d'apathie et de renoncements vis-à-vis du droit de la guerre en adoptant les quatre CG de 1949. Ces conventions s'ouvrent toutes par un même article, que l'on pourrait lire comme une répudiation de la doctrine de la *Kriegsräson*³¹⁶⁷. En effet, l'article 1^{er} commun aux CG de 1949 énonce que « [l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances »³¹⁶⁸. Pourtant, le commentaire de 1952 n'établit aucun lien explicite entre cette disposition et la doctrine de la *Kriegsräson*. Il se borne à dire que, par l'effet de cet article, un État partie aux CG « ne peut se donner aucun prétexte valable, d'ordre juridique ou autre, pour ne pas respecter la Convention dans son ensemble »³¹⁶⁹.

978. Ensuite, cette inversion du rapport de force fut grandement facilitée par les États, qui rejettèrent la *Kriegsräson* et consacrèrent la doctrine inverse, selon laquelle la guerre doit être menée « *dans les limites fixés par le droit international* »³¹⁷⁰. Certains manuels de droit de la guerre, à l'image du *Law of War Manual* étatsunien de 2015, rejettent explicitement la doctrine de la *Kriegsräson*³¹⁷¹. Ils recourent aux arguments formulés par les défenseurs de la *Rechtsräson* dès la fin du XIX^{ème} siècle³¹⁷². D'autres manuels empruntent une voie détournée. Sans faire explicitement mention de la doctrine de la *Kriegsräson*, ils reformulent le principe de nécessité militaire en lui ajoutant une clause déterminante : ce principe

³¹⁶⁶ C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 90, n. trad. Sur les réactions de la doctrine juridique aux jugements post-Seconde Guerre mondiale, v. M. C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 1^{ère} éd., Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 69-86.

³¹⁶⁷ En ce sens, v. p. ex. N. C. H. DUNBAR, « Military Necessity in War Crime Trials », *op. cit.*, p. 452 ; R. W. TUCKER, « The Law of War and Neutrality at Sea », *op. cit.*, p. 35, note 26.

³¹⁶⁸ CG 1949, art. 1 commun.

³¹⁶⁹ CICR [J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 1, Genève, CICR, 1952, p. 28. Cette absence de mention de la *Kriegsräson* s'explique probablement par le fait que le commentateur n'est autre que Jean Pictet, dont nous allons voir qu'il était un partisan, et non un détracteur, de la *Kriegsräson* (sur ce point, v. *infra*, § 982). Dans les commentaires du CICR, le lien entre l'article 1^{er} commun aux CG de 1949 et la doctrine de la *Kriegsräson* ne sera fait qu'en 2016, avec la mise à jour des commentaires : v. CICR, *Commentaire de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949*, 2016, § 190 (« *il est généralement admis que la nécessité militaire ne saurait justifier des violations des Conventions, nonobstant les exceptions explicitement prévues par certaines dispositions* »).

³¹⁷⁰ CANADA, DÉFENSE NATIONALE, CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL, *Law of armed conflict at the operational and tactical levels*, *op. cit.*, p. 2-1, n. trad. Pour une étude poussée de la pratique étatique recueillie dans les manuels militaires, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, pp. 358-359.

³¹⁷¹ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, OFFICE OF GENERAL COUNSEL, *Department of Defense Law of War Manual*, juin 2015, pp. 52-55. V. ég. CANADA, DÉFENSE NATIONALE, CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL, *Law of armed conflict at the operational and tactical levels*, *op. cit.*, p. 2-1.

³¹⁷² ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, DEPARTMENT OF DEFENSE, OFFICE OF GENERAL COUNSEL, *Department of Defense Law of War Manual*, *op. cit.*, p. 5, n. trad. (« les nécessités militaires ont déjà été prises en compte au stade de la formulation des règles et ne sauraient donc intervenir *a posteriori* pour « *justifier des actes qui ont été prohibés par le droit de la guerre* ») ; CANADA, DEFENSE NATIONALE, CABINET DU JUGE-AVOCAT GENERAL, *Law of armed conflict at the operational and tactical levels*, *op. cit.*, p. 2-1.

autorise à employer tous les moyens nécessaires pour vaincre, à condition qu'ils ne soient pas déclarés illicites par les règles du droit de la guerre³¹⁷³. Ce faisant, ces manuels actent la primauté de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre : quelles que soient les circonstances, les lois de la guerre priment sur les nécessités de la guerre³¹⁷⁴.

979. Enfin, l'érection de la *Rechtsräson* en doctrine hégémonique fut facilitée par les travaux de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État. En droit international général, l'état de nécessité constitue une cause d'exonération de la responsabilité de l'État, à condition : *i)* que le fait illicite à l'origine de la violation « [c]onstitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent », et *ii)* qu'il « [n]e porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble »³¹⁷⁵. Si l'on s'en tient à la première condition, le lien entre l'état de nécessité et la doctrine de la *Kriegsräson* apparaît clairement : comme l'état de nécessité, la *Kriegsräson* a pour fonction d'exonérer un belligérant de sa responsabilité dans la violation d'une norme du droit de la guerre au nom de la nécessité de protéger un intérêt essentiel, menacé par un danger exceptionnel³¹⁷⁶. Pourtant, la CDI rejette l'idée que l'état de nécessité puisse être invoqué pour justifier la violation de règles du *jus in bello*. En effet, puisque le droit de la guerre prend déjà en compte les nécessités de la guerre, la nécessité ne peut être invoquée *a posteriori* pour justifier une violation, sauf dans le cas où la règle contient une de dérogation³¹⁷⁷. L'article 25 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État* précisera donc, avec pour but avoué d'écartier définitivement la *Kriegsräson*³¹⁷⁸, que l'État ne peut invoquer l'état de nécessité « [s]i

³¹⁷³ V. p. ex. FRANCE, MINISTÈRE DES ARMEES, ÉTAT-MAJOR DES ARMEES, DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Manuel de droit des opérations militaires*, op. cit., p. 109, n. s. (« la nécessité militaire ne donne pas aux belligérants toute latitude pour mener le conflit sans aucune contrainte. Elle s'interprète comme permettant aux parties au conflit armé de recourir, dans le respect des autres règles du DIH, aux moyens nécessaires pour atteindre des objectifs militaires définis ») ; OTAN, *Glossaire OTAN de termes et définitions (anglais et français)*, AAP-06, 2020, p. 82, n. trad. (« [t]he principle whereby a belligerent has the right to apply any measures that are required to bring about the successful conclusion of a military operation and that are not forbidden by the Law of War ») ; ALLEMAGNE, BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, *Law of Armed Conflict Manual*, op. cit., p. 25, n. s. (« [a]ccording to the principle of military necessity, all military measures are permissible in armed conflict which are required for the successful execution of military operations in order to engage an enemy, provided that these measures are not forbidden by LOAC ») ; FÉDÉRATION DE RUSSIE, MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Manual on International Humanitarian Law for the Armed Forces of the Russian Federation*, trad. A. ROMANOVSKI, 8 août 2001, in *International Law Studies*, vol. 99, 2022, p. 796, n. s. (« [t]he principle of military necessity means the choice of any, but not prohibited under international humanitarian law, methods of accomplishing the as-signed task »).

³¹⁷⁴ Par ailleurs, la pratique étatique recueillie ailleurs que dans les manuels militaires montre sans ambiguïté que les États rejettent la doctrine de la *Kriegsräson* (E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 355-361).

³¹⁷⁵ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, op. cit., art. 25, § 1.

³¹⁷⁶ Sur le lien entre état de nécessité et doctrine de la *Kriegsräson*, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 367-379.

³¹⁷⁷ CDI, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session, 5 mai-25 juillet 1980*, U.N. Doc. A/CN.4/Ser.A/1980/Add.1, pp. 44-45.

³¹⁷⁸ V. CDI, *Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 219.

*l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité »³¹⁷⁹. Par ailleurs, la CDI juge « *inconcevable* » d'invoquer l'état de nécessité pour justifier de la violation des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), quelle que soit « *l'extrêm[ité de] l'état de nécessité* »³¹⁸⁰. Ceci exclut donc la possibilité d'invoquer la doctrine de la *Kriegsräson* vis-à-vis du droit de la guerre, dont la doctrine juge globalement qu'il appartient, en tout ou partie, au *jus cogens*³¹⁸¹. Faut-il pour autant conclure que la doctrine de la *Kriegsräson* fut jetée dans les poubelles de l'histoire ? Non pas. Quand bien même le champ juridique est devenu hostile à cette théorie, celle-ci fait, de manière épisodique mais continue, son retour au sein du champ juridique.*

§ II. – Résurrections épisodiques de la Kriegsräson dans un champ juridique devenu hostile à cette théorie

980. Contrairement à ce que prétend l'historiographie traditionnelle³¹⁸², la doctrine de la *Kriegsräson* n'a pas disparu de l'argumentation juridique à la suite de sa réfutation par les tribunaux militaires chargés de juger les criminels de guerre nazis. Plusieurs éléments permettent d'étayer cet argument.

981. Tout d'abord, il faut relever que les jugements postérieurs à la Seconde Guerre mondiale n'étaient pas unanimes quant à la solution à apporter au problème soulevé par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles. Ainsi, dans l'affaire du *Peleus*³¹⁸³, la Cour martiale britannique de Hambourg condamna quatre membres de l'équipage d'un sous-marin allemand pour avoir exécuté des naufragés. Comme nous l'avons vu plus haut³¹⁸⁴, les accusés prétendirent que l'élimination des traces du naufrages était « *nécessaire sur le plan opérationnel pour sauver le U-boat* »³¹⁸⁵. Leur défense se fonda donc sur la doctrine de la *Kriegsräson*. Or, le tribunal ne réfuta pas l'argument tiré de cette doctrine. Au contraire, le

³¹⁷⁹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, op. cit., art. 25, § 2, a).

³¹⁸⁰ CDI, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session (5 mai-25 juillet 1980)*, op. cit. p. 44. V. également CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, op. cit., art. 26 (« [a]ucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'Etat qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général »).

³¹⁸¹ V. p. ex. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., pp. 105-112.

³¹⁸² V. p. ex. N. HAYASHI, *Military Necessity*, op. cit., p. 217.

³¹⁸³ ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, op. cit.

³¹⁸⁴ V. *supra*, Chapitre 7, § 999.

³¹⁸⁵ ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, op. cit., p. 4, n. trad.

tribunal reconnut, par la voix de son avocat général, qu'« [i]l se peut que des circonstances surviennent (...) dans lesquelles [tuer une personne désarmée pour sauver sa propre vie] pourrait se justifier »³¹⁸⁶. Le tribunal fit donc sienne la doctrine de la *Kriegsräson*, dans l'hypothèse spécifique où un soldat ferait face à la nécessité de tuer des personnes immunisées contre la violence pour survivre. Par ailleurs, en l'espèce, les juges raisonnèrent à partir de cette doctrine, puisqu'ils recherchèrent si les actes commis par les accusés en violation d'une règle formelle (l'interdiction d'exécuter les naufragés) étaient ou non commandés par une « nécessité opérationnelle »³¹⁸⁷. Au-delà de cette affaire, d'autres jugements postérieurs à la Seconde Guerre mondiale sont encore plus explicites. Par exemple, la Cour suprême de la République fédérale d'Allemagne a pu affirmer en 1952 que « *le droit international reconnaît le principe selon lequel les règles relatives au traitement humain des prisonniers de guerre peuvent être écartées pour des raisons de nécessité militaire* »³¹⁸⁸, tout en jugeant que, dans le cas d'espèce, les prisonniers avaient été exécutés sans nécessité³¹⁸⁹.

982. Ensuite, en doctrine, plusieurs auteurs continuèrent de soutenir, même après la Seconde Guerre mondiale, la doctrine de la *Kriegsräson*. Certains, à l'image de Rudolf Laun, se contentèrent de réitérer l'ancienne doctrine³¹⁹⁰. Plus intéressant est le cas de ceux qui, tout en s'inscrivant en faux par rapport à l'usage allemand de la *Kriegsräson*, ne peuvent s'empêcher d'en défendre la validité dans l'hypothèse d'une sur-exception politique extrême

³¹⁸⁶ *Ibid.*, pp. 11-12, n. trad.

³¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 16 (« [t]he case contains, therefore, no decision on the question whether or to what extent operational necessity legalises acts of cruelty such as shooting at helpless survivors of a sunken ship because on the facts of the case 'this behaviour was not operationally necessary, i.e. the operational aim, the saving of ship and crew, could have been achieved more effectively without such acts of cruelty »). On ne peut donc se prévaloir de cette affaire au soutien de l'affirmation selon laquelle la doctrine de la *Kriegsräson* aurait été rejetée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, comme on le lit souvent (v. p. ex. L. DOSWALD-BECK, « International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons », *R.I.C.R.*, vol. 37, n°316, 1997, p. 54).

³¹⁸⁸ RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE, COUR SUPRÈME, arrêt du 6 mai 1952, *Execution of Prisoner of War (Germany) Case*, in *I.L.R.*, vol. 19, 1957, p. 597, n. trad.

³¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 598 (« *the findings of fact by the Assize Court can lean no doubt that these prerequisites [le fait que l'exécution des prisonniers ait obéi à une nécessité militaire] were totally absent, however widely they may be interpreted* »). Dans le même sens, v. SINGAPOUR, HIGH COURT, *Public Trustee v. Chartered Bank of India, Australia and China*, arrêt du 21 fév. 1956, in *I.L.R.*, vol. 23, 1960, pp. 692-693 (« *[t]hese provisions [les articles 43, 46 et 48 du RH 1907] raise several relevant point. First, as to the local laws. The Convention does not say that they are deemed to remain in force unaltered. It says that the occupying forces must respect them "unless absolutely prevented". This qualification refers to the doctrine that absolute military necessity may excuse a breach of the laws of war and that the military commander of the area must be the judge of what the safety of his troops requires. (...) The Convention is not exhaustive. A breach of any Article is an offence against the laws of war (unless the infringer can show overriding necessity) but it cannot be said that anything not expressly authorised is forbidden, by implication* »).

³¹⁹⁰ R. LAUN, *Haager Landkriegsordnung. Das Übereinkommen über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs*, 4ème éd., Hanovre, Wolfenbütteler, 1948, pp. 25, 27-28, 37 et 46. Dans le même sens, v. également A. VON KNIERIEM, *The Nuremberg Trials*, Washington, H. Regnery Co., 1959, pp. 301-308 ; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Bellico*, 2^{me} éd., Padoue, CEDAM, 1954, pp. 128-130.

où la survie même de la communauté serait menacée. Ainsi, si Julius Stone critique l'emploi de la *Kriegsräson* par les Allemands, ceux-ci y recourant de manière trop légère, il maintient qu'un État peut déroger au droit de la guerre lorsque « *les besoins les plus urgents de [sa] survie* »³¹⁹¹ sont en jeu. De même, Hersch Lauterpacht juge, dans le contexte du débat sur la licéité de l'arme atomique, qu'un État est fondé, dans l'exercice de son « *droit suprême d'autoconservation* », à s'affranchir du droit de la guerre si cela est nécessaire pour garantir « *la préservation des valeurs ultimes de la société* »³¹⁹². Plus étonnant encore, on retrouve des traces de cette doctrine chez nul autre que... Jean Pictet, alors vice-président du CICR. Les mots par lesquels il réintroduit cette théorie à une époque où elle est censée avoir été écartée du débat juridique méritent d'être cités *in extenso* :

[à] la vérité, dans tout droit il y a une clause implicite, l'adage juridique auquel la tradition populaire a donné cette forme lapidaire : à l'impossible nul n'est tenu. On la passe en général sous silence, tant les risques d'une interprétation abusive et tendancieuse sont grands. Mais on doit pouvoir parler de tout ; il suffit d'être précis et de rendre aux mots leur valeur. Donc, quand nous parlons d'impossibilité, c'est d'une impossibilité matérielle absolue qu'il s'agit³¹⁹³.

Embrassant la doctrine de la *Kriegsräson* alors même qu'il reconnaît que « *le droit a été élaboré en tenant déjà compte des réalités de la guerre et des contraintes qui en découlent* », Jean Pictet en vient à nier la normativité inconditionnelle des règles du droit de la guerre : ce n'est qu'*« en règle générale »* qu'elles « *doivent être respectées (...) d'une manière absolue* »³¹⁹⁴ – règle générale qui admet donc des exceptions.

³¹⁹¹ J. STONE, *Legal Controls of International Conflict*, op. cit., p. 352, n. trad.

³¹⁹² H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 351, note 2. Il n'est pas clair si Lauterpacht vise la préservation des valeurs de la société internationale en général ou de certaines communautés politiques étatiques en particulier. Mais en tout état de cause, il maintient l'idée que le droit peut être violé dans le but de protéger des intérêts fondamentaux, jugés supérieurs à l'impératif de respecter le droit. Dans le même sens, si N. C. H. Dunbar juge que la doctrine de la *Kriegsräson* a été invalidée par les jugements des criminels de guerre postérieurs à la Seconde Guerre mondiale, il maintient que certains actes de violence illicites commis en cas de légitime défense peuvent être excusés s'ils sont nécessaires « *in the interest of self-preservation* » (N. C. H. DUNBAR, « *Military Necessity in War Crime Trials* », op. cit., p. 442).

³¹⁹³ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 106.

³¹⁹⁴ Ibid.

983. Effectuant un détour par la philosophie morale, où des auteurs tels que Richard Brandt³¹⁹⁵, Michael Walzer³¹⁹⁶ et John Ralws³¹⁹⁷ reformulent la doctrine de la *Kriegsräson* sous des noms moins polémiques, cet argument va réaliser un retour remarqué dans le champ du droit international au travers de l'avis de la CIJ de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire³¹⁹⁸. Étant saisie pour se prononcer sur la conformité de l'arme nucléaire au regard du droit international, la Cour constate tout d'abord qu'il n'existe aucune prohibition spécifique, conventionnelle ou coutumière, à l'emploi de cette arme³¹⁹⁹. Elle se tourne alors vers le *jus in bello* pour interroger la licéité de l'arme nucléaire au regard du principe de distinction, et plus précisément sous l'angle de la règle imposant d'employer des armes susceptibles de discriminer entre les combattants et la population civile³²⁰⁰. Il est en effet permis de douter que l'arme nucléaire, par l'étendue des dégâts qu'elle provoque, soit capable de ne frapper *que* des objectifs militaires³²⁰¹. Or, la CIJ estime qu'elle ne dispose pas d'éléments suffisants pour se prononcer sur ce point³²⁰². Immédiatement après cette conclusion, la Cour rappelle de manière assez énigmatique qu'elle ne doit pas « *perdre de point de vue le droit fondamental qu'à tout État à la survie* »³²⁰³. Dans le célèbre paragraphe 2E du dispositif de larrêt, la Cour conclut, par la voix prépondérante de son président, qu'« [i]l ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés », mais que :

[a]u vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou

³¹⁹⁵ R. B. BRANDT, « Utilitarianism and the Rules of War », *op. cit.*, p. 147, note 3 (« [i]t is conceivable that ideal rules of war would include one rule to the effect that anything is allowable, if necessary to prevent absolute catastrophe. As Oppenheim remarks, it may be that if the basic values of society are threatened nations are possibly released from all the restrictions in order to do what "they deem to be decisive for the ultimate vindication of the law of nations" »).

³¹⁹⁶ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, pp. 341-362.

³¹⁹⁷ J. RAWLS, *The Law of Peoples, with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1999, p. 98 (« [the Supreme Emergency Exemption] allows us to set aside – in certain special circumstances – the strict status of civilian that normally prevents their being directly attacked in war »).

³¹⁹⁸ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.* Sur cette jurisprudence, son origine et sa réception au sein de la doctrine, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, pp. 402-409.

³¹⁹⁹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, §§ 52-73, pp. 247-255.

³²⁰⁰ *Ibid.*, §§ 90-95, pp. 261-264. La règle visée, qui n'est pas mentionnée explicitement par la Cour, est celle formulée à l'article 51, § 4 du PA I (« [I]es attaques sans discrimination sont interdites. L'expression "attaques sans discrimination" s'entend : a) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé ; b) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé ; ou c) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole »).

³²⁰¹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, § 95, p. 262 (« [e]u égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires (...), l'utilisation de ces armes n'apparaît effectivement guère conciliable avec le respect de telles exigences »).

³²⁰² *Ibid.*, §§ 90-95, pp. 39-41.

³²⁰³ *Ibid.*, § 96, p. 263.

l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause³²⁰⁴.

Ce paragraphe a été perçu par de nombreux auteurs comme une reviviscence de la doctrine de la *Kriegsräson*³²⁰⁵. Sans spéculer sur la question de savoir si la Cour avait pour intention avérée de remettre cette théorie au goût du jour³²⁰⁶, il est clair que ce *non liquet « emporte avec lui un élément d'ambiguïté destructrice »*³²⁰⁷. Cet avis amena par exemple un auteur français à affirmer que « *le droit international étant un droit des États, avant d'être un droit des individus, c'est l'existence de l'État – dont le droit de survie serait le vrai jus cogens – qu'il protège prioritairement* »³²⁰⁸. En cas de conflit, la raison de guerre primerait donc sur le droit de la guerre.

984. Dans le même temps, la « guerre contre le terrorisme » menée par Israël et, bien après, par les États-Unis d'Amérique, donna lieu à un semblant de résurrection de la doctrine de la *Kriegsräson*³²⁰⁹. En Israël, après que des révélations sur le meurtre de deux Palestiniens détenus par des agents du *Shin Bet* aient provoqué un tollé général, le gouvernement mit en place une commission d'enquête, présidée par Moshe Landau, ancien président de la Cour suprême, pour enquêter sur l'emploi de la torture vis-à-vis des personnes suspectées de

³²⁰⁴ *Ibid.*, dispositif de larrêt, § 2E, p. 266.

³²⁰⁵ V. p. ex. L. DOSWALD-BECK, « International Humanitarian Law... », *op. cit.*, p. 54 (l'affirmation selon laquelle « *in certain cases of self-defence humanitarian law no longer applies (...) is (...) dangerously like an application of the discredited doctrine of Kriegsraison geht vor Kriegsmanier (...), which suggested that in extreme circumstances of danger one could abandon the application of the humanitarian law rules in order to meet the danger* ») ; J. MOUSSA, « Can *Jus ad Bellum* Override *Jus in Bello*? Reaffirming the Separation of the Two Bodies of Law », *R.I.C.R.*, vol. 90, n°872, 2008, p. 981 (« *the concept of 'state survival' as it appears in various interpretations of the Nuclear Weapons Advisory Opinion (...) strikes dangerous parallels with the Kriegsraison doctrine* ») ; C. GREENWOOD, « *Jus ad bellum* and *Jus in Bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, P. SANDS (dir.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, C.U.P., 1999, p. 264 (l'avis de la CIJ fait planer sur le droit international « *the spectre of a return to theories of (...) the maxim embodied in the German proverb that Kriegsraison geht vor Kriegsmanier* ») ; Opinion individuelle du juge Christopher G. WEERAMANTRY sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, pp. 545-546. V. déjà, en 1983, B. H. WESTON, « Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment », *McGill Law Journal*, vol. 28, n°3, 1983, p. 578 (« *where is the military necessity in incinerating entire urban populations, defiling the territory of neighboring and distant neutral countries, and ravaging the natural environment for generations to come simply for the purpose of containing or repelling a conventional attack? Surely a failure to provide for an adequate conventional defense or to develop alternative energy sources does not excuse these probable results. If so, then we are witness to the demise of Nuremberg, the triumph of Kriegsraison, the virtual repudiation of the humanitarian rules of armed conflict in at least large-scale warfare*

³²⁰⁶ La résurrection de la doctrine de la *Kriegsräson* est amenée de manière quasi-explicite par au moins un juge, le juge Fleischhauer : opinion individuelle du juge Carl-August FLEISCHHAUER sous CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 305 (« *[i]l serait gravement porté atteinte à ce droit fondamental [le droit naturel à la légitime défense, ndla] si, s'agissant d'un Etat victime d'une attaque menée avec des armes nucléaires, chimiques et biologiques ou de toute autre manière constituant une menace mortelle pour sa survie, les armes nucléaires étaient totalement exclues comme moyen légal ultime dans l'exercice d'une légitime défense individuelle ou collective* »).

³²⁰⁷ C. KREB, « The International Court of Justice and the Law of Armed Conflicts », in C. J. TAMS, J. SLOAN (dir.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, O.U.P., p. 294, n. trad.

³²⁰⁸ D. CUMIN, *Le droit de la guerre...*, vol. 2, *op. cit.*, p. 491.

³²⁰⁹ Sur ce point, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, pp. 409-432.

terrorisme et en déterminer la légalité. Le Rapport Landau³²¹⁰, rendu en 1987, développe une théorie de la nécessité qui rappelle étrangement celle de la *Kriegsräson*. Selon ce rapport, les agents du *Shin Bet* sont fondés, en vertu de l'excuse pénale de nécessité³²¹¹, à déroger à l'interdiction d'employer la force contre une personne pour lui arracher une confession ou une information lorsqu'un tel acte est nécessaire pour « *préserver une valeur humaine de plus grande importance que le respect de ce[tte] interdiction[]* »³²¹². Tout en prévoyant des garde-fous³²¹³, ce rapport ratifie l'idée que les forces de sécurité israéliennes pourraient s'affranchir du droit dans leur « *guerre contre le terrorisme Arabe* »³²¹⁴ si cela est nécessaire pour préserver des intérêts supérieurs. Douze ans plus tard, la Haute Cour de justice israélienne consacrera cette solution³²¹⁵. De même, dans le cas étatsunien, de nombreux auteurs s'interrogent sur la question de savoir si certaines pratiques, notamment le recours aux « techniques d'interrogatoires renforcées » (*enhanced interrogations techniques*) et aux assassinats ciblés, ne marquent pas, au fond, un retour de la doctrine de la *Kriegsräson*³²¹⁶. Certains auteurs, souvent des non-juristes, défendent par ailleurs l'usage de la torture – appelons les choses par leurs mots – à l'aide d'arguments conséquentialistes qui se rapprochent à l'évidence de la *Kriegsräson*³²¹⁷.

985. Mais c'est surtout dans le domaine du droit international pénal que la résurrection de la doctrine de la *Kriegsräson* fut la plus forte. En effet, le droit international pénal réintroduit la possibilité, rejetée par la CDI en matière de responsabilité étatique, de se prévaloir de

³²¹⁰ ISRAËL, *Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, 1987, in *Israel Law Review*, vol. 23, n°2-3, 1989, pp. 146-188. Sur les réactions consécutives à la publication de ce rapport, v. *Israel Law Review*, vol. 23, n°2-3, 1989, pp. 192-406.

³²¹¹ En droit israélien, l'excuse de nécessité en droit pénal est reconnue dans la Loi Pénale, section 22, dans les termes suivants : « *A person may be exempted from criminal responsibility for an act or omission if he can show that it was done or made in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided and which would have inflicted grievous harm or injury on his person, honour or property or on the person or honour of others whom he was bound to protect or on property placed in his charge: Provided that he did no more than was reasonably necessary for that purpose and that the harm caused by him was not disproportionate to the harm avoided* » (*ibid.*, p. 169).

³²¹² *Ibid.*, p. 170, n. trad. Sur la triple condition de l'excuse de nécessité (finalité, nécessité et proportionnalité), v. *ibid.*, pp. 169-174.

³²¹³ *Ibid.*, p. 175.

³²¹⁴ *Ibid.*, p. 186, n. trad.

³²¹⁵ ISRAËL, HAUTE COUR DE JUSTICE, *Public Committee Against Torture v. State of Israel*, arrêt du 6 sept. 1999, H.C.J. 5100/94, not. § 35 (« *we are prepared to accept that in the appropriate circumstances, GSS investigators may avail themselves of the "necessity" defence, if criminally indicted* »).

³²¹⁶ V. not. B. R. FARLEY, « Enhanced Interrogation, the Report on Rendition, Detention, and Interrogation, and the Return of *Kriegsraison* », *Emory International Law Review Recent Development*, vol. 30, 2015, pp. 2019-2040 ; S. HORTON, « *Kriegsraison or Military Necessity?* », *op. cit.*, pp. 576-598 ; C. CONNOLLY, « "Necessity Knows no Law..." », *op. cit.*, not. pp. 480-483 et C. CONNOLLY, *Investigating the Relationship Between Targeted Killing, American Exceptionalism, and Kriegsraison: Repercussions for International Law*, Thèse, Dublin City University, 2019 ; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 437 ; G. S. CORN, « Filling the Void: Providing a Framework for the Legal Regulation of the Military Component of the War on Terror through Application of Basic Principles of the Law of Armed Conflict », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 12, 2006, p. 483.

³²¹⁷ V. p. ex. C. KRAUTHAMMER, « *The Truth About Torture* », *Washington Examiner*, 5 déc. 2005.

l'état de nécessité comme cause exonératoire de la responsabilité pénale individuelle³²¹⁸. Laissant de côté le motif exonératoire controversé de la légitime défense³²¹⁹, manifestement insusceptible de s'appliquer dans les situations de conflit armé³²²⁰, la nécessité peut être mobilisée pour exonérer un individu de sa responsabilité pénale lorsqu'il commet un acte illicite pour échapper à une menace pour sa vie ou son intégrité physique, que cette menace soit exercée par des tiers – on parle alors de « contrainte » (*duress*) – ou que cette menace résulte de circonstances objectives indépendantes de sa volonté – ce qui renvoie à l'*« état de nécessité » stricto sensu*³²²¹. En pratique, les conditions d'application de ces deux motifs exonératoires de la responsabilité pénale sont très proches³²²². Le Statut de Rome acte ce rapprochement en codifiant ces deux motifs exonératoires à l'article 31, § 1, d). Cet article énonce qu'une personne n'est pas responsable pénallement lorsque :

[I]e comportement dont il est allégué qu'il constitue un crime relevant de la compétence de la Cour a été adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, et si elle a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter. Cette menace peut être : i) Soit exercée par d'autres personnes ; ii) Soit constituée par d'autres circonstances indépendantes de sa volonté³²²³.

Cette disposition soumet ainsi aux mêmes conditions les motifs exonératoires de la contrainte (alinéa i)) et de l'état de nécessité (alinéa ii)). Quant aux conditions de mise en

³²¹⁸ Ceci conduit à une contraction entre le droit international de la responsabilité et le droit international pénal, relevée notamment par E. DAVID, « Self-Defence and State of Necessity in the Statute of the ICC », *op. cit.*, p. 761.

³²¹⁹ Statut de Rome, art. 31, § 1, c) (« *une personne n'est pas responsable pénallement si, au moment du comportement en cause (...) [e]lle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés* »).

³²²⁰ En ce sens, v. E. DAVID, « Self-Defence and State of Necessity in the Statute of the ICC », *op. cit.*, pp. 768-772 ; A. CASSESE, P. GAETA, L. BAIG *et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, 3ème éd., Oxford, O.U.P., 2013, p. 213.

³²²¹ Sur la distinction entre état de nécessité et contrainte, v. not. J. D. OHLIN, « Necessity and Duress », in A. CASSESE (dir.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, O.U.P., 2009, pp. 431-433 ; K. AMBOS, « Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility », in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, O.U.P., 2012, pp. 1005-1014 ; Opinion individuelle et dissidente du Juge Antonio CASSESE sous TPIY, *Le Procureur c. Erdemović*, arrêt du 7 oct. 1997, affaire n°IT-96-22-A, §§ 14-17.

³²²² O. DE FROUVILLE, A.-L. CHAUMETTE, *Droit international pénal. Sources, incriminations, responsabilité*, Paris, Pedone, 2012, p. 434

³²²³ Statut de Rome, art. 31, § 1, d).

œuvre de ces causes exonératoires, la doctrine considère qu'elles sont au nombre de quatre³²²⁴.

986. Premièrement, l'acte incriminé doit avoir été commis sous une menace imminente de violence physique ou de mort, que celle-ci soit le fait d'un tiers (contrainte) ou de circonstances objectives, extérieures à la volonté de l'accusé (état de nécessité). L'article 31, § 1, d) du Statut de Rome précise que cette menace peut viser l'auteur de l'infraction lui-même ou bien « autrui ». Sur le critère de l'imminence, les tribunaux militaires ont pu reprendre l'un des critères dégagés au cours de la correspondance diplomatique relative à l'affaire du *Caroline*, selon lequel la menace doit être « *immédiate et irrésistible (...) ne laissant aucun (...) moment de délibération* »³²²⁵. Deuxièmement, il faut que la commission de l'infraction soit « nécessaire », c'est-à-dire qu'il n'existe « *pas d'alternative au crime* »³²²⁶. Comme nous le verrons plus en détail par la suite, le critère de nécessité cache en réalité un calcul utilitariste : l'infraction n'est pas seulement justifiée lorsqu'elle constitue

³²²⁴ Sur ces conditions, v. not. opinion individuelle et dissidente du Juge Antonio CASSESE sous TPIY, *Le Procureur c. Erdemović*, op. cit., § 16 (« [l]a jurisprudence pertinente est presque unanime en la matière et exige que quatre critères stricts soient remplis avant que la contrainte [et par extension l'état de nécessité, ndla] puisse être retenue comme argument de défense, à savoir : i) l'acte incriminé a été commis sous la menace immédiate de violences graves et irréparables ou de mort ; ii) il n'y avait aucun moyen approprié d'éviter de tels maux ; iii) la gravité du crime commis était proportionnelle aux menaces (ce serait, par exemple, le cas si un meurtre était commis pour échapper à des sévices). En d'autres termes, afin d'être proportionnel, le crime commis sous la contrainte doit constituer le moindre de deux maux ; iv) la situation aboutissant à l'exercice de la contrainte n'est pas le résultat des actes volontaires de la personne qui subit cette contrainte ») ; M. LIPPMAN, « Conundrums of Armed Conflict : Criminal Defenses to Violations of the Humanitarian Law of War », *Penn State International Law Review*, vol. 15, n°1, 1996, p. 66 (« [t]he tribunals presiding over the prosecutions of Nazi industrialists recognized the common law necessity defense. The defense involves: a reasonable belief that an individual confronts an imminent and irreparable harm, a lack of legal avenues to avoid the evil, the commission of a criminal act which is reasonably calculated to eliminate the harm; and a proportionality between the crime and the threat ») ; TPIY, *Le Procureur c. Naser Orić*, décision orale sur la Règle 98bis du 8 juin 2005, affaire n°IT-03-68-T, cité in E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., p. 382 (« [l]a Chambre de première instance estime (...) que pour invoquer la défense de nécessité, il faut satisfaire les critères suivants ; premièrement, il doit exister une menace réelle ou imminente d'atteinte grave et irréparable à l'existence. Deuxièmement, (...) les faits (...) doivent constituer les seuls moyens pour éviter cette atteinte susmentionnée. Troisièmement, (...) les actes (...) ne doivent pas être disproportionnés. Enfin, la situation ne doit pas être provoquée volontairement par la personne concernée ») ; O. DE FROUVILLE, A.-L. CHAUMETTE, *Droit international pénal*, op. cit., pp. 434-440.

³²²⁵ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, *Lettre de M. Webster à Lord Ashburton du 6 août 1842*, correspondance diplomatique relative à l'affaire du *Caroline*, citée dans J. B. MOORE, *Digest of International Law*, vol. 2, Washington, Government Printing Office, 1906, p. 412, n. trad. Sur cette affaire, v. not. M. WOOD, « The Caroline Incident – 1837 », in T. RUYS, O. CORTEN, A. HOFER (dir.), *The Use of Force in International Law. A Case-Based Approach*, Oxford, O.U.P., 2018, pp. 5-14. Les critères dégagés dans l'affaire du *Caroline* sont notamment repris dans ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm von Leeb et al. (The German High Command Trial)*, op. cit., p. 124. Sur le critère d'immérité, J. D. OHLIN et L. MAY peuvent dire que « [t]he requirement of imminence means that there must be a preponderance of evidence for thinking that the serious harm will occur, and that it will take place soon, normally in a few hours, unless the tactic is employed » (J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 145).

³²²⁶ O. DE FROUVILLE, A.-L. CHAUMETTE, *Droit international pénal*, op. cit., p. 438. L'idée sous-jacente à cette condition est que l'infraction doit avoir été commise sous l'empire d'une nécessité réelle, qui prive l'individu de toute liberté de choix, plutôt que par simple opportunité. V. p. ex. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm von Leeb et al.*, op. cit., p. 72 (« [t]o establish the defence of coercion or necessity in the face of danger there must be a showing of circumstances such that a reasonable man would apprehend that he was in such imminent physical peril as to deprive him of freedom to choose the right and refrain from the wrong »).

la *seule* option pour échapper à la menace, mais également lorsqu'elle constitue la *meilleure* option en vue de cette fin³²²⁷. Troisièmement, les dommages résultant de l'acte illicite doivent être proportionnés à la menace dont l'auteur cherchait à prévenir la matérialisation – « *le moindre des deux maux doit être choisi* »³²²⁸. Enfin, il faut que l'auteur n'ait joué aucun rôle dans la survenance de la situation s'analysant comme une menace pour sa vie ou son intégrité physique³²²⁹.

987. Au travers de la consécration de l'état de nécessité³²³⁰, le droit international pénal se dote d'un mécanisme permettant de réintroduire la *Kriegsräson* au sein d'une architecture normative censée l'avoir définitivement écartée. En effet, l'article 31, § 1, d) du Statut de Rome admet que la nécessité d'agir en violation du droit pour préserver des intérêts supérieurs puisse exonérer un combattant de sa responsabilité pénale pour la violation d'une règle inconditionnelle du droit de la guerre³²³¹. Ainsi, rien ne s'oppose, en théorie, à ce qu'une personne accusée d'avoir commis des actes de torture, d'avoir tué des civils ne participant pas directement aux hostilités ou d'avoir exécuté des prisonniers de guerre se

³²²⁷ Sur ce point, v. J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., pp. 144 et 148-149. Les auteurs peuvent ainsi dire que « [t]he normative structure of the defense is a utilitarian or consequentialist balancing that suggests that the overall benefits of the defendant's conduct outweigh the resulting harm caused by violating the criminal prohibition » (*ibid.*, p. 141).

³²²⁸ Opinion individuelle et dissidente du Juge Antonio CASSESE sous TPIY, *Le Procureur c. Erdemović*, op. cit., § 42. Pour la jurisprudence pertinente, v. not. O. DE FROUVILLE, A.-L. CHAUMETTE, *Droit international pénal*, op. cit., p. 439.

³²²⁹ La jurisprudence estime donc qu'un individu participant volontairement à une entreprise criminelle ne peut plaider l'état de nécessité, celui-ci ayant déjà exercé son choix de participer à l'entreprise criminelle. En ce sens, v. p. ex. ÉTATS-UNIS D'AMERIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Otto Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen Case)*, op. cit., p. 481 (« [o]ne who embarks on a criminal enterprise of obvious magnitude is expected to anticipate what the enterprise will logically lead to ») ; FRANCE, COUR D'APPEL DE VERSAILLES, *Touvier*, arrêt du 2 juin 1993, cité in K. AMBOS, « Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility », op. cit., pp. 1009-1010 (« aucun fait justificatif fondé sur la nécessité ou la légitime défense d'autrui ne peut être invoqué par un responsable de la Milice comme Touvier dont les fonctions le mettaient naturellement dans l'obligation de satisfaire aux exigences des autorités nazies, qu'ils relèvent, à cet égard, qu'il avait fait le libre choix d'appartenir à la Milice, dont un de mots d'ordre était de "lutter contre la lèpre juive", et d'exercer une activité qui impliquait une coopération habituelle avec le Sicherheitsdienst ou la Gestapo, qu'ils en concluent que Paul Touvier aurait (...) prêté un concours actif à l'exécution des faits criminels (...) hors de toute contrainte »).

³²³⁰ Dans les développements qui suivent, seul l'état de nécessité, qui envisage les cas également visés par les partisans de la *Kriegsräson*, fera l'objet d'analyses. Nous laissons donc de côté la cause exonératoire de la contrainte.

³²³¹ Ce faisant, l'article 31, § 1, d) du Statut de Rome codifie les possibilités ouvertes par le tribunal militaire dans l'affaire du *Peleus* et par la Haute Cour de Justice israélienne dans l'affaire relative à la torture des personnes suspectées de terrorisme. Sur ces deux affaires, v. *supra*, §§ 1082 (affaire du *Peleus*) et 1085 (arrêt de la Haute Cour de Justice israélienne relative à la torture des personnes suspectées de terrorisme).

prévale de cet article pour s'exonérer de sa responsabilité pénale³²³². L'ombre de la *Kriegsräson* plane donc sur cette disposition³²³³.

988. Au fond, l'état de nécessité permet, comme la doctrine de la *Kriegsräson*, d'opérer « *un renversement de la hiérarchie normative entre la nécessité militaire et le droit de la guerre* »³²³⁴ : des actes formellement prohibés par le droit de la guerre peuvent perdre leur caractère illicite s'ils sont commis sous l'empire de la nécessité. En effet, contrairement à la contrainte qui est perçue comme une *excuse* (l'acte demeure illicite mais où la culpabilité de l'auteur n'est pas mise en cause, celui-ci agissant sous la menace d'un tiers), l'état de nécessité est conçu comme une *justification* : l'acte perd son caractère originellement illicite car on juge que l'individu a *bien fait* de commettre l'infraction pour éviter la matérialisation d'un mal encore plus grand³²³⁵. Ainsi, l'excuse suppose un jugement sur la situation subjective de l'auteur de l'acte, alors que la justification suppose un jugement sur l'acte lui-même³²³⁶. Bien que le résultat soit le même sur le plan individuel, puisque l'auteur de l'acte

³²³² En ce sens, v. J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 147. À ce titre, il est particulièrement intéressant de constater que la doctrine ne s'oppose pas *en principe* à ce que l'état de nécessité soit appliqué à des actes de torture, d'exécution de prisonniers de guerre ou de meurtre de civils ne participant pas aux hostilités, ce qui irait à l'encontre de l'article 31, § 1, d) du Statut de Rome, lequel n'exclut pas ces cas de figure de son champ d'application. La doctrine se contente d'affirmer qu'*en pratique*, les conditions de l'état de nécessité ne seront pas (ou très rarement) remplies. Pour la torture, v. p. ex. P. GAETA, « May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n°3, 2004, pp. 785-794 ; J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., pp. 152-153. Pour le meurtre de civils innocents, v. p. ex. Opinion individuelle et dissidente du Juge Antonio CASSESE sous TPIY, *Le Procureur c. Erdemović*, op. cit., not. §§ 42-44. Quant aux règles formelles susceptibles de tomber sous les coups de la cause exonératoire de nécessité, il n'existe d'autres limites que celles de l'imagination. Soit par exemple le cas où un soldat qui, s'apprêtant à être capturé par une unité ennemie dont on sait qu'elle refuse systématiquement de faire quartier, feint la blessure et tue par traîtrise un membre de l'unité ennemie pour espérer s'enfuir. Un tel acte constitue un crime de guerre (*Statut de Rome*, art. 8, § 2, b), xi) et art. 8, § 2, e), xi)), mais il pourrait être justifié au motif qu'il était rendu nécessaire pour échapper à une mort imminente (E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 383-384). L'état de nécessité fut également accepté, dans son principe, pour le cas où un belligérant « *tue[] une personne non armée dans le but de sauver sa propre vie* » (ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, op. cit., p. 11, n. s.) et dans le cas où des agents recourent à la torture pour éviter qu'un attentat ne soit commis, lorsque celui-ci causerait des dommages importants à la vie ou à l'intégrité physique de la population civile (ISRAËL, HAUTE COUR DE JUSTICE, *Public Committee Against Torture v. State of Israel*, op. cit., § 35). On pourrait également imaginer qu'une unité n'ait pas d'autre choix que d'employer une arme illicite, tombée entre ses mains après avoir été saisie à l'ennemi, pour se sortir d'une situation extrême dans laquelle la vie des opérateurs est en jeu (E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 383-384).

³²³³ Ainsi que le relèvent implicitement E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 382-383 et H. VAN DER WILT, « Justifications and Excuses in International Criminal Law », op. cit., pp. 285-286.

³²³⁴ H. VAN DER WILT, « Justifications and Excuses in International Criminal Law », op. cit., p. 285, n. trad.

³²³⁵ La distinction entre les justifications et les excuses en droit pénal est utilement résumée par J. D. OHLIN et L. MAY dans les termes suivants : « [a] *justification negates the wrongfulness of the criminal act, transforming what would otherwise be a wrongful act in contravention of an established legal prohibition. In contrast, an excuse negates the culpability of the actor* » (J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 149, cit. omises). Sur la distinction entre les justifications et les excuses en droit international pénal, v. not. A. CASSESE, « Justifications and Excuses in International Criminal Law », in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, O.U.P., 2012, pp. 951-957 ; H. VAN DER WILT, « Justifications and Excuses in International Criminal Law: An Assessment of the Case-Law of the ICTY », in B. SWART, A. ZAHAR, G. SLUITER, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, O.U.P., 2011, pp. 275-295.

³²³⁶ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 151.

n'est, en définitive, pas puni³²³⁷, la distinction entraîne des effets dévastateurs sur le plan systémique : en tant qu'elle s'intéresse à l'acte lui-même, la justification ouvre une brèche dans le droit de la guerre, puisqu'elle pose une exception à une règle censée n'en connaître aucune³²³⁸. Tout un chacun sait désormais que, dans certaines circonstances, un acte formellement prohibé par le droit de la guerre peut perdre son caractère illicite³²³⁹. La justification permet donc de transformer un cas particulier en règle nouvelle qui, d'interprétation par analogie en interprétation par analogie, risque de transformer « *une interdiction catégorique en une interdiction subordonnée aux circonstances* »³²⁴⁰.

989. Il existe néanmoins une différence importante entre l'état de nécessité en droit international pénal et la doctrine de la *Kriegsräson*. Là où la *Kriegsräson* peut être mobilisée dans des cas de sur-exceptions tactiques, stratégiques ou politiques³²⁴¹, l'état de nécessité semble ne trouver à s'appliquer que dans les cas de sur-exceptions individuelles. En effet, le Statut de Rome exonère de sa responsabilité pénale l'auteur qui a commis une infraction pour se préserver « *d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave (...) à sa propre intégrité physique* »³²⁴². On pourrait par exemple utiliser cette disposition pour exonérer de leur responsabilité pénale les membres d'une unité qui, isolés en territoire ennemi dans des circonstances météorologiques extrêmes, pillent une maison habitée par des civils pour se procurer de la nourriture³²⁴³. On voit donc difficilement comment l'article 31, § 1, d) du Statut de Rome pourrait être appliqué hors des cas où la seule vie des soldats est menacée³²⁴⁴.

³²³⁷ *Ibid.*, p. 164.

³²³⁸ *Ibid.*, pp. 151-152.

³²³⁹ *Ibid.*, p. 151, citations omises (« [s]ince a justification is general in nature and speaks to the lawfulness of the act in question, by logical entailment it tells others that they too can commit the same act or render assistance to the defendant or those in similar situations.⁴⁰ In contrast, an excuse makes no such announcement to the world. If a defendant is excused by virtue of some personal circumstance, he has still performed an unlawful act—one that others may not assist or replicate »).

³²⁴⁰ A. HAREL, A. SHARON, « What is Really Wrong with Torture? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n°2, 2008, p. 252, n. trad. La citation entière, qui porte sur l'état de nécessité appliquée à la torture, mérite d'être citée : « [t]o sum up, the incorporation of a set of exceptions into the rule prohibiting torture is wrong because it "normalizes" torture; it implies that the prohibition on torture is a conditional prohibition which can be outweighed by stronger considerations. By turning the singular case of practical necessity into a rule, one turns a categorical prohibition into one that is conditional on circumstances » (*ibid.*).

³²⁴¹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 1036-1051 et *infra*, § 999.

³²⁴² *Statut de Rome*, art. 31, § 1, d).

³²⁴³ En ce sens, v. TPIY, *Le Procureur c. Naser Orić*, op. cit., cité in E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., p. 382 (« [I]l Chambre de première instance estime qu'invoquer la nécessité ne peut être pertinent que lorsque cela s'applique aux biens qui ont été enlevés dans un contexte de famine imminente ou de mort de faim imminente »).

³²⁴⁴ Certes, cette disposition permet également d'agir en violation du *jus in bello* lorsque le crime est commis en vue de préserver la vie ou l'intégrité physique non des combattants eux-mêmes, mais « *d'autrui* » (*Statut de Rome*, art. 31, § 1, d)). L'article 31, § 1, d) pourrait donc être interprété pour justifier la commission d'un crime de guerre lorsqu'un belligérant se retrouve confronté à une situation où l'ennemi s'apprête, par exemple, à employer une arme de destruction massive qui causera des graves atteintes à la vie ou à l'intégrité physique au sein de la population civile. Dans un tel cas de figure, pourvu que la menace soit réelle et sérieuse et qu'il n'existe aucun autre moyen de la contrer, un belligérant ne pourrait-il pas recourir à des moyens prohibés (par exemple, la perfidie) pour abattre le commandant ennemi s'apprêtant à faire usage de cette arme ? Si l'état de nécessité pouvait excuser une telle violation, alors un belligérant

990. En tout état de cause, l'état de nécessité rappelle, tant dans sa structure que dans les conséquences juridiques de sa mise en œuvre, la menace que la *Kriegsräson* fait peser sur le droit de la guerre. Or, la doctrine juridique est désormais foncièrement hostile à cette théorie. En témoigne le fait que de nombreux juristes s'opposent tout simplement à ce que l'état de nécessité soit appliqué pour justifier des violations du droit de la guerre³²⁴⁵. Ils rappellent, à ce titre, que les nécessités militaires ont déjà été prises en compte au stade de la formulation des normes³²⁴⁶. De plus, ils mettent en évidence le fait que cette théorie de la nécessité constitue « *une doctrine dangereuse et moralement insupportable* »³²⁴⁷, puisqu'elle « *remet en cause l'essence même du [droit de la guerre]* »³²⁴⁸, à savoir l'idée que les règles absolues du droit de la guerre ne souffrent aucune exception. Pour ces juristes, l'état de nécessité provoque exactement les mêmes craintes que la *Kriegsräson* : cette théorie « *contredit (...) de front (...) la notion-clé suivant laquelle les interdictions prévues par le droit des conflits armés doivent être considérées comme soustraites au jeu général de la nécessité militaire* », car « *elles sont appelées à s'appliquer justement à l'heure du conflit armé, c'est-à-dire quand l'état de nécessité est à son apogée* »³²⁴⁹. À la question de savoir ce qui, du droit ou de la raison de guerre, « *règne en maître dans les circonstances particulière de chaque cas* »³²⁵⁰, la doctrine post-1945 ne tolère tout simplement plus que l'on réponde : la raison de guerre.

*

991. Conclusion de la Sous-section 2. Contrairement à ce que l'on peut parfois lire, la doctrine de la *Kriegsräson* n'a pas été définitivement abandonnée à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Certes, la pratique juridique postérieure à 1945 a largement consacré l'idée, propre à la *Rechtsräson*, que le droit de la guerre doit être respecté en toutes circonstances, aussi extrêmes soient-elles. L'étude de la pratique des États, de la jurisprudence et de la doctrine démontre que le rapport de force s'est inversé par rapport à

pourrait se servir de l'état de nécessité pour affronter par des moyens effectifs (et illicites) des cas de sur-exceptions politico-stratégiques. Néanmoins, on peut douter que telle fut l'intention des rédacteurs de cette disposition.

³²⁴⁵ V. not. E. DAVID, « Self-Defence and State of Necessity in the Statute of the ICC », *op. cit.*, pp. 773-774 ; H. VAN DER WILT, « Justifications and Excuses in International Criminal Law », *op. cit.*, p. 287 ; R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 158 (ainsi que les sources citées note 29) ; K. KITTICHAISAREE, *International Criminal Law*, Oxford, O.U.P., 2001, pp. 274-275 ; J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, p. 162.

³²⁴⁶ *Ibid.*

³²⁴⁷ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, p. 146, n. trad.

³²⁴⁸ E. DAVID, « Self-Defence and State of Necessity in the Statute of the ICC », *op. cit.*, p. 775, n. trad.

³²⁴⁹ Georges ABI-SAAB et Luigi CONDORELLI, in E. DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c) du Statut de la Cour pénale internationale », *R.B.D.I.*, vol. 33, 2000, pp. 423-424.

³²⁵⁰ H. VAN DER WILT, « Justifications and Excuses in International Criminal Law », *op. cit.*, p. 285, n. trad.

l'état du champ juridique pré-1945. Néanmoins, force est de constater que la théorie de la *Kriegsräson* n'a pas disparu : cette doctrine réapparaît régulièrement au travers d'une phrase d'un manuel, du motif d'un jugement ou de l'article d'un traité international. Cependant, force est de constater que les juristes ne sont plus aussi tolérants ou timides qu'ils ont pu l'être par le passé vis-à-vis de cette doctrine – celle-ci fait désormais face à une opposition déterminée.

*

992. Conclusion de la Section 1. Au fil de la confrontation entre les partisans de la *Kriegsräson* et ceux de la *Rechtsräson*, le champ juridique a fini par trancher la question de savoir ce qui, du droit ou de l'action effective, devait prévaloir en cas de conflit. En effet, malgré des résurrections épisodiques, la doctrine de la *Kriegsräson* fait désormais l'objet d'un rejet quasi-unanime au sein du champ juridique : le droit de la guerre, spécifiquement conçu pour encadrer le contexte exceptionnel de la guerre, doit être respecté en toutes circonstances, quelle que soit l'extrémité de la situation. Même l'éventualité de la défaite militaire ne saurait excuser la violation de règles inconditionnelles du *jus in bello*. De plus, à chaque fois que la théorie de la *Kriegsräson* a ressurgi, elle a toujours donné lieu à une levée de bouclier, la doctrine juridique martelant des arguments formulés depuis plus d'un siècle. Les nécessités de la guerre ont déjà été prises en compte au stade de la formulation des règles et, quand bien même on en viendrait à prendre de nouveau en compte la nécessité au stade de l'application du droit, les conséquences pour la limitation de l'action guerrière seraient si désastreuses qu'elles exigerait un abandon immédiat de cette idée. Le droit de la guerre ne saurait donc accepter la moindre exception basée sur la nécessité d'agir pour sauvegarder des intérêts supérieurs. Une telle doctrine, « *si on lui laissait libre cours, pourrait rapidement noyer [le droit de la guerre] dans un océan d'exceptions si nombreuses et si vastes qu'elles finiraient par détricoter la règle elle-même* »³²⁵¹. Et l'on sait désormais que, libérée des contraintes du droit, l'action guerrière risque de mener aux pires abus³²⁵².

993. Pourtant, malgré cet accord unanime au sein du champ juridique, force est de constater que la doctrine de la *Kriegsräson* refuse de mourir une bonne fois pour toutes : elle fait, de manière épisodique mais continue, son retour au cœur de l'argumentation juridique.

³²⁵¹ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 141, n. trad. (où « *criminal law* » fut remplacé par « droit de la guerre »).

³²⁵² Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2.

Dès lors, plutôt que de voir dans la *Kriegsräson* une théorie cantonnée à une époque et à un contexte culturel étroit, ne faut-il pas y voir une théorie *consubstantielle au libéralisme politique lui-même*? En effet, n'est-ce pas parce que le droit de la guerre cherche, conformément à l'idéal libéral, à enfermer l'action de l'État dans un cadre formel que se pose naturellement la question de l'exception, c'est-à-dire des cas justifiant de s'émanciper de ce cadre formel pour réaliser des finalités plus grandes que le droit lui-même? Et si tel est bien le cas, la résurgence continue de la doctrine de la *Kriegsräson* ne suggère-t-elle pas qu'il est en réalité *impossible* de proclamer la primauté inconditionnelle de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre?

Section 2. – L'impossibilité de la primauté inconditionnelle de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre

994. De prime abord, la doctrine de la *Rechtsräson* semble irréfutable³²⁵³. En effet, on peine à comprendre pourquoi un belligérant pourrait se prévaloir de la nécessité pour déroger au droit de la guerre alors celui-ci a été formulé en prenant en compte les nécessités imposées par la guerre. Car, comme l'écrit Robert Kolb,

[l]a nécessité a déjà été soupesée lorsque le contenu des normes du *jus in bello* a été fixé. Dans un droit qui est déjà un droit de nécessité, la nécessité-échappatoire ne peut pas intervenir pour déroger à la nécessité codifiée. Il ne saurait y avoir de nécessité par-dessus la nécessité³²⁵⁴.

Ainsi, le droit de la guerre étant un régime juridique pensé spécifiquement pour les temps de crise extrême, dans lesquels les menaces sont omniprésentes, les enjeux souvent cruciaux et où les combattants agissent sous la pression « *d'un risque et d'une peur constante de la mort* »³²⁵⁵, il constitue une sorte de « *minimum éthique pour les temps de guerre* »³²⁵⁶. Affirmer qu'il est possible de s'émanciper de ce « minimum éthique » au nom de la nécessité

³²⁵³ En ce sens, v. A. VERDROSS, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanpruch der Staaten*, Berlin, H. R. Engelmann, 1920, p. 74, n. trad. (« [à] première vue, cette doctrine semble irréfutable pour quiconque prend au sérieux le positivisme juridique, y compris en matière de droit international. Elle séduit par sa simplicité et sa précision »).

³²⁵⁴ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 158.

³²⁵⁵ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, p. 162, n. trad.

³²⁵⁶ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 158.

revient à nier le fait que « [l]a règle "secondaire" de l'excuse de nécessité » a déjà été transformée, dès la formulation du droit, « en règle "primaire" s'identifiant au contenu de chaque norme »³²⁵⁷. Le droit de la guerre constitue donc bel et bien ce « dernier rempart de la communauté humaine contre la guerre absolue »³²⁵⁸ : il s'applique à l'une des conditions les plus extrêmes de l'existence humaine – la guerre – dont il a déjà pris en compte, au travers de ses règles, l'urgence exceptionnelle dans laquelle elle plonge les hommes et les communautés politiques.

995. Et pourtant, malgré cette évidence, de nombreux auteurs relèvent que la doctrine de la *Kriegsräson* « ne peut pas être écartée si facilement »³²⁵⁹. La *Kriegsräson* semble en effet appartenir aux théories qu'il ne suffit pas de « rejeter en bloc d'une façon dogmatique ou de (...) repousser dédaigneusement comme étant sans fondement », car elles révèlent des « défauts réels de la vie internationale »³²⁶⁰. En l'occurrence, cette théorie révèle que l'idée – consubstantielle au projet libéral du *jus in bello* – d'une résorption définitive de la guerre dans le droit n'est qu'une illusion. En effet, la doctrine de la *Rechtsräson*, qui érige le respect du droit en méta-valeur absolue de la communauté mondiale, constitue une solution arbitraire au problème fondamental – et réel – que pose la *Kriegsräson* : celui de l'antagonisme des valeurs (**Sous-section 1**). Sous cet angle, la doctrine de la *Kriegsräson* révèle sa dimension indépassable : il est impossible de ne pas vouloir conserver, au cœur même de l'ordre juridique, l'éventualité d'une violence extralégale (**Sous-section 2**).

³²⁵⁷ Ibid. V. ég. J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 162 (« [a]rmmed conflict presents near-constant situations of unimaginable pressure on the individuals involved. If international law were to view defendants with the same level of charity as domestic criminal law, many of the prohibitions codified in international law would lose their salience. Indeed, the basic assumption in domestic criminal law is that threats are exceptional, thus suggesting that a defendant faced with a threat should be viewed as having engaged in conduct that is truly at the outer boundary of normal experience. (...) In war, however, the presumption is reversed. Threats are everywhere in a situation of armed conflict. If a risk to life and limb should trigger the application of the necessity excuse, then much of armed conflict would be governed by a state of exception »).

³²⁵⁸ J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *Principles of International Humanitarian Law*, op. cit., p. viii, n. trad.

³²⁵⁹ B. V. A. RÖLING, « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », op. cit., p. 384. V. ég. A. VERDROSS, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung...*, op. cit., p. 74, n. trad. (où l'auteur souligne que les arguments formulés au soutien de la *Rechtsräson* « soulèvent de sérieuses réserves »).

³²⁶⁰ R. KOLB, A. TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris, Pedone, coll. « Ouvertures internationales », 2007, p. 31.

Sous-section 1. – La Rechtsräson et l'érection du droit comme méta-valeur absolue : une solution arbitraire au problème de l'antagonisme des valeurs

996. Le conflit opposant les partisans de la *Kriegsräson* aux défenseurs de la *Rechtsräson* ne peut être compris dans toute sa profondeur que si l'on accepte de voir qu'il ne s'agit pas uniquement de théories juridiques, mais de théories portant sur *l'agencement même des rapports entre droit et politique*. En effet, ces deux doctrines constituent deux réponses opposées à la question de savoir ce qui, à la fin des fins, lorsque le droit « normal » a déjà été mis en échec par l'exception et que le droit « spécial » menace lui aussi de céder, doit prévaloir : l'ordre juridique, ou l'ordre politique ? Le conflit entre *Kriegsräson* et *Rechtsräson* met ainsi en jeu l'avenir du libéralisme politique lui-même. La *Kriegsräson*, doctrine anti-libérale par excellence, fait prévaloir l'ordre politique sur l'ordre juridique – la guerre n'étant qu'un moyen de réalisation des finalités politiques, ces dernières doivent pouvoir être réalisées lorsqu'elles sont mises en danger, quoi qu'en dise le droit³²⁶¹. À l'inverse, la *Rechtsräson*, expression typique du libéralisme politique, proclame que le droit s'impose en dernière instance, quelle que soit l'importance des enjeux politiques de l'affrontement. Perçu sous cet angle, ces deux doctrines révèlent leurs défauts respectifs. D'un côté, la *Kriegsräson* pose un problème fondamental : dans un monde marqué par l'antagonisme irréductible des valeurs, le pouvoir reconnu aux belligérants d'auto-interpréter les cas justifiant de déroger au droit de la guerre conduit à la primauté inconditionnelle du politique sur le droit, ce qui rend cette doctrine inacceptable (§ I). Pour autant, la doctrine de la *Rechtsräson* ne constitue pas une réponse adéquate à ce problème. En effet, la solution consistant à faire primer la valeur-droit sur les valeurs politiques mises en jeu par la guerre constitue une solution tout aussi arbitraire qu'une autre au problème de l'antagonisme des valeurs (§ II).

³²⁶¹ À ce titre, la doctrine de la *Kriegsräson* nie le principe selon le *jus in bello* s'applique indépendamment des buts poursuivis par la guerre.

§ I. – Le problème fondamental de la Kriegsräson : le pouvoir d'auto-interprétation des belligérants dans un monde marqué par l'antagonisme irréductible des valeurs

997. Si l'on accepte de voir la doctrine de la *Kriegsräson* sous l'angle de la théorie politique, sa fonction basale apparaît clairement : comme toute doctrine anti-libérale, elle cherche à restaurer la primauté du politique sur le droit (**A**). Or, sous condition d'antagonisme irréductible des valeurs, il apparaît impossible de définir objectivement cette « politique » qui devrait primer sur le droit. Actant cette impossibilité, la doctrine de la *Kriegsräson* octroie aux États le pouvoir d'interpréter eux-mêmes quelle « politique » particulière primer sur le droit en cas d'extrême nécessité, ce qui conduira nécessairement à des résultats moralement inacceptables : en ceci réside le motif de condamnation ultime de la *Kriegsräson* (**B**).

A. – La Kriegsräson, une doctrine restaurant la primauté du politique sur le droit

998. La doctrine de la *Kriegsräson* énonce qu'un belligérant peut, lorsqu'il est confronté à un contexte exceptionnel, déroger au *jus in bello* en employant des moyens d'action contrevenant au droit en vigueur. La nécessité s'en trouve au cœur : comme pour l'état d'exception en droit interne, c'est la nécessité d'agir pour préserver des intérêts supérieurs qui justifie, conceptuellement, d'employer des moyens extralégaux³²⁶². En pratique, la mise en œuvre de la doctrine de la *Kriegsräson* soulève de nombreuses questions. Parmi celles-ci, on trouve la question de savoir quelles sont, concrètement, les situations qui justifient de déroger au droit de la guerre. Sur ce point, les partisans de la *Kriegsräson* s'accordent pour dire qu'un belligérant ne peut déroger au droit de la guerre que dans des circonstances réellement exceptionnelles³²⁶³, lorsqu'il est confronté à un danger extraordinairement

³²⁶² Sur la confusion originelle entre doctrine de la *Kriegsräson* et doctrine de la nécessité, v. E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 286-299. Sur la centralité du concept de nécessité dans la mise en œuvre de l'état d'exception, v. supra, Chapitre 5, §§ 691-692. Sur le fait que l'évaluation de la nécessité d'un acte n'est en réalité qu'une évaluation des probabilités et des risques, v. infra, §§ 928-931.

³²⁶³ V. p. ex. C. LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », op. cit., cité et trad. in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, op. cit., p. 239 (« [o]f course such a conflict [entre l'impératif de vaincre et les prescriptions du droit, ndla] can only be of exceptional occurrence, for the laws of war are so framed by ordinary custom and well weighed conventions that ordinarily it is possible to follow them. They are built on those relations of fact which are usually met with, just as are the rules of public national law (staatsrecht) and private law, and in the one case as in the other only specially exceptional conditions can make it impossible to follow them »).

grave³²⁶⁴. Ils identifient quatre cas de figure relevant de cette catégorie, qui correspondent exactement aux quatre niveaux de sur-exceptions identifiés dans le chapitre précédent³²⁶⁵.

999. Tout d'abord, les partisans de la *Kriegsräson* jugent qu'un belligérant peut déroger au droit de la guerre en cas de sur-exception individuelle, c'est-à-dire lorsque la vie des soldats est menacée. En ce sens, Karl Strupp peut dire que « [l]es dispositions du droit de la guerre peuvent être ignorées chaque fois qu'une violation apparaît comme le seul moyen (...) de préserver les forces armées, même s'il ne s'agit que d'un seul soldat »³²⁶⁶. Ensuite, certains promoteurs de la *Kriegsräson* estiment qu'un belligérant peut déroger au *jus in bello* lorsque l'emploi de moyens extralégaux constitue l'unique option pour « mener à bien une opération de guerre ou (...) en assurer le succès »³²⁶⁷ (sur-exception tactique). D'autres auteurs étendent cette solution aux cas de sur-exception stratégique, c'est-à-dire « lorsque le but de guerre peut seulement être atteint par [la] violation [du droit de la guerre] »³²⁶⁸. Enfin, certains juristes réservent le qualificatif de « circonstances exceptionnelles » aux seules sur-exceptions politiques. Ainsi par exemple de James Garner, qui vise le cas où le respect strict du droit par un belligérant « entraînerait sa destruction »³²⁶⁹ ; de Quincy Wright, qui suggère qu'un État peut commettre des actes illicites lorsque ceux-ci mettent en danger ses « intérêts

³²⁶⁴ V. p. ex. M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 343 (« [p]our que nous adoptions ou défendions l'adoption de mesures extrêmes, il faut que le danger soit exceptionnel et terrifiant »).

³²⁶⁵ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 996-1012.

³²⁶⁶ Karl STRUPP, cité in J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, *op. cit.*, p. 196, note 3, n. trad. Dans le même sens, v. p. ex. J. C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, 1870, *op. cit.*, p. 335, n. s. (« on excuse (...) le soldat affamé ou manquant de tout, qui s'empare violemment de pain, de viande, d'animaux ou de légumes destinés à sa nourriture. (...) Pour être logique on devrait punir cette violation de la propriété, mais les lois de la guerre ne peuvent incriminer ce qui est inévitable ») ; ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, *op. cit.*, pp. 11-12, n. s. (« [t]he question whether or not any belligerent is entitled to kill an unarmed person for the purpose of saving his own life has been the subject of much discussion. It may be that circumstances can arise – it is not necessary to imagine them – in which such a killing might be justified ») ; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm von Leeb et al. (The German High Command Trial)*, *op. cit.*, p. 125, n. s. (« [i]n order to make out a valid defence of destruction or pillage on the ground of military necessity, the defendant must prove by positive evidence that the facts and circumstances were such at the time he ordered these measures that he would be justified in believing them to be necessary to save his troops from an imminent major disaster ») ; TPIY, *Le Procureur c. Naser Orić*, *op. cit.* De même, le Statut de Rome exonère de sa responsabilité pénale le combattant ayant commis un crime « adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave (...) à sa propre intégrité physique » (*Statut de Rome*, art. 31, § 1, d)). Sur les différentes interprétations pouvant être données au terme « autrui » présent dans cette disposition, v. *supra*, note 3333.

³²⁶⁷ Karl STRUPP, cité in J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, *op. cit.*, p. 196, note 3, n. trad. V. ég. C. MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz*, *op. cit.*, p. 14.

³²⁶⁸ C. LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », *op. cit.*, cité et trad. in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, p. 239, n. trad.

³²⁶⁹ J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, *op. cit.*, p. 197, n. trad. V. ég. J. STONE, *Legal Controls of International Conflict*, *op. cit.*, p. 352, n. s. (pour qui seuls « the direst needs of survival » justifient de déroger au droit de la guerre) ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, dispositif de l'arrêt, § 2E (où la Cour semble affirmer que le droit pourrait perdre sa normativité en cas de « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause »).

vitaux »³²⁷⁰ ; ou encore de Lauterpacht, qui place au-dessus du droit l’impératif de préserver les « valeurs ultimes de la société »³²⁷¹.

1000. Or, quand bien même les motifs justifiant de déroger au droit de la guerre sont multiples – survie des combattants, réussite d’opérations particulières, succès militaire global, préservation d’intérêts essentiels –, les pourfendeurs de la *Kriegsräson* ramènent cette théorie à une idée unique, qui lie entre eux l’ensemble de ces motifs. Selon eux, cette doctrine se réduit finalement « à une idée extrêmement simple et fort ancienne : l’affirmation du droit, dit inhérent, pour chaque [belligérant] de poursuivre par tous moyens la réalisation de ses fins particulières »³²⁷². On retrouverait donc, derrière l’ensemble de ces motifs justifiant de déroger au *jus in bello*, la logique finaliste originelle de la guerre : celle-ci n’est qu’un outil, à disposition du pouvoir politique, de réaliser par la violence armée les finalités que les institutions pacifiques du droit n’ont pas permis d’atteindre³²⁷³. Cette doctrine restaurerait donc l’idée qu’en dernière analyse, les finalités *politiques* de la guerre doivent pouvoir être réalisées par tout moyen, même illicite.

1001. Or, est-il bien exact que les quatre situations justifiant de déroger au droit de la guerre se rapportent, en dernière instance, aux finalités politiques de la guerre ? Ceci ne pose aucun problème pour les cas de sur-exceptions politiques, où l’État déroge au *jus in bello* pour préserver des « intérêts vitaux » ou des « valeurs ultimes ». De même, les finalités politiques de la guerre sont transparentes lorsque l’acte dérogatoire vise à garantir le succès opérationnel d’une mission particulière (niveau tactique) ou la victoire militaire globale

³²⁷⁰ Q. WRIGHT, « Effect of the War on International Law (II) », *op. cit.*, p. 536, n. trad. Cependant, Wright n’admet que les cas de dérogation au droit coutumier de la guerre et non au droit conventionnel de la guerre. Dans le même sens, v. ANON. [E. L.], « Théories allemandes... », *op. cit.*, p. 476 (le droit de la guerre ne conserve sa nécessité que pour autant que « les intérêts à sauvegarder ne sont pas plus considérables que les intérêts qui devraient être sacrifiés »).

³²⁷¹ H. LAUTERPACHT, *Oppenheim’s International Law*, *op. cit.*, p. 351, note 2, n. trad. V. ég. ISRAËL, *Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, *op. cit.*, p. 170 (où la Commission affirme que l’on peut déroger au droit pour « préserver une valeur humaine de plus grande importance que le respect de [l’interdiction en cause] »). Dans le même sens, les philosophes libéraux semblent subordonner la mise en œuvre de la doctrine de la *Kriegsräson* aux cas de sur-exceptions politiques extrêmes. V. not. M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 362, n. s. (où l’auteur affirme que « [l]e calcul utilitariste ne peut nous forcer à violer les règles de la guerre que lorsque nous nous trouvons face, non seulement à une défaite, mais à une défaite susceptible de plonger la communauté politique dans le désastre ») ; R. B. BRANDT, « Utilitarianism and the Rules of War », *op. cit.*, p. 147, note 3, n. s. (« [i]t is conceivable that ideal rules of war would include one rule to the effect that anything is allowable, if necessary to prevent absolute catastrophe »).

³²⁷² C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *op. cit.*, p. 93 (où le terme « État » fut remplacé par « belligérant »). Dans le même sens, v. J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, *op. cit.*, p. 197, n. trad. (« [t]he question raised by the term Kriegsräson (...) is not whether the code of war is defective or badly conceived in such and such of its provisions, but rather whether a necessity, a necessity not of war but of success, may deprive it of its authority. Manifestly, such a theory when carried out to its logical conclusion leads to the absolute supremacy of the strategical or military interest as formulated in the ancient maxim *omnia licere quae necessaria ad finem belli* »).

³²⁷³ Sur cette conception originelle de la guerre dans l’ordre juridique international, v. *supra*, Chapitre 5.

(niveau stratégique). En effet, le succès opérationnel d'une mission et la victoire militaire ne sont jamais des buts en soi : comme la guerre en général, ils sont de simples moyens mis au service de finalités politiques. Cependant, faire le lien entre les finalités politiques de la guerre et les cas de sur-exception individuelle suppose quelques développements supplémentaires.

1002. Il est clair que certains cas spécifiques de sur-exceptions individuelles ne mettent pas en jeu les intérêts politiques qu'un belligérant cherche à atteindre en recourant à la force armée. Tel est le cas lorsqu'un soldat ou une unité dérogent au droit de la guerre dans l'unique but de préserver leur vie, considérée en elle-même et pour elle-même, face à un grave danger. L'exemple du soldat isolé en territoire ennemi qui, poursuivi par une troupe refusant de faire quartier, tue une personne civile pour obtenir les clés de son véhicule entrerait dans cette catégorie³²⁷⁴. Néanmoins, les sur-exceptions individuelles ne sont pas toujours étrangères aux finalités politiques visées par la guerre. Ainsi, lorsque le *Kapitänleutnant* Heinz-Wilhelm Eck décide d'ouvrir le feu sur les naufragés du *Peleus* afin de sauver le sous-marin dont il a la responsabilité en mars 1944³²⁷⁵, il prend cette décision dans un contexte stratégique tendu où l'Allemagne ne pouvait plus espérer triompher qu'en « épargnant les hommes et les matériels »³²⁷⁶. Cette sur-exception individuelle revêt donc aussi une dimension stratégique et, par-delà, politique³²⁷⁷. En effet, dans ce cas précis, le droit ne fait pas simplement obstacle à la préservation de la vie humaine considérée pour elle-même : il s'oppose à ce que l'Allemagne épargne des instruments de guerre qu'elle pourrait redéployer rapidement sur d'autres théâtres pour conserver l'espoir d'une victoire militaire (niveau stratégique) et, au-delà, l'espoir d'imposer sa volonté aux Alliés (niveau politique). Dès lors que la lutte se déroule dans un contexte stratégique défavorable, la sur-exception individuelle tend toujours à devenir une sur-exception stratégique et politique, car sauver la vie des soldats revient à sauver de la destruction l'« *instrument premier du combat* »³²⁷⁸ – l'homme³²⁷⁹.

³²⁷⁴ Sur cet exemple, v. *supra*, Chapitre 7, § 998. L'exemple de l'unité isolée en territoire ennemi dans des conditions météorologiques extrêmes qui pille une habitation pour obtenir de la nourriture entrerait également dans cette catégorie (sur cet exemple, v. *supra*, § 1091).

³²⁷⁵ Sur le contexte de l'affaire du *Peleus*, v. *supra*, Chapitre 7, § 999.

³²⁷⁶ O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, *op. cit.*, p. 389.

³²⁷⁷ Elle ne revêt par contre aucune dimension tactique, n'étant pas question d'une situation où le droit s'oppose à la conduite effective d'une opération particulière.

³²⁷⁸ C. ARDANT DU PICQ, *Études sur le combat*, *op. cit.*, p. 1.

³²⁷⁹ On ne saurait donc affirmer que la survie d'une unité militaire (niveau individuel) est toujours décorrélée de la victoire sur le plan stratégique ou de la préserver d'intérêts politiques vitaux (ainsi que semble le faire E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, p. 384). En effet, un tel lien pourrait être établi lorsqu'un belligérant monte une opération de la dernière chance, consistant par exemple à assassiner des hauts dirigeants ennemis dans un contexte

1003. Par conséquent, sauf dans le cas de sur-exceptions strictement individuelles où seule la vie des soldats, considérée pour elle-même, est en jeu, la doctrine de la *Kriegsräson* se rapporte toujours aux finalités politiques de la guerre. Ceci parce que, si la guerre n'est rien d'autre qu'un instrument de réalisation des finalités politiques, alors permettre à un belligérant de déroger au droit pour agir de manière plus effective dans la guerre revient toujours à permettre à ce belligérant d'agir de manière plus effective pour imposer sa volonté politique. La maxime pourrait donc être reformulée pour lui faire dire que, *in fine*, c'est la *Politikräson* qui prime sur les *Kriegsmanieren*. Or, la *Kriegsräson* consacre non pas la primauté d'une politique *particulière* sur le droit, mais la primauté de la politique *en tant que telle*. Typiquement, les partisans de la *Kriegsräson* ne précisent jamais qui sont les « soldats » dont ils cherchent à assurer la survie, si nécessaire en dérogeant aux prescriptions du droit. La doctrine de la *Kriegsräson* peut servir à garantir la survie des soldats de la SS *Panzerdivision* « *Das Reich* », qui continueront leur combat sans pitié au service des idéaux racistes de l'Allemagne nazie³²⁸⁰, ou la survie des combattantes Kurdes des YPJ³²⁸¹, qui poursuivent l'idéal d'une société égalitaire contre un ennemi (Daesh) dont l'objectif revendiqué est de les déposséder de leurs terres et de les réduire en esclavage³²⁸². Ainsi, l'identité réelle du « soldat » dont la vie est en jeu n'importe pas. Les juristes se posent seulement « [I]a question de savoir si un belligérant a le droit de tuer une personne non armée dans le but de sauver sa propre vie »³²⁸³. L'identité concrète de ce « belligérant » n'a aucune incidence sur l'énoncé du principe, pas plus que l'identité concrète de sa victime. Les soldats qu'ils évoquent sont ainsi à l'image du chien de Schauer³²⁸⁴ – de pures formes abstraites sans identité concrète.

1004. Ceci vaut quel que soit le niveau de sur-exception considéré. Au niveau tactique, les promoteurs de la *Kriegsräson* n'identifient jamais de manière substantielle les « *opération[s] de guerre* »³²⁸⁵ dont ils cherchent à garantir le succès, si besoin contre le droit. S'agit-il des

stratégico-politique extrême où la survie de la communauté est menacée. Pour un exemple de cas où tous les niveaux de la sur-exception seraient liés entre eux, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 1017-1019.

³²⁸⁰ La SS *Panzerdivision* « *Das Reich* » est notamment connue pour les massacres de Tulle et d'Oradour-sur-Glane.

³²⁸¹ Les unités du *Yekîneyên Parastina Jin* (YPG), ou « Unité de protection de la femme », est une brigade kurde composée exclusivement de femmes.

³²⁸² Sur ce point, v. p. ex. A. CUDI, *Sniper*, *op. cit.*

³²⁸³ ROYAUME-UNI, COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, *op. cit.*, p. 11, n. s.

³²⁸⁴ V. *supra*, Chapitre 7, §§ 941-943.

³²⁸⁵ Karl STRUPP, in J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, *op. cit.*, p. 196, note 3, n. trad.

opérations de bombardement par drone menées par l'Ukraine pour rétablir la souveraineté sur son territoire, dans un contexte stratégique tendu où l'aide extérieure se fait de plus en plus incertaine ? S'agit-il des opérations menées par les *mista 'arvim*, ces unités israéliennes déguisées en civils palestiniens³²⁸⁶ pour assassiner des insurgés³²⁸⁷ dans des territoires occupés illégalement au regard du droit international depuis des décennies³²⁸⁸ ? Au niveau stratégique, quels sont ces « *buts de guerre* »³²⁸⁹ qui devraient prévaloir sur le droit lorsque celui-ci fait obstacle à leur réalisation ? S'agit-il des buts visés par l'armée des Serbes de Bosnie, qui se donne pour objectif de nettoyer ethniquement le territoire de la population bosniaque, y compris par le génocide³²⁹⁰ ? Ou bien des buts visés par n'importe quel mouvement de libération nationale, qui cherche à s'émanciper de la domination coloniale et à instaurer la souveraineté du peuple colonisé sur son territoire ? Enfin, au niveau politique, quels sont ces « États » dont la CIJ consacre le « *le droit fondamental (...) à la survie* »³²⁹¹ ? L'Allemagne nazie d'Hitler, le Royaume-Uni libéral de Churchill, ou bien la Russie communiste de Staline ? Et quels sont ces « *intérêts vitaux* »³²⁹² ou ces « *valeurs ultimes* »³²⁹³ qui devraient prévaloir, en cas de nécessité absolue, sur le *jus in bello* ?

1005. *In fine*, la doctrine de la *Kriegsräson* fait prévaloir sur le droit une politique sans visage, sans identité concrète, c'est-à-dire une politique dont la substance n'est jamais définie positivement. Les « soldats » dont la survie est en jeu, les « opérations » qu'il s'agit de faire réussir, les « buts de guerre » qui doivent pouvoir être réalisés, les « intérêts vitaux » et les « valeurs ultimes » qui sont placés au-dessus du droit – tout ceci n'est qu'un agrégat de formes sans substance, d'idées sans matière. Elle devient donc manipulable à l'envi. En ceci réside le motif de condamnation ultime de la *Kriegsräson*.

³²⁸⁶ Sur ce point, v. not. I. ROSENZWEIG, « Combatants Dresses as Civilians? The Case of the Israeli *Mista 'arvim* under International Law », *The Israel Democracy Institute*, English Policy Paper No. 8, 2014.

³²⁸⁷ V. p. ex. N. VASILYEVA, « Israeli Soldiers Dressed as Doctors Raid Hospital to Kill Suspected Terrorists », *The Telegraph*, 30 janv. 2024.

³²⁸⁸ CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, *op. cit.*, not. § 285, p. 78.

³²⁸⁹ C. LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », *op. cit.*, cité et trad. in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, p. 239, n. trad.

³²⁹⁰ V. not. TPIY, *Le Procureur c. Krstić*, jugement du 2 août 2001, affaire n°IT-98-33, pp. 222-250.

³²⁹¹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, § 96, p. 263.

³²⁹² Q. WRIGHT, « Effect of the War on International Law (II) », *op. cit.*, p. 536, n. trad.

³²⁹³ H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, *op. cit.*, p. 351, note 2, n. trad.

B. – Le passage d'une conception objective à une conception subjective de la politique, motif de condamnation ultime de la Kriegsräson

1006. Les promoteurs de la *Kriegsräson* ne définissent jamais substantiellement les situations justifiant de déroger au droit de la guerre. Ils se contentent de recourir à des catégories abstraites – « survie des soldats », « succès des opérations militaires », « buts de guerre », « intérêts vitaux », « valeurs ultimes », etc. Sous cet angle, le problème fondamental posé par la théorie de la *Kriegsräson* n'est pas tant le fait qu'elle envisage la possibilité qu'un belligérant puisse déroger au droit de la guerre que le fait qu'elle permette à *n'importe quel belligérant* de déroger au droit de la guerre pour réaliser *n'importe quel objectif politique*, aussi injuste soit-il. Face à ce problème, on pourrait tenter de « sauver » la *Kriegsräson* des manipulations politiques problématiques qu'elle pourrait engendrer en la dotant d'une définition substantielle de la « politique » devant laquelle le droit devrait s'effacer. Concrètement, ceci reviendrait à définir positivement les « soldats », les « buts de guerre », les « intérêts » et les « valeurs » qui méritent d'être défendus absolument, quitte à violer le droit si la situation l'exige. En effet, si tout un chacun pouvait s'accorder sur la « politique » qui mérite de prévaloir sur le droit, alors la *Kriegsräson* n'apparaîtrait plus comme un problème : il existerait, au sein de l'opinion, un consensus sur les valeurs devant lesquelles le droit pourrait et devrait, en cas de danger extrême, s'effacer.

1007. Or, force est de constater nous sommes condamnés à entrer en désaccord sur cette question. En effet, il n'existe ici-bas aucun ordre axiologique absolu qui s'imposerait objectivement aux hommes, aucun fond de vérité indépassable qui permettrait d'obtenir un accord universel sur les « États », les « buts », les « intérêts » et les « valeurs » qui mériteraient d'être défendus à tout prix, si nécessaire contre le droit³²⁹⁴. La condition humaine est anarchique, marquée par la coexistence de plusieurs ordres de valeur concurrents dont aucun ne peut prétendre à une vérité absolue³²⁹⁵. Et, en l'absence de métavaleur objective, il est impossible de trancher rationnellement et en dernière instance entre les différentes conceptions substantielles du monde qui s'opposent³²⁹⁶. Cependant, cela ne

³²⁹⁴ Sur cette question, v. not. F. LORDON, *La condition anarchique*, Paris, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2018.

³²⁹⁵ *Ibid.*

³²⁹⁶ Si une telle chose était possible, alors il n'y aurait pas besoin de droit en premier lieu : nous marcherions tous d'un même pas, dans la même direction. En ce sens, v. p. ex. R. M. UNGER, *Knowledge and Politics*, *op. cit.*, p. 68 (« [t]he need for rules arises from the undying enmity and the demands of collaboration that mark social life. Because there are no conceptions of the good that stand above the conflict and impose limits on it, artificial limits must be created. »).

signifie pas qu'il soit impossible de trancher entre les ordres axiologiques concurrents, ni qu'il soit impossible d'imaginer des situations concrètes où, face à l'urgence et à la gravité de la situation, il serait désirable de faire primer les considérations politiques sur l'impératif de respecter le droit³²⁹⁷. Le problème est que nous entrerons forcément en désaccord sur la définition de ces « situations concrètes ». Les valeurs que certains estimeront devoir être défendues absolument seront les mêmes valeurs que d'autres estimeront devoir être défaites par tout moyen³²⁹⁸. Par conséquent, il est impossible de trancher entre des valeurs concurrentes de manière *non-arbitraire*. L'érection de certaines valeurs en métavaleurs prétendument objectives et indépassables donnera toujours lieu, à plus ou moins brève échéance, à une contestation de la part de celles et ceux qui ne les partagent pas.

1008. La subjectivité irréductible des valeurs explique que les partisans de la *Kriegsräson* formulent des catégories abstraites, des signifiants sans signifiés tels que « soldats », « opérations », « buts de guerre », « intérêts vitaux » ou « valeurs ultimes ». Ceci leur permet de parvenir à leur but – renverser le primat du droit sur la politique – sans se donner la peine de définir positivement, c'est-à-dire *politiquement*, l'ordre axiologique dont la défense justifierait, en cas d'extrême nécessité, de s'affranchir du droit de la guerre. Néanmoins, cette approche strictement formelle à un coût : pouvant être invoquée « *à tout propos et hors de propos* »³²⁹⁹, elle permet de sauver n'importe quelle politique de la ruine en la faisant prévaloir sur le droit de la guerre. Elle est donc condamnée à paraître intolérable aux yeux de celles et ceux qui ne partageront pas les valeurs défendues et qui condamneront « [l']usage (...) détestable »³³⁰⁰ qui est fait de la *Kriegsräson* dans un cas d'espèce, alors même qu'ils pourraient vouloir en faire un « usage admirable » dans une autre situation, pour défendre d'autres valeurs³³⁰¹.

1009. Devant l'impossibilité de définir objectivement les situations qui justifieraient de s'émanciper du droit de la guerre, les partisans de la *Kriegsräson* consacrent la seule solution

Otherwise, the natural hostility men have for one another will run its course relentlessly to the prejudice of their interdependence »).

³²⁹⁷ Nous reviendrons sur ce point *infra*, §§ 1037-1050.

³²⁹⁸ Cette phrase rappelle la maxime selon laquelle « le terroriste des uns et le combattant de la liberté des autres ». Dans les temps troublés que nous connaissons, cette maxime – et le scepticisme épistémologique radical qu'elle exprime – ne trouve plus vraiment de défenseurs, y compris chez les juristes. En témoigne le fait que le qualificatif « terroriste », dont la dimension politique était largement reconnue par tout un chacun, est désormais employé sans guillemets, autrefois d'usage pour se prémunir de toute complicité vis-à-vis de des manipulations langagières grossières.

³²⁹⁹ P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public...*, vol. 6, *op. cit.*, p. 870.

³³⁰⁰ C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *op. cit.*, p. 103.

³³⁰¹ Sur ce point, v. not. la position ambivalente de Michael Walzer, résumée *infra*, §§ 1053-1055.

disponible : faire des belligérants eux-mêmes les juges de la nécessité de déroger au *jus in bello*. En effet que, dans une société internationale décentralisée, le belligérant qui déroge au droit de la guerre « sera naturellement le seul juge du point de savoir si une nécessité réelle autorisait la dérogation à la loi normale de la guerre »³³⁰². Sous condition d'antagonisme irréductible des valeurs, la doctrine de la *Kriegsräson* contient donc un « élément d'auto-interprétation »³³⁰³, de subjectivité dans l'évaluation de la nécessité de suspendre l'opération du droit³³⁰⁴.

1010. De prime abord, on pourrait croire que ce pouvoir d'auto-interprétation n'a rien d'extravagant. En effet, il est logique que le sujet de droit soit le premier juge de la nécessité de déroger aux règles juridiques pour préserver ses intérêts, car celui-ci est en principe le mieux placé pour les connaître, savoir s'ils sont menacés et déterminer ce qu'il faut faire pour les sauvegarder. Ainsi, dans l'ordre interne, l'individu confronté à une agression physique est en principe le mieux placé pour déterminer s'il est nécessaire de recourir à la légitime défense pour protéger sa vie ou ses biens. Par analogie, le soldat est le mieux placé pour savoir si sa vie fait l'objet d'une menace imminente, de même que le commandant de terrain est le mieux placé pour savoir si la réussite opérationnelle d'une mission est en danger. Aux niveaux supérieurs, les chefs d'état-major sont les mieux placés pour savoir si la perspective de la victoire sur l'ennemi est compromise, de même que les chefs politiques sont les plus à même de savoir si les intérêts vitaux de la communauté sont gravement menacés³³⁰⁵. Par ailleurs, dans le contexte spécifique de la guerre, seuls les spécialistes de la violence détiennent le savoir nécessaire pour savoir ce qu'il faut faire, concrètement, pour se sortir d'une situation d'extrême urgence³³⁰⁶. Ils sont donc les plus à même d'apprécier si,

³³⁰² A. MERIGNHAC, *La guerre économique allemande*, op. cit., p. 18. L'affirmation selon laquelle les belligérants seraient les « seuls juges » de cette nécessité est exagérée, dans la mesure où des juridictions, nationales ou internationales, sont susceptibles de connaître de ce type d'affaires. Il serait plus exact de dire que les belligérants sont les « juges de première instance » de cette nécessité.

³³⁰³ *Ibid.*

³³⁰⁴ V. p. ex. A. MERIGNHAC, *La guerre économique allemande*, op. cit., p. 18 ; A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, op. cit., pp. 44-45.

³³⁰⁵ Sur l'idée que les destinataires du droit international sont en principe les mieux placés pour connaître leurs intérêts, v. M. KOSKENNEMI, *From Apology to Utopia*, op. cit., p. 18 (« law cannot be completely independent from behaviour, will or interest. If it were, we would be at a loss about where to find or how to justify it. If law had no relation to power and political fact, it would be a form of natural morality, a closed normative code which would pre-exist the opinions or interests of individual States. An early scholarship did assume the existence of such a code. For it, the law existed autonomously as divine will or natural purpose and effectively determined what States should will or have a legitimate interest in. But modern scholarship lacks the faith needed to sustain such a code. For it, law is an artificial creation, based on the concrete behaviour, will and interest of States. Attempts to argue on the basis of a natural code are seen as camouflaged attempts to impose the speaker's subjective, political opinions on others »). La doctrine reconnaît cette idée, puisqu'elle estime que la « nécessité » d'un acte de guerre adopté en dérogation à une règle générale doit être appréciée depuis la perspective subjective de l'auteur de l'acte. Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 598-600.

³³⁰⁶ En ce sens, v. p. ex. G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, op. cit., pp. 241-242 (« il y a tant d'imprévu à la guerre qu'il est indispensable de laisser éventuellement une certaine latitude aux belligérants, et c'est pourquoi la

face à une menace déterminée, les voies légales peuvent sereinement être empruntées ou s'il faut au contraire déroger au droit.

1011. Cependant, un tel pouvoir d'auto-interprétation est susceptible de conduire à de graves abus – il revient à conférer la capacité de déroger au droit de la guerre à ceux-là même qui ont le plus intérêt à le faire. Pour prévenir cette éventualité, les partisans de la *Kriegsräson* insistent sur le fait que la nécessité doit être comprise dans un sens strict : un acte dérogatoire ne sera justifié que s'il résulte « *d'une nécessité réelle et non d'un simple avantage* »³³⁰⁷. Sur ce point, des partisans de la *Kriegsräson* critiquent la « *conception extensive de la "nécessité"* »³³⁰⁸ des criminels de guerre nazis, ceux-ci ayant « *confondu l'autoconservation avec le simple intérêt stratégique ou le simple avantage* », transformant ainsi « *l'exception en règle générale* »³³⁰⁹. Or, la *Kriegsräson* ne tolère de dérogations au droit de la guerre que dans le cas, exceptionnel par nature, où un belligérant est confronté à une « *impossibilité matérielle absolue* »³³¹⁰, soit lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de préserver des intérêts vitaux que de violer le droit de la guerre³³¹¹. Les partisans de la *Kriegsräson* se veulent donc rassurant. La dérogation n'est permise que si « *la menace peut être vérifiée par des preuves objectives, et non [par] de simples opinions concernant des dangers lointains* »³³¹². Dès lors, cette doctrine serait cantonnée à « *des cas tout à fait*

*compétence de chacun a été reconnue pour ce qui concerne les détails d'exécution. (...) C'est aux commandants en chef que, logiquement, ce pouvoir doit être attribué, puisque eux seuls sont en mesure de savoir exactement, à un moment donné, ce qui est possible et ce qui ne l'est pas ») ; E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., p. 315 (pour les partisans de la Kriegsräson, « seuls les professionnels de la matière [c'est-à-dire les militaires eux-mêmes, ndlr] (...) sont compétents pour décider de ce qui est militairement nécessaire »).*

³³⁰⁷ Q. WRIGHT, « Effect of the War on International Law (II) », op. cit., p. 534, n. trad. V. ég. C. LUEDER, « *Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen* », op. cit., cité et trad. in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, op. cit., p. 239 (il n'est possible de déroger aux règles du droit de la guerre que lorsque les buts de guerre « *can only be accomplished by breaking through [the limitations imposed by the laws of war]* », ce qui revient à dire que les dérogations aux règles du droit de la guerre ne sont admises que si des « *specially exceptional conditions (...) make it impossible to follow them* »).

³³⁰⁸ J. STONE, *Legal Controls of International Conflict*, op. cit., p. 352, n. trad.

³³⁰⁹ J. W. GARNER, *International Law and the World War*, vol. 2, op. cit., p. 197, n. trad.

³³¹⁰ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 106.

³³¹¹ Dans le même sens, v. p. ex. M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 345 (il est injustifié de déroger au droit de la guerre « *tant que d'autres moyens de se battre et de vaincre sont disponibles* ») ; C. LUEDER, « *Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen* », op. cit., cité et trad. in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, op. cit., p. 239 (les dérogations au droit de la guerre ne sont justifiées que lorsque des « *specially exceptional conditions (...) make it impossible to follow [the rules of jus in bello]* »). Cette exigence s'applique par extension à la cause exonératoire de nécessité en droit international pénal (v. *supra*, § 1088).

³³¹² Q. WRIGHT, « Effect of the War on International Law (II) », op. cit., p. 534, n. trad. V. ég. M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., pp. 341-342 (« *[d]eux critères (...) définissent [l'urgence suprême], qui correspondent aux deux niveaux où fonctionne le concept de nécessité : le premier est lié à l'imminence du danger, le second à la nature de ce danger. Les deux critères doivent être appliqués. Aucun d'eux ne peut suffire à par lui-même à rendre compte du caractère extrême de la situation ou à défendre les mesures extraordinaires que ce danger est censé imposer. Un danger proche, mais peu sérieux, ou un danger sérieux, mais encore lointain, ne constituent ni l'un ni l'autre un cas d'urgence suprême* »).

exceptionnels et extrêmes » et serait insusceptible d'être « *appliquée fréquemment, à la légère et à la volonté* »³³¹³. Or, ce garde-fou n'en est pas un, pour deux raisons.

1012. Premièrement, il est très difficile, pour ne pas dire impossible, de distinguer nettement la « nécessité réelle » de la « simple opportunité »³³¹⁴. En effet, il s'agit dans l'un et l'autre cas non de « nécessité » à proprement parler – le domaine de l'action humaine étant soustrait à l'empire de la causalité³³¹⁵ –, mais d'un « *discours codé ou hyperbolique sur le thème du risque et de la probabilité* »³³¹⁶. Habiliter un belligérant à déroger au droit de la guerre en cas de « nécessité réelle » suppose que la violation du droit constitue la *seule et unique option* disponible pour garantir la survie des soldats, remplir la mission, vaincre l'ennemi ou préserver des intérêts essentiels. Or, en raison de l'incertitude des circonstances et des conséquences de l'action³³¹⁷, un belligérant ne peut jamais savoir par avance que l'acte dérogatoire conduira *in fine* au résultat recherché. Il ne peut qu'évaluer, de manière forcément approximative, la probabilité que les différentes options disponibles lui permettent d'atteindre le but recherché³³¹⁸. Dès lors, habiliter un belligérant à déroger au *jus in bello* en cas de « nécessité réelle » ne suppose pas, pour le belligérant, de démontrer qu'il n'avait aucune autre option disponible que la violation du droit pour préserver un intérêt essentiel. Cela suppose, plus prosaïquement, de démontrer qu'il a eu raison de maximiser ses chances d'atteindre un but, quitte à violer le droit de la guerre, plutôt que de courir le risque de subir les conséquences négatives résultant de la non-réalisation de ce but³³¹⁹.

³³¹³ C. LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », *op. cit.*, cité et trad. in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, p. 239, n. trad.

³³¹⁴ Ainsi que l'on relevé de nombreux auteurs au travers des âges : v. not. J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, p. 244 (« *even the mildest means employed in war are based on some necessity, for war itself has no other rightful foundation. Little or nothing therefore seems to be gained by making to classes of measures, distinguished not really by necessity, but by so vague a test as the degree of necessity* ») ; B. V. A. RÖLING, « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », *op. cit.*, p. 386 (« [m]ost authors who are inclined to recognise military necessity as an overriding principle try to restrict the "military necessity" to a more limited concept, though, logically speaking, there is no difference between "necessity" and "absolute necessity" ») et surtout J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, pp. 141-165, *passim*, et M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, pp. 208-209.

³³¹⁵ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, § 271.

³³¹⁶ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 209.

³³¹⁷ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 2, §§ 245-248.

³³¹⁸ Michael Walzer relève en ce sens que, puisque l'action humaine échappe au domaine de la causalité, un belligérant ne pouvant jamais savoir si tel acte produira tel effet et conduira à tel résultat, alors il existe toujours plusieurs options disponibles, qui sont simplement plus ou moins à même de parvenir au résultat escompté (M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 209 : « [m]ême si l'on concède aux États, aux armées et aux soldats le droit de réduire leurs risques, des moyens d'action spécifiques ne serait nécessaires à cette fin que s'il n'y en avait absolument aucun autre pour améliorer les chances de l'emporter. Or il y aura toujours une série d'options tactiques et stratégiques qu'on juge efficaces à cette fin. Il faudra faire des choix (...) »).

³³¹⁹ On peut donc appliquer par analogie à la *Kriegsräson* les réflexions de J. D. Ohlin et de L. May relatives à l'état de nécessité (v. J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, pp. 141 et 144, cit. omises : « *[t]he normative structure of the defense [of necessity] is a utilitarian or consequentialist balancing that suggests that the overall benefits of the defendant's conduct outweigh the resulting harm caused by violating the criminal prohibition. (...) Indeed, (...) "necessity" is actually a misnomer, for it is not literally necessary "that a policeman speed after a fleeing criminal"* [en

1013. La différence entre la nécessité réelle et la simple opportunité est donc fine. En effet, un belligérant déroge au droit de la guerre par « simple opportunité » lorsqu'il emprunte une voie d'action illégale alors même que des voies d'action légales étaient disponibles, au simple motif que l'acte illégal lui permet de « *réduire les risques* »³³²⁰ de perdre des soldats, de perdre un affrontement, de perdre la guerre ou de sacrifier des intérêts politiques. Le belligérant juge ainsi, au regard des informations dont il dispose, que la voie d'action illégale est *plus à même* de préserver l'intérêt menacé que les voies d'action légales pourtant disponibles, sans pourtant être *absolument obligé* de l'emprunter. Or, un belligérant n'étant jamais « *absolument obligé* » d'emprunter une voie d'action illégale, tout n'est qu'affaire de probabilité. Ainsi, lorsque la justification d'un acte dérogatoire est écartée au motif que celui-ci fut motivé par une « simple opportunité », on se contente en réalité de dire que le belligérant n'a *pas bien fait* de chercher à maximiser ses chances de succès dans le cas d'espèce.

1014. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit donc non de nécessité mais d'une réflexion sur la probabilité que le respect du droit expose un belligérant à des conséquences que l'ordre juridique ne saurait tolérer. Or, une telle réflexion est forcément approximative, d'autant plus lorsqu'elle est menée au cœur du combat par les combattants eux-mêmes. Puisque « [I]es menaces sont partout dans une situation de conflit armé »³³²¹, les combattants ne seront-il pas naturellement amenés à amplifier les menaces pesant sur leur vie ou leur intégrité physique ? Le soldat isolé en territoire ennemi poursuivi par l'adversaire n'exagérera-t-il pas la rumeur selon laquelle cette troupe refuse de faire quartier et soumet les prisonniers à des traitements inhumains ?³³²² Et, lorsqu'un commandant d'unité mène une opération dangereuse, ne verra-t-il pas des risques pour la sécurité de ses hommes et la réussite de la mission partout ?³³²³ Enfin, lorsque l'intensité de la guerre prendra des dimensions dramatiques et que les enjeux deviendront totaux, les chefs politiques et

violation des règles du code de la route, *ndla*], but only that the law regards it as preferable for the policeman to do so rather than to let the criminal escape »).

³³²⁰ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 208.

³³²¹ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 162, n. trad.

³³²² Sur cet exemple, v. *supra*, Chapitre 7, § 998.

³³²³ Typiquement, l'exécution des naufragés du *Peleus* relevait-elle de la « simple opportunité », étant donné que l'aviation ennemie n'avait pas encore repéré le sous-marin et qu'il était toujours possible de fuir, ou bien de la « nécessité absolue », le sous-marin opérant dans une zone densément surveillée où les probabilités d'un repérage et d'une destruction par l'aviation ennemie étaient très grandes ? Tout dépend de la manière dont on évalue la probabilité. Et les scénarios imaginaires pouvant être pris en compte à cette fin étant infinis, il est fort à parier que, dès lors qu'un commandant militaire agit de bonne foi, n'importe quelle violation du droit de la guerre puisse potentiellement être présentée comme relevant de la « nécessité réelle ».

militaires ne seront-ils pas naturellement enclins à accentuer les risques de défaite et à exagérer la menace pesant sur eux ?

1015. La guerre constituant un phénomène « *à la limite extrême de l'expérience normale* »³³²⁴, espérer que les acteurs de la guerre soient en capacité d'opérer une gradation subtile entre nécessité absolue, nécessité simple et pure opportunité relève de la gageure³³²⁵. Et quand bien même un tribunal était amené à se prononcer *ex post facto* sur de tels cas de dérogation au droit de la guerre, celui-ci aura d'immenses difficultés à substituer son appréciation, effectuée dans le calme de la salle d'audience, à celle des combattants agissant au cœur de la guerre³³²⁶. Et, en tout état de cause, il sera trop tard : les prisonniers auront déjà été exécutés pour libérer l'unité spéciale de leur charge et permettre la réalisation d'une mission délicate³³²⁷, les personnes suspectées de détenir des informations cruciales auront déjà été torturées pour espérer changer le cours de la guerre³³²⁸, et l'arme nucléaire aura déjà été utilisée pour garantir la survie de la communauté politique³³²⁹. Le mal aura été fait.

1016. Deuxièmement, l'imposition d'un standard élevé de « nécessité réelle » ne permet pas de résoudre *le* problème fondamental de la *Kriegsräson* : celui de l'indétermination des valeurs justifiant la dérogation. Quels « soldats » veut-on sauver d'une mort certaine, et quelles « opérations » souhaite-t-on voir réussir ? De quels « buts de guerre » veut-on favoriser la réalisation, et quels « intérêts vitaux », quelles « valeurs ultimes » cherche-t-on à préserver, y compris contre les conséquences néfastes découlant d'une stricte application du droit ? À cette question, le standard de la nécessité réelle ne permet pas de répondre : il se contente d'énoncer les *conditions à respecter* pour protéger ces intérêts contre le droit, mais pas la *finalité même* que doivent viser les actes dérogatoires. S'agissant de catégories purement formelles, les belligérants, juges de première instance de la nécessité, pourront les

³³²⁴ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 162, n. trad. V. ég. J. M. DORIS, D. MURPHY, « From My Lai to Abu Ghraib: The Moral Psychology of Atrocity », *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 31, n°1, 2007, pp. 25-55.

³³²⁵ Comme le relevait Albéric Rolin en 1920, en temps de guerre, « [l]a notion de la simple utilité, du simple avantage, se substituera rapidement dans [l'esprit des combattants] à celle de la nécessité absolue. Car il est fort naturel d'admettre que, pour vaincre, il est nécessaire de ne négliger aucun des moyens qui peuvent favoriser la victoire, qui peuvent procurer quelque avantage, dût-on pour cela, per fas et nefas, violer des conventions internationales, des conventions militaires, terroriser, commettre des actes de barbarie, déporter en masse des travailleurs ou les employer à faire des tranchées, etc. » (A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, op. cit., pp. 45-46).

³³²⁶ Ibid., p. 44 (« [c'est à bon droit qu'on contesterait à ce juge toute compétence pour statuer sur cette question [la question de la nécessité d'actes pris en dérogation du droit de la guerre, ndlr] ; et les généraux trouveraient sans doute ridicule qu'il prétendît l'apprécier plus justement qu'ils ne l'ont fait »]). Sur cette difficulté de juger *ex post facto* de la mise en œuvre de règles instrumentales telles que la règle de nécessité, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 598-601.

³³²⁷ Sur cet exemple, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 967-971.

³³²⁸ Sur cet exemple, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 972-975.

³³²⁹ Sur ce point, v. *supra*, § 1084.

interpréter à l'aune de leur propre conception subjective du monde. Les « soldats » qu'ils chercheront à sauver de la mort seront évidemment les leurs, de même que les « intérêts vitaux » et les « valeurs ultimes » qu'ils voudront sauver de la ruine. Or, aurait-on réellement souhaité, par exemple, que l'armée des Serbes de Bosnie déroge au droit de la guerre au motif que cela était, du point de vue de leurs commandants militaires, « absolument nécessaire » pour réaliser leurs buts de guerre ?

*

1017. Les pourfendeurs de la *Kriegsräson* sont donc fondés à voir dans cette doctrine une menace existentielle pour le droit de la guerre³³³⁰. En effet, si un belligérant peut déroger au droit de la guerre chaque fois que cela est nécessaire pour garantir la survie des troupes, le succès des opérations, la victoire militaire ou préserver les intérêts vitaux de la communauté ; si le test de la « nécessité » suppose uniquement de démontrer que des intérêts légitimes sont plus à même d'être préservés par la violation du droit que par son respect ; et si, en tout état de cause, le belligérant est le juge de première instance de cette nécessité, « *alors – à la fin – il n'y a plus de droit* »³³³¹. Initialement conçu comme un instrument normatif échappant « *à la volonté discrétionnaire des (...) belligérants* »³³³², le droit de la guerre devient un simple « *code de convenance militaire* »³³³³. Les belligérants pourront choisir, au gré des circonstances, de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer³³³⁴. Le droit perd ainsi ce qui le caractérise en propre : sa normativité³³³⁵. Réalisant le geste schmittien avant l'heure³³³⁶, la

³³³⁰ V. p. ex. A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, op. cit., p. 45 (« [l']aboutissement final [de la doctrine de la *Kriegsräson*] (...) est bien la ruine complète de tout l'édifice du droit moderne de la guerre ») ; A. MERIGNHAC, *La guerre économique allemande*, op. cit., p. 18 (« cette doctrine contient en elle la négation même du droit de la guerre, dont les principes essentiels sont livrés à l'arbitraire des chefs militaires ») ; G. KAECKENBEECK, « Divergences between British and Other Views on International Law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 4, 1918, p. 230 (« [i]t is clear that "Kriegsräson" alone, if allowed full scope, could set at nought every international agreement concerning the rules of warfare ») ; A. PILLET, *La Guerre et le Droit*, op. cit., p. 46 (« en admettant cette exception de la raison de guerre on affaiblit singulièrement, et pour mieux dire on réduit à néant l'autorité du droit dans la guerre, car il n'est pas difficile de voir que sous ce pompeux apparat de la raison de guerre (...), ce n'est rien autre qu'un retour à la négation du droit que l'on prétend légitimer »).

³³³¹ Y. DINSTEIN, « Military Necessity », in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, sept. 2015, § 8, n. trad.

³³³² E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., p. 105.

³³³³ C. G. FENWICK, *International Law*, op. cit., p. 547, n. trad.

³³³⁴ En ce sens, v. L. RENAULT, *Les Premières Violations du Droit des Gens par l'Allemagne*, op. cit., pp. 61-62 (« [s]i on va jusqu'au bout des raisonnement captieux ainsi présentés [par les partisans de la *Kriegsräson*] on arrive logiquement à cette conclusion qu'un Etat peut se délier de tout engagement conventionnel ou autre, du moment qu'il estime que l'exécution de cet engagement est contraire à son intérêt. Faut-il alors attacher la moindre importance à la parole donnée, à l'idée de droit, et tout le droit international ne disparaît-il pas ? Il n'y a pas d'engagement, pas de contrat à proprement parler, si le débiteur, si le contractant a le droit de se déclarer non engagé toutes les fois que cela est de son intérêt ») ; E. ROOT, « Opening Address », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, vol. 15, 1921, p. 2 (« [a]s the belligerent is to be the sole judge of the necessity, the doctrine [of *Kriegsräson*] really is that a belligerent may violate the law or repudiate it or ignore it whenever that is deemed to be for its military advantage. (...) Of course, if that doctrine is to be maintained, there is no more international law (...). [A] law which may rightfully be set aside by those whom it is intended to restrain is no law at all »).

³³³⁵ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 3, §§ 465-470.

³³³⁶ Sur l'approche schmittienne de l'état d'exception, v. *supra*, Chapitre 6, § 798.

doctrine de la *Kriegsräson* remet entre les mains des belligérants le pouvoir de décider souverainement quand les conditions d'application du droit de la guerre sont réunies et quand les circonstances exigent d'en suspendre l'application. Elle expose donc le droit à un grave danger : celui « *de tomber dans une espèce de trou noir juridique, permettant de subvertir le droit positif selon une vague idée de salus publica, démultipliée par des auto-interprétations subjectives* »³³³⁷.

1018. Ce faisant, la *Kriegsräson* fait renaître l'idée que la guerre est un instrument politique, un moyen suprême mis au service de fins suprêmes, et qu'aucune barrière ne saurait se dresser sur son chemin. Renversant la vision libérale d'un monde où la politique ne peut se déployer *que* dans le cadre tracé par le droit, la *Kriegsräson* propose de faire advenir un monde où le droit doit s'effacer *chaque fois* qu'il entre en contraction avec la politique. Or, sous condition d'antagonisme irréductible des valeurs, une telle théorie mène nécessairement l'humanité au désastre. En effet, chaque belligérant pourra se prévaloir de la *Kriegsräson* pour défendre ses valeurs subjectives et ses intérêts particuliers par tous les moyens nécessaires – torture, terrorisme, destructions massives, prises d'otages et meurtres à grande échelle – au seul motif que ceux-ci doivent absolument être protégés. Elle fait donc ressurgir la vision d'un monde sans droit, d'un état d'exception mondial où la fin justifie tous les moyens. Or, d'un point de vue libéral, cette vision est inacceptable. Pour les libéraux, l'alternative s'exprime donc dans les termes suivants : « *[s]oit la doctrine de la Kriegsräson doit être abandonnée définitivement et à jamais, soit c'est la fin du droit international, et à sa place ne restera qu'un monde sans loi, dans lequel certaines nations, dans la mesure de leur pouvoir, imposeront leurs idées (...) à d'autres nations* »³³³⁸.

§ II. – La primauté de la valeur-droit sur les valeurs politiques : une solution aussi arbitraire qu'une autre au problème de l'antagonisme des valeurs

1019. Le regard critique que les libéraux portent sur la doctrine de la *Kriegsräson* semble indépassable. En effet, dans la mesure où elle autorise les belligérants à suspendre l'opération du droit au nom de la préservation d'impératifs politiques essentiels, la

³³³⁷ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », *op. cit.*, p. 154.

³³³⁸ E. ROOT, « Opening Address », *op. cit.*, p. 3, n. trad.

Kriegsräson conduit à la possibilité d'une guerre illimitée de tous contre tous. Elle condamne l'humanité à une longue descente aux enfers. Sous ces conditions, il semble logique d'en revenir à la seule solution qui vaille : celle du libéralisme politique. En effet, les hommes étant naturellement incapables de s'entendre sur les valeurs et les intérêts qui méritent d'être défendus envers et contre tout, il faut instaurer des règles minimales valables en toutes circonstances, même lorsqu'elles empêchent la réalisation de certains intérêts ou de certaines valeurs. Autrement, si ces règles minimales ne valaient que de manière conditionnelle, c'est-à-dire pour autant qu'elles ne mettent pas en cause les intérêts et les valeurs que chaque communauté particulière juge essentiels, l'exception en viendra fatalement à « *dévorer la règle* »³³³⁹ : au gré des conflits, n'importe quelle communauté pourra se délier des règles objectives de la guerre pour imposer sa conception subjective du monde par tout moyen, au seul prétexte que celle-ci mérite d'être sauvée absolument. Il faut donc restaurer la primauté du droit sur la politique, en imposant le respect de règles minimales dont la valeur intrinsèque dépasserait les clivages idéologiques.

1020. Or, telle est précisément la fonction du droit de la guerre. En effet, plutôt que de chercher à limiter le recours à la guerre en distinguant les guerres justes des guerres injustes, le *ius in bello* se contente de « *régulariser le cours [de la guerre] en humanisant la conduite des hostilités* »³³⁴⁰. Pour ce faire, ce régime juridique fixe des règles minimales dont la normativité ne dépend ni de la justice des causes défendues par les belligérants, ni des intérêts en jeu, ni de l'urgence de la situation³³⁴¹. De plus, face à l'éventualité que le droit de la guerre puisse être renversé par des circonstances exceptionnelles, la seule solution viable consiste à réaffirmer la primauté inconditionnelle du droit (*Rechtsräson*). Toute solution inverse conduira fatalement, en raison du pouvoir d'auto-interprétation des belligérants, au chaos. Or, cette solution dégagée par les promoteurs de la *Rechtsräson* est-elle viable ?

1021. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de déplier cette théorie afin d'en mettre en évidence toutes les conséquences. En prônant un respect inconditionnel du droit,

³³³⁹ M. KOSKENNIEMI, « Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons », *L.J.I.L.*, vol. 10, n°1, 1997, p. 149, n. trad.

³³⁴⁰ C. DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *op. cit.*, p. 78. V. ég. *supra*, Chapitre 6, §§ 863-890.

³³⁴¹ V. p. ex. Y. DINSTEIN, « Military Necessity », in R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1981, vol. 3, pp. 274-275 (« [t]he hallmark of legal norms is that they cannot be disregarded at will. They have to be observed not only when it is expedient to do so, but even when compliance runs counter to the interests of the party concerned. Being legal norms, the laws of war must be obeyed irrespective of needs and interests »).

la *Rechtsräson* impose que, en cas de conflit entre le droit et l'action effective, les belligérants fassent systématiquement le choix du droit – le cas échéant, ils pourront être poursuivis pénalement pour ne l'avoir pas fait. Ainsi, lorsqu'un soldat fait face à une menace extrême pour sa vie, il ne saurait déroger au droit de la guerre pour échapper à la mort – il doit donc faire le sacrifice de sa vie en se laissant mourir³³⁴². De même, les combattants ne sauraient déroger au droit de la guerre pour permettre la réalisation d'une opération militaire, aussi importante soit-elle, ni pour protéger la vie des opérateurs et maximiser leurs chances de succès³³⁴³. Si la mission doit être abandonnée, et si des opérateurs doivent mourir, ainsi soit-il : le droit doit être respecté « *même si cela conduit à la perte d'une bataille* »³³⁴⁴. Plus encore, le droit de la guerre doit être respecté « *même si cela conduit à la perte (...) d'une guerre* »³³⁴⁵. Concrètement, cela signifie qu'un belligérant ne peut légalement déroger au droit de la guerre, même dans le cas où la victoire militaire est en jeu. Ceci implique par exemple que, après juin 1940, le Royaume-Uni aurait dû accepter la victoire de l'Allemagne nazie sur le continent européen plutôt que de recourir à un moyen illicite – le bombardement indiscriminé des villes – afin de continuer la guerre et de conserver l'espoir de la gagner³³⁴⁶. Enfin, appliquée aux cas de sur-exceptions politiques, la *Rechtsräson* suppose qu'un belligérant abandonne ses intérêts vitaux et fasse une croix sur les valeurs ultimes de la communauté. Il est donc attendu des décideurs politiques qu'ils acceptent de voir leur territoire envahi, occupé et conquis par un ennemi aux valeurs radicalement opposées, ou même qu'ils acceptent l'éventualité d'une destruction pure et simple de la communauté – comme, par exemple, dans le cas où l'ennemi mène une guerre d'extermination génocidaire. Si le droit doit être respecté « *en toutes circonstances* »³³⁴⁷ et si les finalités poursuivies par les belligérants n'ont aucune incidence sur son application³³⁴⁸, alors il est impossible de commettre des actes illicites même en cas d'urgence suprême. Le droit apparaît comme une structure normative complète, sans lacunes, définitivement close.

³³⁴² J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, pp. 162-163.

³³⁴³ En ce sens, v. not. G. S. CORN, « International & Operational Law Note », *The Army Lawyer*, 1998, n°7, p. 73 ; W. HAYS PARKS, « Special Forces' Wear of Non-Standard Uniforms », *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, n°2, 2003, p. 543

³³⁴⁴ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 67, n. trad.

³³⁴⁵ *Ibid.*

³³⁴⁶ Sur cet exemple de sur-exception stratégique, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 1003-1006.

³³⁴⁷ CG 1949, art. 1 commun (« [l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention *en toutes circonstances* »).

³³⁴⁸ Comme le veut le principe de séparation du *jus ad bellum* et du *jus in bello*.

1022. La doctrine de la *Rechtsräson* pourrait être critiquée pour son caractère utopique³³⁴⁹. En effet, on pourrait se demander s'il est « *raisonnable d'attendre d'un décideur politique qu'il se suicide, avec une grande partie de sa population, par déférence pour [des] règle[s] juridique[s] absolue[s]* »³³⁵⁰. Dans les faits, la doctrine de la *Rechtsräson* a pu être critiquée par certains auteurs sur ce fondement³³⁵¹. Cependant, cet argument se contente de mettre en avant le caractère irréaliste de la *Rechtsräson*, celle-ci étant condamnée à ne pas être suivie par les destinataires de la norme dans certains cas extrêmes. Or, cette critique ne tient pas. En effet, le droit se définit par son caractère normatif, c'est-à-dire par le fait qu'il vaut indépendamment des comportements empiriques adoptés par les sujets de droit³³⁵². Lorsque le destinataire d'une norme ne se conforme pas au comportement que l'ordre juridique lui impose d'adopter, il ne remet pas en cause la validité de la règle : il la viole. Dès lors, on ne saurait discréder une règle de droit au seul motif qu'elle n'est pas suivie dans les faits, ni une théorie juridique au motif qu'elle ne représente pas fidèlement la réalité – loin de se contenter d'enregistrer passivement l'existant, le droit indique l'horizon idéal d'un monde à venir³³⁵³.

1023. En réalité, le problème fondamental de la *Rechtsräson* ne réside pas dans le fait que cette théorie impose de respecter des règles que les belligérants pourraient, en raison de circonstances exceptionnelles, ne pas avoir intérêt à respecter. Elle trouve sa source dans le geste consistant à ériger le respect du droit en méta-valeur absolue, en valeur ultime qu'aucun impératif ne saurait renverser. Le problème ne trouve donc pas son origine dans un conflit entre le droit et les faits, mais dans un conflit entre deux valeurs : la valeur-droit, érigée au rang de valeur absolue, et les valeurs particulières que les belligérants défendent au travers de la guerre, considérées, du point de vue du droit et des juristes, comme quantités

³³⁴⁹ Sur la critique de l'utopie humanitaire, v. *supra*, Chapitre 3, not. §§ 359-360.

³³⁵⁰ M. KOSKENNIEMI, « Faith, Identity, and the Killing of the Innocent », *op. cit.*, p. 147, n. trad.

³³⁵¹ C. LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », *op. cit.*, cité et trad. in J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, *op. cit.*, p. 239, n. trad. (« [...]orsque (...) les circonstances sont telles que la réalisation de l'objectif de la guerre et le fait d'échapper à un danger extrême seraient entravés par le respect des restrictions imposées par les lois de la guerre, et ne peuvent être accomplis qu'en enfreignant ces restrictions, c'est cette dernière option qui doit être choisie. Cela doit se produire parce que (...) aucune guerre ne se laissera entraver dans des cas aussi extrêmes et aboutir à la défaite, voire à la ruine, afin de ne pas violer le droit formel. Aucune interdiction ne peut dans un tel cas avoir d'effet ou prétendre à la reconnaissance et à la validité ; et il serait vain d'en formuler une, car de quel commandant ou de quel État pourrait-on attendre un tel hérosme de douceur et de renoncement ? »). Dans la pratique, certains décideurs politiques ont pu se faire l'écho d'un tel argument : v. C. JOCHNICK, R. NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *op. cit.*, p. 64 (reproduisant une citation attribuée au Chancelier von Bismarck : « [w]hat leader would allow his country to be destroyed because of international law? »).

³³⁵² Sur tout ceci, v. *supra*, Chapitre 4, §§ 465-470.

³³⁵³ Ainsi, John Westlake touche au cœur même de la théorie du droit lorsqu'il critique la doctrine de la *Kriegsräson* au motif que celle-ci « reduces law from a controlling to a registering agency » (J. WESTLAKE, *International Law*, 2^{ème} éd., *op. cit.*, p. 127).

négligeables. Depuis cette perspective, la doctrine de la *Rechtsräson* consiste, sur le plan philosophique, à écarter tout débat sur les valeurs. En effet, en imposant le respect du droit envers et contre tout, la *Rechtsräson* fait du respect du droit la méta-valeur absolue. Les belligérants ne peuvent la renverser au motif qu'ils agissent en vue de préserver des valeurs plus grandes encore – leur liberté, leur indépendance ou leur sécurité –, même lorsque celles-ci sont menacées de destruction. La *Rechtsräson* met donc fin à « *la lutte qui oppose les dieux des différents ordres et des différentes valeurs* »³³⁵⁴ : elle postule que le respect du droit constitue la méta-valeur ultime. Seul ce geste permet d'imposer le respect du droit en toutes circonstances, même en cas d'urgence suprême où la survie de la communauté politique est en jeu, car elle fait apparaître le droit comme la valeur indépassable, au-dessus de laquelle il n'y a *rien*.

1024. Ce faisant, là où les partisans de la *Kriegsräson* réalisent le geste schmittien, en soumettant la décision d'appliquer (ou non) le droit au jugement du pouvoir politico-militaire, les défenseurs de la *Rechtsräson* reproduisent le geste kantien, en enfermant le pouvoir politico-militaire dans des règles purement formelles dont la validité n'est pas tributaire de la substance politique à laquelle elles s'appliquent. En effet, de la même manière que Kant voyait dans la maxime « Ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas que l'on te fasse » une règle universelle, susceptible d'être acceptée par tous car échappant à la controverse politique (tout le monde s'accordera pour ne pas faire à autrui ce qu'il n'aimerait pas qu'on lui fasse), les promoteurs de la *Rechtsräson* voient dans le droit de la guerre un ensemble de règles universelles, valables pour n'importe quel type de guerre, quelles que soient les finalités visées par les belligérants. Ceci leur permet de faire du droit de la guerre une structure formelle à vocation universelle, car indépendante de tout jugement sur les valeurs – tout un chacun, quelles que soient ses valeurs, s'accordera pour respecter les préceptes fondamentaux du *jus in bello*.

1025. Cependant, voilà : « *les règles formelles ne [sont] pas indépendantes d'une morale matérielle* »³³⁵⁵. Bien que leur formulation abstraite suggère le contraire, elles expriment et défendent toujours une certaine vision du monde. En l'occurrence, l'impératif catégorique formulé par Kant (« Ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas que l'on te fasse ») promeut

³³⁵⁴ M. WEBER, « Le métier et la vocation de savant », in M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. J. FREUND, E. FLEISCHMANN, E. DE DAMPIERRE, préf. R. ARON, Paris, Plon, coll. « Bibliothèques 10/18 », 1959 [1919], p. 106.

³³⁵⁵ R. ARON, « Préface », in M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit., p. 50.

une éthique empreinte d'humanisme qui, dans les faits, « *exige le refoulement de la volonté de puissance* » et « *la soumission aux principes d'égalité et de réciprocité entre les individus* »³³⁵⁶. Or, force est de constater que le monde social se déchire sur la valeur à accorder à ces principes³³⁵⁷. Certains prônent un assouvissement, plutôt qu'un refoulement, de la volonté de puissance, quand d'autres (souvent les mêmes) exaltent l'inégalité entre les individus. Par conséquent, aucune morale formelle n'est exempte de jugements substantiels, c'est-à-dire de prise de position *politique* quant aux valeurs qui méritent d'être défendues ou celles qui doivent être combattues. Les impératifs kantiens ne sont, de ce point de vue, que l'expression d'une attitude, d'une « *politique* » parmi d'autres³³⁵⁸.

1026. Il en va de même pour le droit de la guerre. Sous couvert de n'être que de pures règles formelles, l'expression d'une morale universelle, le *jus in bello* promeut en réalité une morale matérielle socio-historiquement située³³⁵⁹, que l'on peut résumer à ce que Charles Taylor décrivait comme « *l'impératif moral de réduire la souffrance* »³³⁶⁰. Trouvant son origine dans l'idée que « *la vie est sacrée* »³³⁶¹, l'humanitarisme s'emploie à réduire la souffrance humaine où qu'on la trouve – dans la pauvreté, les catastrophes naturelles, les maladies ou, bien évidemment, la guerre³³⁶².

1027. Le fait que le droit de la guerre ne soit pas une morale éthérée mais bien une morale substantielle, défendant une certaine vision du monde, est transparent dans les écrits des promoteurs du « droit international humanitaire ». Jean Pictet peut ainsi dire que l'histoire de l'imposition progressive du droit humanitaire est celle d'une « *lutte formidable* » entre « *ceux qui veulent préserver, unir, libérer l'homme et ceux qui veulent le dominer, le détruire ou l'asservir* »³³⁶³. Ainsi, quiconque défend le droit humanitaire fait par définition effraction dans le champ politique pour imposer certaines valeurs au détriment d'autres valeurs. En

³³⁵⁶ *Ibid.*

³³⁵⁷ Il s'agit d'un constat empirique, non d'un jugement de valeur.

³³⁵⁸ R. ARON, « Préface », in M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit., p. 50.

³³⁵⁹ V. not. T. L. HASSELL, « Capitalism and the Origins of Humanitarian Sensibility, Part I », *The American Historical Review*, vol. 90, n°2, 1985, pp. 339-361 ; T. L. HASSELL, « Capitalism and the Origins of Humanitarian Sensibility, Part II », *The American Historical Review*, vol. 90, n°3, 1985, pp. 547-566.

³³⁶⁰ C. TAYLOR, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 394, n. trad. Sur cette « morale humanitaire », nos réflexions ont été particulièrement influencées par les écrits de Talal Asad (v. not. T. ASAD, « Reflections on Violence, Law, and Humanitarianism », *Critical Inquiry*, vol. 41, n°2, 2015, pp. 390-427 ; T. ASAD, « On Torture, or Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment », *Social Research*, vol. 63, n°4, 1996, pp. 1081-1109).

³³⁶¹ T. ASAD, « Reflections on Violence, Law, and Humanitarianism », op. cit., p. 391, n. trad.

³³⁶² Sur l'histoire du mouvement humanitaire et ses différents terrains d'action, v. M. BARNETT, *Empire of Humanity. A History of Humanitarianism*, New Delhi, Dev Publishers & Distributors, 2012.

³³⁶³ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, op. cit., p. 10.

l'occurrence, le droit humanitaire cherche à imposer, même au milieu des conflits, une valeur déterminée : « *la défense de la personne humaine* »³³⁶⁴. Empreint d'humanisme, il œuvre en vue de la protection la vie humaine, de l'intégrité physique et morale des êtres humains et, par-delà, en vue de la défense de leur dignité *qua* êtres humains³³⁶⁵. Ce régime juridique n'est qu'une « *transposition dans le droit international de préoccupations d'ordre moral et, plus spécialement, d'ordre humanitaire* »³³⁶⁶.

1028. Ainsi, en imposant de respecter le droit de la guerre même dans les circonstances les plus extrêmes, les partisans de la *Rechtsräson* ne se contentent pas d'imposer la forme objective du droit contre les valeurs subjectives que les belligérants pourraient vouloir sauver de la ruine : ils imposent le *respect d'une valeur déterminée* contre d'autres valeurs déterminées. En l'occurrence, en refusant qu'un belligérant déroge au droit de la guerre, la *Rechtsräson* fait prévaloir l'impératif de protéger la vie et la dignité humaines sur l'impératif de sauver la vie des soldats (lorsqu'il s'agit d'une sur-exception strictement individuelle) ou sur l'impératif de préserver la liberté, la sûreté ou l'indépendance d'une communauté politique (lorsque la sur-exception met en jeu les finalités politiques de la guerre)³³⁶⁷. Nous parvenons ainsi au nœud du problème posé par la doctrine de la *Rechtsräson*. Pourquoi la valeur intrinsèque au droit de la guerre, résidant dans la protection de la personne humaine, devrait-elle prévaloir sur toutes les autres valeurs concurrentes qu'un belligérant pourrait vouloir défendre, au besoin contre le droit ? Le respect du droit de la guerre constitue-t-il une valeur *objectivement supérieure* aux valeurs que les belligérants défendent par les armes ?

1029. Les promoteurs du « droit international humanitaire » semblent croire que tel est bien le cas. En effet, les règles du droit de la guerre trouveraient leur source dans ce « *sens du sacré par quoi les hommes se sont peu à peu élevés au-dessus de leur condition primitive* »³³⁶⁸. Il s'agirait donc d'un absolu, d'une valeur surpassant toutes les autres. Cette croyance en la valeur absolue et inconditionnelle de la dignité humaine permet aux défenseurs du droit humanitaire d'affirmer que « *la souveraineté du droit (...) surpassé celle*

³³⁶⁴ J. PICTET, « Les principes du droit international humanitaire I », *op. cit.*, p. 411.

³³⁶⁵ En ce sens, v. not. J. PICTET, « Les principes du droit international humanitaire I », *op. cit.*, not. pp. 411-412.

³³⁶⁶ *Ibid.*, p. 411.

³³⁶⁷ Sur cette distinction, v. *supra*, §§ 1003-1006.

³³⁶⁸ H. COURSIER, « Définition du droit humanitaire », *op. cit.*, p. 224.

des rois »³³⁶⁹, comme la volonté de Dieu autrefois³³⁷⁰. Aucun impératif, et certainement pas les impératifs poursuivis par le pouvoir politique (« les rois »), ne peut légitimement conduire à profaner les droits de la personne humaine – qui sont, comme l'écrit de nouveau Jean Pictet, « *sacrés* »³³⁷¹. Le droit international humanitaire doit donc être respecté « *en tous temps et en toutes circonstances* »³³⁷², aussi extrêmes soient-elles (*Rechtsräson*), car il n'est que le réceptacle d'une œuvre ultime qui échappe aux contingences de l'histoire. Il s'agit, après tout, de « *sauvegarder (...) les droits essentiels et la dignité de la personne humaine* »³³⁷³. Quelle valeur pourrait prétendre se hisser au-dessus d'un tel objectif ?

1030. Sous cet angle, la doctrine de la *Rechtsräson* semble justifiée : le droit peut être érigé en méta-valeur absolue de la communauté mondiale, qu'aucun impératif ne saurait renverser, car il exprime une morale matérielle qui est elle-même absolue. Or, dans les circonstances exceptionnelles qui ne manquent jamais de naître en temps de guerre, les belligérants pourraient être tentés de déroger au droit de la guerre en érigeant d'autres idées en méta-valeurs. Sous cet angle, les motifs de dérogation au droit de la guerre – le fait de chercher à préserver la vie des soldats, de réaliser avec succès et à moindre coût une opération militaire, de vaincre l'ennemi ou de préserver des intérêts vitaux – expriment les valeurs qui méritent, selon les partisans de la *Kriegsräson*, d'être placées au-dessus du droit. La sur-exception met donc en scène une « axiomachie », c'est-à-dire un conflit de valeurs³³⁷⁴. Or, les conflits de valeurs sont *par définition* insusceptibles d'être tranchés objectivement. En effet, à l'heure où les hommes ont perdu « *la foi dans un ordre (...) théologico-moral supérieur* »³³⁷⁵, plus personne ne croit en la possibilité de résoudre rationnellement le problème du juste et de l'injuste, du bien et du mal. Dès lors, quand deux valeurs sont en conflit, il n'y a aucun ordre supérieur, aucun méta-principe auquel se raccrocher pour trancher objectivement le conflit. En fonction de la complexion affective de chacun, l'une des valeurs en conflit « *prendra le visage du diable, l'autre celle du dieu, et chaque individu aura à décider, de son propre*

³³⁶⁹ J. PICTET, « La formation du droit international humanitaire I », *op. cit.*, p. 4.

³³⁷⁰ Sur l'idée que, dans son origine historique, le CICR cherche à restaurer une autorité morale dans un monde sans Dieu, v. S. HOPGOOD, *The Endtimes of Human Rights*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 2013, not. pp. 1-46.

³³⁷¹ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 114.

³³⁷² H. COURSIER, « Définition du droit humanitaire », *op. cit.*, p. 227.

³³⁷³ *Ibid.*

³³⁷⁴ Sur le concept d'axiomachie, v. F. Lordon, *La condition anarchique*, *op. cit.*, pp. 120-157.

³³⁷⁵ M. KOSKENNIELMI, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, p. 71, n. trad. Sur cette perte de foi, v. not. M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 2005 [1985].

point de vue, qui est dieu et qui est diable »³³⁷⁶. Quelques exemples illustreront l'impossibilité de trancher objectivement entre des valeurs en conflit.

1031. Soit, de nouveau, le cas du soldat isolé en territoire ennemi fuyant ses poursuivants qui, pour échapper à la mort, violente et tue un civil afin d'obtenir les clés de son véhicule³³⁷⁷. Suivant la doctrine de la *Rechtsräson*, cet acte constitue une violation du *jus in bello* et même un crime de guerre. Or, une telle solution implique un jugement de valeur, à savoir que le respect du droit, et par-delà la vie des civils innocents³³⁷⁸, *vaut plus* que la préservation de la vie des soldats. Certes, ce jugement de valeur peut être défendu de manière argumentée. On pourrait avancer, par exemple, que les soldats savaient, en s'engageant dans la guerre, qu'ils encourraient des risques pour leur vie, et qu'ils doivent par conséquent se résigner au sacrifice plutôt que de déroger à des règles en l'absence desquelles la guerre tournerait au chaos³³⁷⁹. Néanmoins, on pourrait critiquer cette solution en prétendant, par exemple, que le droit ne saurait exiger d'aucun individu, quelles que soient les circonstances, qu'il sacrifie sa vie pour sauver celle d'un autre : le droit n'est pas un « *pacte suicidaire* »³³⁸⁰. Les arguments au soutien de l'une ou l'autre de ces positions ne manquent pas. Cependant – et ici gît le point crucial –, aucun de ces arguments ne peut être qualifié de « vrai » ou de « faux »³³⁸¹, car il s'agit seulement de jugements moraux – qui sont donc tous les deux « vrais », mais dans une conception différente de la moralité³³⁸². Dès lors, si ces arguments peuvent convaincre un auditoire, ils sont insusceptibles de résoudre objectivement ce conflit, car il n'existe aucune méta-valeur *indiscutable* à laquelle on puisse se raccrocher – si tel était le cas, il n'y aurait pas de conflit en premier lieu. Le seul élément permettant de résoudre ce conflit réside en réalité dans l'intensité émotionnelle que l'on investit dans chacun des impératifs en cause – la vie d'un civil innocent vs. la vie d'un soldat menacé. Il n'est donc pas question de raison, mais de passion³³⁸³. En effet, pourquoi la vie d'un civil vaudrait-elle

³³⁷⁶ M. WEBER, « Le métier et la vocation de savant », *op. cit.*, p. 107.

³³⁷⁷ Sur cet exemple, v. *supra*, Chapitre 7, § 998.

³³⁷⁸ Le terme « *innocent* » vise ici les civils qui conservent leur immunité contre la violence directe, c'est-à-dire les civils qui ne participent pas directement aux hostilités.

³³⁷⁹ En ce sens, v. p. ex. J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, pp. 162-163 (« *participants in an armed conflict have a higher duty to uphold the deep moral principles on which international criminal law is based. (...) [I]nternational criminal law should place higher demands on soldiers in combat than those who are not. If that means the soldiers sacrificing themselves rather than violating the core prohibitions of international criminal law, then that seems morally correct (...). [S]oldiers belong to a profession that requires an oath to protect innocent civilians during conflict. Requiring soldiers to sacrifice themselves rather than violate international criminal law is simply one manifestation of the higher duty of that profession* »).

³³⁸⁰ M. N. SCHMITT, « 21st Century Conflict: Can the Law Survive? », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, n°2, 2007, p. 454, n. trad.

³³⁸¹ M. WEBER, « Le métier et la vocation de savant », *op. cit.*, pp. 106-108.

³³⁸² Sur ce point, v. les développements *supra*, Chapitre 2, §§ 284-292. V. ég. *infra*, Conclusion générale.

³³⁸³ Sur ce point, v. F. LORDON, *La condition anarchique*, *op. cit.*

plus que la vie d'un soldat ? Et pourquoi la vie de *ce* civil vaudrait-elle plus que la vie de *ce* soldat ? Notre jugement changerait-il si nous étions militaires de profession, ou bien travailleur humanitaire ? Et qu'en serait-il si l'une ou l'autre de ces personnes était notre frère ? Ou si, ukrainien, nous ayons à juger de la mort d'un compatriote sous les coups d'un soldat russe fuyant une troupe à sa poursuite ?

1032. Soit, encore, la situation du Royaume-Uni en juin 1940³³⁸⁴. Se retrouvant seul dans la lutte contre l'Allemagne nazie, le Royaume-Uni décide de mener un bombardement aérien indiscriminé des villes allemandes pour continuer la guerre et espérer, un jour peut-être, vaincre l'ennemi. Si l'on suit les défenseurs de la *Rechtsräson*, le Royaume-Uni aurait dû respecter le droit et se réfréner de recourir à cette stratégie, même dans les circonstances extrêmes que cet État avait à affronter³³⁸⁵. Or, cette solution implique ici aussi un jugement de valeur, à savoir que le respect du droit et de la vie des dizaines de milliers de civils qui périront sous les bombes ou dans les flammes est *plus important* que la continuation de la guerre contre l'Allemagne nazie afin, sinon de la vaincre, au moins de lui disputer l'hégémonie sur le continent. On peut donc appliquer par analogie toutes les questions qui précèdent à ce cas d'espèce. Pourquoi la vie de quelques dizaines de milliers de civils vaudrait-elle plus que la continuation de la guerre contre l'Allemagne nazie ? Cet exemple met en évidence l'incommensurabilité des valeurs : entre la vie de dizaines de milliers de civils allemands d'une part et la défaite de l'Allemagne nazie de l'autre, il n'existe aucune équivalence possible. Ce conflit de valeur peut être tranché, mais aucune solution ne peut prétendre à la vérité objective. En l'occurrence, la doctrine de la *Rechtsräson* suppose de préférer le respect de la vie des civils à la continuation de la guerre contre l'Allemagne. Or, on ne manquera pas d'arguments moraux pour contester cette primauté de principe. Faut-il toujours préférer la vie de quelques dizaines de milliers de civils lorsque la guerre est menée contre un ennemi dont le chef politique juge que « *la question raciale est la clé de l'histoire du monde* »³³⁸⁶ ? Qu'il cherche à garantir un espace vital (*Lebensraum*) à la race aryenne en nettoyant les territoires de tous les individus jugés hétérogènes ?³³⁸⁷ Et que, selon toute vraisemblance, la politique impérialiste et raciste de l'Allemagne nazie « *recevait l'assentiment d'une grande partie [du] peuple* »³³⁸⁸ ? Existe-t-il encore des civils innocents,

³³⁸⁴ Sur cet exemple, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 1003-1006.

³³⁸⁵ Sur le débat autour de la légitimité de cette stratégie, v. *supra*, Chapitre 7, § 1006, not. note 3037.

³³⁸⁶ Adolf HITLER, cité in O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit., p. 21.

³³⁸⁷ O. WIEVIORKA, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit., p. 21.

³³⁸⁸ *Ibid.*, p. 26.

dans un tel cas de figure ?³³⁸⁹ En bref, cette situation précise ne révèle-t-elle pas l'existence d'une « *urgence suprême* » justifiant de renverser le primat inconditionnel du droit sur la politique et d'adopter « *toutes les mesures nécessaires, même les plus radicales* »³³⁹⁰ ?

1033. Principe de séparation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* oblige, les juristes refuseront de se poser ces questions : l'application du droit de la guerre n'est pas conditionnée aux objectifs politiques, justes ou injustes, que les belligérants poursuivent. Ils réactivent ainsi l'idée que le droit de la guerre ne serait qu'une pure forme éthérente qui, n'exprimant aucun « objectif politique », flotterait au-dessus du monde social. Or, le droit de la guerre défend bel et bien une vision du monde, celle dans laquelle la dignité de l'homme ne serait plus enfreinte dans la guerre – le « droit humanitaire » est ainsi, de l'aveu même de ses défenseurs, un outil mobilisé « *dans la lutte menée pour la défense de la personne humaine* »³³⁹¹. Or, puisque les valeurs défendues par le droit peuvent entrer en conflit avec les valeurs défendues par les belligérants dans la guerre, le droit s'inscrit *de facto* dans le champ politique. Il n'est qu'une préférence, qu'une attitude politique parmi d'autres. Et, lorsque que la valeur-droit entre en conflit avec d'autres valeurs, il n'existe aucun moyen de trancher objectivement le différend. On ne saurait justifier *scientifiquement* une préférence marquée pour un monde où la dignité humaine est préservée des affres de la guerre, ou pour un monde dans lequel le nazisme est vaincu. Les juristes, qui reconnaissent volontiers la subjectivité des valeurs lorsqu'ils sont confrontés au problème de l'application du principe de proportionnalité³³⁹², doivent naturellement s'en remettre à cela : la subjectivité des valeurs s'applique également quand le droit entre en conflit avec la politique. Ce conflit est insoluble, puisqu'il n'existe aucune réponse objective « *concernant la manière dont il faudrait agir dans la cité* »³³⁹³. La vie humaine ne connaît rien d'autre que « *l'incompatibilité des points de vue ultimes possibles, l'impossibilité de régler leurs conflits*

³³⁸⁹ Sur ce point, v. J. McMAHAN, « Innocence, Self-Defense and Killing in War », *op. cit.* ; C. J. DUNLAP, « The End of Innocence », *op. cit.*

³³⁹⁰ W. CHURCHILL, *Be Ye Men of Valour*, discours prononcé sur la BBC le 19 mai 1940, n. trad.

³³⁹¹ J. PICTET, « Les principes du droit international humanitaire I », *op. cit.*, p. 411.

³³⁹² Sur la reconnaissance de la subjectivité des valeurs dans le contexte de l'évaluation de la proportionnalité d'une attaque, v. not. TPIY, *Final Report to the Prosecutor..., op. cit.*, § 48-50 (« [i]t is much easier to formulate the principle of proportionality in general terms than it is to apply it to a particular set of circumstances because the comparison is often between unlike quantities and values. One cannot easily assess the value of innocent human lives as opposed to capturing a particular military objective. The questions which remain unresolved once one decides to apply the principle of proportionality include the following: a) What are the relative values to be assigned to the military advantage gained and the injury to non-combatants and or the damage to civilian objects? b) What do you include or exclude in totaling your sums? (...) The answers to these questions are not simple. It may be necessary to resolve them on a case by case basis, and the answers may differ depending on the background and values of the decision maker. It is unlikely that a human rights lawyer and an experienced combat commander would assign the same relative values to military advantage and to injury to noncombatants »).

³³⁹³ M. WEBER, « Le métier et la vocation de savant », *op. cit.*, p. 103.

*et par conséquent la nécessité de se décider en faveur de l'un ou de l'autre »*³³⁹⁴. Toute résolution d'un conflit de valeur est, par définition, arbitraire.

*

1034. Conclusion de la Sous-section 1. Dans la lutte entre la *Kriegsräson* et la *Rechtsräson*, le champ juridique a fini par choisir son camp. En effet, on considère désormais que le droit s'impose en toutes circonstances, même extrêmes, et même s'il fait obstacle à la réalisation des objectifs politiques des belligérants. Or, il s'avère à l'analyse que cette primauté du principe du droit sur la politique est arbitraire, car elle ne repose sur aucun fondement objectif. Certes, la consécration de la primauté du droit permet de contrecarrer la doctrine de la *Kriegsräson* qui, en habilitant les belligérants à décider eux-mêmes des cas qui justifient de s'affranchir du droit de la guerre, conduit nécessairement au chaos : chaque belligérant recourra à ce pouvoir dérogatoire chaque fois qu'il jugera que ses intérêts subjectifs méritent de déroger aux règles objectives du droit. La *Kriegsräson* permet donc aux belligérants de faire prévaloir leur vision subjective du monde, si besoin en dérogeant aux principes d'humanité les plus fondamentaux. Or, une telle solution est nécessairement arbitraire : pourquoi, en cas de conflit, faire prévaloir les intérêts des belligérants sur la morale humanitaire ? Les défenseurs de la *Rechtsräson* sont donc fondés à réaffirmer le primat du droit sur la politique : il s'agit du seul moyen d'éviter la guerre illimitée de tous contre tous. Néanmoins, ce choix se justifie-t-il ? L'analyse révèle que non : face à l'impossibilité de trancher objectivement entre les valeurs qui mériteraient d'être défendues absolument, si nécessaire par des moyens illicites, la solution consistant à imposer le respect du droit de la guerre indépendamment des valeurs défendues par les belligérants constitue une solution aussi arbitraire qu'une autre. En effet, le droit de la guerre n'est pas une pure forme éthérée qui flotte au-dessus du monde social. Loin de se contenter de mettre la guerre « en forme »³³⁹⁵, ce régime juridique promeut une morale matérielle, porteuse d'une vision du monde : un monde où la dignité de la personne humaine serait enfin respectée, même dans la guerre. Dès lors, quand le droit entre en conflit avec l'impératif d'agir de manière effective pour réaliser certains buts, c'est cette morale, cette valeur que l'on impose aux valeurs défendues par les belligérants. S'ensuit un conflit entre valeurs opposées. Or, il n'existe aucun moyen de le trancher objectivement. Par conséquent, force est de conclure

³³⁹⁴ *Ibid.*, p. 114.

³³⁹⁵ J.-F. KERVEGAN, « Droit, Éthique et Politique. Réflexion historique sur l'idée de guerre juste », *Cahiers de Fontenay*, n°67-68, 1992, not. pp. 70-74

que la doctrine de la *Rechtsräson* constitue une solution aussi arbitraire et inacceptable au problème de la sur-exception que la doctrine opposée de la *Kriegsräson*. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'opposer une vision du monde à une autre vision du monde, dont aucune ne peut prétendre à une validité objective. En plus d'être fondamentalement arbitraire sur le plan épistémologique, la doctrine de la *Rechtsräson* nie ainsi un aspect indépassable de la *Kriegsräson* : la nécessité de conserver la possibilité d'une violence extralégale.

Sous-section 2. – La nécessité de conserver l'éventualité d'une violence extralégale : la dimension indépassable de la doctrine de la Kriegsräson

1035. S'il est possible de présenter le champ du droit de la guerre comme un espace clivé entre les partisans de la *Kriegsräson* et les partisans de la *Rechtsräson*, une analyse plus fine du micro-univers des spécialistes du droit de la guerre amènerait à constater que de nombreux auteurs entretiennent en réalité un rapport ambivalent à ces doctrines³³⁹⁶. Ceci semble particulièrement vrai dès lors qu'il est question des cas de sur-exceptions politiques extrêmes³³⁹⁷. À ce titre, l'œuvre de Michael Walzer fait office d'exemple parfait. D'un côté, le philosophe étatsunien affirme que si « [d]es armées en guerre ont le droit de tenter de gagner [la guerre] », elles n'ont « pas le droit de faire tout ce qui est nécessaire, ou leur semble tel, à cette fin »³³⁹⁸. Il condamne donc explicitement la doctrine de la *Kriegsräson*, ayant à l'esprit l'usage qui en fut fait par les criminels de guerre nazis³³⁹⁹. Mais d'un autre côté, Walzer reconnaît qu'il existe « bien des moments critiques, dans la vie des hommes et des femmes comme dans la vie des États », où les nécessités imposent « des mesures que, précisément, la convention interdit »³⁴⁰⁰. Ces moments critiques, que le philosophe désigne sous le nom d'« urgence suprême »³⁴⁰¹, obligent à réintroduire la logique utilitariste qu'il avait initialement exclue de l'analyse³⁴⁰². En effet, Walzer estime que lorsqu'un belligérant fait face à un « danger (...) exceptionnel et terrifiant »³⁴⁰³, il peut, sous certaines conditions³⁴⁰⁴, « transgresser les droits de gens innocents et mettre en pièces la convention

³³⁹⁶ Sur l'ambivalence que certains auteurs, généralement vus comme des partisans de la *Rechtsräson*, entretiennent avec la doctrine inverse, v. *supra*, § 1050.

³³⁹⁷ Pour des exemples d'ambivalence vis-à-vis des cas de sur-exceptions politiques extrêmes, v. *supra*, § 1083.

³³⁹⁸ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 191.

³³⁹⁹ *Ibid.*, pp. 147-151.

³⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 341.

³⁴⁰¹ *Ibid.*

³⁴⁰² *Ibid.*, pp. 189-198.

³⁴⁰³ *Ibid.*, p. 343.

³⁴⁰⁴ Ces conditions sont exposées de manière succincte et peu approfondie *ibid.*, pp. 341-342.

de la guerre »³⁴⁰⁵. Dans une telle situation, la logique finaliste de la guerre – vaincre l’ennemi et imposer sa volonté politique par l’emploi des moyens nécessaires – retrouve toute sa prééminence sur la logique formelle du droit. L’état d’exception fait son retour.

1036. Loin de constituer une inconstance intellectuelle de la part du philosophe étatsunien, ce volte-face révèle un fait qui apparaît, à nos yeux, patents : le scénario de l’exception suprême³⁴⁰⁶ révèle la nécessité de conserver, au cœur même de la pensée et de l’ordre juridiques, l’éventualité d’une violence extralégale (**§ I**). Or, parvenus au bout de « *[l]a course poursuite que se livrent, sans fin, le droit et la crise* »³⁴⁰⁷, il n’y plus d’autre choix que d’acter, face au scénario de l’exception finale, l’impossibilité de circonscrire juridiquement ce recours extralégal à la violence : nous atteignons un point où l’empire du droit prend fin et où, pourquoi pas, commence celui d’une réflexion politique sur le droit et ses usages (**§ II**).

§ I. – De la nécessité de conserver l’éventualité d’une violence extralégale : le scénario de l’exception suprême

1037. Réfléchissant à partir du droit interne, les théoriciens du droit admettent sans difficulté qu’il peut exister « *des raisons morales très puissantes de ne pas tenir compte d’une norme en de certaines occasions* »³⁴⁰⁸. Cette réflexion est évidemment dirigée à l’encontre des règles formelles qui, du fait de l’indifférence qu’elles opposent au contexte dans lequel elles opèrent, risquent d’être appliquées de manière « *insensible, mécanique, [et] moralement aveugle* »³⁴⁰⁹. Or, dans un tel cas de figure, le problème n’est pas lié à la formulation de la règle, comme s’il existait quelque part un meilleur énoncé normatif, capable de mieux appréhender les contingences de l’existence et susceptible de donner lieu à des décisions plus justes. Le problème, bien plus fondamental, trouve sa source dans le fait que « *la variété et la complexité infinie des situations factuelles particulières dépassent notre*

³⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 351.

³⁴⁰⁶ Dans les lignes qui suivent, les expressions « urgence suprême » et « exception suprême » sont employées comme des synonymes.

³⁴⁰⁷ P.-C. FRIER, « Les législations d’exception », *op. cit.*, p. 33.

³⁴⁰⁸ J. C. BAYÓN, « Why is Legal Reasoning Defeasible? » in A. SOETEMAN (dir.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 339, trad. M. CARPENTIER, « Cas difficiles et défaisabilité des règles », *op. cit.*, p. 2102.

³⁴⁰⁹ R. G. WRIGHT, « Dreams and Formulas: The Roles of Particularism and Principalism in Law », *Hofstra Law Review*, vol. 37, n°1, 2008, p. 213, n. trad. (citations omises).

capacité à formuler des règles générales »³⁴¹⁰. La logique aprioriste du droit ne pourra jamais enfermer la vie dans ses règles formelles : l'exception aura toujours vocation à déborder la norme et à révéler, dans la situation qui se présentera *hic et nunc*, l'absurdité d'une application stricte de la règle.

1038. Ce qui vaut pour le droit interne vaut à plus forte raison lorsque les règles formelles s'appliquent à l'état exceptionnel de la guerre, où les enjeux sont bien plus élevés que dans la vie ordinaire – il y est question, littéralement, de vie et de mort³⁴¹¹. Ici plus qu'ailleurs, les règles formelles sont sujettes à renversement par l'exception³⁴¹². Or, il existe, pour le droit interne comme pour le *jus in bello*, un point de rupture où l'application mécanique des règles formelles devient aberrante – elle transforme les juristes en « *fétichistes des règles* »³⁴¹³. En effet, défendant l'absoluité du droit contre vents et marées, ils se retrouveraient à appliquer la règle même lorsque ceci mène à des conséquences qu'ils pourraient eux-mêmes qualifier d'absurdes – si toutefois ils s'autorisaient à les apprécier sous un *autre angle* que celui du droit. Pour révéler ce point de rupture où l'application stricte de la *Rechtsräson* devient absurde, nous recourrons à un scénario fictif de sur-exception politique extrême où le droit empêche une communauté politique d'employer les moyens nécessaires à sa survie. Ce scénario est le suivant³⁴¹⁴.

1039. Au cœur d'un État dictatorial, une révolution a lieu. Les révolutionnaires s'emparent d'une partie du territoire, et une administration temporaire se met en place. Celle-ci établit des frontières entre le territoire sécessionniste et le territoire contrôlé par le gouvernement légal. Elle prend en charge les services essentiels et commence à planifier la reconstruction post-guerre de la région. Progressivement, un nouvel État naît. Marqués par le souvenir brutal de la vie sous le régime dictatorial, les révolutionnaires décident que le nouvel État ne se fera pas sans le peuple. Ils convoquent donc des assemblées populaires qui seront chargées

³⁴¹⁰ Lawrence B. SOLUM, cité in J. BOWERS, « Annoy No Cop », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 166, n°1, 2017, p. 144, note 140.

³⁴¹¹ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., pp. 162-163.

³⁴¹² Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 7.

³⁴¹³ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 75, n. trad.

³⁴¹⁴ Avant de décrire ce scénario, une précision s'impose. Le but étant de montrer que la doctrine de la primauté inconditionnelle du *jus in bello* peut devenir absurde, il est nécessaire de mettre en scène une situation où le droit fait obstacle à la réalisation de valeurs sinon ultimes, du moins suprêmement importantes. En d'autres termes, il faut mettre, face au droit de la guerre et à la morale humanitaire qu'il exprime, des valeurs investies d'une charge affective suffisamment puissante pour mettre en scène l'absurdité de leur sacrifice au nom du droit. Or, sous condition de subjectivité irréductible des valeurs (v. *supra*, §§ 1112-1113), il est impossible de formuler un scénario auquel n'importe quel lecteur pourrait s'identifier – les valeurs que les uns jugeront devoir être défendues par tout moyen sont les mêmes que d'autres voudront défaire par tout moyen. Nous espérons néanmoins que le scénario qui suit parlera au plus grand nombre.

de rédiger la nouvelle constitution. Au fil de ces travaux, un affect commun, un désir partagé de se regrouper en communauté politique, se développe parmi les habitants. Ceux-ci optent pour la construction d'un régime de démocratie directe, dans lequel la liberté et l'égalité seront plus que des mots. Après quelques années, la nouvelle commence enfin à faire le tour du monde : un nouveau laboratoire de la démocratie est né. Des étrangers viennent observer ce qu'il s'y passe et participer à la construction de ce nouvel idéal, alors que la presse internationale commence à relater la vie quotidienne de ses habitants.

1040. Mais alors que les membres de la nouvelle communauté politique sont pris par la passion des jours nouveaux, une menace guette. En effet, le régime dictatorial ne compte pas laisser cette nouvelle expérience prospérer. Une opération militaire de grande ampleur se prépare. Celle-ci vise non seulement à mettre fin à l'expérience démocratique en cours, et donc à détruire l'État nouvellement créé, mais en plus à rendre impossible toute résurgence de cet idéal. Les structures politiques seront détruites, les révolutionnaires des premiers jours seront tués ou emprisonnés, les élus et les fonctionnaires seront punis de peines exemplaires, et le territoire retombera sous la main de fer du régime. Un gouverneur provisoire, armé de milliers de fonctionnaires zélés, sera chargé d'y rétablir l'ordre antérieur. La police politique y retrouvera tous ses droits, avec ce que cela implique en termes d'arrestations arbitraires, de meurtres, de torture et de disparitions forcées. Les oligarques du régime viendront de nouveau exploiter la population aux seules fins de s'enrichir personnellement. Le népotisme sera de nouveau le principe de gouvernement. La pauvreté, l'absence d'horizon et la peur se rabattront bientôt sur la population. En bref, la dictature réinstaurera bientôt ses droits.

1041. Face à la menace, qui devient chaque jour de plus en plus tangible, la nouvelle démocratie se met en état d'alerte. Les citoyens, hommes et femmes en âge de combattre, sont formés au maniement des armes et à la manœuvre militaire. Des tractations diplomatiques sont menées afin d'obtenir de l'aide, sans succès – tout le monde semble se désintéresser du sort de cet État et de ses habitants. Des volontaires internationaux viennent certes prêter main-forte, prêts à mourir pour un pays qu'ils ne connaissent même pas, mais leur nombre est trop faible. L'état-major estime bientôt qu'en cas de guerre, les chances de vaincre l'armée du régime dictatorial sont quasi-inexistantes. Bien qu'ils aient l'avantage de la défense, notamment au travers de la connaissance du terrain, et que, contrairement à l'armée du gouvernement légal, les habitants aient de bonnes raisons de se battre jusqu'à la mort, la victoire semble impossible. Quels que soient les scénarios qu'ils projettent, les

généraux se heurtent toujours au même problème : l'armée ennemie est plus nombreuse, mieux formée, mieux équipée, et possède un atout incomparable – l'arme aérienne. Les quelques batteries anti-aériennes volées au gouvernement légal dans les anciennes bases militaires ne suffiront certainement pas. Cependant, même si tout un chacun sait que les chances de succès sont faibles, les citoyens décident que la reddition n'est pas une option. Une déclaration d'intention est adoptée : le peuple, réunit en assemblées, proclame que le salut de la communauté est le bien supérieur et que chaque citoyen est prêt à mourir pour ses idées les armes à la main. La révolution ne mourra pas.

1042. Puis, la guerre éclate. L'invasion commence et les combats s'engagent. Au sein du conseil de guerre, les regards sont graves : la résistance opposée à l'invasion est admirable, mais ce n'est qu'une question de temps avant que le pays ne soit réduit à feu et à sang, brisant l'idéal d'une société libre et égalitaire et condamnant ses habitants à la mort ou, pire encore, à une vie miséreuse sous la dictature. Face à cette menace suprême pour l'existence même de la communauté politique, les chefs militaires, désespérés, se mettent à évaluer des options qu'ils avaient écartées dans un premier temps, ne souhaitant pas recourir à des procédés contrevenant à leurs valeurs. Au cours d'une réunion de crise, peut-être la dernière que ce conseil de guerre soit amené à tenir, le chef des renseignements signale qu'une unité spéciale envoyée derrière les lignes ennemis, composée de révolutionnaires aguerris, est sur le point de capturer plusieurs membres de la famille de hauts dignitaires du régime dictatorial. Il propose, au cas où l'opération réussissait, de les prendre en otages et de menacer de les exécuter afin de faire pression. Le chef de la direction de l'armement, quant à lui, révèle un secret jusqu'alors jalousement gardé : au cours de la révolution, les forces sécessionnistes ont mis la main sur d'importantes quantités d'armes chimiques. Or, les rapports provenant du front indiquent que les combattants ne sont pas équipés de masques à gaz. Ces armes pourraient donc être utilisées contre l'armée ennemie afin, sinon de gagner la bataille sur terre, au moins de gagner un temps précieux. Interrompus dans leur discussion par une communication urgente du front, les membres du conseil de guerre sont informés qu'un haut commandant ennemi vient d'être capturé. Il est sur le point d'être transféré auprès du conseil de guerre, où il sera interrogé par des spécialistes qui espèrent lui soutirer des informations cruciales, et notamment la localisation des bases aériennes depuis lesquelles décolle l'aviation ennemie. Est ainsi évoquée l'idée de « faire parler » le haut commandant capturé pour obtenir ces informations. Enfin, dans le cas où le territoire en viendrait à tomber, le conseil de guerre acte solennellement que la guerre se poursuivra quoiqu'il arrive. S'il est

impossible de vaincre l'ennemi par des moyens conventionnels, la guérilla prendra le relais. Meurtres de fonctionnaires, prises d'otages, terrorisation – tous les moyens seront employés afin d'espérer faire revivre l'idéal de société que la dictature cherche à détruire.

1043. Sous l'angle du droit de la guerre aucune de ces tactiques n'est licite. La prise d'otage est interdite³⁴¹⁵ et constitue un crime de guerre³⁴¹⁶. L'interdiction d'employer des armes chimiques, norme de droit coutumier³⁴¹⁷, fait l'objet d'une prohibition absolue³⁴¹⁸. Il s'agit, par ailleurs, d'un crime de guerre³⁴¹⁹. La torture fait également l'objet d'une prohibition absolue³⁴²⁰ et constitue aussi un crime de guerre³⁴²¹. Enfin, les tactiques envisagées dans l'éventualité d'une guerre révolutionnaire – prises d'otages, meurtre de fonctionnaires civils, terrorisation – sont également prohibées. Si l'on suit la *Rechtsräson*, l'emploi de ces moyens d'action est interdit en toutes circonstances, quand bien même cette communauté politique ne disposerait d'aucun autre moyen de se défendre face à un ennemi qui cherche à l'asservir et à détruire les idéaux qu'elle défend. En l'espèce, l'espoir de gagner la guerre est mince, pour ne pas dire inexistant. Ces armes et ces tactiques apparaissent, aux yeux des chefs militaires, comme des moyens de dernier recours pour espérer inverser le cours des choses. Leur efficacité en vue de la victoire n'est évidemment qu'hypothétique, mais il s'agit des seules options dont dispose cette communauté pour espérer sauvegarder ce qu'elle estime devoir l'être absolument. L'alternative s'exprime alors dans les termes suivants : soit on décide de respecter le droit et l'on attend patiemment que le pays ne tombe sous les coups de la dictature, soit on décide que l'extrémité de la situation appelle l'emploi de moyens extrêmes. Le conseil de guerre choisit finalement la seconde option – les otages sont capturés, le haut commandant torturé, les armes chimiques utilisées.

1044. Sous l'empire de la *Rechtsräson*, cette décision est injustifiable et expose ses auteurs à des poursuites pénales. En effet, « *les règles du droit international doivent être respectées*

³⁴¹⁵ PA I, art. 75, § 2, c).

³⁴¹⁶ *Statut de Rome*, art. 8, 2, a), viii).

³⁴¹⁷ CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *op. cit.*, p. 344 (règle 74).

³⁴¹⁸ Convention sur l'interdiction des armes chimiques, art. 1, n. s. (« Chaque Etat partie à la présente Convention s'engage à ne jamais, en aucune circonstance : (...) [e]mployer d'armes chimiques ») ; CICR [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *op. cit.*, p. 349.

³⁴¹⁹ *Statut de Rome*, art. 8, § 2, b), xviii).

³⁴²⁰ Convention contre la torture, art. 2, § 2 (« [a]ucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre (...) ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture »).

³⁴²¹ *Statut de Rome*, art. 8, § 1, a), ii).

*même si cela conduit à la perte (...) d'une guerre »³⁴²². Après tout, les nécessités de la guerre n'ont-elles pas déjà été prises en compte au stade de la formulation du droit, chaque règle opérant une « *subtile mise en balance des nécessités militaires et des impératifs humanitaires* »³⁴²³ ? Le droit international n'est-il pas un « *droit prohibitif* »³⁴²⁴, dont les règles doivent être respectées « *en toutes circonstances* »³⁴²⁵, y compris lorsqu'un belligérant « *estime que sa situation est critique* »³⁴²⁶ ? Plus fondamentalement, l'essence de la guerre n'est-il pas « *que l'une ou l'autre des parties doit perdre* »³⁴²⁷ ?*

1045. La communauté en danger de mort devrait donc se résigner à son sort et accepter la défaite au nom de l'impératif de respecter le droit. Or, derrière cet impératif, on retrouve évidemment la morale humanitaire. La prise d'otages de personnes civiles expose des innocents à un risque d'atteinte à leur intégrité physique, voire même de mort, et les plonge dans l'angoisse et dans la peur. L'emploi d'armes chimiques provoque des souffrances extraordinaires et doivent être interdites de ce simple fait, à plus forte raison encore quand elles sont utilisées contre des civils innocents. La torture constitue le *summum* de la violation de la dignité humaine. La décision de recourir quand même à ces armes et à ces tactiques viole ainsi les droits de la personne humaine, dont les humanitaires jugent qu'ils sont « *sacrés* »³⁴²⁸ – aucune situation, même extrême, ne saurait justifier leur violation.

1046. Or, cette primauté inconditionnelle du droit et de la morale humanitaire est évidemment arbitraire. En effet, s'agissant d'un conflit de valeur – protection de la dignité humaine d'un côté, protection d'une communauté menacée de destruction de l'autre –, il n'existe aucun moyen non-arbitraire de trancher en faveur de l'une ou l'autre des alternatives³⁴²⁹. Et, dans le cas d'espèce, le primat inconditionnel du droit apparaîtra forcément comme tel : arbitraire. Que pèsent les règles formelles du droit dans une situation où leur violation pourrait conduire à changer le cours d'une guerre dans laquelle une communauté politique joue sa survie face à un ennemi qui veut l'asservir ? Que pèse la

³⁴²² ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 67, n. trad.

³⁴²³ R. KOLB, *Ius in bello*, *op. cit.*, p. 118.

³⁴²⁴ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, *op. cit.*, p. 66, n. trad.

³⁴²⁵ CG 1949, art. 1 commun.

³⁴²⁶ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, TRIBUNAL MILITAIRE DE NUREMBERG, *United States v. Alfried F. A. Krupp von Bohlen und Halbach et al. (The Krupp Trial)*, *op. cit.*, p. 139, n. trad.

³⁴²⁷ *Ibid.*, n. trad.

³⁴²⁸ J. PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 114.

³⁴²⁹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 1112-1113 et §§ 1039-1041.

dignité humaine de ce haut commandant ennemi lorsque les informations qu'il détient pourraient jouer un rôle dans la conservation d'un État démocratique face à une dictature impitoyable ? Doit-on réellement se condamner à retomber sous le joug du dictateur et de sa police politique au nom des « droits sacrés » dont jouiraient les membres de sa famille, lesquels ne pourraient donc être pris en otages ? Et enfin, que pèsent les maux que subiront les soldats ennemis exposés aux armes chimiques lorsqu'on se rappelle *ce pour quoi* ces soldats se battent – restaurer une dictature atroce, faite d'enlèvements, de peur et d'exploitation – dans un territoire qui a réussi à s'en émanciper ? En bref, que pèse la dignité humaine de l'ennemi lorsque celui-ci œuvre en vue de la destruction d'idéaux que l'on pourrait être amenés à qualifier de « justes »³⁴³⁰ ? Cette société doit-elle se laisser mourir au nom du droit et de la morale humanitaire ? Aussi important soient-ils, le droit et la morale humanitaire justifient-ils de conduire des communautés politiques au suicide ?

1047. Face au scénario de l'exception suprême, la doctrine de la *Rechtsräson* apparaît pour ce qu'elle est : une théorie qui, poussée jusque dans ses derniers retranchements, devient absurde. Certes, il s'agit d'un scénario fictif dont on pourrait avancer qu'il a peu de chances de se réaliser en pratique. Mais c'est là le propre de tout surgissement de l'état d'exception, « *par définition rare et fugace* »³⁴³¹. En tout état de cause, ce scénario permet d'entrevoir la véritable exception, dans laquelle le droit empêche de protéger des valeurs dont on juge qu'elles devraient être protégées par l'ordre juridique, non condamnées. C'est à ce titre que l'exception est plus intéressante que la norme, comme pouvait le dire Carl Schmitt, car « [a]vec l'exception, la force de la vie réelle brise la carapace d'une mécanique figée dans la répétition »³⁴³². Comme tout cas d'exception réel, ce scénario nous permet de « *pense[r] le général avec l'énergie de la passion* »³⁴³³. Et ici, la passion révèle que le général – l'idée propre à la *Rechtsräson* que le droit de la guerre doit être respecté en toutes circonstances, aussi extrêmes soient-elles – ne tient pas. Comme le reconnaissent Jens David Ohlin et Larry May eux-mêmes, pourtant des défenseurs inconditionnels de la *Rechtsräson*³⁴³⁴ :

³⁴³⁰ Sous condition de subjectivité des valeurs, rien ne permet de fonder objectivement cette affirmation. Il s'agit donc d'un jugement de valeur.

³⁴³¹ F. SAINT-BONNET, « Le dépassement de l'état d'exception... », *op. cit.*

³⁴³² C. SCHMITT, *Political Theology*, *op. cit.*, p. 25, n. trad.

³⁴³³ *Ibid.*, p. 26, n. trad.

³⁴³⁴ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, p. 162.

s'il existe une tactique qui doit être employée pour gagner une guerre et que la victoire dans cette guerre revêt une importance morale considérable, alors seuls des fétichistes des règles pourraient penser que, pour des raisons humanitaires, ce cas exceptionnel doit faire l'objet d'une interdiction absolue³⁴³⁵.

1048. La doctrine de la *Rechtsräson*, si aisée à appliquer dès lors qu'il s'agissait de punir les criminels de guerre nazis, devient tout d'un coup moins désirable lorsqu'elle revient à condamner des valeurs rigoureusement opposées. Ce constat met en évidence « *l'hypocrise, dont on ne peut nier qu'elle a joué un certain rôle dans la poursuite des vaincus par le vainqueur* »³⁴³⁶ à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, et dont la doctrine de la *Rechtsräson* n'est qu'une conséquence parmi d'autres. Mais surtout, le scénario de l'exception suprême révèle qu'il est impossible de ne pas vouloir conserver, au cœur de l'ordre juridique, l'éventualité d'un recours à une violence extralégale. Toute solution contraire reviendrait à faire du droit de la guerre un fétiche, une œuvre sacrée, quasi-divine, dont le respect s'imposerait quelles que soient les conséquences, et même lorsque cela revient à empêcher une communauté d'employer les derniers moyens susceptibles de renverser le cours d'une guerre dans lequel elle ne joue ni plus, ni moins que son existence.

1049. En dernière analyse, il semble impossible de ne pas laisser la possibilité aux destinataires du droit de s'en affranchir lorsque des valeurs ultimes sont menacées et que le droit empêche de faire face adéquatement à cette menace. Aucune règle ne peut prétendre à une validité absolue et inconditionnelle car, en raison de l'incapacité ontologique du législateur à prévoir tous les cas pouvant se présenter en pratique³⁴³⁷, l'exception finira toujours par révéler l'absurdité d'une application stricte de la norme. Il faut donc doter l'ordre juridique de mécanismes dont la fonction serait de pallier l'imprévision du législateur, de remédier à l'imperfection des règles formelles. Des mécanismes tels que la doctrine de la *Kriegsräson* ou l'état de nécessité remplissent exactement cette fonction : ces mécanismes permettent de justifier la violation des règles en vigueur « *dans des cas où, confronté à une situation concrète, le respect scrupuleux [des] obligations internationales*

³⁴³⁵ *Ibid.*, p. 75, n. trad. Un tel exemple d'une application jusqu'au-boutiste de l'idée sous-jacente à la *Rechtsräson* peut être illustré au travers d'un arrêt de la Cour suprême allemande, dans lequel celle-ci déclare inconstitutionnelle une loi autorisant l'exécutif à abattre un avion utilisé par des terroristes comme arme de destruction, au motif que le droit à la dignité humaine des passagers est un droit absolu, ne souffrant aucune exception, même dans des cas aussi extrêmes. V. ALLEMAGNE, BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Luftsicherheitsgesetzes*, arrêt du 15 fév. 2006, 1 BvR 357/05.

³⁴³⁶ B. V. A. RÖLING, « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », *op. cit.*, p. 389, n. trad.

³⁴³⁷ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 7, §§ 934-945.

(...) mènerait à un résultat injuste ou au moins (...) conduirait à sacrifier certains intérêts considérés comme dignes de protection par l'ordre juridique international »³⁴³⁸. Or, on voit difficilement comment de tels mécanismes pourraient ne pas être appliqués en temps de guerre, situation où les enjeux deviennent cruciaux et où, plus qu'ailleurs, un belligérant peut être conduit à sacrifier certains intérêts dignes de protection. En effet, ne faut-il pas, particulièrement en temps de guerre, « éviter que l'exigence essentielle de l'observation du droit ne finisse par nous mettre dans des situations que l'adage summm jus, summa injuria caractériserait parfaitement »³⁴³⁹ ? Ne faut-il pas, en d'autres termes, conserver la possibilité qu'un belligérant, confronté à l'urgence suprême, emploie une violence extralégale pour préserver des intérêts plus grands encore que le droit lui-même ?

1050. Aussi logique puisse-t-elle paraître, cette solution au problème de l'exception suprême sera nécessairement vue d'un mauvais œil par les libéraux, et à raison : elle réinstaure la possibilité de pénétrer dans l'état d'exception, dans un espace-temps où le droit cesse de s'appliquer et où l'action effective, centrée sur la réalisation d'un but par tous les moyens efficaces, règne sans partage. Ce faisant, cette solution défait l'objet même du droit de la guerre, conçu précisément pour s'appliquer dans un tel état d'exception³⁴⁴⁰ et prévenir les conséquences néfastes d'un libre déploiement de la rationalité instrumentale³⁴⁴¹. Face aux dérives potentielles, les libéraux pourraient être tentés d'adopter une voie médiane consistant à reconnaître la nécessité de conserver l'éventualité d'un recours extralégal à la violence, tout en réglementant l'exercice de ce pouvoir d'exception³⁴⁴². Or, avec l'exception suprême, nous atteignons un point où le droit ne peut plus circonscrire la réaction de l'État confronté à l'exception véritable. L'empire du droit prend fin.

³⁴³⁸ E. HENRY, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., p. 366. V. également ISRAËL, *Commission of Inquiry into the Methods of Investigation...*, op. cit., § 3.8, p. 167 (« [t]his statutory provision [l'état de nécessité en droit penal, ndla] has to be filled with interpretative content, in order to offer a response to new problems that arise in novel situations, even though the legislator may not have envisaged these problems when formulating the statutory provision »).

³⁴³⁹ CDI, *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États*, par M. Roberto Ago – *Le fait internationalement illicite de l'État*, source responsabilité internationale, U.N. Doc. A/CN.4/318/Add.5-7, § 80, p. 50.

³⁴⁴⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 6.

³⁴⁴¹ Sur ce point, v. *supra*, Première partie.

³⁴⁴² Sur cette « stratégie alternative » de traitement du problème posé par l'état d'exception, v. *supra*, Chapitre 6, §§ 803-830.

§ II. – L'impossibilité de circonscrire juridiquement le recours extralégal à la violence : la fin de l'empire du droit

1051. Si l'on en venait à reconnaître la nécessité de conserver l'éventualité d'un recours extralégal à la violence pour affronter les exceptions suprêmes, on pourrait être tenté de reproduire la solution adoptée en droit interne. En effet, afin de prévenir la possibilité que ce pouvoir dérogatoire soit exercé de manière arbitraire et conduise au déchaînement d'une violence intolérable, il suffirait : *i)* de définir les cas justifiant de déroger au droit de la guerre, ce qui supposerait de définir ce qu'il faut entendre par « exception suprême », et *ii)* de fixer les règles relatives aux moyens d'action que les belligérants peuvent employer pour se sortir de la crise. L'état d'exception aurait ainsi été, de nouveau, subsumé dans le droit. Or, nous avons évoqué dans l'introduction de ce chapitre le fait qu'une telle entreprise était par définition vouée à l'échec³⁴⁴³. En effet, la norme et l'exception se livrent à une course poursuite sans fin : le simple fait de normer l'existence humaine produira toujours de l'exception. Car, comme l'avait bien vu Carl Schmitt au travers de la figure du « combattant irrégulier »,

[I] l'exception dérègle toujours la norme et déjoue l'effort de "normation", elle empêche le droit étatique et inter-étatique (...) de "normer" définitivement une existence historique qui fait surgir de nouvelles violences, de nouvelles "irrégularités" étrangères ou hostiles à la logique normalisatrice [du droit]³⁴⁴⁴.

De ce fait, l'idée d'encadrer les circonstances « sur-exceptionnelles » par un droit « sur-exceptionnel » pour éviter qu'un belligérant ne pénètre de nouveau dans l'état d'exception est mort-née : par définition, ce droit « sur-exceptionnel » sera lui-même amené à rencontrer des exceptions. La même question aura donc vocation à se reposer sans fin. Cette idée, énoncée jusqu'à présent à un haut degré d'abstraction, doit à présent faire l'objet d'une démonstration plus précise. En l'occurrence, démontrer qu'il est impossible de circonscrire juridiquement l'éventualité d'un recours extralégal à la violence en dérogation du droit de la guerre suppose de démontrer deux choses : *i)* qu'il est impossible de fournir une définition

³⁴⁴³ Sur ce point, v. *supra*, §§ 1027-1028.

³⁴⁴⁴ J.-C. MONOD, « Préface », in C. SCHMITT, *La dictature*, op. cit., p. 19 (où « de l'État » fut remplacé par « du droit » : au-delà de l'État, c'est en effet la logique normalisatrice du droit étatique ou inter-étatique qui est visé par Jean-Claude Monod).

acceptable des cas d'« urgence suprême », et *ii)* qu'il est impossible de fixer par avance les moyens d'action qu'un belligérant pourra légalement employer pour y faire face.

1052. Premièrement, il s'avère que l'on ne saurait fournir une définition consensuelle des cas justifiant de déroger au droit de la guerre, c'est-à-dire de la notion d'« urgence suprême ». Dans un premier temps, on pourrait chercher à définir ces cas de manière purement formelle. Ceci permettrait d'échapper aux controverses politiques infinies qui résulteraient d'une définition substantielle de l'urgence suprême : on ne saurait dire sans soulever d'objection, par exemple, qu'il peut être dérogé au droit de la guerre pour sauver des valeurs codées politiquement (libéralisme, humanisme, nationalisme, communisme, etc.), car les communautés qui ne défendent pas ces valeurs verront dans cet énoncé une définition arbitraire, une pure idéologie conçue pour renforcer le pouvoir de certaines communautés au détriment d'autres communautés. De ce point de vue, une définition purement formelle permettrait d'obtenir l'assentiment de n'importe quelle communauté politique, celle-ci pouvant voir ce qu'elle souhaite dans la notion d'« urgence suprême ». C'est d'ailleurs la manière dont procédèrent les partisans de la *Kriegsräson*, ceux-ci estimant qu'un État peut déroger au droit de la guerre lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de réaliser les « buts de guerre », de préserver des « intérêts vitaux » ou de protéger les « valeurs ultimes de la société »³⁴⁴⁵. Cette entreprise n'est pas non plus étrangère aux philosophes libéraux, qui jugent qu'un État peut déroger au droit de la guerre pour « *empêcher une catastrophe absolue* »³⁴⁴⁶ ou pour échapper à « *un danger (...) exceptionnel et terrifiant* »³⁴⁴⁷.

1053. Cependant, ces catégories purement formelles se heurtent à une objection sérieuse : ne présentant aucun contenu positif, elles peuvent être manipulées par n'importe qui pour permettre la réalisation, par une violence extrême, de n'importe quelle politique particulière³⁴⁴⁸. Il n'y a donc pas d'autre choix que de fournir une décision substantielle de l'exception suprême. Or, à l'heure où l'on a cessé de croire en l'existence de valeurs absolues, il est impossible de s'accorder sur les politiques qui mériteraient d'être sauvées de la ruine et celles qui ne le mériteraient pas. Cette idée peut être démontrée au travers de l'œuvre de Michael Walzer qui, contre l'ère du temps, juge qu'il existe certaines valeurs

³⁴⁴⁵ Sur ce point, v. *supra*, §§ 1083 et 1101.

³⁴⁴⁶ R. B. BRANDT, « Utilitarianism and the Rules of War », *op. cit.*, p. 147, note 3, n. trad.

³⁴⁴⁷ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 344.

³⁴⁴⁸ Ce point fit l'objet d'une analyse *supra*, §§ 1107-1109.

transcendantales que chacun pourrait s'accorder à vouloir défendre par tous les moyens nécessaires.

1054. Walzer part initialement d'une conception formelle de l'urgence suprême : un belligérant peut déroger au droit de la guerre lorsque cela est nécessaire pour affronter « *un danger (...) exceptionnel et terrifiant* »³⁴⁴⁹. Cependant, au fil de ses développements, le philosophe en vient à définir substantiellement les valeurs qui devraient être protégées absolument quitte, si la situation l'exige, à violer le droit de la guerre. En effet, cet auteur prend un exemple qui, selon lui, devrait faire l'objet d'un consensus universel : la lutte contre le nazisme. Plus spécifiquement, il prend pour exemple la situation dans laquelle se trouvait le Royaume-Uni à partir de fin juin 1940. À cette époque, la seule manière pour le Royaume-Uni de conserver l'espoir de vaincre l'Allemagne nazie aurait été de lancer ses bombardiers de longue distance sur les villes allemandes et de les noyer sous les bombes³⁴⁵⁰. Selon Walzer, ceci répond parfaitement à la définition de « l'urgence suprême » car, d'une part, la victoire de l'Allemagne nazie « *semblait très proche à cette époque* »³⁴⁵¹, mais surtout, cette victoire paraissait « *effrayante* »³⁴⁵². Les Alliés étaient donc fondés à « *mettre en pièces* »³⁴⁵³ le droit de la guerre – en l'espèce, le principe fondamental d'immunité de la population civile. Ce faisant, la démonstration de Walzer revient à ériger la lutte contre le nazisme en métavaleur absolue, devant laquelle toutes les autres, y compris l'impératif de respecter le droit, devraient plier. Or, peut-on fonder en raison ce jugement de valeur ? Sommes-nous susceptibles de parvenir à un consensus objectif sur le fait que l'impératif de vaincre le nazisme justifie, lorsque les circonstances l'exigent absolument, de « *mettre en pièces* » le droit de la guerre ?

1055. Pour éviter toute équivoque, l'auteur de ces lignes n'a rien à redire au jugement porté par Michael Walzer selon lequel « *le nazisme fut la menace suprême pour tout ce qui est décent dans nos vies, (...) une idéologie et une pratique de domination si meurtrière, si dégradante même pour ceux qui devaient y survivre, que les conséquences d'une victoire finale du nazisme étaient littéralement incalculables, d'une horreur que l'on ne peut*

³⁴⁴⁹ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 344.

³⁴⁵⁰ V. *supra*, Chapitre 7, §§ 1003-1006.

³⁴⁵¹ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 351.

³⁴⁵² *Ibid.*

³⁴⁵³ *Ibid.*

mesurer »³⁴⁵⁴. Néanmoins, il *faut* contester l'affirmation selon laquelle le nazisme se situerait « *en dehors des contours de la nécessité, à un point où nous ne manquerions pas de nous trouver unis dans la peur et l'aversion* »³⁴⁵⁵. Il s'agit en effet d'un constat empirique tout simplement inexact : *nous* ne sommes pas *unis* dans l'aversion face au nazisme. Il est un fait patent que certaines personnes désirent ardemment l'avènement d'un monde néonazi ou postfasciste. Et, de leur point de vue, « l'urgence suprême » ne répondra pas à l'exemple donné par Walzer, puisqu'il va à l'encontre de ce en quoi ils croient. Qu'aura-t-on alors à opposer à leur conception substantielle du politique qu'ils chercheront à faire prévaloir sur le droit ? Rien, si ce n'est la croyance dans le fait que celle-ci est injuste, cruelle ou nuisible³⁴⁵⁶ – jugement de valeur que ces personnes, opérant à partir d'une vision du monde irréductible à celle de leurs détracteurs, réfuteront en prétendant que leur vision est juste, saine et vertueuse. Aucune autorité supérieure ne pourra être appelée à l'aide pour mettre fin à cette guerre des valeurs – « *différents dieux se combattent, et sans doute pour toujours* »³⁴⁵⁷. Pour éviter les débats sans fin, il faudrait donc en revenir à une définition purement formelle des cas d'exceptions suprêmes – mais, en raison du pouvoir d'auto-interprétation des belligérants, cette solution n'en est pas une³⁴⁵⁸. Il apparaît ainsi, en dernière instance, que les cas justifiant de déroger au droit de la guerre ne peuvent faire l'objet d'aucune définition consensuelle, ni formelle, ni substantielle.

1056. Deuxièmement, il est tout aussi impossible de tracer une limite *a priori* aux moyens que les belligérants pourront ou ne pourront pas emprunter pour défendre ce qui doit l'être absolument. À ce titre, certains partisans de la *Kriegsräson* ont pu chercher à placer quelques ultimes barrières infranchissables, quelques règles que les belligérants ne sauraient transgresser même en cas d'exception suprême. Emanuel von Ullman jugeait ainsi qu'un belligérant ne peut jamais déroger à l'interdiction d'employer des armes empoisonnées ou de recourir à la perfidie³⁴⁵⁹, quand Christian Meurer s'opposait au recours à l'assassinat, même en cas de nécessité suprême³⁴⁶⁰. Les philosophes libéraux, quant à eux, semblent ne tolérer que le meurtre de civils innocents³⁴⁶¹ et excluent d'autres moyens extralégaux tels

³⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 344.

³⁴⁵⁵ *Ibid.*

³⁴⁵⁶ F. LORDON, *La condition anarchique*, *op. cit.*, p. 160 (« [r]ien d'autre ne tient un ordre axiologique que la croyance collective »).

³⁴⁵⁷ M. WEBER, « Le métier et la vocation de savant », *op. cit.*, p. 106.

³⁴⁵⁸ Sur ce point, *v. supra*, §§ 1110-1124.

³⁴⁵⁹ E. VON ULLMANN, *Völkerrecht*, *op. cit.*, p. 470.

³⁴⁶⁰ C. MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz*, *op. cit.*, p. 14.

³⁴⁶¹ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, pp. 346-362 ; J. RAWLS, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 98.

que l'emploi de la torture, auxquels les belligérants ne peuvent jamais recourir³⁴⁶². Or, pourquoi ces moyens d'action précis sont-ils érigés en normes absolument intransgressibles du droit international ? Pourquoi autoriserait-on à tuer des civils innocents pour faire face à l'exception suprême, mais pas à torturer des militaires coupables pour espérer obtenir des renseignements vitaux ? En réalité, ce « *traitement différencié* » n'est pas « *défendable philosophiquement ou normativement* »³⁴⁶³ : si l'on peut accepter l'idée que certaines règles du droit de la guerre sont plus fondamentales que d'autres, on ne saurait ériger les valeurs sous-jacentes à ces règles absolument intransgressibles en méta-valeurs absolues. En effet, on ne parviendra jamais au consensus sur les valeurs ultimes méritant d'être protégées envers et contre tout³⁴⁶⁴.

1057. Par ailleurs, puisqu'il est impossible de connaître par avance la forme que revêtira l'urgence suprême, ériger certaines normes au rang de règles intransgressibles revient à se lier les mains pour l'avenir et à s'empêcher, le cas échéant, d'adopter les mesures adéquates pour surmonter une crise existentielle³⁴⁶⁵. Ainsi, s'il est impossible de savoir « *comment il conviendra de procéder dans toutes les éventualités imaginables* »³⁴⁶⁶, il faut en revenir à une solution simple : habiliter les belligérants à recourir aux moyens nécessaires pour affronter l'exception. Cette règle instrumentale, centrée sur la nécessité, octroiera aux belligérants la marge de manœuvre suffisante pour déterminer ce qui, dans chaque cas d'espèce, doit être fait. C'est pourquoi le standard de nécessité est si couramment utilisé « *comme principe du droit positif excluant l'illicéité* » : il constitue « *une souape de sûreté pour des cas exceptionnels et largement imprévisibles* »³⁴⁶⁷ car, ne contenant aucun contenu normatif identifiable *a priori*, il octroie au droit la flexibilité suffisante pour « *embrasser utilement [toutes] les situations exceptionnelles* »³⁴⁶⁸. Cependant, si l'on veut que ce standard

³⁴⁶² J. RAWLS, *The Law of Peoples*, op. cit., p. 98, note 17 (« [p]rohibitions such as that against the torture of prisoners of war still remain in place »).

³⁴⁶³ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, op. cit., p. 142.

³⁴⁶⁴ En témoigne d'ailleurs le fait que certains auteurs jugent, par exemple, que même l'interdiction de la torture peut céder en cas de sur-exception politique extrême V. W. O'BRIEN, *The Conduct of Just and Limited War*, op. cit., p. 190 ; W. O'BRIEN, *War and/or Survival*, op. cit., p. 231.

³⁴⁶⁵ En ce sens, v. not. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale...*, op. cit., p. 208, n. trad. (les situations d'exception révèlent que « *certaines actes de violence, normalement inutiles à l'action militaire, peuvent (...) être nécessaires dans un cas donné* ») ; H. WEHBERG, *Capture in War on Land and Sea*, préf. J. M. ROBERTSON, Londres, P. S. King & Son, 1911, p. 5, n. trad. (face à la raison de guerre, « *toutes les (...) règles de la guerre doivent céder* », car un belligérant doit pouvoir adopter « *toutes les mesures, même les plus extrêmes* »). V. également A. ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande...*, op. cit., pp. 15-16.

³⁴⁶⁶ G. MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève...*, op. cit., p. 242. Pour une reconnaissance de ce fait au cours des discussions ayant mené à l'adoption des CG de 1949, v. CICR, *Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims. Geneva, April 14-26, 1947*, Genève, 1947, pp. 113-114.

³⁴⁶⁷ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », op. cit., p. 154.

³⁴⁶⁸ R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », op. cit., p. 154.

revête une utilité quelconque vis-à-vis des scénarios d'urgences suprêmes, il faut admettre que « nécessité ne connaît pas de loi ». En effet, les cas d'urgences suprêmes révèlent l'absurdité d'imposer le respect du droit lorsque ceci revient à condamner certaines valeurs ultimes (ou du moins jugées telles). Ces valeurs étant placées au-dessus de la valeur-droit, *tout – n'importe quel moyen d'action – doit pouvoir être mis en œuvre pour les protéger*. Dès lors, *rien – aucune règle – ne saurait s'opposer à ce que ces valeurs soient sauvées de la ruine*. Pour parer à toutes les éventualités possibles, il faudrait donc opérer à partir d'une pure idée de la nécessité dont les juristes ne chercheraient pas à circonscrire le périmètre – car, dans l'exception suprême, le périmètre du droit devient quantité négligeable. Ainsi, il faudrait reconnaître que la « nécessité » qui gouverne les cas d'urgences suprêmes « *ne connaît pas de loi* », qu'elle est « *par nature en dehors du droit et ne saurait être réduite à une formulation de type juridique* »³⁴⁶⁹.

1058. En ce sens, François Saint-Bonnet défend avec force l'idée que, « [d]ans sa version la plus pure », l'état d'exception « échappe à l'interprétation juridique »³⁴⁷⁰. Selon cet auteur, le droit et les juristes font face à une impossibilité radicale de circonscrire juridiquement l'état d'exception car le basculement des temps ordinaires vers le temps de crise n'est pas affaire d'entendement, mais d'esthétique³⁴⁷¹. Le jugement esthétique se caractérise par le fait qu'il échappe à l'empire de la raison : on peut s'accorder sur le fait de considérer un objet « beau », « laid » ou « sublime », mais l'on ne peut en rapporter la preuve – on peut seulement « *en partager le sentiment* »³⁴⁷². Il en irait de même, selon Saint-Bonnet, des cas d'exceptions extrêmes. Face aux plus pures exceptions, « *la tempête atteste l'impossibilité de donner à la nécessité une formulation juridique positive* »³⁴⁷³ : on peut simplement s'accorder sur le fait qu'il est nécessaire de s'émanciper du droit et d'employer certains moyens extrêmes, mais l'on ne peut apporter la preuve que *tel* cas le justifie impérativement, ou que *tel* moyen devra absolument être employé. Il est affaire de ressentir, non d'entendement. Ainsi, dans les cas les plus extrêmes, la nécessité ne se démontre pas : elle se *vit*. Ou, dans le cas où le sentiment d'évidente nécessité n'est pas communément partagé, où la situation n'est pas collectivement vécue comme une exception, alors l'exercice des pouvoirs exceptionnels apparaît comme étant un détournement de pouvoir

³⁴⁶⁹ J. D. OHLIN, L. MAY, *Necessity in International Law*, *op. cit.*, p. 148, n. trad.

³⁴⁷⁰ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 246.

³⁴⁷¹ *Ibid.*, pp. 243-247.

³⁴⁷² *Ibid.*, p. 245.

³⁴⁷³ *Ibid.*, p. 247.

intolérable³⁴⁷⁴. Ainsi, la nécessité de déroger au droit et d'employer une violence extralégale pour affronter les situations les plus extrêmes « *ne saurait se prouver, se disputer* » : elle ne peut qu'être « *ressentie par tous, gouvernés comme gouvernants ; d'où l'impossibilité de l'interprétation juridique fondée sur le raisonnement et la subsomption* »³⁴⁷⁵. Dans les cas les plus extrêmes, lorsque les valeurs ultimes d'une communauté politique sont en jeu, l'empire du droit prend fin : la nécessité d'agir devient affaire d'expérience, de ressenti collectif, que la communauté partage (ou ne partage pas) mais que l'on ne saurait, en dernière analyse, soumettre à la raison juridique.

1059. Cette conclusion, bien qu'éminemment dangereuse – elle postule qu'à la fin des fins, la politique prime le droit –, entre en résonnance avec un sentiment qui semble très largement partagé, comme en témoigne la résurgence épisodique de la doctrine de la *Kriegsräson* : le sentiment qu'il est nécessaire de préserver l'éventualité d'une utilisation extralégale de la violence. Ce sentiment, qui s'ancre dans l'affirmation implicite que dans la vie, le droit n'est pas *tout*, peut difficilement être écarté d'un revers de main. Il pose en effet une question fondamentale : l'ordre politique doit-il être *entièrement subsumé* dans l'ordre juridique ? Ou bien faut-il, au contraire, préserver la possibilité d'un renversement du droit par le politique, lorsque les circonstances l'imposent ? Cependant, s'il est impossible de définir quelles « circonstances » imposent de s'affranchir du droit, cela ne revient-il pas à abandonner le rêve libéral d'un « *Règne des Normes* »³⁴⁷⁶ ? Or, n'y a-t-il pas quelque chose d'indépassable dans le postulat libéral selon lequel le pouvoir *doit être* soumis au droit, sous peine de conduire à l'arbitraire le plus total ? Nous laisserons pour l'instant ces questions en suspens, afin d'y revenir plus longuement dans la conclusion générale de l'étude.

*

1060. Conclusion de la sous-section 2. Si la doctrine de la *Kriegsräson* présente des défauts évidents, celle-ci menaçant de « *ruine complète (...) tout l'édifice du droit moderne de la guerre* »³⁴⁷⁷, la doctrine opposée de la *Rechtsräson* n'est pas non plus exempte de critiques. En effet, la *Rechtsräson* érige le droit en méta-valeur de la communauté mondiale, en horizon ultime et indépassable de l'existence humaine : le droit doit être respecté quelles que soient les conséquences de son application, même s'il conduit à la destruction des

³⁴⁷⁴ *Ibid.*, pp. 245-246.

³⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 245.

³⁴⁷⁶ W. LEISNER, « L'État de droit, une contradiction ? », *op. cit.*, p. 66.

³⁴⁷⁷ A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, *op. cit.*, p. 45.

communautés politiques. Or, une telle hiérarchie de principe est évidemment arbitraire : comment pourrait-on fonder, en raison, le primat inconditionnel de la valeur-droit sur toutes les autres valeurs qui s'affrontent dans le champ social ? Et par ailleurs, la valeur défendue par le droit humanitaire, celle d'un monde où la dignité humaine serait enfin respectée, n'est-elle pas elle-même une valeur parmi d'autres ? Ne trouve-t-elle pas elle aussi son origine dans le champ social, contrairement à ce que prétendent ces défenseurs qui voient en elle une valeur céleste, quasi-divine ? À toutes ces questions, force est de répondre par la positive : le droit de la guerre et la morale humanitaire qu'il incarne ne sont qu'une valeur parmi d'autres, susceptibles d'entrer en conflit avec d'autres valeurs dont certains jugeront qu'elles sont plus importantes. À ce titre, il n'est pas bien difficile d'imaginer des scénarios dans lesquels le fait d'imposer le droit envers et contre tout conduit à l'absurde. En témoigne le scénario exposé ci-dessus, dont nous espérons qu'il sera parvenu à mettre ce fait en évidence : on ne saurait moralement, politiquement, imposer à une communauté démocratique de ne pas recourir à certains moyens d'action illicites lorsque ceux-ci constituent les seuls moyens d'espérer échapper aux griffes d'une dictature abominable. Mais de ce fait, l'éventualité d'un pouvoir arbitraire rejaillit : une fois la boîte de Pandore ouverte, rien ne garantit qu'on parvienne à la refermer. Car qu'est-ce que la « démocratie » ? Tout le monde ne s'en revendique-t-il pas à l'heure actuelle ? Et, en tout état de cause, qui pourra juger en dernière instance de ce qui est « démocratie » et de ce qui ne l'est point ? Quelle valeur devrait-on accorder à un tel jugement ? Face à de tels questionnements, on pourrait être tenté de recourir de nouveau au droit, en circonscrivant juridiquement les cas justifiant de suspendre l'opération du droit de la guerre et en définissant par avance les moyens qui, même dans ces cas extrêmes, ne pourront pas être employés. Or, ceci revient à se lier les mains pour l'avenir. Partant du postulat que certaines valeurs méritent d'être défendues absolument, au besoin contre le droit, on ne saurait encadrer juridiquement cette éventualité sans courir le risque de produire un droit « *trop contraignant* », qui sera « *insuffisant si la crise est grave* »³⁴⁷⁸. On en reviendra donc à l'alternative que cette tentative cherchait à dépasser : face à l'urgence suprême, faut-il préférer le droit, ou bien l'action effective ? Parvenus au bout de la mise en abîme sans fin de la norme et de l'exception, force est de conclure que, s'il est nécessaire de conserver au cœur du droit l'éventualité d'un recours extralégal à la violence, celui-ci ne saurait, lorsque les évènements deviennent

³⁴⁷⁸ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception », *op. cit.*, p. 247.

extrêmes, être circonscrit juridiquement. Face à l'exception suprême, le droit prend fin, en même temps que la prétention d'une soumission définitive de la guerre à son empire.

*

1061. Conclusion de la Section 2. Au fil d'un long processus historique, le champ juridique a fini par acter la primauté de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre. En effet, les promoteurs de la *Rechtsräson* sont parvenus à imposer l'idée que, à la fin des fins, même en cas de circonstances extrêmes, les règles formelles conservent leur validité même lorsqu'elles empêchent un belligérant d'employer des moyens d'action propres à se sauver de la ruine. Cette doctrine répond à un problème réel posé par la doctrine inverse de la *Kriegsräson* : le pouvoir d'auto-interprétation des belligérants, c'est-à-dire le fait qu'ils soient considérés comme les juges de première instance de la nécessité de déroger au droit, mène au chaos. Chaque belligérant interprétant les situations concrète au regard de ses propres valeurs et de ses propres intérêts, ceci revient à consacrer le pouvoir souverain des belligérants de décider quand le droit peut être appliqué et quand il ne le peut pas. La vision promue par une telle doctrine est donc inacceptable : elle permet, en pratique, à chaque belligérant d'imposer ses idées par tout moyen lorsqu'il juge que celles-ci sont mises en danger. Depuis cette perspective, la doctrine de la *Rechtsräson* apparaît comme une doctrine censée, même nécessaire – l'alternative n'est autre que le chaos de l'état de nature mondial. Cependant, cette doctrine se heurte elle-même à des critiques dévastatrices. En effet, poussée jusque dans ses ultimes retranchements, cette doctrine conduit à des résultats absurdes : elle revient à faire du droit un pacte suicidaire. Or, si l'on peut accepter ceci lorsque nous ne partageons pas les idéaux qui seront mises à mort – tels les idéaux racistes du régime nazi –, cette doctrine devient beaucoup plus difficile à appliquer dès lors qu'elle condamne des idées auxquels on s'identifie. Sous cet angle, la doctrine de la *Kriegsräson* révèle son caractère indépassable, bien qu'éminemment dangereux : il existe un point de rupture où, finalement, le droit cède face à la nécessité de préserver des valeurs en l'absence desquelles la vie ne vaut tout simplement pas la peine d'être vécue.

Conclusion du chapitre 8

1062. Se donnant pour mission de réintroduire du droit dans cet état d’exception qu’est la guerre³⁴⁷⁹, les juristes se sont mis à rêver d’un monde où le droit enserrerait la totalité de la vie internationale dans ses normes. Il n’y aurait plus d’un côté, la vie juridique du temps de paix, et de l’autre, l’anomie du temps de guerre, mais un ordre juridique international dual, contenant des règles prévues pour le temps de paix et d’autres règles, moins libérales, prévues pour le temps de guerre. Or, il apparaît finalement que ce rêve n’est rien d’autre que cela : un rêve. En effet, le droit exceptionnel de la guerre est lui-même susceptible de rencontrer des cas d’exception faisant naître l’éventualité d’une dérogation à cette barrière ultime contre l’arbitraire et le chaos³⁴⁸⁰. De la même manière que le droit de la paix peut être mis en échec par des situations d’exception, exigeant de basculer dans l’état exceptionnel de la guerre, le *jus in bello* peut rencontrer des cas d’exception, faisant ainsi naître la possibilité d’une bascule dans un état d’exception situé au-delà du droit de la guerre lui-même. Les juristes ne sont donc pas parvenus à créer l’ordre juridique complet et sans lacunes dont ils rêvaient.

1063. Cependant, ce constat factuel ne fait que mettre le rêve libéral en danger – il ne le condamne pas à l'impossibilité. En effet, ce rêve pourrait être maintenu même contre la réalité, en faisant *comme si* le droit de la guerre ne connaissait aucune exception digne d’en renverser les prescriptions. Tel est le postulat implicite des partisans de la *Rechtsräson*. En érigent le droit en métavaleur absolue, que rien ne saurait dépasser, ils exigent un respect inconditionnel du droit de la guerre. Une telle solution apparaît, dans un premier temps, fondé : la solution inverse, consistant à habiliter les belligérants à déroger au droit de la guerre, conduit forcément au désastre. Effectivement, l’exception en viendra fatalement à dévorer la règle : les belligérants étant les juges de première instance de cette nécessité, rien ne garantit qu’ils fassent un noble usage de ce pouvoir. Par ailleurs, sous condition de subjectivité irréductible des valeurs, il est impossible de définir par avance ce qu’est un « usage noble » de ce pouvoir – la noblesse est comme les goûts et les couleurs : subjective. L’idée d’imposer le droit en toutes circonstances, quelles que soient les valeurs en jeu dans

³⁴⁷⁹ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 5 (sur l’idée que la guerre doit être conçue comme un état d’exception) et Chapitre 6 (le droit de la guerre comme régime spécial dont la fonction est de réintroduire du droit dans l’état d’exception).

³⁴⁸⁰ Sur ce point, v. *supra*, Chapitre 7.

la guerre, semble donc cohérente et sensée : le droit doit être, en dernière instance, l'arbitre et la limite des passions humaines.

1064. Néanmoins, force est de constater que la *Rechtsräson* présente des limites évidentes. Elle repose en effet sur une hypothèse que l'on ne saurait sérieusement défendre : l'hypothèse qu'il n'existe *rien* au-dessus du droit. Or, comme le relevait Fiodor F. Martens lui-même, il existe bel et bien des valeurs qui sont placées « *au-dessus des codes, des règles et des faits* »³⁴⁸¹. En effet, le droit n'a de sens que s'il protège certaines valeurs ultimes, comme en témoigne le fait que les juristes humanitaires décrivent le droit éponyme comme un outil dans la lutte pour la protection de la dignité humaine. Cependant, comment peut-on justifier que ces valeurs prétendument ultimes s'imposent envers et contre tout, même lorsqu'elles condamnent à l'abandon d'autres valeurs qui pourraient elles-mêmes prétendre au statut de valeurs ultimes ? N'y a-t-il pas quelque chose d'aberrant à exiger le respect du droit lorsque, par exemple, une communauté s'efforçant de faire vivre un idéal démocratique et égalitaire est menacée par une dictature qui cherche à l'anéantir ? Face au scénario de l'exception suprême, la doctrine de la *Rechtsräson* implose : elle devient inacceptable. La nécessité de conserver l'éventualité d'un recours extralégal à la violence devient patent. Une fois ce constat acté, il faut néanmoins éviter de retomber dans le problème-*Kriegsräson*, dont les libéraux avaient de très bonnes raisons de se méfier. La discipline juridique doit donc s'attacher à réglementer les cas de sur-exception, afin d'éviter que l'arbitraire ne rejaillisse. Or, il s'avère qu'il existe un point de rupture où l'encadrement juridique de l'exercice extralégal à la violence devient impossible : ceci revient à se lier les mains pour l'avenir, ce que la reconnaissance de la nécessité de préserver un espace extralégal d'action avait précisément pour fonction d'éviter. Quelles sont ces « *démocraties* » dont la survie justifie de déroger au droit ? Inversement, quelles sont ces « *dictatures* » qui constitueraient l'ennemi ultime, contre lequel tout moyen pourrait être employé ? Nous sommes condamnés à entrer en désaccord sur ces définitions, de même que nous sommes condamnés à entrer en désaccord sur la substance des règles qui, même en cas d'urgence suprême, devraient conserver leur validité.

1065. Il apparaît donc finalement qu'il n'existe aucune bonne solution au problème posé par l'irruption de circonstances sur-exceptionnelles. La *Kriegsräson*, qui réinstaure le primat

³⁴⁸¹ PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence internationale de la paix. La Haye 18 mars-29 juillet 1899, op. cit.*, p. 120 (Fiodor F. MARTENS).

inconditionnel de la politique sur le droit, est intolérable : elle conduit à débrider entièrement la logique finaliste de la guerre. Avec cette doctrine, la guerre retrouve en effet sa dimension finaliste originelle – *omnia licere quae necessaria ad finem belli*. Cependant, la *Rechtsräson*, qui proclame le primat inconditionnel du droit sur la politique, est également inacceptable : elle conduit à enfermer la guerre dans la logique formelle du droit, ce que l'on ne saurait raisonnablement tolérer – il existe bien des « fins » dont la réalisation justifie l'emploi de tout « moyen », même immoral. Parvenus à la destination finale de l'étude, les questions qui l'ont motivée ressurgissent : le droit de la guerre apparaît à la fois comme une entreprise nécessaire, pour éviter que la logique finaliste de la guerre ne mène l'humanité au chaos, tout en étant fondamentalement impossible, la logique formelle du droit étant insusceptible d'enfermer les contingences de l'existence dans ses formes universelles.

Conclusion du titre 4

1066. L'impossibilité d'une résorption définitive de la guerre dans le droit tient au fait que le *jus in bello*, régime conçu pour régulariser l'état exceptionnel de la guerre, est incapable d'enfermer *définitivement* l'exception dans le droit. Bien évidemment, ceci ne signifie pas que le droit de la guerre ait toujours, dans chaque situation de guerre, vocation à être violé, ni que les belligérants ne soient jamais capables de réaliser les normes qu'il contient. Une telle affirmation serait absurde, tant les armées des grandes puissances contemporaines affichent leur respect pour le droit de la guerre et soulignent l'importance de ce régime juridique³⁴⁸². Néanmoins, force est de constater qu'à un niveau fondamental, la soumission de la guerre à l'empire du droit – et donc le droit de la guerre lui-même – se heurte à une impossibilité conceptuelle. En une phrase, cette impossibilité peut se résumer à ceci : l'ordre juridique ne peut pas enfermer les contingences de l'existence dans ses formes universelles. Cette prétention revêt une double dimension, à la fois descriptive et normative.

1067. Sur le plan descriptif, il fut montré que les règles formelles du droit, c'est-à-dire les seules normes à même de réaliser l'idéal de prévisibilité de l'action étatique si cher à l'État de droit, étaient condamnées à rencontrer des exceptions. En effet, ces règles fonctionnant par anticipation probabiliste, elles simplifient les réalités de l'existence en produisant des catégories formelles – « civil », « combattant », « public », « privé », etc. Or, l'histoire produira toujours des situations dans lesquelles l'application stricte de ces catégories formelles passe pour injuste. Il est donc nécessaire de produire de nouvelles catégories formelles – « civil participant directement aux hostilités », « combattant hors de combat », « établissement public industriel et commercial », « délégation de service public », etc. – afin d'appréhender la réalité de manière plus adéquate et de rendre le droit plus juste. Or, ces catégories auront-elles-mêmes vocation à être débordées, au gré des contingences de l'histoire, par des cas d'exception, nécessitant de produire de nouvelles catégories formelles, et ainsi de suite *ad absurdum*.

1068. À cet égard, le droit de la guerre peut passer pour un laboratoire d'analyse de cette « *course poursuite (...) sans fin* »³⁴⁸³ que se livrent la norme et l'exception. En effet, le droit de la guerre est lui-même le produit de la nécessité d'imaginer un droit spécial, prévu pour

³⁴⁸² Sur ce point, v. *supra*, Introduction, § 12.

³⁴⁸³ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 33.

les situation dans lesquelles le droit commun est mis en échec. En temps de paix, le droit de la paix gouverne : ce n'est que lorsque le temps de paix est renversé par l'exception, c'est-à-dire par l'irruption d'une situation ne pouvant être absorbées par les normes pacifiques du droit international, que le droit de la guerre entre en opération. Ce régime spécial est donc déjà conçu pour s'appliquer dans l'exception à la norme du temps de paix – il clôt la première étape de la course-poursuite entre la norme et l'exception. Néanmoins, force est de constater que ce régime spécial est lui-même susceptible d'être défait par des circonstances « sur-exceptionnelles ». S'ouvre ainsi la seconde étape de la course-poursuite : des circonstances exceptionnelles peuvent mettre en échec l'application globale du droit de la guerre (sur-exception macroscopique), ou bien l'application de certaines de ses normes (sur-exception microscopique). Elles peuvent mettre en échec la vie des soldats (sur-exception individuelle), la réussite d'une opération (sur-exception tactique), la victoire militaire (sur-exception stratégique) ou bien la préservation d'intérêts vitaux (sur-exception politique). Face à l'éventualité d'un renversement du droit de la guerre par l'exception, les juristes disposent de trois options. La première consiste à habiliter les belligérants à déroger au droit de la guerre lorsqu'ils l'estiment nécessaire (*Kriegsräson*). La course-poursuite prend donc fin au profit, finalement, de la politique : celle-ci peut s'exprimer comme elle l'entend dans l'état d'exception nouvelle créé. La deuxième option consiste à imposer un respect inconditionnel du droit (*Rechtsräson*). Celle-ci met également fin à la course-poursuite, mais dans un sens inverse : le primat du droit est proclamé, celui-ci s'imposant en dernière instance sur les impératifs politiques. Il n'y a rien, aucun état d'exception possible, au-delà du droit. Enfin, la troisième option consiste à réglementer la possibilité pour un belligérant de faire exception au droit de la guerre. Ceci revient à ouvrir la troisième étape de la course-poursuite entre la norme et l'exception : il faut créer de nouvelles catégories formelles (« exception suprême », « normes absolument intransgressibles ») afin d'appréhender cette nouvelle situation. Or, ces catégories formelles sont, au même titre que n'importe quelles catégories formelles, sujettes à renversement. On en parvient donc à un point où il faut finalement décider. Qu'est-ce, du droit ou de la politique, qui doit présider en dernière instance ?

1069. Le second plan, normatif, a vocation à répondre à cette question – ou plutôt, de montrer qu'il est impossible d'y répondre. Partant du postulat que la troisième option est vaine, celle-ci revenant à continuer une course-poursuite sans fin, elle réduit l'analyse à deux options : à la fin des fins, soit le droit s'impose de manière inconditionnelle, quelles que

soient les situations concrètes auxquels les sujets de droit sont confrontés et même si cela peut conduire à des solutions absurdes (*Rechtsräson*), soit on réserve la possibilité que la politique s'émancipe du droit, tout en étant abandonnant l'éventualité d'un encadrement juridique de ces circonstances sur-exceptionnelles (*Kriegsräson*). Or, ni l'une, ni l'autre de ces options ne sont acceptables. La *Rechtsräson* mène à des résultats absurdes, la primauté inconditionnelle du droit jouant au détriment de valeurs qui mériteraient d'être protégées absolument, au besoin contre le droit. Inversement, la *Kriegsräson* mène à des conséquences dangereuses, la primauté inconditionnelle du politique ne tolérant pas d'être circonscrite juridiquement, ce qui ouvre la porte aux pires abus.

1070. Il s'avère que, correctement appréhendée et mise en mouvement, la dialectique de la norme et de l'exception conduit la pensée juridique dans une impasse. Celle-ci se retrouve en effet soumise à un dilemme dont on voit difficilement comment il pourrait être tranché. Soit on accepte qu'en cas d'urgence suprême, lorsque l'éventualité de la défaite militaire mène à des conséquences « *littéralement incalculables, d'une horreur que l'on ne peut mesurer* »³⁴⁸⁴, le droit cède face à la politique – mais on est alors conduit, du fait de l'impossibilité de normer ce pouvoir dérogatoire, à la « *négation même du droit de la guerre, dont les principes essentiels sont livrés à l'arbitraire des chefs militaires* »³⁴⁸⁵. Soit on impose le respect du droit en toutes circonstances, quelles que soient les conséquences morales et politiques qu'entraînent une stricte conformité aux prescriptions juridiques, et l'on proclame ainsi le primat inconditionnel du droit sur la politique – mais on est alors conduit, du fait des conséquences terribles pouvant résulter de l'imposition inconditionnelle du droit, à la position absurde selon laquelle le respect du droit constituerait la valeur ultime de l'existence humaine. Or, ceci n'est tout simplement pas tenable : droit ou pas, il existe des conditions dans lesquelles la vie ne vaut plus la peine d'être vécue. Face à cette impasse, il n'existe qu'une seule issue : abandonner l'idée que l'on puisse trancher en dernière instance la question de savoir qui, du droit ou de la politique, doit présider en cas de conflit, pour commencer à penser politiquement l'articulation des rapports entre droit et politique³⁴⁸⁶.

³⁴⁸⁴ M. WALZER, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 344.

³⁴⁸⁵ A. MERIGNHAC, *La guerre économique allemande*, op. cit., p. 18.

³⁴⁸⁶ Sur ce point, v. *infra*, Conclusion générale.

Conclusion de la deuxième partie

1071. Est-il exact de prétendre, comme on le lit parfois dans les écrits militaires ou pacifistes, que le droit de la guerre est une œuvre impossible à réaliser ? Ceci semble parfaitement exact, à condition de comprendre la relation ambivalente que l'ordre juridique international entretient à la guerre. Dans un premier temps, originel, la guerre se retrouve exclue de l'ordre juridique international. En effet, dans la sphère internationale, le libéralisme politique cherche à imposer une norme qui rejette la guerre au rang d'exception, de moment anormal de la vie internationale. Cette norme est celle de la non-violence, et son principe fondamental est celui de résolution pacifique des conflits : le droit international enjoint aux États de résoudre leurs conflits par la voie du dialogue plutôt que celle des armes. Il dessine ainsi un cadre libéral duquel les États ne devraient, en principe, pas pouvoir s'affranchir. Or, reconnaissant qu'il existe précisément des cas qui justifient de s'affranchir du principe de non-violence, l'ordre juridique international habile les États à suspendre l'application de l'interdiction du recours à la force armée, énoncée à l'article 2, § 4 de la Charte des Nations Unies. Lorsqu'ils se prévalent de cette prérogative, les États pénètrent dans l'état d'exception au sens où ce concept est entendu en droit interne, c'est-à-dire dans une zone d'action, un espace-temps où le droit valable en temps normal est suspendu au profit de l'action effective. Soustraits à l'empire de la norme leur enjoignant de ne pas employer la violence armée pour réaliser les fins politiques qu'ils se donnent, les États recouvrent le droit d'employer la violence comme un moyen mobilisé en vue d'une fin – ils peuvent de nouveau agir comme des êtres instrumentalement rationnels (**Chapitre 5**). Or, d'un point de vue libéral, cette éventualité est inacceptable : on ne saurait se satisfaire de l'existence d'une zone d'anomie dans laquelle les États pourraient pénétrer quand bon leur semble et agir comme ils l'entendent pour réaliser leurs objectifs. D'un autre côté, on ne saurait non plus se satisfaire de la proposition inverse, faite par les pacifistes, consistant à mettre sur pieds un ordre juridico-institutionnel suffisamment puissant pour empêcher absolument les États de recourir à la guerre – cette entreprise semble, en l'état actuel du monde, irréaliste. L'ordre juridique international emprunte donc une voie médiane : plutôt que de laisser les États libres de recourir à la guerre et d'employer la violence ou de leur interdire absolument d'entrer en guerre, il réglemente le recours à la guerre (*jus contra bellum*) et l'emploi de la violence armée (*jus in bello*). Ce faisant, l'ordre juridique

international adopte une structure duale : le temps de paix est gouverné par tout un ensemble de règles, dont la plus fondamentale est celle interdisant aux États de recourir à la force et, lorsque les États recourent quand même à la guerre, des règles spéciales, spécifiquement conçues pour ce moment exceptionnel, se substituent aux règles de droit commun. Ce droit exceptionnel de la guerre permet d'inverser le mouvement originel par lequel la guerre fut rejetée hors de l'ordre juridique international et de réintégrer cet état d'exception dans l'ordre juridique international (**Chapitre 6**).

1072. Cependant, il est permis de douter que l'ordre juridique international parvienne à réintégrer *définitivement* la guerre en son sein. En effet, la guerre, initialement comprise comme une exception à la norme, fut subsumée dans le droit par la production de normes *ad hoc*, spécialement pensées pour ce moment particulier de la vie internationale. Or, peut-on réellement normaliser la guerre au point d'en faire une activité sociale soumise au droit, au même titre que toute autre activité ? À l'analyse, il s'avère que non. En effet, le droit de la guerre est lui-même susceptible d'être confronté à des circonstances exceptionnelles. Ainsi, de la même manière que le droit de la paix peut rencontrer des situations qui exigent que le sujet de droit déroge à ses normes, le droit de la guerre peut être mis en échec par l'apparition de circonstances qui révèlent l'impossibilité de respecter, *hic et nunc*, les prescriptions du droit (**Chapitre 7**). Se pose donc la question de savoir comment traiter, sur le plan juridique, de telles situations exceptionnelles, qui mettent en échec non pas le droit commun, mais le droit d'exception lui-même. Faut-il permettre aux belligérants de s'affranchir du droit pour surmonter ces situations d'exception dans lesquelles des intérêts fondamentaux de la communauté sont en jeu (*Kriegsräson*) ? Ou bien faut-il au contraire imposer un respect inconditionnel du droit, celui-ci s'imposant en dernière instance, même lorsque des intérêts fondamentaux sont en jeu (*Rechtsräson*) ? Ni l'une, ni l'autre de ces solutions n'est satisfaisante. En particulier, la solution prônée par les défenseurs de la *Rechtsräson*, aujourd'hui hégémonique dans le champ juridique, ne tient pas : face à l'exception suprême, il devient absurde d'imposer à une communauté politique luttant pour ses intérêts les plus vitaux de respecter les formes du droit. Ici se niche l'impossibilité fondamentale d'une soumission définitive de la guerre à l'empire du droit : le phénomène guerrier met parfois en scène des situations où les enjeux sont incommensurables, de sorte qu'il devient absurde d'exiger l'abandon de valeurs jugées ultimes par les protagonistes au nom du droit et de la morale humanitaire qu'il exprime. L'exception suprême révèle ainsi la nécessité de conserver, au cœur de l'ordre juridique, la possibilité d'une violence extralégale permettant

de sauver des valeurs plus grandes encore que celles inhérentes au droit de la guerre (**Chapitre 8**).

1073. Cette seconde partie fut, comme la première, le terrain d'un affrontement entre le domaine général du catégorique et le domaine général du pragmatique, culminant dans le conflit opposant les partisans de la *Kriegsräson* aux défenseurs de la *Rechtsräson*³⁴⁸⁷. Il fut montré, dans la première partie, que le problème fondamental posé par la guerre tenait au fait que le calcul pragmatique prévalait sur l'injonction catégorique. En effet, agissant dans un moment suspendu, la guerre est le domaine par excellence du calcul pragmatique : ne s'embarrassant d'aucun dogme, principe ou théorie posée *a priori*, les combattants se contentent d'employer les moyens qu'ils jugent efficaces pour parvenir à leurs fins. Or, cette rationalité actionnelle, fondamentalement immorale, est susceptible de conduire aux pires horreurs. Le droit nous apparut donc nécessaire pour renverser le primat du calcul pragmatique et réinstaurer, même dans la guerre, une dimension catégorique, un ensemble de règles empêchant les belligérants de déployer dans toute l'étendue de son cynisme la logique d'adéquation moyens/fins. Lue au travers de ce prisme, cette seconde partie renverser la question : *peut-on renverser la hiérarchie initiale et faire de la guerre un domaine où l'injonction catégorique règne sans partage ?* Il s'avère, à l'analyse, que ceci est impossible. Comme le montre le scénario de l'exception suprême, il existe un point où l'injonction catégorique tourne à l'absurde et où il semble nécessaire de réinstaurer une dose de pragmatisme, quand bien même ceci conduirait à la commission d'actes immoraux. À l'aune de ces réflexions, il apparaît que le débat relatif à la nécessité et à l'impossibilité du droit de la guerre trouve sa source dans le débat opposant, en sociologie de l'action et en philosophie morale, la rationalité instrumentale à la rationalité axiologique. Comment doit-on agir dans le monde social ? Comme un être instrumentalement rationnel, mettant en œuvre tous les moyens efficaces à la réalisation de ses fins particulières ? Comme un être axiologiquement rationnel, suivant religieusement des préceptes intangibles, indépendamment des conséquences qu'entraînent leur mise en œuvre ? Et, en cas de conflit, lorsqu'il est impossible d'agir efficacement pour réaliser des fins importantes tout en se conformant aux préceptes devant être suivis, que faut-il choisir ? Faut-il faire une croix sur les fins poursuivies, au nom du respect des préceptes fondamentaux ? Ou bien faut-il faire

³⁴⁸⁷ Sur l'opposition entre le domaine général du catégorique et du pragmatique dans la première partie de l'étude, v. *supra*, Conclusion de la première partie, §§ 630-633.

une croix sur les principes s'imposant à nous, quitte à abandonner des finalités suprêmement importantes ? Dans un tel cas de figure, qui est le héros ? Celui-ci qui renonce à la poursuite de fins terrestres, au nom de principes célestes ? Ou bien celui qui prend la responsabilité de ses actes et agit en conséquence, quitte à s'attirer la colère des dieux ?

Conclusion générale

Le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons.

Jean CARBONNIER³⁴⁸⁸

1074. Dans l'imaginaire des juristes, la Seconde Guerre mondiale occupe une place à part³⁴⁸⁹. D'un côté, probablement aucune autre guerre n'aura révélé avec autant d'acuité la nécessité de soumettre la guerre à l'empire du droit, au vu des atrocités dont elle fut le théâtre. Elle aurait ainsi provoqué un « *changement de paradigme* »³⁴⁹⁰ dans la conception même du *jus in bello*, les juristes s'accordant désormais pour faire du droit de la guerre un droit humanitaire, centré sur la protection des victimes de la guerre, au premier rang desquels les personnes civiles. L'adoption subséquente des CG de 1949 en atteste : quand bien même celles-ci ne règlent pas tous les problèmes juridiques soulevés par le second conflit mondial, elles constituent une « *étape essentielle dans l'histoire du droit des gens* », débouchant sur la création d'un droit « *orienté vers l'homme en tant qu'homme* »³⁴⁹¹. Il s'agit désormais, de concert avec le droit international des droits de l'homme, de proclamer « *le respect et de la personne humaine et le caractère inaliénable de ses droits fondamentaux* »³⁴⁹². Mais d'un autre côté, la guerre de 1939-1945 a rappelé, avec une intensité dramatique extrême, ce qu'est originellement la guerre dans l'ordre juridique international : un moment suspendu où les belligérants « *retrouvent leur liberté d'action dans la mesure où celle-ci est nécessaire à une application fonctionnelle de la force* »³⁴⁹³. Et, quand bien même cette liberté d'action n'est pas totale, car soumise au droit spécial de la guerre, cette guerre aura montré la difficulté inhérente à une telle entreprise : lorsque les enjeux deviennent suprêmes, lorsque les passions s'emballent et que l'inimitié atteint des extrémités, il peut sembler vain, voire même impossible, de faire rentrer le génie de la guerre dans les formes du droit.

³⁴⁸⁸ J. CARBONNIER, « Codicille du juste et de l'injuste », in J. CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 4^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1979, p. 344.

³⁴⁸⁹ V. p. ex. R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, op. cit., p. 39.

³⁴⁹⁰ *Ibid.*, n. trad.

³⁴⁹¹ CICR [J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 1, op. cit., p. 215.

³⁴⁹² *Ibid.*

³⁴⁹³ G. SCHWARZENBERGER, « Military Necessity », op. cit., p. 14, n. trad.

1075. On comprend donc l'embarras dans lequel se retrouva plongé Hersch Lauterpacht lorsque, à peine sept ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale, il traite du « problème de la révision du droit de la guerre »³⁴⁹⁴. Face à l'ampleur des destructions provoquées par la guerre, face à la dangerosité des nouveaux engins de mort et des nouvelles stratégies guerrières, l'humanité n'a pas le choix : il faut soumettre la guerre au droit. Et, plus précisément, la guerre doit être soumise à un droit qui ne se contenterait pas de refléter passivement les pratiques du passé, mais qui exprimerait avec l'énergie de la passion « *des considérations plus impérieuses d'humanité, de survie de la civilisation et de caractère sacré de l'être humain* »³⁴⁹⁵. Car, pour les humanitaires ayant vécu la Seconde Guerre mondiale, il apparaît désormais clairement que « *la vie et la dignité humaine ne sont pas des valeurs qui puissent se mesurer avec des chiffres et des statistiques* »³⁴⁹⁶ – il s'agit de valeurs incommensurables, ultimes, non-négociables. Jamais la nécessité du droit de la guerre n'est apparue avec autant de netteté. Mais d'un autre côté, la Seconde Guerre mondiale aura aussi montré l'immense fragilité de ce droit spécial pensé pour les temps de crise les plus extrêmes. Gouvernant une société sans souverain, sans juges et sans gendarmes, le droit international apparaît déjà comme un édifice fragile, sujet à renversement dès lors que des crises éclatent³⁴⁹⁷. La société internationale est déjà, par définition, une société réfractaire au droit. Que penser, alors, de l'œuvre consistant à soumettre au droit les moments où cette société se déchire par la guerre ? Jamais l'impossibilité du droit de la guerre ne s'est montrée avec autant de cruauté. Mi-réaliste, mi-désabusé, Hersch Lauterpacht conclut son propos sur une tirade qui pourrait passer pour une prêche à destination des juristes. « [L]e juriste », dit-il,

doit faire son devoir sans égard pour les doutes dialectiques – bien qu'avec un sentiment d'humilité découlant de la reconnaissance du fait que si le droit international est, d'une certaine manière, au point de disparition du droit, le droit de la guerre est, de manière encore plus évidente, au point de disparition du droit international. Il doit continuer à exposer et à élucider les différents aspects du droit de la guerre à l'intention des forces armées, des gouvernements et d'autres instances. Il doit le faire avec détermination, mais sans complaisance et peut-être sans toujours

³⁴⁹⁴ H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », *op. cit.*

³⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 379, n. trad.

³⁴⁹⁶ M. HÜBER, « Le droit des gens et l'humanité », *R.I.C.R.*, vol. 34, n°404, 1952, p. 668.

³⁴⁹⁷ H. LAUTERPACHT, « The Problem of the Revision of the Law of War », *op. cit.*, p. 382.

être très optimiste – son seul vrai espoir étant qu'un monde puisse voir le jour dans lequel de telles demandes ne solliciteront plus son zèle³⁴⁹⁸.

Ce faisant, Hersch Lauterpacht révèle un aspect central de la pratique des juristes spécialisés dans le droit de la guerre : celle-ci est motivée par la *foi*, par une croyance dans la valeur intrinsèque de cette œuvre qui, aussi impossible puisse-t-elle paraître, n'en est pas moins d'une nécessité absolue pour prévenir le déclin de l'humanité vers la barbarie.

1076. Partant de cette ambivalence, cette thèse s'est donnée pour objet d'élucider le thème de la nécessité et de l'impossibilité du droit de guerre. Elle s'est attachée à démontrer que, aussi contre-intuitif cela soit-il, *ces deux assertions étaient toutes deux valides* : la soumission de la guerre à l'empire du droit, et donc le droit de la guerre lui-même, constitue une œuvre à la fois absolument nécessaire et fondamentalement impossible

1077. Tout d'abord, l'affirmation selon laquelle le droit de la guerre constitue une entreprise nécessaire fut soumise à la critique (**Première partie**). Il s'avéra, à l'analyse, que cette assertion était fondée, au moins partiellement : le droit de la guerre, ou du moins un certain droit de la guerre (**Titre 2**), est effectivement nécessaire pour enrayer les conséquences désastreuses pouvant découler de la liberté laissée aux belligérants en temps de guerre (**Titre 1**).

1078. En effet, dans la guerre, les belligérants agissent à partir d'une rationalité spécifique – la rationalité instrumentale – consistant à mettre en œuvre les moyens efficaces pour parvenir aux buts recherchés à moindre coût humain, matériel et financier (**Chapitre 1**). Or, appliquée au phénomène guerrier, la rationalité instrumentale – devenue rationalité militaire – risque de conduire au sacrifice des considérations morales les plus essentielles. En effet, le critère d'efficacité, qui constitue le déterminant central de l'action des combattants, ne connaît aucune limite, ni intrinsèque, ni extrinsèque : il implique de ne penser la violence que comme un « moyen » mobilisé en vue d'une « fin », qu'il s'agit d'utiliser de manière « efficace » et « économique ». Sous cet angle, l'action guerrière révèle son caractère fondamentalement amoral : dans la guerre, les belligérants cherchent uniquement à soumettre l'ennemi par l'emploi des moyens les plus adaptés. On voit difficilement comment

³⁴⁹⁸ *Ibid.*, n. trad.

une telle logique actionnelle pourrait ne pas tourner au désastre. En effet, les moyens les plus immoraux, les plus destructeurs et les plus perfides sont souvent les plus efficaces et les plus économiques. La torture, la terrorisation, le bombardement indiscriminé des villes – tous ces moyens furent historiquement justifiés par des militaires au motif de leur efficacité et de leur efficience. Ainsi, pour éviter que la guerre n’entraîne l’humanité vers le bas, il faut soumettre la liberté originelle des combattants à l’empire du droit (**Chapitre 2**).

1079. Cependant, le droit de la guerre, produit d’un champ de production clivé, traversé par des désaccords substantiels et des interprétations divergentes, n’est pas un bloc monolithique, uniforme et homogène. En effet, l’analyse démontre que différentes conceptions du droit de la guerre coexistent au sein du champ juridique. Il existe, au fond, deux manières de concevoir le droit de la guerre : comme un droit réaliste, produit de la pratique militaire, établi en conformité avec celle-ci pour n’imposer aux belligérants que des restrictions susceptibles d’être respectées sans nuire à l’efficacité militaire ; ou comme un droit normatif, haute expression d’idéaux humanistes, reflétant les principes intangibles de l’ordre moral et imposant aux belligérants des règles insusceptibles d’être remises en cause par les pratiques militaires, aussi efficaces soient-elles. Or, de ces deux conceptions du droit de la guerre, seule la seconde est réellement « nécessaire » pour enrayer la logique foncièrement amorphe de la rationalité militaire. À l’inverse, la conception réaliste du droit fait plus partie du problème que de la solution (**Chapitre 3**). De plus, pour être en mesure de contrecarrer les dangers inhérents à l’action centrée sur une simple recherche d’adéquation moyens/fins, il faut que le droit de la guerre se compose de règles formelles, c’est-à-dire qu’il définitise *a priori* les modes d’action que les belligérants ne pourront pas emprunter dans la guerre. En effet, si le droit de la guerre ne se composait que de règles instrumentales, qui imposent seulement de se conformer à certains standards indéterminés – nécessité et proportionnalité, notamment –, alors le droit se contenterait de reproduire la manière dont les combattants conçoivent déjà la légitimité de leurs actes. Ils conserveraient leur liberté d’agir en fonction des nécessités de l’instant, sans que des limites dirimantes ne puissent être imposées à leur action. Il faut donc imposer des règles formelles strictes, dont l’application ne sera pas tributaire des circonstances de l’action et de la nécessité d’agir pour réaliser certains objectifs considérés comme légitimes (**Chapitre 4**).

1080. Sous ces deux conditions, le droit de la guerre apparaît effectivement comme une entreprise « nécessaire » pour prévenir la commission d’actes immoraux en temps de guerre.

Pour autant, cette entreprise est-elle possible ? La deuxième partie de l'étude s'attacha à répondre à cette question (**Deuxième partie**). Pour ce faire, il fallut tout d'abord éclairer la nature profonde du droit de la guerre, c'est-à-dire sa qualité de droit d'exception ayant vocation à subsumer l'état exceptionnel de la guerre dans le droit (**Titre 1**), avant de montrer qu'une telle tentative – résorber définitivement l'exception dans le droit – se heurtait à une impossibilité conceptuelle (**Titre 2**).

1081. Le droit de la guerre s'applique à une situation de fait particulière, étrangère à tous les autres régimes juridiques du droit international public. En effet, la guerre est initialement conçue comme un état d'exception, c'est-à-dire comme un moment particulier où, face à une crise ne pouvant être combattue dans le cadre tracé par l'ordre juridique, l'État suspend l'application du droit et s'autorise à agir de manière effective. À ce titre, le fait que l'état de guerre ne soit qu'une forme concrète de l'état d'exception se voit au travers du fait que la guerre se déroule dans l'ombre de l'article 2, § 4 de la Charte des Nations Unies : une fois la guerre déclenchée, les belligérants retrouvent leur capacité d'agir comme des êtres instrumentalement rationnels, en employant tous les moyens nécessaires, y compris la violence armée, pour parvenir à leurs fins. La guerre apparaît donc comme un moment suspendu où la violence retrouve ses droits, y compris dans la forme extrême du meurtre délibéré (**Chapitre 5**). Or, de peur que cette situation ne donne lieu à des abus de pouvoir et à un déploiement illimité de la violence, l'ordre juridique international sécrète un droit spécial, le *jus in bello*, dont la fonction consiste à réintégrer cet état d'exception dans le droit. En effet, rejetant à la fois l'idéal pacifiste consistant à empêcher les États de recourir à la guerre et l'idéal militariste d'un monde où la guerre serait entièrement libérée du droit, les humanitaires s'attachent à réglementer l'emploi de la force armée en temps de guerre, en produisant un régime juridique énonçant par avance les règles valables en temps de guerre. Le *jus in bello* apparaît ainsi comme un droit d'exception, équivalent fonctionnel des législations d'exception qui, à l'image de la loi de 1955 sur l'état d'urgence, fleurissent dans les ordres juridiques nationaux (**Chapitre 6**).

1082. Sous l'influence civilisatrice du *jus in bello*, la guerre n'apparaît plus comme une zone d'anomie, mais comme état gouverné par le droit. Or, ce mouvement de réintégration de l'état d'exception dans le droit pose une question épineuse : le droit peut-il vaincre l'exception ? Ou, plus précisément, peut-on espérer enfermer définitivement les cas d'exception, c'est-à-dire les situations où le droit empêche le destinataire de la norme d'agir

de manière effective pour préserver des intérêts essentiels, dans le droit ? Le droit peut-il tout prévoir ? Il apparaît, à l'analyse, que tel n'est pas le cas : de la même manière que le droit « normal » peut être mis en échec par des circonstances urgentes et imprévues, le droit « spécial », conçu pour normer l'exceptionnel, peut lui-même être défait par des situations urgentes et imprévues. Il en va de la logique même du droit, et plus précisément des règles formelles : celles-ci ne peuvent appréhender que de manière imparfaite et parcellaire les contingences de l'existence (**Chapitre 7**). Or, face à la résurgence de l'exception, que faire ? Une première option, incarnée dans le champ juridique de la guerre par les défenseurs de la *Kriegsräson*, consiste à habiliter les belligérants à déroger au droit de la guerre chaque fois qu'ils le jugent nécessaire. Cette position est évidemment inacceptable : elle revient à soumettre le droit de la guerre, dont la normativité est essentielle à sa fonction, à l'arbitraire des belligérants. Il semble donc falloir accepter la solution inverse, présentée sous le nom de « doctrine de la *Rechtsräson* », consistant à imposer le respect du droit de la guerre en toutes circonstances, même lorsque les intérêts les plus fondamentaux d'une communauté sont en jeu. Cependant, celle-ci se heurte également à une critique dévastatrice : comment pourrait-on, dans les cas les plus extrêmes où une communauté joue son existence même, imposer de respecter le droit de manière inconditionnelle, même si cela conduit cette communauté droit à la mort ? Le droit peut-il être érigé au rang de méta-valeur absolue que rien – aucun impératif – ne saurait renverser ? Une telle construction est vouée à apparaître absurde : il existe, de fait, des situations où le respect du droit et de la morale humaniste qu'il exprime pèsent peu au regard des intérêts en jeu. Il faut donc conserver, au cœur même du droit, l'éventualité de sa propre mise en échec, et donc l'éventualité d'un recours extralégal à la violence afin de préserver certaines valeurs ultimes (**Chapitre 8**).

*

* * *

1083. Cette thèse peut sembler contradictoire. Dans la première partie de l'étude, il fut montré que, si le droit de la guerre a réellement pour objet d'empêcher que l'efficacité militaire conduise à la commission d'actes révoltant la conscience morale, alors ce régime juridique doit parvenir à établir son *autonomie totale vis-à-vis du monde politico-militaire*. Sur le plan macroscopique, le droit de la guerre doit être un droit normatif, insusceptible d'être remis en cause au seul motif qu'il entraverait par trop l'action militaire. Sur le plan

microscopique, ce régime doit se composer de règles formelles dont le contenu, posé *a priori*, n'est pas tributaire des circonstances de fait et des nécessités de l'instant. Dès lors, prenant acte du danger représenté par la rationalité instrumentale, nous soulignions la nécessité de soustraire le droit au monde des faits et de le concevoir comme une construction formelle, suffisamment distante du monde social pour ne pas être contaminé par les injustices qui s'y déroulent. À bien des égards, la seconde partie de l'étude a pu passer pour une destruction méthodique de tout ce que la première partie avait bâti. Constatant que le droit ne pouvait enfermer toutes les contingences de l'existence dans ses règles formelles, nous avons cherché à montrer qu'il était impossible de soumettre entièrement et définitivement la guerre à l'empire du droit. Face à la possibilité que l'application stricte du droit ne débouche sur des situations inacceptables, dans lesquelles des valeurs essentielles seraient sacrifiées au nom de cette construction formelle et de la morale humanitaire qu'elle exprime, nous affirmions qu'il était nécessaire de conserver, au cœur même du droit, l'éventualité d'un recours extralégal à la violence. De ce fait, nous remettions en question l'autonomie du droit pour défendre l'idée que, parfois, dans des circonstances extrêmes, *le droit doit savoir plier face aux demandes du monde politico-militaire*. Or, ce geste même menace les conclusions de la première partie de l'étude. En effet, si le droit doit savoir se soumettre aux demandes du monde social et abandonner sa normativité, cela signifie qu'il n'est plus cette pure forme catégorique s'imposant à tout un chacun en toutes circonstances. Le voici reconnecté aux demandes du monde social, ce qui menace son autonomie et qui l'expose à l'instrumentalisation politique : chaque belligérant risque de se prévaloir du pouvoir de déroger au droit de la guerre au nom de la nécessité de défendre ses propres valeurs, érigées au rang de valeurs suprêmes.

1084. Cette thèse débouche donc sur une forme de contradiction. Il apparaît *nécessaire* de produire un droit de la guerre autonome du monde politico-militaire, mais il semble *impossible* de réaliser ce but sans conduire à des solutions politiquement inacceptables. Loin de résulter d'une volonté polémique, la mise en lumière de cette contradiction a pour objet de mettre en évidence toute une série d'apories plus fondamentales encore, dont les juristes semblent ne pas pouvoir se départir si facilement.

1085. À un premier niveau, cette contradiction révèle le rapport ambivalent que l'ordre juridique international entretient à la guerre. Dans un premier temps, originel, l'ordre juridique international fait de la guerre un espace-temps hors du droit, où les belligérants

peuvent réaliser les finalités politiques qu'ils se donnent en recourant à des moyens extralégaux – en l'occurrence, la violence armée. En effet, la guerre est initialement conçue comme un palliatif, comme un substitut violent aux déficiences de l'ordre juridique international : avec la guerre, les belligérants suspendent l'opération du droit pour obtenir par la force ce que les institutions pacifiques du droit ne leur ont pas permis d'obtenir en premier lieu. Faut-il en conclure que la guerre n'est pas « *une institution juridique, mais (...) un acte d'auto-assistance [self-help] qui ne peut jamais être appréhendé par le droit dans sa totalité et qui, par conséquent, se situe dans sa totalité hors de l'ordre juridique* »³⁴⁹⁹ ? La réponse à cette question doit être nuancée. D'un côté, on ne saurait soutenir à l'heure actuelle que la guerre n'est pas une « institution juridique ». Par les efforts concertés, bien que parfois conflictuels, des promoteurs du *jus contra bellum* et du *jus in bello*, la guerre est bien devenue une institution juridique, un phénomène social dont le langage du droit constitue désormais le langage central de légitimation ou de contestation³⁵⁰⁰. Pas une guerre ne se déroule sans que le droit – la légalité de la guerre en tant que telle, ou de telle ou telle opération militaire – ne s'en trouve au cœur. On ne saurait donc soutenir que la guerre « *se situe dans sa totalité hors de l'ordre juridique* »³⁵⁰¹ – celui-ci cherche effectivement à s'en saisir et, dans une certaine mesure, y est parvenu. Mais d'un autre côté, il apparaît que la guerre ne pourra certainement jamais « *être appréhendée par le droit dans sa totalité* »³⁵⁰². En effet, comme tout état d'exception, la guerre constitue pour le droit un phénomène-limite : elle est cette institution juridique qui, bien qu'inscrite dans le cadre légal valable en temps normal, permet de sortir du cadre légal valable en temps normal pour pallier ses insuffisances. La guerre se situe donc à cheval entre l'ordre juridique, qui cherche à s'en saisir, et l'ordre politique, dont elle constitue l'*ultima ratio*, l'outil de dernier recours que l'on utilise lorsqu'aucun autre moyen – ou du moins le prétendra-t-on – ne permet de parvenir à réaliser les finalités de l'action politique. Dès lors, de la même manière qu'on ne pourra certainement jamais s'accorder une bonne fois pour toutes sur les situations justifiant de déclencher l'état d'exception en droit interne, on ne pourra certainement jamais trouver de consensus universel et définitif sur les cas concrets justifiant de recourir à la guerre en droit international³⁵⁰³. Et de la même manière qu'on ne parviendra certainement jamais à

³⁴⁹⁹ O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 112, n. trad.

³⁵⁰⁰ Sur ce point, v. p. ex. Da. KENNEDY, *Of War and Law*, op. cit., pp. 13-45. Sur l'usage stratégique du langage juridique, v. O. CORTEN, « Discours de guerre, guerre de discours », op. cit., pp. 155-176.

³⁵⁰¹ O. NIPPOLD, *The Development of International After the World War*, op. cit., p. 112, n. trad.

³⁵⁰² *Ibid.*, n. trad.

³⁵⁰³ Comme en témoigne d'ailleurs le fait que les règles du *jus contra bellum* fassent perpétuellement l'objet de contestations, de reformulations et de réinterprétations. Sur tout ceci, v. O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, op. cit.

circonscrire *a priori* l'étendue définitive des pouvoirs d'exception dont l'État pourra se prévaloir pour rétablir l'ordre en droit interne, on ne pourra certainement jamais fixer une bonne fois pour toutes les moyens dont les belligérants pourront se servir pour vaincre l'ennemi en droit international. La raison d'une telle impossibilité est épistémologique, le droit étant consubstantiellement incapable de « *prévoir l'imprévisible* »³⁵⁰⁴. Il peut chercher à s'en saisir, à anticiper la crise pour éviter qu'elle ne conduise à un état d'arbitraire illimité, mais il ne pourra jamais écarter définitivement l'éventualité qu'un cas absolument exceptionnel nécessite de s'affranchir des contraintes juridiques. En ce sens, il semble exact de dire que la guerre, au même titre que n'importe quel état d'exception, ne pourra jamais être définitivement subsumée dans le droit : le droit, normal ou exceptionnel, ne saurait exclure irrémédiablement l'éventualité de sa propre suspension afin de préserver des valeurs que l'ordre juridique se devrait de défendre, non de condamner à mort. Pour autant, peut-on se satisfaire de l'idée qu'il puisse exister un espace d'action dans lequel le pouvoir puisse s'exercer sans contrainte ? Dans lequel la fin justifie littéralement l'emploi de n'importe quel moyen, même absolument illégal et résolument immoral ? Bien évidemment, non : sous condition de subjectivité radicale des valeurs, ceci permettrait à n'importe qui d'imposer sa propre conception du monde par tout moyen, y compris l'emploi extrême de la violence. Par ailleurs, rien ne permet de dire qu'il serait souhaitable que des finalités auxquelles on s'identifie soient réalisées par des moyens que l'on réprouve. Par où l'on en vient au deuxième niveau de la contradiction : celui de la théorie politique.

1086. À un deuxième niveau, théorico-politique, cette contradiction met en lumière la rapport ambivalent que l'on ne peut s'empêcher d'avoir au libéralisme politique. D'un côté, le libéralisme politique repose sur un postulat qui semble indépassable, à savoir l'idée que ceux qui jouissent du pouvoir ne doivent pas être en capacité de l'exercer sans contrainte. Et en effet, si la constitution de rapports de pouvoir est endogène au monde social, si l'horizon d'une société où les rapports humains seraient naturellement horizontaux et égalitaires n'est, précisément, qu'un horizon³⁵⁰⁵, alors il est nécessaire d'empêcher celles et ceux qui jouissent du pouvoir d'en abuser. De ce point de vue, la nécessité du droit, entendu ici au sens de règles assorties d'une contrainte externe, relève presque d'une nécessité anthropologique :

Pour un cas d'exception relativement récent, v. M. KOSKENIEMI, « "The Lady Doth Protest Too Much". Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law », *Modern Law Review*, vol. 65, n°2, 2002, pp. 159-175.

³⁵⁰⁴ P.-C. FRIER, « Les législations d'exception », *op. cit.*, p. 21.

³⁵⁰⁵ Sur ce point, v. F. LONDON, *Imperium*, *op. cit.*, not. pp. 195-311.

si l'on peut espérer qu'une société déterminée valorise des personnes vertueuses, il serait utopique de s'en remettre entièrement à cet espoir et aux vertus présupposés des titulaires du pouvoir. Le pouvoir « *enivre comme le génie* », disait Victor Hugo, « *mais il a cela de redoutable qu'il enivre sans contrepoids* »³⁵⁰⁶. Des contrepoids doivent donc être artificiellement créés – d'où la nécessité de règles assorties de contrainte externe et, si nécessaire, de contrainte physique. Ceci vaut pour n'importe quelle société, aussi parfaite soit-elle en théorie. Plus précisément, il est nécessaire que l'exercice du pouvoir fasse l'objet de règles formelles, qui énoncent *a priori* ce que les titulaires du pouvoir pourront ou ne pourront pas faire dans chaque cas concret. Seules ces règles permettent à ceux qui ne jouissent pas du pouvoir de savoir comment les puissants devront agir. Ces règles permettent donc de créer des attentes légitimes sur la conduite des titulaires du pouvoir et, le cas échéant, de les empêcher de détourner le pouvoir que la communauté a placé entre leurs mains. Ceci vaut d'autant plus en temps de guerre, où le pouvoir politico-militaire agit dans un moment d'extrême tension, où la société est mise au pas et où les finalités de l'action politique sont réalisées par les armes. Dans la guerre plus que dans tout autre domaine de l'activité humaine, le droit doit arrêter le pouvoir, en énonçant par avance les limites fermes et définitives que les autorités ne sauraient franchir sans s'exposer à la réprobation et, le cas échéant, à la punition. Néanmoins, le libéralisme politique promeut la vision d'un monde qui semble, à bien des égards, utopique. Il suppose en effet que toutes les contingences de l'existence puissent être anticipées par le droit, qui énoncerait dans chaque situation comment les titulaires du pouvoir doivent agir. Il s'agit d'une condition *sine qua non* du libéralisme politique, qui postule qu'en l'absence de droit, il n'y a qu'arbitraire. Par conséquent, il faut que le droit soit partout. Ce qui suppose, en retour, qu'il soit *capable* d'être partout. Or, le fait est que la vie ne manquera jamais de faire naître des situations qui dérèglent les anticipation aprioristes du droit, et où la nécessité d'agir contre le droit deviendra évidente pour tout un chacun. Il existe donc un point de rupture où le libéralisme politique, dont la nécessité absolue est pourtant patente, devient absurde : il peut conduire à empêcher la société d'agir de manière effective pour défendre des valeurs qui devraient l'être absolument. Naît ainsi un conflit entre l'impératif de respecter le droit et l'impératif d'agir de manière effective pour affronter une menace exceptionnelle. Or, ce conflit n'est autre qu'un conflit de valeurs – d'un côté, la valeur intrinsèque au droit, en l'absence duquel le pouvoir risque d'être exercé de manière arbitraire, de l'autre côté, les valeurs suprêmes

³⁵⁰⁶ V. HUGO, *Post-scriptum de ma vie*, Paris, Calmann Lévy, 1901, p. 102.

prônées par la société, en l'absence desquelles la vie ne vaut plus la peine d'être vécue. Or, dans une telle situation, que faire ? Faut-il s'affranchir du droit et maximiser les chances de préserver les valeurs que la société considère comme étant indépassables, quitte à verser dans l'arbitraire le plus absolu ? Ou bien faut-il prôner un héroïsme du renoncement, quitte à courir le risque de voir la société périr sous les coups de l'ennemi ? Répondre à cette question suppose de se placer sur le troisième terrain de l'affrontement – celui de la philosophie pratique.

1087. À un troisième niveau, la contradiction entre la nécessité et l'impossibilité du droit de la guerre exprime une contradiction plus fondamentale encore, dans laquelle Max Weber voyait « *la marque de ce qui constitue authentiquement la condition humaine* »³⁵⁰⁷ : la contradiction entre l'action par conviction et l'action par calcul. D'un côté, toute un pan de la tradition philosophique et du substrat culturel dans lequel nous baignons nous enjoint à agir par conviction. L'action « bonne », depuis cette perspective, est celle qui se contente de suivre des valeurs intangibles, sans égards pour les conséquences potentiellement néfastes de nos actes, pour nous-mêmes ou pour les autres : seule compte la croyance dans la valeur de certains comportements, jugés intrinsèquement justes, honorables ou bons. À ce titre, l'action par laquelle un individu assume ses principes contre vents et marées, alors même que la raison lui enjoindrait de négocier ce qu'il juge non-négociable, tient du sublime. Que l'on pense par exemple au salarié qui, en grève depuis plusieurs semaines, refuse de se remettre au travail en acceptant les bouts de chandelles proposés par son employeur – son refus constitue la marque d'une dignité qu'il ne négociera pas, quel qu'en soit le prix. Mais d'un autre côté, peut-on blâmer le salarié qui, dans les mêmes conditions, accepterait les quelques avantages que son employeur est prêt à lui accorder ? Ceci ne constituerait-il pas un choix rationnel qui améliorerait ses conditions matérielles d'existence, quand bien même il abandonnerait ses revendications initiales et renierait, par-là même, ses principes ? L'action par conviction est belle, mais elle peut conduire à des choix irrationnels. D'un autre côté, toute une partie de notre tradition morale nous enjoint à agir par calcul, c'est-à-dire de faire un emploi efficace et efficient des moyens à notre disposition pour atteindre des fins que l'on estime justes. Sous cet angle, l'action « bonne » est celle par laquelle un individu met en œuvre les moyens adéquats pour parvenir à moindre coût aux fins qu'il cherche, par choix ou par devoir, à atteindre. Cependant, cette manière de penser et d'agir risque de

³⁵⁰⁷ R. ARON, « Préface », *op. cit.*, p. 56.

conduire à un cynisme sans bornes. Que l'on pense par exemple au trader qui, cherchant à s'enrichir, spéculer à l'aveugle, coulant des projets qui mériteraient d'être défendus pour leurs vertus sociales et promouvant de projets néfastes pour la société. Il apparaîtra comme une personne sans principes ni convictions, faisant un usage froidement rationnel, et éventuellement immoral, des moyens à sa disposition pour parvenir à ses fins. Il faut donc réinstaurer une dose d'action par conviction, afin que le cynisme et l'égoïsme ne préminent pas aux relations humaines. Mais que faire dans le cas où l'action par calcul et l'action par conviction entrent en conflit ? En d'autres termes, comment agir lorsque les moyens efficaces pour atteindre un objectif contredisent les valeurs que l'on croit devoir suivre ?

1088. La contradiction entre la nécessité de soumettre l'action guerrière au droit et l'impossibilité, en dernière instance, de le faire, peut être reformulée comme un conflit opposant ces deux manières de penser et d'agir dans le monde social. D'un côté, le droit de la guerre est nécessaire, au même titre que le libéralisme politique est nécessaire, pour éviter que les belligérants ne fassent un emploi froidement rationnel, cynique et immoral de la violence en temps de guerre. Tous les moyens ne sont pas bons pour vaincre l'ennemi – le droit doit être mis au service de la rationalité axiologique et obliger les belligérants à agir par conviction, même lorsqu'ils ne les partagent pas fondamentalement. Mais d'un autre côté, à un niveau fondamental, le droit de la guerre est impossible, au même titre que le libéralisme politique est impossible : il implique une éthique du renoncement que non seulement les hommes ne sont souvent pas prêts de suivre jusqu'au bout, mais qui conduit en plus à des choix aux conséquences inacceptables. Dražen Erdemović aurait-il dû exécuter froidement les civils bosniaques qu'il avait en joue, comme le lui imposait son officier qui menaçait de l'exécuter s'il ne le faisait pas ?³⁵⁰⁸ Perçu à l'aune de la rationalité axiologique, le choix de refuser de les exécuter et d'accepter la mort aurait relevé du sublime – il aurait pu être célébré en héros, renonçant à commettre des actes inacceptables au prix de sa vie, s'il le faut. À l'inverse, perçu à l'aune de la rationalité instrumentale, ce choix semble aberrant : les civils bosniaques seront exécutés dans tous les cas, par lui ou par un autre. Son sacrifice n'aura donc servi à rien – le moyen mis en œuvre n'aura débouché sur aucun résultat tangible. Il faudrait donc procéder à l'exécution des civils, ce qu'Erdemović fit finalement. Peut-on le blâmer ? De la même manière, peut-on blâmer une communauté politique qui, cherchant à défendre les idéaux de liberté et d'égalité humaines contre un ennemi dictatorial

³⁵⁰⁸ TPIY, *Le Procureur c. Erdemović, op. cit.*

qui veut à l'asservir et détruire ces valeurs, s'autorise à agir par calcul, en violation du droit de la guerre, pour maximiser ses chances de survivre ? Peut-on lui imposer d'agir par conviction, quand bien même ceci conduirait – ou faciliterait – à sa destruction et, par-delà, aux idéaux qu'elle défend ?

1089. À ces questions, il n'existe aucune réponse définitive possible. En effet, ces deux choix sont « *moraux à l'intérieur d'une conception de la moralité* »³⁵⁰⁹. Ils se justifient l'un et l'autre, mais à partir de régimes de justification distincts. Ainsi, sous l'angle de la philosophie pratique, on peut préférer « *l'affirmation intransigeante de ses convictions au succès* »³⁵¹⁰, en refusant d'employer des moyens permettant de se sortir d'une situation extrême au motif que ces moyens sont injustes, immoraux ou déshonorant. Il y a du sublime dans cette attitude de renoncement total, de désengagement vis-à-vis des conséquences terrestres d'actes contrevenant à des règles que l'on situe, de fait, dans le royaume céleste. Mais l'on peut également « *sacrifie[r] ses convictions aux nécessités de la réussite* »³⁵¹¹, et recourir à des moyens qui, bien que moralement condamnables, n'en sont pas moins essentiels pour atteindre des objectifs suprêmement importants. La prise de responsabilité, en dérogation des règles qui s'imposent à nous, est parfois nécessaire pour affronter l'exceptionnel.

1090. En dernière analyse, il apparaît que tant la nécessité que l'impossibilité du droit de la guerre trouvent leur fondement dans cette contradiction interne au substrat culturel dans lequel nous baignons comme des poissons dans l'eau. Le droit de la guerre est nécessaire, car on ne saurait se satisfaire que l'homme agisse uniquement par calcul en temps de guerre – il deviendra rapidement un loup pour l'homme. Le droit de la guerre est impossible à un niveau fondamental, car on ne saurait exiger que l'homme agisse toujours par conviction en temps de guerre, surtout quand celle-ci met en jeu des intérêts vitaux – on ne peut exiger qu'il devienne un Dieu pour l'homme. Or, cette contradiction est insusceptible d'être résolue dans ses propres termes. Que le droit se doive de chercher à contenir, si ce n'est à éradiquer, la violence, ceci ne fait aucun doute – l'existence humaine serait miséreuse si la menace d'une violence sans bornes pesait sans cesse sur nos têtes. Le respect du droit doit donc, incontestablement, être la norme. Mais qu'il existe de rares situations où, par exception, le

³⁵⁰⁹ R. ARON, « Préface », *op. cit.*, p. 53.

³⁵¹⁰ *Ibid.*

³⁵¹¹ *Ibid.*

droit doit pouvoir être renversé pour réaliser des finalités supérieures apparaît finalement comme une assertion reposant sur des fondements conceptuels solides – car le droit n'est pas « *cet absolu dont souvent nous rêvons* »³⁵¹². Il ne s'identifie pas à la justice, et il faut donc parfois savoir s'en affranchir. Le problème étant que, face à l'impossibilité de trouver une définition universellement acceptable des cas justifiant de déroger au droit de la guerre, cette option risque de conduire aux pires abus – chacun se prévaudra de sa propre vision de la justice pour imposer sa conception du monde par tout moyen.

1091. Il n'existe donc aucune réponse juridique définitive au problème de l'articulation des rapports entre droit et violence de guerre. Cependant, dans l'interstice laissé ouvert par cette contradiction interne au droit de la guerre se glisse la possibilité d'un usage stratégique, politiquement informé, du droit. Or, ceci n'est-il pas, en réalité, le pain quotidien des juristes ? Puisque différents usages du droit sont possibles, celui-ci pouvant toujours être orienté dans plusieurs directions, l'éthique du juriste ne doit-elle pas conduire à penser non pas le droit, mais les directions que celui-ci devrait prendre ? Est-il préférable de produire un droit de la guerre réaliste, ou un droit de la guerre normatif ? De le doter de règles formelles, ou de règles instrumentales ? De le soumettre à la *Kriegsräson*, ou de le renforcer par la *Rechtsräson* ? À la réflexion, la contradiction interne qui travaille le droit de la guerre de l'intérieur n'est peut-être pas une mauvaise chose : elle met en avant la nécessité de penser non pas le droit mais les usages, sublimes ou néfastes, qui peuvent en être fait³⁵¹³.

³⁵¹² J. CARBONNIER, « Codicille du juste et de l'injuste », *op. cit.*, p. 344.

³⁵¹³ Dans un sens similaire, v. A. GODEFROY, « Le fondement... », *op. cit.*, pp. 185-187.

Bibliographie

I. Monographies

- A -

- ACKERMANN, Tobias, *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*, Cambridge, C.U.P., 2022, 346 pages.
- AFROUKH, Mustapha, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2011, 624 pages.
- ALLEN, Kieran, *Max Weber. A Critical Introduction*, Londres, Pluto Press, 2004, 218 pages.
- ALLOTT, Philip, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford/New York, O.U.P., 1990, 427 pages.
- AMOS, Sheldon, *Lectures on International Law. Delivered in the Middle Temple Hall to the Students of the Inns Courts*, Londres, Stevens & Sons, 1874, 136 pages.
- ANZILOTTI, Dionisio, *Corso di diritto internazionale (Appunti ad uso degli studenti)*, vol. 3, partie 1, Rome, Athanaeum, 1915, 378 pages.
- , *Cours de droit international*, vol. 1, trad. G. GIDEL, Paris, Sirey, 1929, 535 pages.
- ARDANT DU PICQ, Charles, *Études sur le combat*, Paris, Hachette, 1880, 296 pages.
- ARIGA, Nagao, *La guerre sino-japonaise au point de vue du droit international*, préf. Paul FAUCHILLE, Paris, Pedone, 1896, 310 pages.

- B -

- BAECHLER, Jean, *Guerre, histoire et société. Éléments de polémologie*, Paris, Hermann, coll. « Philosophie, Politique et Économie », 2019, 540 pages.
- BAKER, Deane-Peter, HERBERT, Roger, WHETHAM, David, *The Ethics of Special Ops. Raids, Recoveries, Reconnaissance and Rebels*, Cambridge, C.U.P., 2023, 234 pages.
- BAKER, Sherston, *Halleck's International Law, or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, vol. 2, Londres, C. Kegan Paul & Co., 1878, 617 pages.
- BALLADORE PALLIERI, Giorgio, *Diritto Bellico*, 2^{ème} éd., Padoue, CEDAM, 1954, 464 pages.
- BARNETT, Michael, *Empire of Humanity. A History of Humanitarianism*, New Delhi, Dev Publishers & Distributors, 2012, 296 pages.
- BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure, *État de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Fondements de la politique », 2013, 303 pages.
- BASSIOUNI, M. Chérif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 1^{ère} éd., Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1992, 820 pages.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernité et holocauste*, trad. P. GUIVARCHE, Paris, La Fabrique, 2002, 288 pages.
- BEAUD, Olivier, GUERIN-BARGUES, Cécile, BENZINA, Samy, *L'État d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, 3^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., coll. « Droit politique », 2024, 332 pages.

- BEAUFRE, André, *Introduction à la stratégie*, Paris, Fayard, coll. « Pluriel », 2012 [1963], 192 pages.
- BECK, James M., *The Evidence in the Case: A Discussion of the Moral Responsibility for the War of 1914, as Disclosed by the Diplomatic Records of England, Germany, Russia, France, Austria, Italy, and Belgium*, New York/Londres, G. P. Putnam's Sons, 1915, 275 pages.
- BECKWITH, Georges C., *The Peace Manual: or, War and its Remedies*, Boston, American Peace Society, 1847, 252 pages.
- BELL, David A., *The First Total War: Napoleon's Europe and the Birth of Warfare as We Know It*, New York, Mariner, 2007, 420 pages.
- BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford, O.U.P., 1969, 280 pages.
- BERNHARDI, Friedrich von, *Britain as Germany's Vassal*, trad. J. ELLIS BARKER, Londres, Dawson & Sons, 1914, 256 pages.
- , *Germany and the Next War*, trad. A. H. POWLES, New York, Longmans, Green & Co., 1911, 288 pages.
- , *On War of To-Day*, vol. 2, trad. K. VON DONAT, Londres, Hugh Rees, 1913 [1912], 462 pages.
- BEST, Geoffrey, *Humanity in Warfare*, New York, Columbia University Press, 1980, 400 pages.
- , *War and Society in Revolutionary Europe. 1770-1870*, New York, St. Martin's Press, 1982, 336 pages.
- BETTATTI, Mario, *Droit international humanitaire*, 1^{ère} éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2012, 322 pages.
- BIANCHI, Andrea, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, O.U.P., 2016, 320 pages.
- BIDDLE, Tami D., *Rhetoric and Reality in Air Warfare: The Evolution of British and American Ideas about Strategic Bombing, 1914-1945*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, coll. « Princeton Studies in International History and Politics », 2004, 416 pages.
- BLACKBURN, Simon, *Being Good. A Short Introduction to Ethics*, Oxford, O.U.P., 2001, 162 pages.
- BLANK, Laurie R., NOONE, Gregory P., *International Law and Armed Conflict. Fundamental Principles and Contemporary Challenges in the Law of War*, 2^{ème} éd., Boston, Aspen, coll. « Aspen Coursebook Series », 2018, 832 pages.
- BLOIS, Etienne de, *De la fortification en présence de l'artillerie nouvelle*, vol. 1, Paris, Librairie militaire, 1865, 389 pages.
- BLUNTSCHLI, Johann C., *Le droit international codifié*, 1^{ère} éd., trad. M. C. LARDY, préf. E. LABOULAYE, Paris, Guillaumin, 1870 [1868], 480 pages.
- , *Le droit international codifié*, 2^{ème} éd., préf. E. LABOULAYE et M. DE MOLINARI, trad. M. C. LARDY, Paris, Guillaumin, 1874, 536 pages.
- , *Le droit international codifié*, 4^{ème} éd., préf. A. RIVIER, trad. M. C. LARDY, Paris, Guillaumin, 1886, 606 pages.
- BOIDIN, Paul, *Les lois de la guerre et les deux Conférences de La Haye (1899-1907)*, Paris, Pedone, 1908, 282 pages.
- BOND, Brian, *War and Society in Europe, 1870-1970*, Fontana Paperbacks, 1984, 254 pages.

- BONFILS, Henri, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, Paris, Arthur Rousseau, 1894, 936 pages.
- BONFILS, Henri, FAUCHILLE, Paul, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, 7ème éd., Paris, Arthur Rousseau, 1914, 1209 pages.
- BOOTHBY, William H., *Weapons and the Law of Armed Conflict*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2016, 422 pages.
- BORDWELL, Percy, *The Law of War between Belligerents. A History and Commentary*, Chicago, Callaghan & Co., 1908, 374 pages.
- BOTTICI, Chiara, *Men and States: Rethinking the Domestic Analogy in a Global Age*, trad. K. WHITTLE, Hounds mills, Palgrave Macmillan, 2009, 208 pages.
- BOURDIEU, Pierre, *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, Seuil, coll. « Points », 2015 [1992], 576 pages.
- , *Sociologie générale, volume 1. Cours au Collège de France (1981-1983)*, Paris, Raison d'agir/Seuil, coll. « Points Essais », 2015, 737 pages.
- BOURDIEU, Pierre, WACQUANT, Loïc, *Réponses. Pour une anthropologie réflexive*, Paris, Seuil, coll. « Libre Examen », 1992, 270 pages.
- BOUTHOUL, Gaston, *Traité de polémologie. Sociologie des guerres*, Paris, Payot, coll. « Bibliothèque Scientifique Payot », 1991, 560 pages.
- BRIALMONT, Henri-Alexandre, *Éloge de la guerre, ou réfutation des doctrines des amis de la paix*, Bruxelles, Kiessling & Co., 1820, 66 pages.
- , *Traité de fortification polygonale*, vol. 1, Bruxelles, C. Muquardt, 1869, 415 pages.
- BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, 1^{ère} éd., Oxford, O.U.P., 1963, 532 pages.

– C –

- CALVO, Carlos, *Le droit international théorique et pratique*, 4^{ème} éd., vol. 1, Paris, Pedone-Lauriel, 1888, 605 pages.
- , *Le droit international théorique et pratique*, 4^{ème} éd., vol. 3, Paris, Pedone-Lauriel, 1888, 588 pages.
- , *Le droit international théorique et pratique*, 4^{ème} éd., vol. 4, Paris, Pedone-Lauriel, 1888, 631 pages.
- CASEY-MALSEN, Stuart, *Jus ad Bellum. The Law on Inter-State Use of Force*, 1^{ère} éd., Oxford, Hart, 2020, 256 pages.
- CASSESE, Antonio, *International Law*, 1^{ère} éd., Oxford, O.U.P., 2001, 469 pages.
- CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, BAIG, Laurel *et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, 3^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2013, 414 pages.
- CASTEX, Raoul, *Théories Stratégiques*, vol. 1, préf. J. CHIRAC, Paris, Economica, coll. « Bibliothèque Stratégique », 1997, [pagination multiple].
- CASTRÉN, Erik, *The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakemia, coll. « Annales Academiae scientiarum fennicae », 1954, 632 pages.
- CAVAGLIERI, Arrigo, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Internazionale*, Rome, Athenaeum, 1917, 133 pages.
- CHAMAYOU, Grégoire, *Théorie du drone*, Paris, La Fabrique, 2013, 368 pages.
- CHINKIN, Christine, KALDOR, Mary, *International Law and New Wars*, Cambridge, C.U.P., 2017, 592 pages.

- CICERON, *Plaidoyer pour Milon*, trad. P.-C.-B GUEROULY, E. SOMMER, M. DE WILDE, Paris, Hachette, 1864 [52 av. J.-C.], 225 pages.
- CLASTRES, Pierre, *La société contre l'État*, Paris, Éditions de minuit, 1974, 186 pages.
- , *Archéologie de la violence. La guerre dans les sociétés primitives*, Paris, Éditions de l'Aube, 2010 [1977], 67 pages.
- CLAUSEWITZ, Carl von, *De la guerre*, trad. et préf. N. WAQUET, Paris, Payot & Rivages, coll. « Petite bibliothèque », 2014 [1832] 365 pages.
- , *On War*, trad. M. HOWARD, P. PARET, Princeton, Princeton University Press, 1976 [1832], 752 pages.
- COLLIOT-THELENE, Catherine, *La sociologie de Max Weber*, 1^{ère} éd., Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2014, 128 pages.
- COMMANDANT Z... [Anon.], H. MONTECHANT, *Essai de stratégie navale*, Paris/Nancy, Berger-Levrault & Cie., 1893, 527 pages.
- CONNOLLY, Catherine, *Investigating the Relationship Between Targeted Killing, American Exceptionalism, and Kriegsrainson: Repercussions for International Law*, Thèse, Dublin City University, 2019, 292 pages.
- COOPER, Sandi E., *Patriotic Pacifism. Waging War on War in Europe, 1815-1914*, New York/Oxford, O.U.P., 1991, 336 pages.
- CORN, Geoffrey S., HANSEN, Victor, JACKSON Richard B. *et al.*, *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*, 1^{ère} éd., New York, Wolters Kluwer Law & Business, coll. « Aspen Casebook Series », 2012, 599 pages.
- CORTEN, Olivier, *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, 3^{ème} éd., Paris, Pedone, 2020, 904 pages.
- , « *À la paix comme à la guerre ? » Le droit international face aux exécutions judiciaires ciblées*, Paris, Pedone, coll. « Cours et travaux de l'Institution des Hautes Études Internationales de Paris », 2021, 173 pages.
- CORTRIGHT, David, *Peace. A History of Movements and Ideas*, Cambridge, C.U.P., 2008, 376 pages.
- COUTAU-BEGARIE, Hervé, *Traité de stratégie*, 7^{ème} éd., Paris, Economica, coll. « Bibliothèque Stratégique », 2011, 1200 pages.
- CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2019, 785 pages.
- CRAWFORD, Emily, PERT, Alison, *International Humanitarian Law*, 1^{ère} éd., Cambridge, C.U.P., 2015, 301 pages.
- CREASY, Edward S., *First Platform of International Law*, Londres, John van Voorst, 1876, 710 pages.
- CROSSLAND, James, *War, Law and Humanity. The Campaign to Control Warfare, 1853-1914*, Londres, Bloomsbury, 2018, 256 pages.
- CROWE, Jonathan, WESTON-SCHEUBER, Kylie, *Principles of International Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2013, 198 pages.
- CUMIN, David, *Le droit de la guerre. Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, 1^{ère} éd., vol. 1, Paris, L'Harmattan, coll. « Droit comparé », 2015, 492 pages.
- , *Le droit de la guerre. Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, 1^{ère} éd., vol. 2, Paris, L'Harmattan, coll. « Droit comparé », 2015, 792 pages.
- , *Stratégies militaires contemporaines*, Paris, Ellipses, 2020, 240 pages.

CURTI, Merle E., *The American Peace Crusade, 1815-1860*, New York, Octagon Books, 1965, 250 pages.

– D –

- DAHN, Felix, *Das Kriegsrecht. Kurze volksthümliche Darstellung für jedermann, zumal für den deutschen Soldaten*, Würzburg, Stuber's, 1870, 62 pages.
- DARACK, Ed, *Victory Point: Operations Red Wings and Whalers. The Marine Corps' Battle for Freedom in Afghanistan*, New York, Berkley Caliber, 2009, 316 pages.
- D'ASPREMONT, Jean, HEMPTINNE, Jérôme de, *Droit international humanitaire*, Paris, Pedone, coll. « Études internationales », 2012, 508 pages.
- DAUDET, Léon, *La guerre totale*, Paris, Nouvelle Librairie Nationale, 1918, 254 pages.
- DAVID, Charles-Philippe, SCHMITT, Olivier, *La guerre et la paix. Approches et enjeux de la sécurité et de la stratégie*, 4^{ème} éd., Paris, Presses de Sciences Po, 2020, 568 pages.
- DAVID, Éric, *Principes de droit des conflits armés*, 6^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit international », 2019, 1412 pages.
- DEBENEDETTI, Charles, *The Peace Reform in American History*, Bloomington, Indiana University Press, 1980, 245 pages.
- DEBUF, Els, *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, préf. A. CLAPHAM, Paris/Oxford/Portland, Pedone/Hart, 2013, 619 pages.
- DELMAS, Phillippe, *Le bel avenir de la guerre*, Paris, Gallimard, 1995, 283 pages.
- DEPTULA, Dave A., *Effects-Based Operations: Change in the Nature of Warfare*, Arlington, Aerospace Education Foundation, coll. « Defense and Airpower », 2001, 32 pages.
- DESCOLA, Phillippe, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005, 640 pages.
- DESPAGNET, Frantz, BOECK, Charles de, *Cours de droit international public*, 4^{ème} éd., Paris, Sirey, 1910, 1430 pages.
- DESPORTES, Vincent, *Comprendre la guerre*, 2^{ème} éd., préf. Y. CRENE, Paris, Economica, coll. « Stratégies & Doctrines », 2017, 399 pages.
- DETTER, Ingrid, *The Law of War*, 2^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2000, 516 pages.
- DEWULF, Steven, *The Signature of Evil. (Re)Defining Torture in International Law*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011, 617 pages.
- DICEY, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^{ème} éd., Londres, MacMillan, 1915, 577 pages.
- DINSTEIN, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, 1^{ère} éd., Cambridge, C.U.P., 2009, 303 pages.
- , *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, C.U.P., 1^{ère} éd., 2004, 275 pages.
- , *War, Aggression and Self-Defence*, 5^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2011, 375 pages.
- , *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 4^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2022, 358 pages.
- DODGE, David L., *War Inconsistent with the Religion of Jesus Christ*, préf. E. D. MEAD, Boston, Ginn & Cie., 1905 [1815], 168 pages.
- DOUHET, Giulio, *The Command of the Air*, trad. D. FERRARI, Maxwell Air Force Base, Air University Press, 2019 [1921], 362 pages.

DRAZEWSKA, Berenika, *Military Necessity in International Cultural Heritage Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, coll. « International Humanitarian Law Series », 2022, 365 pages.

DUDANT, Jean-Baptiste, *La conservation de l'État en droit international*, Paris, Pedone, coll. « Publication de la Revue générale de droit international public », 2025, 600 pages.

DYMOND, Jonathan, *An Inquiry into the Accordancy of War with the Principles of Christianity*, 3ème éd., Philadelphie, W. Brown, 1834, 190 pages.

– E –

ECHEVARRIA II, Antulio J., *Clausewitz and Contemporary War*, Oxford, O.U.P., 2007, 220 pages.

EDWARDS, Henry S., *The Germans in France. Notes on the Method and Conduct of the Invasion; the Relations Between Invaders and Invaded; and the Modern Usages of War*, Londres, E. Stanford, 1874, 351 pages.

ELLUL, Jacques, *L'illusion politique. Essai*, Paris, Robert Laffont, 1965, 265 pages.

– F –

FAUCHILLE, Paul, *L'évacuation des territoires occupés par l'Allemagne dans le Nord de la France*, Paris, Sirey, coll. « Pour la défense du droit international », 1917, 60 pages.

FAUCHILLE, Paul, BONFILS, Henri, *Traité de droit international public*, 8ème éd., vol. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1921, 1095 pages.

FEINBERG, Nathan, *The Legality of a "State of War" After the Cessation of Hostilities Under the Charter of the United Nations and the Covenant of the League of Nations*, Jerusalem, Magnus Press, 1961, 86 pages.

FENWICK, Charles G., *International Law*, 3ème éd., New York, Appleton-Century-Crofts, 1948, 744 pages.

FOIRE, Pasquale, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, 1ère éd., vol. 3, trad. P. PRADIER-FODERE, Paris, 1868 [1865], 781 pages.

—, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, 2ème éd., vol. 3, trad. C. ANTOINE, Paris, Pedone-Lauriel, 1886, 781 pages.

—, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, trad. A. CHRETIEN, Paris, Chevalier-Maresq, 1890, 610 pages.

FISHER, David, *Morality and War. Can War be Just in the Twenty-first Century?*, Oxford, O.U.P., 2011, 303 pages.

FIELD, David D. *Association pour la réforme et la codification du droit des gens. Son histoire et son but*, Paris, Kugelmann, 1875, 12 pages.

—, *Projet d'un code international*, trad. A. ROLIN, Paris/Gand, Pedone-Lauriel/A. Hoste, 1881 [1872], 800 pages.

FROUVILLE, Olivier de, CHAUMETTE, Anne-Laure, *Droit international pénal. Sources, incriminations, responsabilité*, Paris, Pedone, 2012, 523 pages.

FULLER, John F. C. *The Reformation of War*, Londres, Hutchinson & Co, 1923, 285 pages.

FUNCK-BRENTANO, Théophile, SOREL, Albert, *Précis du droit des gens*, Paris, Plon, 1877, 528 pages.

– G –

- GALULA, David, *Counterinsurgency Warfare: Theory and Practice*, préf. John A. NAGL, Westport/Londres, Praeger Security International, coll. « PSI Classics of the Counterinsurgency Era », 2006 [1964], 106 pages.
- GARDAM, Judith, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, C.U.P., 2004, 259 pages.
- GARNER, James W., *International Law and the World War*, vol. 1, Londres, Longmans, Green & Co., 1920, 524 pages.
- , *International Law and the World War*, vol. 2, Londres, Longmans, Green & Co., 1920, 534 pages.
- GASSER, Hans-Peter, *International Humanitarian Law. An Introduction*, Berne, Haupt, 1993, 92 pages.
- GATES, David, *Warfare in the Nineteenth Century*, Hounds Mills/New York, Palgrave, coll. « European History in Perspective », 2001, 205 pages.
- GAUCHET, Marcel, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 2005 [1985], 480 pages.
- GAULLE, Charles de, *Le fil de l'épée*, Paris, Perrin, coll. « Tempus », 2010 [1932], 146 pages.
- GERE, François, WEDIN, Lars, *L'Homme, la Politique et la Guerre*, Paris, Nuvis, 2017, 356 pages.
- GILLEPSIE, Alexander, *A History of the Laws of War*, Oxford/Portland, Hart, 2011, vol. 1, 264 pages.
- , *A History of the Laws of War*, Oxford/Portland, Hart, 2011, vol. 2, 324 pages.
- GLENN, Edwin F., *Hand-Book of International Law*, Saint Paul, West Publishing, 1895, 478 pages.
- GOYA, Michel, *S'adapter pour vaincre. Comment les armées évoluent*, Paris, Perrin, coll. « Tempus », 2023, 480 pages.
- , *Sous le feu. La mort comme hypothèse de travail*, Paris, Tallandier, coll. « Texto », 2019, 272 pages.
- GRAEBER, David, *Bureaucratie*, trad. F. CHELMA et P. CHELMA, Paris, Actes Sud, coll. « Babel », 2017, 304 pages.
- GRANGE, Ninon, *L'urgence et l'effroi. L'état d'exception, la guerre et les temps politiques*, Lyon, ENS Éditions, coll. « La croisée des chemins », 2018, 406 pages.
- GREEN, Leslie C. *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2^{ème} éd., Manchester, Manchester University Press, coll. « Melland Schill Studies in International Law », 2000, 393 pages.
- GREENE, Alan, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law. Constitutions in an Age of Crisis*, Londres, Hart, coll. « Hart Studies in Security and Justice », 2018, 224 pages.
- GREENSPAN, Morris, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkley/Los Angeles, University of California Press, 1959, 724 pages.
- GROSS, Michael L., *Moral Dilemmas of Modern War. Torture, Assassination, and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict*, Cambridge, C.U.P., 2010, 321 pages.
- GROSS, Oren, NÍ AOLÁIN, Fionnuala, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, C.U.P., coll. « Cambridge Studies in International and Comparative Law », 2006, 481 pages.
- GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. 1, trad. P. PRADIER-FODERE, Paris, Guillaumin & Cie., 1866 [1621], 580 pages.

GUELLE, Jules, *Droit international. La guerre continentale et les personnes*, Paris, Librairie militaire de J. Dumaine, 1881, 256 pages.

—, *Précis des lois de la guerre sur terre. Commentaire pratique à l'usage des officiers de l'armée active, de la réserve et de la territoriale*, Paris, Pedone-Lauriel, 1884, 296 pages.

— H —

HALL, William E., *International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1880, 743 pages.

—, *A Treatise on International Law*, 4^{ème} éd., Oxford, Clarendon Press, 1895, 791 pages.

—, *A Treatise on International Law*, 5^{ème} éd., Oxford, Clarendon Press, 1904, 764 pages.

HALLECK, Henry W., *International Law; or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, 1^{ère} éd., San Francisco, H. H. Bancroft & Co., 1861, 907 pages.

HAQUE, Adil A., *Law and Morality at War*, Oxford, O.U.P., coll. « Oxford Legal Philosophy », 2017, 285 pages.

HARLEY, Lewis R., *Francis Lieber. His Life and Political Philosophy*, New York, Columbia University Press, 1899, 213 pages.

HARMAN, Gilbert, *The Nature of Morality. An Introduction to Ethics*, New York, O.U.P., 1977, 192 pages.

HARMAN, Gilbert, THOMSON, Judith J., *Moral Relativism and Moral Objectivity*, Cambridge/Oxford, Blackwell, coll. « Great Debates in Philosophy », 1996, 240 pages.

HARRIS, Arthur, *Bomber Offensive*, préf. N. ASSHETON, Toronto, Stoddart, 1990 [1947], 288 pages.

HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., coll. « Clarendon Law Series », 1994, 315 pages.

HARTMANN, Julius von, *Kritische Versuche 2. Militärische Notwendigkeit und Humanität*, Berlin, von Gebrüder, 1878, 140 pages.

HAYASHI, Nobuo, *Military Necessity: The Art, Morality and Law of War*, Cambridge, C.U.P., 2020, 424 pages.

HEFFTER, August W., *Le droit international public de l'Europe*, 3^{ème} éd., trad. J. BERGSON, Berlin/Paris, Schroeder/Cotillon, 1857, 491 pages.

HEILBORN, Paul, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den Völkerrechtlichen*, Berlin, Springer, 1896, 417 pages.

HEMEZ, Rémy, *Les opérations de déception. Ruses et stratagèmes de guerre*, Paris, Perrin, 2022, 412 pages.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Paris, Seuil, coll. « Le compte à rebours », 2022, 216 pages.

HENROTIN, Joseph, *L'Airpower au 21^e siècle. Enjeux et perspectives de la stratégie aérienne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 584 pages.

HENRY, Étienne, *Le principe de nécessité militaire. Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, préf. G. DiSTEFANO, R. KOLB, Paris, Pedone, 2016, 827 pages.

HERSHEY, Amos S., *The Essentials of Public International Law*, 2^{ème} éd., New York, MacMillan, 1919, 558 pages.

- HEUSCHLING, Luc, *Etat de droit - Rechtsstaat - Rule of Law*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, 739 pages.
- HIPPLER, Thomas, *Le gouvernement du ciel. Histoire globale des bombardements aériens*, Paris, Les Prairies ordinaires, coll. « Essais », 2014, 272 pages.
- HOBES, Thomas, *Léviathan, ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, préf. et trad. G. MAIRET, Paris, Gallimard, coll. « Folios Essais », 2000 [1651], 1027 pages.
- HOBSBAWM, Eric J., *L'ère du capital. 1848-1875*, trad. E. DIACON, Paris, Fayard, coll. « Pluriel », 2010 [1975], 463 pages.
- HOLEINDRE, Jean-Vincent, *La ruse et la force. Une autre histoire de la stratégie*, Paris, Perrin, 2017, 468 pages.
- HOLLAND, Thomas E., *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, Oxford, Clarendon, 1908, 68 pages.
- HOPGOOD, Stephen, *The Endtimes of Human Rights*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 2013, 255 pages.
- HOWARD, Michael, *The Franco-Prussian War*, préf. B. TAITHE, Londres/New York, Routledge, coll. « Routledge Classics », 2021 [1961], 525 pages.
- HOWARD-ELLIS, Charles, *The Origin, Structure and Working of the League of Nations*, Londres, George Allen & Unwin, 1928, 528 pages.
- HULL, Isabel V., *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca, Cornell University Press, 2004, 284 pages.
- , *A Scrap of Paper. Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca, Cornell University Press, 2014, 368 pages.
- HUNTINGTON, Samuel P., *The Soldier and the State. The Theory and Politics of Civil-Military Relations*, Harvard, Harvard University Press, 1959, 560 pages.
- HUTCHINSON, John F., *Champions of Charity. War and the Rise of the Red Cross*, Boulder/Oxford, Westview Press, 1996, 448 pages.
- HYDE, Charles C., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, Boston, Little Brown, 1922, 832 pages.
- , *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 2, Boston, Little Brown, 1922, 925 pages.

— J —

- JOHNSON, James T., *Can Modern War Be Just?*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1984, 221 pages.
- JONES, Craig, *The War Lawyers. The United States, Israel, and Juridical Warfare*, Oxford, O.U.P., 2020, 360 pages.
- JULIEN, Charles-André, *Histoire de l'Algérie contemporaine*, vol. 1, Paris, P.U.F., 1964, 631 pages.
- JÜNGER, Ernst, *A German Officer in Occupied Paris. The War Journals, 1941-1945*, trad. T. S. HANSEN et A. J. HANSEN, préf. E. NEAMAN, New York, Columbia University Press, coll. « European Perspectives », 2019 [1979], 462 pages.

— K —

- KALDOR, Mary, *New & Old Wars. Organised Violence in a Global Era*, 3^{ème} éd., Cambridge, Polity Press, 2012, 268 pages.

- KALMANOVITZ, Pablo, *The Laws of War in International Thought*, Oxford, O.U.P., coll. « The History and Theory of International Law », 2020, 173 pages.
- KALSHOVEN, Frits, ZEGVELD, Liesbeth, *Constraints on the Waging of War. An Introduction to International Humanitarian Law*, 4^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2011, 295 pages.
- KANT, Immanuel, *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*, trad. A. PHILONENKO, préf. M. VILLEY, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2011 [1797], 408 pages.
- KEEN, Maurice, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, Londres/New York, Routledge, coll. « Military and Naval History », 1965, 291 pages.
- KELLMAN, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1987, 360 pages.
- KELSEN, Hans, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, 2^{ème} éd., trad. C. EISENMANN, préf. P. RAYNAUD, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004 [1932], 121 pages.
- , *Law and Peace in International Relations*, Cambridge, Harvard University Press, 1942, 181 pages.
- , *Peace Through Law*, Chapel Hill, North Carolina University Press, 1944, 155 pages.
- , *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. C. EISENMANN, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 1962 [1960], 376 pages.
- KENNAN, George F., *American Diplomacy, 1900-1950*, Chicago/Londres, Chicago University Press, 1951, 154 pages.
- KENNEDY, David, *The Dark Side of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2004, 400 pages.
- , *Of War and Law*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2006, 191 pages.
- , *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 294 pages.
- KERVEGAN, Jean-François, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 2001, 336 pages.
- KINSELLA, Helen M., *The Image Before the Weapon. A Critical History of the Distinction Between Combatant and Civilian*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 2011, 272 pages.
- KLÜBER, Johann L., *Droit des gens modernes de l'Europe*, vol. 2, Paris, J.-P. Aillaud, 1831, 296 pages.
- KOHLER, Josef, *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, Berlin, Walther Rotschlid, 1915, 39 pages.
- KOLB, Robert, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, 2^{ème} éd., Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, coll. « Droit international public », 2009, 565 pages.
- , *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, 2^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, coll. « Droit international public », 2009, 449 pages.
- , *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, coll. « Elgar Advanced Introductions », 2014, 274 pages.
- KOLB, Robert, HYDE, Richard, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford/Portland, Hart, 2008, 348 pages.

- KOLB, Robert, TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris, Pedone, coll. « Ouvertures internationales », 2007, 158 pages.
- KOSKENNIEMI, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, 2^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2005, 683 pages.
- , *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, C.U.P., coll. « Hersch Lauterpacht Memorial Lectures », 2004, 569 pages.
- KOUHENE, Mohamed El, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, 2^{ème} éd., préf. H. BIN TALAL, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, coll. « Nijhoff Classics in International Law », 2017, 305 pages.
- KNIERIEM, August von, *The Nuremberg Trials*, Washington, H. Regnery Co., 1959, 561 pages.
- KUNZ, Josef, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, Berlin, Springer, 1935, 335 pages.

— L —

- LADD, William, *Essay on a Congress of Nations*, Boston, Whipple & Damrell, 1840, 192 pages.
- LANDA, Nicasio de, *El derecho de la guerra conforme a la moral*, 3^{ème} éd., Pampelune, J. Lorda, 1877, 336 pages.
- LASSON, Adolf, *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, Wilhelm Hertz, 1871, 195 pages.
- LAUN, Rudolf, *Haager Landkriegsordnung. Das Übereinkommen über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs*, 4^{ème} éd., Hanovre, Wolfenbütteler Verlagsanstalt, 1948, 97 pages.
- LAUTERPACHT, Hersch, *Oppenheim's International Law*, vol. 2, Londres, Longmans, Green & Co, 1940, 766 pages.
- LAWRENCE, Thomas J., *The Principles of International Law*, 1^{ère} éd., Boston, D. C. Heath & Co., 1895, 645 pages.
- , *The Principles of International Law*, 4^{ème} éd., Boston, D.C. Heath & Co., 1910, 745 pages.
- , *The Society of Nations. Its Past, Present and Possible Future*, 1^{ère} éd., New York, O.U.P., 1919, 194 pages.
- LEMMONIER, Charles, *Les États-Unis d'Europe*, Paris, Bibliothèque démocratique, 1872, 191 pages.
- , *Formule d'un traité d'arbitrage entre nations*, Paris, Fischerbacher, 1878, 28 pages.
- , *Lettre à MM. les Présidents de la Conférence de Bruxelles*, Paris, Publications de la Ligue internationale de la paix et de la liberté, 1875, 10 pages.
- LENTNER, Ferdinand, *Das Recht im Kriege. Kompendium des Völkerrechtes im Kriegsfalle. Dargestellt auf Grund der Brüsseler Deklaration vom 27. August 1874 über die Kriegssatzungen und Kriegsgebräuche*, Vienne, L. W. Seidel & Sohn, 1880, 162 pages.
- LEVINE, Alan J., *The Strategic Bombing of Germany, 1940-1945*, Westport/Londres, Praeger, 1992, 235 pages.
- LEVINSON, Salmon O., *Outlawry of War*, Chicago, American Committee for the Outlawry of War, 1921, 23 pages.

- LIDDELL HART, Basil H., *Strategy*, 2^{ème} éd., Londres, Meridian, 1991 [1967], 426 pages.
- , *Paris; or, the Future of War*, New York, E. P. Dutton & Company, 1925, 86 pages.
- LIEBER, Francis, *Manual of Political Ethics*, 1^{ère} éd., vol. 2, Boston, C. C. Little & J. Brown, 1839, 668 pages.
- LIEBER, Francis, LIEBER, Guido N., *To Save the Country: A Lost Treatise on Martial Law*, New Haven/Londres, Yales University Press, 2019 [date inconnue], 334 pages.
- LISZT, Franz von, *Das Völkerrecht. Systematisch Dargestellt*, 4^{ème} éd., Berlin, O. Häring, 1906, 482 pages.
- LOCKE, John, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. MAZEL, préf. S. GOYARD-FABRE, Paris, Flammarion, coll. « GF », 1984 [1689], 414 pages.
- LORDON, Frédéric, *Capitalisme, désir et servitude. Marx et Spinoza*, Paris, La Fabrique, 2010, 216 pages.
- , *Imperium. Structures et affects des corps politiques*, Paris, La Fabrique, 2015, 358 pages.
- , *La condition anarchique*, Paris, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2018, 278 pages.
- LORIMER, James, *The Institutes of the Law of Nations. A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, vol. 2, Édimbourg/Londres, W. Blackwood, 1884, 680 pages.
- LUDENDORFF, Erich, *La guerre totale*, préf. B. LEMAY, Paris, Perrin, 2010 [1937], 287 pages.
- LUEDER, Carl, *Der neueste Codifications-Versuch auf dem Gebiete Völkerrechts. Kritisch Bemerkungen zu den russischen Vorschlägen für den auf den 27. Juli 1874 nach Brüssel einberufenen internationalen Congress*, Erlangen, A. Deichert, 1874, 47 pages.
- , *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, Erlangen, E. Besold, 1876, 414 pages.

— M —

- MAINE, Henry S., *Le droit international. La guerre*, Paris, Ernest Thorin, 1890, 312 pages.
- MALEŠEVIĆ, Siniša, *The Sociology of War and Violence*, Cambridge, C.U.P., 2010, 363 pages.
- , *The Rise of Organised Brutality. A Historical Sociology of Violence*, Cambridge, C.U.P., 2017, 346 pages.
- MANN, Michael, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge, C.U.P., 2005, 580 pages.
- MANNING, William O., AMOS, Sheldon, *Commentaries on the Law of Nations*, Londres, H. Sweet, 1875, 520 pages.
- MARTENS, Fiodor F., *Traité de droit international*, vol. 1, Paris, A. Marescq, 1883, 567 pages.
- , *Traité de droit international public*, vol. 3, Paris, Librairie Maresque Ainé, 1887, 498 pages.
- , *La guerre et la paix*, trad. N. DE SANCE, Paris, Rousseau, 1901, 553 pages.
- MARTENS, Georg F. von, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, vol. 2, Göttingen, J. C. Dietrich, 1789, 237 pages.

- MARTINEAU, Anne-Charlotte, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, 471 pages.
- MASSIE, Robert K., *Dreadnought: Britain, Germany, and the Coming of the Great War*, New York, Random House, 1991, 1007 pages.
- MATTEI, Jean-Mathieu, *Histoire du droit de la guerre (1700-1819). Introduction à l'histoire du droit international*, 2 vol., préf. P. HAGGEMACHER, Aix-en-Provence, P.U.A.M., coll. « Histoire du droit », 2006, 1239 pages.
- MCCLINTOCK, Michael, *Instruments of Statecraft. U.S. Guerilla Warfare, Counter-Insurgency and Counter-Terrorism, 1940-1990*, New York, Pantheon Books, 604 pages.
- McMAHAN, Jeff, *Killing in War*, Oxford, Clarendon Press, coll. « Uehiro Series in Practical Ethics », 2009, 264 pages.
- MCNAIR, Arnold D., *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 790 pages.
- MELZER, Nils, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, O.U.P., coll. « Oxford Monographs in International Law », 2008, 468 pages.
- MERIGNHAC, Alexandre, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899*, préf. F. F. MARTENS, Paris, Chevalier-Marescq, 1903, 412 pages.
- , *Les théories du grand état-major allemand sur les lois de la guerre continentales*, Paris, Pedone, 1907, 47 pages.
- , *La guerre économique allemande*, Paris, Sirey, coll. « Pour la défense du droit international », 1919, 92 pages.
- MEURER, Christian, *Die Haager Friedenskonferenz*, vol. 2, Munich, J. Schweitzer, 1907, 689 pages.
- MEYROWITZ, Henri, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970, 418 pages.
- MIALLE, Michel, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, coll. « Textes à l'appui », 1976, 388 pages.
- MILES, James B., *Association for the Reform and Codification of the Law of Nations. A Brief Sketch of its Formation*, Paris, E. Brière, 1875, 15 pages.
- MILLARD, Eric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006, 136 pages.
- MITCHELL, James E., *Enhanced Interrogation. Inside the Minds and Motives of the Islamic Terrorists Trying to Destroy America*, New York, Crown Forum, 2016, 320 pages.
- MOLTKE, Helmuth von, *La guerre de 1870*, 8^{ème} éd., trad. E. JAEGLE, Paris, Librairie H. le Soudier, 1891, 499 pages.
- MORIN, Achille, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, vol. 1, Paris, L.G.D.J., 1872, 576 pages.
- , *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, vol. 2, Paris, L.G.D.J., 1872, 598 pages.
- MONOD, Jean-Claude, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, Paris, La Découverte, coll. « Poche », 2016, 208 pages.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. 1, Paris, 1824 [1748], 430 pages.
- MOTTE, Martin, SOUTOU, Georges-Henri, LESPINOIS Jérôme de, et al., *La mesure de la force. Traité de stratégie de l'École de guerre*, 3^{ème} éd., Paris, Tallandier, coll. « Texto », 2018, 480 pages.

- MOYN, Samuel, *Humane. How the United States Abandoned Peace and Reinvented War*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2021, 416 pages.
- MOYNIER, Gustave, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Paris, Joël de Cherbuliez, 1870, 376 pages.
- , *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, Genève, Ch. Eggimann & Cie., 1895, 123 pages.
- MOYNIER, Gustave, APPIA, Louis, *La guerre et la charité. Traité théorique et pratique de philanthropie appliquée aux armées en campagne*, Genève/Paris, Cherbuliez, 1867, 401 pages.
- MUELLER, John E., *The Remnants of War*, Ithaca, Cornell University Press, coll. « Cornell Studies in Security Affairs », 2007, 272 pages.
- , *Retreat from Doomsday. The Obsolescence of Major War*, New York, Basic Books, 1989, 327 pages.
- MULINEN, Frédéric de, *Handbook of the Law of War for Armed Forces*, Genève, CICR, 1987, 252 pages.
- MÜLLER, Jan-Werner, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2003, 295 pages.

— N —

- NEFF, Stephen C., *War and the Law of Nations. A General History*, Cambridge, C.U.P., 2005, 443 pages.
- NEOCLEOUS, Mark, *The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power*, 1^{ère} éd., Londres, Pluto Press, 2000, 160 pages.
- , *Critique of Security*, Edimbourg, Edinburgh University Press, 2008, 247 pages.
- NEUMANN, Franz L., *The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*, préf. H. MARCUSE, Londres, The Free Press of Glencoe, 1957, 303 pages.
- NIPPOLD, Otfried, *The Development of International After the World War*, trad. A. S. HERSEY, Oxford, Clarendon Press, 1923, 241 pages.

— O —

- OBERLEITNER, Gert, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Policy, Practice*, Cambridge, C.U.P., 2015, 412 pages.
- O'BRIEN, William, *War and/or Survival*, New York, Doubleday & Cie, 1969, 289 pages.
- , *The Conduct of Just and Limited War*, New York, Praeger, coll. « Praeger Scientific », 1981, 495 pages.
- OHLIN, Jens D., MAY, Larry, *Necessity in International Law*, Oxford, O.U.P., 2016, 280 pages.
- O'MARA, Shane, *Why Torture doesn't Work. The Neuroscience of Interrogation*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2015, 336 pages.
- OPPENHEIM, Lassa, *International Law. A Treatise*, 1^{ère} éd., vol. 1, Londres, Longmans, Green & Co., 1905, 610 pages.
- , *International Law. A Treatise*, 1^{ère} éd., vol. 2, Londres, Longmans, Green & Co., 1906, 595 pages.

- , *International Law. A Treatise*, 2^{ème} éd., vol. 2, Londres, Longmans, Green & Co., 1912, 711 pages.
- , *The Future of International Law*, Oxford, Clarendon Press, coll. « Pamphlet Series of the Carnegie Endowment for International Peace », 1921, 68 pages.
- OREND, Brian, *The Morality of War*, 2^{ème} éd., Peterborough, Broadview Press, 2013, 344 pages.
- OSGOOD, Robert E., *Limited War. The Challenge to American Strategy*, Chicago, Chicago University Press, 1957, 315 pages.
- OVERY, Richard, *The Bombing War. Europe 1939-1945*, Londres, Penguin, 2014, 880 pages.

— P —

- PACIFICUS, Philo [WORCESTER, Noah], *A Solemn Review of the Custom of War*, Boston, American Peace Society, 1904 [1814], 22 pages.
- PAPE, Robert A., *Bombing to Win: Air Power and Coercion in War*, Ithaca, Cornell University Press, coll. « Cornell Studies in Security Affairs », 1996, 408 pages.
- PARKER, Geoffrey, *La révolution militaire. La guerre et l'essor de l'Occident, 1500-1800*, trad. J. JOBA, Paris, Folio, coll. « Histoire », 2013 [1988], 448 pages.
- PATTERSON, David S., *Toward a Warless World. The Travail of the American Peace Movement, 1887-1914*, Bloomington/Londres, Indiana University Press, 1976, 339 pages.
- PECQUEUR, Charles, *De la paix, de son principe, et de sa réalisation*, préf. M. VILLENAVE, Paris, Capelle, 1840, 456 pages.
- PETERSON, Clayton, *De la logique des obligations, des permissions et des interdictions. De von Wright à aujourd'hui*, Montréal, Presses Universitaires de Montréal, 2016 [1985], 268 pages.
- PHILLIMORE, Robert, *Commentaries upon International Law*, 1^{ère} éd., vol. 3, Londres, William G. Benning & Co., 1857, 904 pages.
- , *Commentaries upon International Law*, 2^{ème} éd., vol. 3, Londres, Butterworths, 1873, 964 pages.
- PHILLIPSON, Coleman, *Wheaton's Elements of International Law*, 5^{ème} éd., préf. F. POLLOCK, New York, Stevens & Sons, 1916, 901 pages.
- PICTET, Jean, *Développement et principes du droit international humanitaire. Cours donné en juillet 1982 à l'Université de Strasbourg dans le cadre de la Session d'enseignement organisée par l'Institut international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, coll. « Institut international des droits de l'Homme », 1983, 117 pages.
- PILLET, Antoine, *Le Droit de la guerre. Conférences faites aux officiers de la garnison de Grenoble*, vol. 1, Paris, Rousseau, 1892, 304 pages.
- , *Les lois actuelles de la guerre*, Paris, Arthur Rousseau, 1898, 456 pages.
- , *La guerre actuelle et le droit des gens*, Paris, Pedone, 1916, 131 pages.
- , *Les Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907. Étude juridique et critique*, Paris, Pedone, 1918, 274 pages.
- , *La Guerre et le Droit. Leçons données à l'Université de Louvain en 1921*, Louvain, A. Uystruyt-Dieudonné, 1922, 159 pages.
- PINKER, Steven, *The Better Angels of Our Nature. A History of Violence and Humanity*, Londres, Penguin, 2012, 1056 pages.

- POJMAN, Louis P., FIESER, James, *Ethics. Discovering Right and Wrong*, 8^{ème} éd., Boston, Cengage Learning, 2017, 261 pages.
- POSNER, Richard A., *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, O.U.P., 2006, 208 pages.
- PRADIER-FODERE, Paul, *Traité de droit international public européen et américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, vol. 1, Paris, Pedone-Lauriel, 1885, 641 pages.
- , *Traité de droit international public européen et américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, vol. 6, Paris, Pedone-Lauriel, 1885, 1174 pages.
- PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, C.U.P., coll. « Cambridge Studies in International and Comparative Law », 2002, 418 pages.

— Q —

- QUINTIN, Anne, *The Nature of International Humanitarian Law. A Permissive or Restrictive Regime?*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, coll. « Elgar International Law », 2020, 360 pages.

— R —

- RALSTON, Jackson H., *Democracy's International Law*, Washington D.C., John Byrne & Co., 1922, 165 pages.
- RAWLS, John, *The Law of Peoples, with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1999, 199 pages.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2009, 340 pages.
- RENAULT, Louis, *La guerre et le droit des gens au XX^e siècle*, Paris, Institut de France, 1914, 27 pages.
- , *Les Premières Violations du Droit des Gens par l'Allemagne : Luxembourg et Belgique*, Paris, Sirey, coll. « Pour la défense du droit international », 1917, 87 pages.
- RHODES, Richard, *The Making of the Atom Bomb*, 2^{ème} éd., New York, Simon & Schuster, 2012, 838 pages.
- RIEPL, Michael, *Russian Contributions to International Humanitarian Law. A Contrastive Analysis of Russia's Historical Role and its Current Practice*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 407 pages.
- RIQUELME, Antonio, *Elementos de derechos público internacional*, Madrid, D. S. Saunaque, 1849, 528 pages.
- RIVIER, Alphonse, *Principes du droit des gens*, vol. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1896, 501 pages.
- , *Lehrbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, F. Enke, 1899, 469 pages.
- ROBIN, Marie-Monique, *Escadrons de la mort, l'école française*, Paris, La Découverte, coll. « Essais », 2008, 462 pages.
- RODICK, Burleigh C., *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York, Columbia University Press, 1928, 195 pages.
- ROLIN, Alberic, *Le droit moderne de la guerre*, vol. 1, Bruxelles, A. Dewit, 1920, 586 pages.

- ROLIN-JAEQUEMYNS, Gustave, *Second essai sur la guerre franco-allemande dans ses rapports avec le droit international*, Gand, I.-S. van Dooselaere, 1871, 102 pages.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, préf. B. BERNARDI, Paris, Flammarion, coll. « GF », 2012 [1762], 256 pages.
- ROYSE, Morton W., *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, New York, Harold Vinal, 1928, 257 pages.
- RUBENSTEIN, Jérémie, *Terreur et séduction. Une histoire de la doctrine de la « guerre révolutionnaire »*, Paris, La Découverte, 2022, 331 pages.
- RÜSTOW, Wilhelm von, *Kriegspolitik und Kriegsgebrauch. Studien und Betrachtungen*, Zurich, F. Schultess, 1876, 328 pages.

– S –

- SAINT-BONNET, François, *L'état d'exception*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, 400 pages.
- SASSOLI, Marco, *International Humanitarian Law. Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 1^{ère} éd., Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2019, 741 pages.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, coll. « Clarendon Law Series », 1991, 247 pages.
- SCHEUERMAN, William E., *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, M.I.T. Press, coll. « Studies in Contemporary German Social Thought », 1994, 331 pages.
- SCHINLDER, Dietrich, TOMAN, Jiří, *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, 4^{ème} éd., Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, 1493 pages.
- SCHMALZ, Theodor A. H., *Le droit des gens européen*, trad. L. DE BOHM, Paris, N. Maze, 1823, 305 pages.
- SCHMITT, Carl, *La dictature*, trad. M. FÖLLER, D. SEGLARD, préf. J.-C. MONOD, Paris, Seuil, coll. « Point Essais », 2015 [1921], 512 pages.
- , *Théorie de la Constitution*, trad. L. DEROCHE, préf. O. BEAUD, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige », 1993 [1928], 576 pages.
- , *La notion de politique*, trad. M.-L. STEINHAUSER, préf. J. FREUND, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1992 [1932], 323 pages.
- , *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, 2^{ème} éd., trad. et préf. G. SCHWAB, Chicago, Chicago University Press, 2005 [1934], 116 pages.
- SCOTT, George W., GARNER, James W., *The German War Code. Contrasted with The War Manuals of the United States, Great Britain, and France*, Washington, The Committee on Public Information, coll. « War Information Series », 1918, 15 pages.
- SOLIS, Gary D., *The Law of Armed Conflict. International Humanitarian Law in War*, 1^{ère} éd., Cambridge, C.U.P., 2010, 743 pages.
- SCHWARZENBERGER, Georg, *A Manual of International Law*, 5^{ème} éd., Londres, Universal, 1967, 701 pages.
- , *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, vol. 2, Londres, Stevens & Sons, 1968, 881 pages.

- SPAIGHT, James M., *War Rights on Land*, préf. F. D. ACLAND, Londres, MacMillan, 1911, 520 pages.
- , *Aircraft in War*, Londres, MacMillan, 1914, 172 pages.
- , *Air Power and War Rights*, Londres, Longmans, Green & Co., 1924, 493 pages.
- STOWELL, Ellery C., *Intervention in International Law*, Washington D.C., J. Byrne & Co., 1921, 558 pages.
- STRUSS, Karl, *Das Internationale Landkriegsrecht*, Frankfort, J. Baer & Co., 1914, 252 pages.
- , *Das völkerrechtliche Delikt*, Berlin, W. Kohlhammer, 1920, 223 pages.
- , *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, préf. A. ALVAREZ, Paris, Arthur Rousseau, 1927, 432 pages.
- SUGANAMI, Hidemi, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, C.U.P., coll. « Cambridge Studies in International Relations », 1989, 248 pages.
- STONE, Julius, *Legal Controls of International Conflict. A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law*, 2^{ème} éd., Londres, Stevens & Sons, 1959, 903 pages.
- STROMBERG, Roland, N., *Redemption by War: The Intellectuals and 1914*, Lawrence, Regents Press of Kansas, 1982, 250 pages.

— T —

- TAFT, William H., *The United States and Peace*, New York, C. Scribner's Sons, 1914, 182 pages.
- TANAKA, Yuki, *Hidden Horrors. Japanese War Crimes in World War II*, préf. J. W. DOWER, Londres/New York, Routledge, coll. « Transitions: Asia and Asian America », 2018 [1996], 304 pages.
- TAYLOR, Charles, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, 601 pages.
- TAYLOR, Telford, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, Toronto/New York/Londres, Bantam Books, 1971, 224 pages.
- TENENBAUM, Élie, *Partisans et centurions. Histoire de la guerre irrégulière au XX^e siècle*, Paris, Perrin, 2018, 522 pages.
- TERREL, Jean, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Seuil, coll. « Points Essais, Philosophie », 2001, 432 pages.
- THENAULT, Sylvie, *Algérie : des « événements » à la guerre. Idées reçues sur la guerre d'indépendance algérienne*, Paris, Le Cavalier Bleu, coll. « Idées reçues », 2012, 208 pages.
- THOMPSON, Robert, *Defeating Communist Insurgency, Experiences from Malaya and Vietnam*, Londres, Chatto & Windus, coll. « Studies in International Security », 1966, 171 pages.
- THÜRER, Daniel, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, La Haye, Brill, coll. « Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye », 2011, 500 pages.
- TOULMIN, Stephen, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, Chicago, Chicago University Press, 1992, 235 pages.
- TREITSCHKE, Heinrich von, *Politics*, vol. 1, trad. B. DUGDALE et T. DE BILLE, préf. A. J. BALFOUR et A. L. LOWELL, New York, MacMillan, 1916 [1897], 406 pages.

- , *Politics*, vol 2, trad. B. DUGDALE et T. DE BILLE, préf. A. J. BALFOUR, Londres, Constables & Coe., 1916 [1897], 643 pages.
- TRINQUIER, Roger, *La guerre moderne*, Paris, La Table Ronde, coll. « L'ordre du jour », 197 pages.
- TROPER, Michel, *La philosophie du droit*, 5^{ème} éd., Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 2018, 123 pages.
- TSAGOURIAS, Nicholas, MORRISON, Alasdair, *International Humanitarian Law. Cases, Materials and Commentary*, 2^{ème} éd., Cambridge, C.U.P., 2023, 450 pages.
- TUCK, Richard, *Philosophy and Government, 1572-1651*, Cambridge, C.U.P., coll. « Ideas in Context », 1993, 386 pages.
- , *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, O.U.P., 1999, 243 pages.
- TWISS, Travers, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*, 1^{ère} éd., vol. 2, Oxford/Londres, Clarendon Press/Longmans Green & Co., 1863, 506 pages.
- , *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*, 2^{ème} éd., vol. 2, Oxford/Londres, Clarendon Press/Longmans, Green & Co., 1875, 620 pages.

— U —

- ULLMAN, Harlan, WADE Jr., James, *Shock & Awe. Achieving Rapid Dominance*, Washington, National Defense University, 1996, 142 pages.
- ULLMANN, Emanuel von, *Völkerrecht*, 2^{ème} éd., vol. 3, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1908, 555 pages.
- UNGER, Robert M., *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975, 341 pages.

— V —

- VAGTS, Alfred, *A History of Militarism: Civilian and Military*, 2^{ème} éd., New York, Free Press, 1959, 582 pages.
- VATTEL, Emer de, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, vol. 1, Londres, [éditeur inconnu], 1758, 541 pages.
- VAUBAN, Sébastien de, *Traité des sièges et de l'attaque des places*, Paris, Librairie pour l'art militaire, 1829, 331 pages.
- VENZKE, Ingo, *How Interpretation Makes International Law. On Semantic Changes and Normative Twists*, Oxford, O.U.P., 2012, 338 pages.
- VERDEBOUT, Agatha, *Rewriting Histories on the Use of Force*, Cambridge, C.U.P., coll. « Cambridge Studies in International and Comparative Law », 2021, 387 pages.
- VERDROSS, Alfred, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanpruch der Staaten*, Berlin, H. R. Engelmann, 1920, 116 pages.
- VERHOEVEN, Joe, *Droit international public*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2013, 856 pages.
- VERRAES, Fernand, *Les lois de la guerre et la neutralité*, vol. 1, Bruxelles, O. Schepens & Cie, 1906, 279 pages.
- VERZIJL, Jan H. W., *Juridical Facts as Sources of International Rights and Obligations*, Leiden, Sijthoff, 1973, 871 pages.

- VIALA, Alexandre, *Philosophie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2019, 263 pages.
- VILLAUME, Nicolas, *L'esprit de la guerre*, Paris, Didier & Cie., 1861, 407 pages.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, préf. S. RIALS, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige Manuels », 2013, 624 pages.
- VIRALLY, Michel, *La pensée juridique*, préf. P.-M. DUPUY et C. LEBEN, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010 [1960], 225 pages.
- VISSCHER, Charles de, *La Belgique et les juristes allemands*, Paris, Payot, 1916, 134 pages.
- , *Théories et réalités en droit international public*, 1^{ère} éd., Paris, Pedone, 1953, 450 pages.
- VOIGT, Rüdiger, *Ausnahmezustand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, coll. « Staatsverständnisse », 2019, 265 pages.

— W —

- WALZER, Michael, *Guerres justes et injustes. Argumentation morale avec exemples historiques*, 2^{ème} éd., trad. S. CHAMBON et A. WICKE, Paris, Belin, coll. « Littérature et politique », 1999 [1992], 494 pages.
- WARDEN III, John A., *The Air Campaign: Planning for Combat*, Potomac, Pickle Partners Publishing, 2014 [1988], 150 pages.
- WEBER, Max, *Économie et société 1. Les catégories de la sociologie*, trad. J. FREUND, P. KAMNITZER, P. BERTRAND *et al.*, Paris, Plon, coll. « Agora », 1971 [1956, 1967], 411 pages.
- , *Gesammelte Politische Schriften*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1958, 621 pages.
- , *Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 2, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976, 587 pages.
- WEHBERG, Hans, *Die Abkommen der Haager Friedenskonferenzen, der Londoner Seekriegskonferenz nebst Genfer Konvention*, Berlin, J. Guttentag, 1910, 270 pages.
- , *Capture in War on Land and Sea*, préf. J. M. ROBERTSON, Londres, P. S. King & Son, 1911, 210 pages.
- WEISS, André, *La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise par l'Allemagne*, Paris, Armand Colin, 1915, 37 pages.
- WESTLAKE, John, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, C.U.P., 1894, 275 pages.
- , *International Law*, 1^{ère} éd., vol. 2, Cambridge, C.U.P., 1907, 334 pages.
- , *International Law*, 2^{ème} éd., vol. 2, Cambridge, C.U.P., 1913, 343 pages.
- WHEATON, Henry, *Elements of International Law*, 3^{ème} éd., Philadelphie, Lea and Blanchard, 1846, 655 pages.
- , *Éléments du droit international*, 5^{ème} éd., vol. 2, Leipzig, F. A. Brockhaus, 1852, 399 pages.
- WHITMAN, James Q., *The Verdict of Battle. The Law and Victory and the Making of Modern War*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2012, 336 pages.
- WIEVIORKA, Olivier, *Histoire totale de la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Perrin, coll. « Synthèses Historiques », 2023, 1072 pages.
- WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Londres/New York, Routledge, 2006 [1985], 272 pages.

- , *Morality. An Introduction to Ethics*, Cambridge, C.U.P., 1993, 98 pages.
- WITT, John F., *Lincoln's Code. The Laws of War in American History*, New York, Free Press, 2013, 512 pages.
- WOOLSEY, Theodore D., *Introduction to the Study of International Law*, 5^{ème} éd., Londres, Sampson Law, Marston, Searle & Rivington, 1879, 526 pages.
- WRIGHT, Quincy, *Research in International Law since the War*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, coll. « Pamphlet series », 1930, 58 pages.
- , *A Study of War*, vol. 2, Chicago, Chicago University Press, 1942, 872 pages.

- Z -

- ZOLO, Danilo, *Cosmopolis. Prospects for World Government*, trad. D. MCKENZIE, Cambridge, Polity Press, 1997, 197 pages.
- ZORN, Albert, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung. Eine kritische Untersuchung*, Berlin, V. Heymanns, 1906, 372 pages.

II. Recueil des cours de l'Académie de droit international (La Haye)

- BOURQUIN, Maurice, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 35, 1931, pp. 1-232.
- KELSEN, Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 14, 1926, pp. 227-327.
- KOLB, Robert, « Le droit international comme corps de "droit privé" et de "droit public" », *R.C.A.D.I.*, vol. 419, 2021, pp. 9-668.
- RÖLING, Bernard V. A., « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », *R.C.A.D.I.*, vol. 100, 1960, pp. 323-456.
- WEHBERG, Hans, « Le problème de la mise de la guerre hors la loi », *R.C.A.D.I.*, vol. 24, 1928, pp. 147-306.

III. Collections d'essais**- A -**

- AGAMBEN, Giorgio, « Le Pouvoir souverain et la vie nue », trad. M. RAIOLA, in G. AGAMBEN, *Homo Sacer. L'intégrale 1997-2015*, Paris, Seuil, coll. « Opus », 2016 [1995], pp. 7-171.
- , « État d'exception », trad. J. GAYRAUD, in G. AGAMBEN, *Homo Sacer. L'intégrale 1997-2015*, Paris, Seuil, coll. « Opus », 2016 [2003], pp. 173-256.

- B -

- BLUNTSCHLI, Johan C., « Lieber's Service to Political Science and International Law », in F. LIEBER, *The Miscellaneous Writings of Francis Lieber*, vol. 2, préf. J. C. BLUNTSCHLI, Philadelphie, J. B. Lippincott & Co., 1881, pp. 7-14

- C -

CARBONNIER, Jean, « Codicille du juste et de l'injuste », in J. CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 4^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1979, pp. 341-347.

– B –

BENJAMIN, Walter, « Sur le concept d'histoire », in W. BENJAMIN, *Sur le concept d'histoire, suivi de Eduard Fuchs, le collectionneur et l'historien et de Paris, La capitale du XIXe siècle*, trad. O. MANNONI, préf. P. BOUCHERON, Paris, Payot & Rivages, coll. « Petite Bibliothèque Payot », pp. 51-83.

BOURDIEU, Pierre, « Esprit d'État. Genèse et structure du champ bureaucratique », in P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994, pp. 99-133.

– J –

JOAS, Hans, « The Dream of Modernity without Violence », in H. JOAS, *War and Modernity*, trad. R. LIVINGSTON, Cambridge, Polity Press, 2003 [2000], pp. 29-42.

– M –

A. T. MAHAN, « The Problem of Asia », in A. T. MAHAN, *The Problem of Asia and its Effect upon International Policies*, Boston, Little, Brown & Co., 1900, pp. 1-146.

—, « Preface », in A. T. MAHAN, *Some Neglected Aspects of War*, Boston, Little, Brown & Co., 1907, pp. vii-xxii.

—, « The Moral Aspect of War », in A. T. MAHAN, *Some Neglected Aspects of War*, Boston, Little, Brown & Co., 1907, pp. 21-53.

—, « The Practical Aspect of War », in A. T. MAHAN, *Some Neglected Aspects of War*, Boston, Little, Brown & Co., 1907, pp. 55-93.

—, « Introduction », in A. T. MAHAN, *Armaments and Arbitration, or The Place of Force in the International Relations of States*, New York/Londres, Harper & Brothers, 1912, pp. 1-14.

—, « Diplomacy and Arbitration », in A. T. MAHAN, *Armaments and Arbitration, or The Place of Force in the International Relations of States*, New York/Londres, Harper & Brothers, 1912, pp. 36-56.

—, « The Deficiencies of Law as an Instrument of International Adjustments », in A. T. MAHAN, *Armaments and Arbitration, or The Place of Force in the International Relations of States*, New York/Londres, Harper & Brothers, 1912, pp. 78-99.

—, « The Place of Force in International Relations », in A. T. MAHAN, *Armaments and Arbitration, or The Place of Force in the International Relations of States*, New York/Londres, Harper & Brothers, 1912, pp. 100-120.

MARX, Karl, « Sur la question juive », trad. J.-F. POIRIER, in D. BENSAÏD, *Sur la question juive*, Paris, La Fabrique, 2006 [1843], pp. 31-73.

MOORE, John B., « Introduction », in J. B. MOORE, *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, New York, MacMillan, 1924, pp. vii-xviii.

—, « International Law and Some Current Illusions », in J. B. MOORE, *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, New York, MacMillan, 1924, pp. 1-39.

- , « Law and Organization », in J. B. MOORE, *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, New York, MacMillan, 1924, pp. 289-315.

— S —

- SIMON, Herbert A., « Rationality and Administrative Decision Making », in H. A. SIMON, *Models of Man: Social and Rational. Mathematical Essays on Rational Human Behavior in Society Setting*, New York, Wiley, 1957, pp. 193-206.

— T —

- TIQQUN, « Introduction à la guerre civile », in TIQQUN, *Contributions à la guerre civile en cours*, Paris, La Fabrique, 2009, pp. 9-103.

- TROPER, Michel, « Le positivisme juridique », in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, pp. 23-44.

- , « Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit », in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, pp. 45-55.

- , « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, pp. 85-94.

- , « La contrainte en droit », in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, pp. 7-18.

- , « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, pp. 99-109.

— W —

- WEBER, Max, « Le métier et la vocation de savant », in M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. J. FREUND, E. FLEISCHMANN, E. DE DAMPIERRE, préf. R. ARON, Paris, Plon, coll. « Bibliothèques 10/18 », 1959 [1919], pp. 71-122.

- , « Le métier et la vocation d'homme politique », in M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. J. FREUND, E. FLEISCHMANN, E. DE DAMPIERRE, préf. R. ARON, Paris, Plon, coll. « Bibliothèques 10/18 », 1959 [1919], pp. 123-222.

- , « The Meaning of Discipline », in M. WEBER, *From Max Weber: Essays in Sociology*, trad. et préf. H. H. GERTH et C. WRIGHT MILLS, New York, O.U.P., 1946, pp. 253-264.

- , « Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive », in M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, trad. et préf. J. FREUND, Paris, Plon, 1965, pp. 325-398.

IV. Contributions à des ouvrages collectifs

— A —

- AKANDE, Dapo, « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts », in E. WILMHURST (dir.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, O.U.P., 2012, pp. 32-79.

- AMBOS, Kai, « Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility », in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, O.U.P., 2012, pp. 1005-1014.
- AMSELEK, Paul, « L'interprétation à tort et à travers », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles/Aix-en-Provence, Bruylant/P.U.A.M., 1995, pp. 11-25.
- , « La part de la science dans l'activité des juristes », in P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Thémis, 2007, pp. 13-34.
- ARIMATSU, Louise, « The Rule of Law in War. A Liberal Project », in R. LIVOJA, T. MCCORMACK (dir.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Londres, New York, Routledge, 2016, pp. 640-654.

— B —

- BAECHLER, Jean, « Présentation », in J. BAECHLER, J.-V. HOLEINDRE, (dir.), *Penseurs de la stratégie*, Paris, Hermann, coll. « L'Homme et la Guerre », 2014, pp. 7-10.
- , « Le raisonnement stratégique et la guerre », in J. BAECHLER, J.-V. HOLEINDRE, (dir.), *Penseurs de la stratégie*, Paris, Hermann, coll. « L'Homme et la Guerre », 2014, pp. 275-292.
- , « L'efficacité guerrière », in J. BAECHLER, C. MALIS. (dir.), *Guerre et technique*, Paris, Hermann, coll. « L'Homme et la Guerre », 2017, pp. 7-30.
- BANKS, William C., « Toward an Adaptative International Humanitarian Law. New Norms for New Battlefields », in W. C. BANKS (dir.), *New Battlefields/Old Laws. Critical Debates on Asymmetric Warfare*, New York, Columbia University Press, coll. « Columbia Studies in Terrorism and Irregular Warfare », 2011, pp. 1-20.
- , « Introduction. Shaping a Global Legal Framework for Counterinsurgency: Placing Postmodern War in Context », in W. C. BANKS (dir.), *Counterinsurgency Law. New Directions in Asymmetric Warfare*, Oxford, O.U.P., coll. « Terrorism and Global Justice », 2013, pp. vii-xxii.
- BANNELIER, Karine, « L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre Mondiale », in T. CHRISTAKIS, K. BANNELIER (dir.), *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 2007, pp. 311-323.
- BARDIES, Laure, « Le raisonnement stratégique », in J. HENROTIN, O. SCHMITT, S. TAILLAT (dir.), *Guerre et stratégie. Approches, concepts*, Paris, P.U.F., 2015, pp. 43-57.
- BAYÓN, Juan Carlos, « Why is Legal Reasoning Defeasible? » in A. SOETEMAN (dir.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001, pp. 327-346.
- BEST, Geoffrey, « The Restraint of War in Historical and Philosophical Perspective », in A. J. M. DELISSEN, G. J. TANJA (dir.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 3-26.
- BOOTHBY, William H., « Weapons Under the Law of Military Operations », in T. D. GILL, D. FLECK (dir.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2ème éd., Oxford, O.U.P., 2015, pp. 332-353.
- BRANCHE, Raphaëlle, « La torture pendant la guerre d'Algérie », in M. HARBI, B. STORA (dir.), *La guerre d'Algérie, 1954-2004. La fin de l'amnésie*, Paris, Laffont, 2004, pp. 381-401.

— C —

- CARON, François, « Principes de la guerre », in T. DE MONTBRIAL, J. KLEIN (dir.), *Dictionnaire de stratégie*, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige – Dicos Poche », 2000, pp. 422-428.
- CASSESE, Antonio, « Justifications and Excuses in International Criminal Law », in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, O.U.P., 2012, pp. 951-957.
- CHETAIL, Vincent, « Droit international général et droit international humanitaire : retour aux sources », in V. CHETAIL (dir.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Organisation internationale et relations internationales », 2013, pp. 13-51.
- CHEVALLIER, Jacques, « Les interprètes du droit », in Y. POIRMEUR, A. BERNARD (dir.), *La Doctrine juridique*, Paris, P.U.F., 1993, pp. 259-282.
- CHICKERING, Roger, « Militarism and Radical Nationalism », in J. RETALLACK (dir.), *Imperial Germany 1871-1919*, Oxford, O.U.P., 2008, pp. 196-218.
- CHILD, John, « The Military Revolution I: The Transition to Modern Warfare », in C. TOWNSHEND (dir.), *The Oxford History of Modern War*, Oxford, O.U.P., 2000, pp. 20-39.
- CLAPHAM, Andrew, GAETA, Paola, « Preface », in A. CLAPHAM, P. GAETA (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, O.U.P., 2014, pp. vii-xii.
- COHEN, Sheldon M., « Morality and the Laws of War », in V. HELD, S. MORGENBESSER, T. NAGEL (dir.), *Philosophy, Morality and International Affairs. Essays edited for the Society for Philosophy and Public Affairs*, New York, O.U.P., 1971, pp. 71-88.
- COUVEINHES-MATSUMOTO, Florian, « État d'urgence au dedans, unilatéralisme au dehors ? », in J.-L. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. MILLARD, (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, coll. « Actualité », 2017, pp. 141-155.

– D –

- DAHO, Grégory, KLEIN, Luc, (dir.), *Les armes cèdent-elles toujours à la toge ? Regards interdisciplinaires sur les relations civilo-militaires en démocratie*, Paris, Mare & Martin, coll. « Droit de la sécurité et de la défense », 2023, 250 pages.
- DAVID, Éric, « Self-Defence and State of Necessity in the Statute of the ICC », in J. DORIA, H.-P. GASSER, M. C. BASSIOUNI (dir.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blisichenko*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, coll. « International Humanitarian Law Series », 2009, pp. 757-777.
- DELVOLVE, Pierre, « La guerre comme situation d'exception », in J. BAECHLER, P. DELVOLVE (dir.), *Guerre et droit*, Paris, Hermann, coll. « L'homme et la Guerre », 2017, pp. 201-218.
- DERSHOWITZ, Alan, « Tortured Reasoning », in S. LEVINSON (dir.), *Torture: A Collection*, Oxford, O.U.P., 2004, pp. 257-280.
- DINSTEIN, Yoram, « Military Necessity », in R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1981, pp. 273-276.

Y. DINSTEIN, « Military Necessity », in A. PETERS, R. WOLFRUM (dir.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2011, accessible à l'adresse suivante :

<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e333>.

DONATO, Francesco di, « La puissance cachée de la robe. L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique », in O. CAYLA, M.-F. RENOUX-ZAGAME (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 89-116.

—, « De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique. Considérations sur le "gouvernement des juges" », in D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS et al. (dir.), *L'archipel du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 387-406.

— F —

FISHER, Horst, « Protection of Prisoners of War », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2008, pp. 367-417.

FLORENCE, Jean, « Discours psychanalytique et discours juridiques : remarques sur l'interprétation », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Presses Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1978, pp. 551-563, accessible à l'adresse suivante :

<https://books.openedition.org/pusl/6578>.

— G —

GARRAWAY, Charles H. B., KLEFFNER, Jann K., « International Humanitarian Law in Self-Defence Operations », in T. D. GILL, D. FLECK (dir.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2015, pp. 236-239.

GERE, François (dir.), *Dictionnaire de la pensée stratégique*, Paris, Larousse, coll. « Les référents », 2000 [pagination inconnue].

GODEFROY, Aurélien, « Le fondement de la responsabilité internationale des groupes armés non-étatiques », in O. DE FROUVILLE, S. TOUZE (dir.), *70 ans après l'adoption des Conventions de Genève : le droit international humanitaire confronté à de nouveaux défis ?*, Paris, Pedone, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2022, pp. 143-187.

GREENWOOD, Christopher, « Rights at the Frontier: Protecting the Individual in Time of War », in B. RIDER (dir.), *Law at the Centre: The Institute of Advanced Legal Studies at Fifty*, La Haye, Wolters Kluwer, 1999, pp. 277-293.

—, « *Jus ad bellum* and *Jus in Bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, P. SANDS (dir.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, C.U.P., 1999, pp. 247-266.

—, « Historical Development and Legal Basis », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2008, pp. 1-43.

—, « International Humanitarian Law in Context », in C.-J. CHENG (dir.), *A New International Legal Order. In Commemoration of the Tenth Anniversary of the Xiamen Academy of International Law*, Leiden/Boston, Brill, coll. « Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law », 2016, pp. 312-329.

GROSS, Oren « The Prohibition on Torture and the Limits of the Law », in S. LEVINSON (dir.), *Torture: A Collection*, Oxford, O.U.P., 2004, pp. 229-253.

- H -

HAYASHI, Nobuo, « Basic Principles », in R. LIVOJA, T. MCCORMACK (dir.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, préf. F. BENSOUDA, Londres, New York, Routledge, 2016, pp. 89-105.

HENCKAERTS, Jean-Marie, « History and Sources », in B. SAUL, D. AKANDE (dir.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, O.U.P., 2020, pp. 1-27.

HOWARD, Michael, « *Temperamenta Belli*: Can War be Controlled? », in M. HOWARD (dir.), *Restraints on War. Studies in the Limitation of Armed Conflict*, Oxford, O.U.P., 1979, pp. 1-14.

HULL, Isabel V., « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », in S. N. KALYVAS, I. SHAPIRO, T. MASOUD (dir.), *Order, Conflict and Violence*, Cambridge, C.U.P., 2008, pp. 352-377.

HUTCHINSON, John F., « "Custodians of the Sacred Fire" »: The ICRC and the Postwar Reorganisation of the International Red Cross », in P. WEINDLING (dir.), *International Health Organisations and Movements, 1918-1939*, Cambridge, C.U.P., 1995, pp. 17-35.

- K -

KAMMERHÖFER, Jörg, « The Resilience of the Restrictive Rules on Self-Defence », in M. WELLER (dir.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, O.U.P., 2015, pp. 627-648.

KENNEDY, David, « Lawfare and Warfare », in J. CRAWFORD, M. KOSKENNIELI (dir.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, C.U.P., 2012, pp. 158-183.

KERVEGAN, Jean-François, « État d'exception », in S. RIALS, P. RAYNAUD (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige », 2003, pp. 252-255.

KLEFFNER, Jann K., « Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ème éd., Oxford, O.U.P., 2013, pp. 321-357.

—, « Sources of the Law of Armed Conflict », in R. LIVOJA, T. MCCORMACK (dir.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, préf. F. BENSOUDA, Londres, New York, Routledge, 2016, pp. 71-88.

KOLB, Robert, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés : essai de clarification conceptuelle », in T. CHRISTAKIS, K. BANNELIER-CHRISTAKIS (dir.), *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 2007, pp. 151-186.

—, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Construction », in K. M. LARSEN, C. G. COOPER, G. NYSTUEN (dir.), *Searching for a "Principle of Humanity" in International Humanitarian Law*, Cambridge, C.U.P., 2013, pp. 40-45.

KOLB, Robert, et DEL MAR, Katherie M., « Treaties for Armed Conflict », in A. CLAPHAM, P. GAETA (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, O.U.P., 2014, pp. 50-90.

KOSKENNIEMI, Martti, « Between Commitment and Cynicism. Outline for a Theory of International Law as Practice », in J. D'ASPREMONT, T. GAZZINI, A. NOLLKAEMPER et al. (dir.), *International Law as a Profession*, Cambridge, C.U.P., 2017, pp. 38-66.

KREß, Claus, « The International Court of Justice and the Law of Armed Conflicts », in C. J. TAMS, J. SLOAN (dir.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, O.U.P., pp. 262-298.

– L –

LEISNER, Walter, « L'État de droit, une contradiction ? », in *Recueil d'études en hommages à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 65-79.

LESAFFER, Randall, « Too Much History: From War as sanction to the Sanctioning of War », in M. WELLER (dir.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, O.U.P., 2015, pp. 35-55.

LIM, C. L. « *Inter arma silent leges?* Black Hole Theories of the Laws of War », in V.V. RAMRAJ (dir.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, C.U.P., 2008, pp. 385-407.

LIVOJA, Rain, T. McCORMACK, Tim, « Introduction », in R. LIVOJA, T. McCORMACK (dir.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, préf. F. BENSOUDA, Londres, New York, Routledge, 2016, pp. 1-2.

LORDON, Frédéric, « La querelle du déterminisme en science sociales : un point de vue spinoziste », in E. DEBRAY, F. LORDON, K. S. ONG-VAN-CUNG (dir.), *Spinoza et les passions du social*, Paris, Amsterdam, 2019, pp. 103-126.

LOWELL, Abbott L., « Address by Dr. A. Lawrence Lowell », in W. H. TAFT (dir.), *League to Enforce Peace*, New York, League to Enforce Peace, 1915, pp. 19-26.

LUBAN, David, « Human Rights Thinking and the Laws of War », in J. D. OHLIN (dir.), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge, C.U.P., 2016, pp. 45-77.

LUEDER, Carl, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », in F. VON HOLTZENDORF (dir.), *Handbuch des Völkerrechts. Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis*, vol. 4, Hambourg, Verlagsanstalt und Druckerei, 1889, pp. 371-544.

– M –

MARCOARTU, Arturo de, « The Parliament of Nations », in E. PEARS (dir.), *Transaction of the National Association for the Promotion of Social Science*, Bristol Meeting, 1869, Londres, Longmans, Gree, Reader & Dyer, 1870, pp. 188-192.

MATHIOT, André, « La théorie des circonstances exceptionnelles dans l'évolution du droit public », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 413-428.

MÉGRET, Frédéric, « From "savages" to "unlawful combatants": a postcolonial look at international law's "other" », in A. ORFORD (dir.), *International Law and its Others*, Cambridge, C.U.P., 2006, pp. 265-317.

—, « Theorizing the Laws of War », in A. ORFORD, F. HOFFMANN (dir.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, O.U.P., 2016, pp. 762-778.

—, « Thinking about What International Humanitarian Lawyers "Do": an Examination of the Laws of War as a Field of Professional Practice », in W. WERNER, M. DE

- HOON A. GALÁN (dir.), *The Law of International Lawyers. Reading Martti Koskenniemi*, Cambridge, C.U.P., 2017, pp. 265-296.
- MÉGRET, Frédéric, « The Limits of the Laws of War », in B. FASSBENDER, K. TRAISBACH (dir.), *The Limits of Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2019, pp. 283-295.
- MEYROWITZ, Henri, « Le fondement du droit de la guerre », in C. SWINARSKI (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, Martinus Nijhoff/Institut Henry Dunant, 1984, pp. 419-431.
- MINOGUE, Kenneth, GIRVETZ, Harry K., BALL, Terence, et al., « Liberalism », in *Encyclopaedia Britannica*, 11 juil. 2015, accessible à l'adresse suivante : <https://www.britannica.com/topic/liberalism/Rights>.
- MONTBRIAL, Thierry de, « Stratégie », in T. DE MONTBRIAL, J. KLEIN (dir.), *Dictionnaire de stratégie*, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige – Dicos Poche », 2000, pp. 527-542.
- MÖRTH, Teresa, « Derogations Clauses in the ECHR, the ICCPR, and the ACHR », in F. BOUHON, A.-E. BOURGAUX, E. DEGRAVE et al. (dir.), *Les droits humains en temps de pandémie. Perspectives internationales, européennes et comparées*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 57-68.
- MILANOVIĆ, Mirko, « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict », in N. BHUTA (dir.), *The Frontiers of Human Rights. Extraterritoriality and its Challenges*, Oxford, O.U.P., coll. « The Collected Courses of the Academy of European Law », 2016, pp. 55-88.

– N –

- NAVOT, Suzie, « Emergency as a State of Mind – The Case of Israel », in P. AURIEL, O. BEAUD, C. WELLMAN (dir.), *The Rule of Crisis. Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, Cham, Springer, coll. « Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice », 2018, pp. 185-212.
- NEFF, Stephen C., « Prisoners of War in International Law: The Nineteenth Century », in S. SCHEIPERS (dir.), *Prisoners in War*, Oxford, O.U.P., 2010, pp. 57-73.

– O –

- O'CONNELL, Mary E., « Historical Development and Legal Basis », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ème éd., Oxford, O.U.P., 2013, pp. 1-42.
- O'CONNOR, Simon, « Nuclear Weapons and the Unnecessary Suffering Rule », in G. NYSTUEN, S. CASEY-MALSEN, A. G. BERSAGEL (dir.), *Nuclear Weapons Under International Law*, Cambridge, C.U.P., 2014, pp. 128-147.
- OETER, Stefan, « Methods and Means of Combat », in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ème éd., Oxford, O.U.P., 2008, pp. 119-235.
- OHLIN, Jens D., « The Crime of Bootstrapping », in C. KREß, S. BARRIGA (dir.), *The Crime of Aggression. A Commentary*, vol. 2, Cambridge, C.U.P., 2016, pp. 1454-1479.

– P –

- PASSY, Frédéric, « Les maux de la guerre et les bienfaits de la paix », in B. FAIVRE, E. LABOULAYE, F. PASSY (dir.), *Les maux de la guerre et les bienfaits de la paix. Première réunion publique tenue à Paris le 10 février 1869 par les amis de la paix*,

3^{ème} éd., Paris, Pichon-Lamy et Dewez, coll. « Bibliothèque de la Paix », 1869, pp. 26-72.

POLITIS, Nicolas, « L'avenir du droit conventionnel de la guerre », in UNION PARLEMENTAIRE (dir.), *Quel serait le caractère d'une nouvelle guerre ?*, Paris, Delagrave, 1932, pp. 324-339.

POTTER, Pitman B., « Reasons for Studying the Law of War in Graduate Courses », in ANON., *Proceedings of the Third Conference of Teachers of International Law and Related Subjects*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1928, pp. 95-100.

— R —

ROBERTS, Michael, « The Military Revolution, 1560–1660 », in C. J. RODGERS (dir.), *The Military Revolution Debate. Readings on the Military Transformation of Early Modern Europe*, New York/Londres, Routledge, coll. « History and Warfare », 1995, pp. 13-35.

— S —

SAUL, Ben, « Terrorism, Counter-Terrorism and International Humanitarian Law », B. SAUL, D. AKANDE (dir.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, O.U.P., 2020, pp. 403-423.

SAUL, Ben, AKANDE, Dapo, « Preface », in B. SAUL, D. AKANDE (dir.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, O.U.P., 2020, pp. v-vii.

SAINT-BONNET, François, « Si l'état d'exception est partout, il n'est nulle part », in D. FONSECA (dir.), *Logiques des législations antiterroristes : entre reconfiguration et défiguration du droit ?*, Paris, Fondation Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2021, pp. 23-35.

—, « La quintessence de l'état d'exception. L'état de siège politique à l'époque de la commune », in P.-O. CHAUMET (dir.), *La Commune de Paris au prisme du droit*, Paris, Mare & Martin, coll. « Histoire du droit et des institutions », 2022, pp. 67-76.

—, « Le dépassement de l'état d'exception, métamorphose de la modernité politique », in M. GOUPY, F. RIVIERE (dir.), *De la dictature à l'état d'exception. Approche historique et philosophique*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 2022, pp. 305-327, accessible en ligne à l'adresse suivante :
<https://books.openedition.org/efr/47234?lang=fr>

SANDOZ, Yves, « Pertinence et permanence du droit international humanitaire », in A. J. M. DELISSEN, G. J. TANJA (dir.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dodrecht /Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 27-38.

—, « Land Warfare », in A. CLAPHAM, P. GAETA (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, O.U.P., 2014, pp. 91-117.

SASSOLI, Marco, « *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated? », in M. N. SCHMITT, J. PEJIC (dir.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, coll. « International Humanitarian Law », 2007, pp. 241-264.

- SCHINDLER, Dietrich, « State of War, Belligerency and Armed Conflicts », in A. CASSESE (dir.), *The New Humanitarian law of Armed Conflict*, vol. 1, préf. P. RUEGGER, Naples, Editoriale Scientifica, 1979, pp. 3-20.
- SCHMITT, Michael N., « International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities », in B. SAUL, D. AKANDE (dir.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, O.U.P., 2020, pp. 148-174.
- SCHWARZENBERGER, Georg, « Military Necessity: A Misnomer », in *Mélanges S. Séfériadès*, Athènes, A. Klissounis, 1961, vol. 1, pp. 13-21.
- SHKLAR, Judith, « The Liberalism of Fear », in L. ROSENBLUM (dir.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1989, pp. 21-38.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof, « Peace and War », in R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1981, Amsterdam, North Holland Publishing Company, pp. 74-78.
- STACEY, Robert C., « The Age of Chivalry », in M. HOWARD, G. J. ANDREOPoulos, M. R. SHULMAN (dir.), *The Laws of War. Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1994, pp. 27-39.
- STEWARD, Oliver B., « A Lesson in Military Doctrinal and Operational Failures: The Battle of Hostomel and the Russian Military's Failure to Capture Kyiv », in M.-S. TOFAN A. STOICA, A.-I. POPESCU (dir.), *Proceedings of the International Scientific Conference Strategies XXI – National Defence College*, Bucarest, "Carol 1" National Defence University, 2024, pp. 125-132.
- , « Russia's Embrace of Attritional Warfare: "Winning By Not Losing" », in M.-S. TOFAN A. STOICA, A.-I. POPESCU (dir.), *Proceedings of the International Scientific Conference Strategies XXI – National Defence College*, Bucarest, "Carol 1" National Defence University, 2024, pp. 133-140.
- STOHL, Michael, « The War on Terror and the Law of War: Shaping International Order in the Context of Irregular Violence », in L. BROCK, H. SIMON (dir.), *The Justification of War and International Order. From Past to Present*, Oxford, O.U.P., coll. « The History and Theory of International Law », 2021, pp. 311-325.

- V -

- VÖNEKY, Silja, « Armed Conflict, Effect on Treaties », in A. PETERS, R. WOLFRUM (dir.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2011, accessible à l'adresse suivante :
<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e438>.

- W -

- WAIBEL, Michael, « Interpretive Communities in International Law », in A. BIANCHI, D. PEAT, M. WINDSOR (dir.), *Interpretation in International Law*, Oxford, O.U.P., 2015, pp. 147-165.
- WAY, Jonathan, « Instrumental Rationality », in T. CRANE. (dir.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, 2013, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/rationality-instrumental/v-1>
- WILT, Harmen van der, « Justifications and Excuses in International Criminal Law: An Assessment of the Case-Law of the ICTY », in B. SWART, A. ZAHAR, G. SLUITER, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, O.U.P., 2011, pp. 275-295.

WOOD, Michael, « The Caroline Incident – 1837 », in T. RUYS, O. CORTEN, A. HOFER (dir.), *The Use of Force in International Law. A Case-Based Approach*, Oxford, O.U.P., 2018, pp. 5-14.

– Z –

ZAJADŁO, Jerzy, KONCEWICZ, Tomasz T., « Polish Martial Law on the Docket – Judging the Past and the Clash of Judicial Narratives », in P. AURIEL, O. BEAUD, C. WELLMAN (dir.), *The Rule of Crisis. Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, Cham, Springer, coll. « Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice », 2018, pp. 157-183.

ZIDAR, Andraž, « Interpretation and the International Legal Profession: Between Duty and Aspiration », in A. BIANCHI, D. PEAT, M. WINDSOR (dir.), *Interpretation in International Law*, Oxford, O.U.P., 2015, pp. 133-146.

ZIEGLER, Katja S., « Executive Powers in Foreign Policy. The Decision to Dispatch the Military », in K. S. ZIEGLER, D. BARANGER, A. W. BRADLEY (dir.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford/Portland, Hart, coll. « Studies of the Oxford Institution of European and Comparative Law », 2007, pp. 141-166.

V. Articles de périodiques

– A –

AHO, James A., « The Protestant Ethic and the Spirit of Violence », *Journal of Political & Military History*, vol. 7, n°1, 1979, pp. 103-119.

AKANDE, Dapo, LIEFLÄNDER, Thomas, « Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense », *A.J.I.L.*, vol. 107, n°3, 2013, pp. 563-570.

ALDRICH, George H., « Establishing Legal Norms through Multilateral Negotiation – The Laws of War », *Case Western Journal of International Law*, vol. 9, n°1, 1977, pp. 9-16.

—, « Réflexions sur les Protocoles de Genève », *R.I.C.R.*, vol. 79, n°827, 1997, pp. 544-547.

ALEXANDER, Amanda, « A Short History of International Humanitarian Law », *E.J.I.L.*, vol. 26, n°1, 2015, pp. 109-138.

—, « The "Good War": Preparations for a War against Civilians », *Law, Culture and the Humanities*, vol. 15, n°1, 2019, pp. 227-252.

ALLOTT, Philip, « Law and War: A Sinister Partnership », *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 203-207.

ANONYME, « Analogy Between War and Judicial Redress », *American Advocate of Peace*, vol. 1, n°6, 1835, pp. 263-269.

—, « Meliorations of War », *Advocate of Peace*, vol. 1, n°9, 1869, p. 140.

—, « The Mitigation of War », *Advocate for Peace*, vol. 1, n°10, 1869, p. 150.

—, « Shall the Great Opportunity Be Lost? », *Advocate of Peace*, vol. 3, n°47, 1872, pp. 228-229.

- , « La torpille et le droit des gens. Réponse à M. le Vice-amiral Bourgeois », *La Nouvelle Revue*, vol. 40, mai-juin 1886, pp. 474-495.
- , « The Laws of War », *The American Advocate of Peace and Arbitration*, vol. 53, n°5, 1891, p. 130.
- , « La Croix-Rouge et l'œuvre de la paix », *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, vol. 32, n°126, 1901, pp. 74-77.
- ANONYME [E. L.], « Théories allemandes pour la légitimation juridique de la maxime *Not kennt kein Gebot* (Nécessité n'a pas de loi) », *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 44, 1917, pp. 471-478.
- ANONYME, [P. NOEL-BAKER], « The League of Nations and the Laws of War », *B.Y.I.L.*, vol. 1, 1920-1921, pp. 109-124.
- ASAD, Talal, « On Torture, or Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment », *Social Research*, vol. 63, n°4, 1996, pp. 1081-1109.
- ASAD, Talal, « Reflections on Violence, Law, and Humanitarianism », *Critical Inquiry*, vol. 41, n°2, 2015, pp. 390-427.

— B —

- BARAK, Aharon, « Human Rights in Times of Terror – A Judicial Point of View », *Legal Studies*, vol. 28, n°4, 2008, pp. 493-505.
- BARCELO, Laurent, « Aux origines de la Cour permanente d'arbitrage : la première Conférence de La Haye (1899) », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, vol. 189, 1998, pp. 17-23.
- BAKER, James E., « When Lawyers Advise Presidents in Wartime. Kosovo and the Law of Armed Conflict », *Naval War College Review*, vol. 55, n°1, 2002, pp. 11-24.
- BARI, Ershadul, « Introduction to International Humanitarian Law », *The Dhaka University Studies*, vol. 9, n°1, 1998, pp. 1-29.
- BARRY, John C., « La finalité de la guerre est-elle la paix ? Plaidoyer pour la politique », *Inflexions*, vol. 36, n°3, 2017, pp. 55-65.
- BASSIOUNI, M. Cherif, « International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* », *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n°4, 1996, pp. 63-74.
- BATESON, Gregory, JACKSON, Don D., HALEY, Jay *et al.*, « Toward a Theory of Schizophrenia », *Behavioral Science*, vol. 1, n°4, 1956, pp. 251-264.
- BAXTER, Richard R., « So-Called "Unprivileged Belligerency": Spies, Guerrillas, and Saboteurs », *B.Y.I.L.*, vol. 28, 1951, pp. 323-345.
- , « The Role of Law in Modern War », *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 47, 1953, pp. 90-98.
- , « The Laws of War: A Lecture Delivered at the Naval War College on 13 September 1956 », *Naval War College Review*, vol. 9, n°5, 1957, pp. 39-58.
- , « Le premier effort moderne de codification du droit de la guerre. Francis Lieber et l'ordonnance générale n°100 (I) », *R.I.C.R.*, vol. 45, n°532, 1963, pp. 155-176.
- , « Le premier effort moderne de codification du droit de la guerre. Francis Lieber et l'ordonnance générale n°100 (II) », *R.I.C.R.*, vol. 45, n°533, 1963, pp. 217-236.
- , « Modernizing the Law of War », *Military Law Review*, vol. 78, 1977, pp. 165-183.
- , « The Law of War », *International Law Studies*, vol. 62, 1980, pp. 209-219.

- BECKER, Annette, « Les dilemmes de la protection des civils dans les territoires occupés : l'exemple précurseur de la Première Guerre mondiale », *R.I.C.R.*, Sélection française, vol. 94, 2012, pp. 55-71.
- BEER, Yishai, « Humanity Considerations Cannot Reduce War's Hazards Alone: Revitalizing the Concept of Military Necessity », *E.J.I.L.*, vol. 26, n°4, 2016, pp. 801-828.
- , « Military Strategy: The Blind Spot of International Humanitarian Law », *Harvard National Security Journal*, vol. 8, 2017, pp. 333-378.
- BEERNAERT, Auguste, « La prohibition de la guerre des airs », *Revue de droit international*, 2^e série, t. XIV, 1912, p. 569.
- BELL, Jeanine, « "Behind this Mortal Bone": the (In)Effectiveness of Torture », *Indiana Law Journal*, vol. 83, n°1, 2008, pp. 339-361.
- BELLAMY, Alex J., « No Pain, No Gain? Torture and Ethics in the War on Terror », *International Affairs*, vol. 82, n°1, 2006, pp. 121-148.
- BENVENISTI, Eyal, « Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilian », *Israel Law Review*, vol. 39, n°2, 2006, pp. 81-109.
- , « The Legal Battle to Define the Law on Transnational Asymmetric Warfare », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20, 2010, pp. 339-359.
- , « The Birth and Life of the Definition of Military Objectives », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 71, n°2, 2022, pp. 269-295.
- BENVENISTI, Eyal, LUSTIG, Doreen, « Monopolizing War: Codifying the Laws of War to Reassert Governmental Authority, 1856-1874 », *E.J.I.L.*, vol. 31, n°1, 2020, pp. 127-169.
- BERES, Louis R., « The Permissibility of State-Sponsored Assassination during Peace and War », *Temple Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, n°2, 1991, pp. 231-250.
- BERMAN, Nathaniel, « Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, n°1, 2004, pp. 1-71.
- BILL, Brian J., « The Rendulic "Rule": Military Necessity, Commander's Knowledge, and Methods of Warfare », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12, 2009, pp. 119-155.
- BITTNER, Egon, « The Concept of Organization », *Ethnographic studies*, vol. 13, n°1, 2017 [1965], pp. 175-187.
- BLIX, Hans, « Area Bombardment: Rules and Reasons », *B.Y.I.L.*, vol. 49, n°1, 1978, pp. 31-69.
- BLOKKER, Niels, « Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by "Coalitions of the Able and Willing" », *E.J.I.L.*, vol. 11, n°3, 2000, pp. 541-568.
- BLUM, Gabriella, « The Dispensable Lives of Soldiers », *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n°1, 2010, pp. 69-124.
- , « The Laws of War and the "Lesser Evil" », *Yale Journal of International Law*, vol. 35, n°1, 2010, pp. 1-69.
- BLUNTSCHLI, Johan C., « Du droit international », *Revue politique et littéraire*, 2^{ème} série, 1^{ère} année/1^{er} semestre, juillet-décembre 1871, pp. 632-634.

- , « Droit de la guerre et coutume de guerre. À propos des attaques du colonel von Rüstow contre le droit des gens », *R.D.I.L.C.*, vol. 8, 1876, pp. 663-674.
- BOBBITT, Philip C., « *Inter Arma Enim Non Silent Leges* », *Suffolk University Law Review*, vol. 45, n°2, 2012, pp. 253-267.
- BOURDIEU, Pierre, « Une interprétation de la théorie de la religion selon Max Weber », *Archives européennes de sociologie*, vol. 12, n°1, 1971, pp. 3-21.
- BOURDIEU, Pierre, « Genèse et structure du champ religieux », *Revue française de sociologie*, vol. 12, n°3, 1971, pp. 295-334.
- BOURDIEU, Pierre, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *A.R.S.S.*, vol. 64, 1986, pp. 3-19.
- BOWERS, Josh, « Annoy No Cop », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 166, n°1, 2017, pp. 129-212.
- BOWRING, Bill, « Fragmentation, *Lex Specialis* and the Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, n°3, 2010, pp. 485-498.
- BRADFORD, William, « Barbarians at the Gates: A Post-September 11th Proposal to Rationalize the Laws of War », *Mississippi Law Journal*, vol. 73, n°3, 2003, pp. 639-920.
- BRAIBANT, Guy, « L'État face aux crises », *Pouvoirs*, vol. 10, 1979, pp. 5-9.
- BRANDT, Richard B., « Utilitarianism and the Rules of War », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, n°2, 1972, pp. 145-165.
- BREEN, John G., « Review Essay », *Military Review*, vol. 97, n°2, 2017, pp. 111-114.
- BREUER, Stefan, « La domination rationnelle. À propos d'une catégorie de Max Weber », trad. A. BRELAN, *Trivium*, vol. 7, 2010, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/trivium/3781>.
- BRING, Ove, « Target Area Bombing », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 43, 2013, pp. 199-214.
- BROOKS, Rosa E., « War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, n°2, 2004, pp. 675-761.
- BROWN, Philip M., « War and Law », *A.J.I.L.*, vol. 12, n°1, 1918, pp. 162-165.
- , « The "Understandings" of International Law », *A.J.I.L.*, vol. 13, n°4, 1919, pp. 738-741.
- BROWN, Sydney H., « Les lois de la guerre selon la doctrine du droit international depuis 1919 », *R.I.C.R.*, vol. 16, n°185, 1934, pp. 367-387.
- BUGNION, François, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », *R.I.C.R.*, vol. 84, n°847, 2002, pp. 523-546.
- BURBAGE, Frank, « L'efficacité militaire: spécificités et paradoxes. Entretien avec le colonel Patrick Destremau », *Cahiers philosophiques*, vol. 121, n°1, 2010, pp. 109-122.
- BURRITT, Elihu, « A Preliminary Congress of Jurisconsults and Publicists », *Advocate of Peace*, vol. 3, n°28, 1871, p. 40.
- BYERS, Michael, « A New Type of War », *London Review of Books*, vol. 26, n°9, 6 mai 2004.

— C —

- CAILLE, Pascal, « L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *Revue du droit public*, 2007, n°2, pp. 323-353.

- CARNAHAN, Burrus M., « Protecting Civilians under the Draft Geneva Protocol: A Preliminary Inquiry », *Air Force Law Review*, vol. 18, n°4, 1976, pp. 32-69.
- , « Linebacker II and Protocol I: The Convergence of Law and Professionalism », *American University Law Review*, vol. 31, n°4, 1982, pp. 861-870.
- CARON, François, « De l'art de la décision stratégique. Comprendre pour prévoir – Prévoir pour décider – Décider pour agir », *Stratégique*, vol. 107, n°4, 2014, pp. 111-136.
- CARPENTIER, Mathieu, « Cas difficiles et défaisabilité des règles », *Revue de la recherche juridique*, vol. 5, 2018, pp. 2093-2115.
- CASSESE, Antonio, « Means of Warfare: The Present and the Emerging Law », *R.B.D.I.*, vol. 12, n°1, 1976, pp. 143-165.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ? D'un état d'urgence à l'autre, ou l'intégration des régimes d'exception dans les États de droit contemporains », *Revue française d'administration publique*, vol. 176, n°4, 2020, pp. 875-888.
- CHARLESWORTH, Hilary, « International Law: A Discipline of Crisis », *Modern Law Review*, vol. 65, n°3, 2002, pp. 377-392.
- CHEMILLIER-GENDRAU, Monique, « Droit de la guerre ou droit à la paix ? », *L'Homme et la société*, vol. 107-108, 1993, pp. 7-18.
- CHEVALLIER, Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit & société*, vol. 50, n°1, 2002, pp. 103-120.
- COHEN, Amichai, « Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, vol. 38, n°3, 2005, pp. 24-79.
- , « Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law », *Israel Law Review*, vol. 41, n°1 et 2, 2008, pp. 41-67.
- , « Legal Operational Advice in the Israeli Defense Forces: The International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 26, 2011, pp. 367-413.
- COLBY, Elbridge, « The Military Value of the Laws of War », *Georgetown Law Journal*, vol. 15, n°1, 1926, pp. 24-34.
- , « Laws of Aerial Warfare I », *Minnesota Law Review*, vol. 10, n°2, 1926, pp. 123-148.
- , « Laws of Aerial Warfare II », *Minnesota Law Review*, vol. 10, n°3, 1926, pp. 207-234.
- , « How to Fight Savage Tribes », *A.J.I.L.*, vol. 21, n°2, 1927, pp. 279-288.
- COLIN, Jean-Pierre, « Guerres et luttes armées ou : le droit introuvable », *R.B.D.I.*, vol. 16, 1981-1982, n°1, pp. 209-242.
- COLLINS, Randall, « Three Faces of Cruelty: Towards a Comparative Sociology of Violence », *Theory and Society*, vol. 1, n°4, 1974, pp. 415-440.
- COMBACAU, Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, n°1, 1986, pp. 85-105.
- CONNOLLY, Catherine, « "Necessity Knows no Law": The Resurrection of Kriegsraison through the US Targeted Killing Programme », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 22, n°3, 2017, pp. 463-496.

- CORN, Geoffrey S., « International & Operational Law Note », *The Army Lawyer*, 1998, n°7, pp. 71-77.
- , « Filling the Void: Providing a Framework for the Legal Regulation of the Military Component of the War on Terror through Application of Basic Principles of the Law of Armed Conflict », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 12, 2006, pp. 481-489.
- , « *Hamdan*, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 40, n°2, 2007, pp. 295-356.
- , « Mixing Apples and Hand Grenades. The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflicts », *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, 2010, pp. 52-94.
- CORNELL, Anna J., SALMINEN, Janne, « Emergency Laws in Comparative Constitutional Law – The Case of Sweden and Finland », *German Law Journal*, vol. 19, n°2, 2018, pp. 219-250.
- CORTEN, Olivier, « Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation », *R.I.E.J.*, vol. 37, n° 2, 1996, pp. 71-112.
- , « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droit & Société*, vol. 50, n°1, 2002, pp. 185-208.
- , « Discours de guerre, guerre de discours », *R.I.E.J.*, vol. 90, n°1, 2023, pp. 155-176.
- COSSERON DE VALMOISY, Mamès, « Sur la fortification et l'artillerie nouvelle », *Moniteur de l'armée*, 6 mars 1866, pp. 2-3.
- COTTON, James, « "The Standard Work In English on the League" and its authorship: Charles Howard Ellis, an Unlikely Australian Internationalist », *History of European Ideas*, vol. 42, n°8, 2016, pp. 1089-1104.
- COURSIER, Henri, « Études sur la formation du droit humanitaire IV », *R.I.C.R.*, vol. 34, n°403, 1952, pp. 550-578.
- , « La Croix-Rouge et la Paix : L'esprit dans paix dans l'œuvre de la Croix-Rouge », *R.I.C.R.* vol. 35, n°418, 1953, pp. 758-768.
- , « Définition du droit humanitaire », *A.F.D.I.*, vol. 1, 1955, pp. 223-227.
- COUVEINHES MATSUMOTO, Florian, « Le droit et la violence », *Droits*, vol. 64, n° 2, 2016, pp. 221-241.
- COVER, Robert M., « Violence and the Word », *Yale Law Journal*, vol. 95, n°8, 1986, pp. 1601-1629.
- CREVELD, Martin van, « The Clausewitzian Universe and the Law of War », *Journal of Contemporary History*, vol. 26, n°3-4, 1991, pp. 403-429.

— D —

- DAVID, Éric, « Dossier : L'article 31, § 1, c) du Statut de la Cour pénale internationale », *R.B.D.I.*, vol. 33, 2000, pp. 351-488.
- DELAHUNTY, Robert J., YOO, John C., « What is the role of International Human Rights in the War on Terror? », *DePaul Law Review*, vol. 59, n°3, 2010, pp. 803-849.
- DENNIS, Michael J., « Non-Application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict », *Israel Law Review*, vol. 40, n°2, 2007, pp. 453-502.

- DESAUSSURE, Hamilton, « The Laws of Air Warfare: Are There Any? », *The International Lawyer*, vol. 5, n°3, 1971, pp. 527-548.
- DIEU, François, « La doctrine de la guerre révolutionnaire. Un épisode méconnu de la pensée militaire française », *Res Militaris*, vol. 6, n°2, 2016, pp. 1-25.
- DIJK, Boyd van, « Human Rights in War: On the Entangled Foundations of the 1949 Geneva Conventions », *A.J.I.L.*, vol. 112, n°4, 2018, pp. 553-582.
- DILL, Janina, « The 21st-Century Belligerent's Trilemma », *E.J.I.L.*, vol. 26, n°1, 2015, pp. 83-108.
- , « Threats to State Survival as Emergencies in International Law », *International Theory*, vol. 15, n°2, 2023, pp. 155-183.
- DINSTEIN, Yoram, « Concluding Remarks: LOAC and Attempts to Abuse it or Subvert it », *International Law Studies*, vol. 87, 2011, pp. 483-494.
- DIXON, Paul, « "Hearts and Minds"? British Counterinsurgency from Malaya to Iraq », *Journal of Strategic Studies*, vol. 32, n°3, 2009, pp. 353-381.
- DORIS, John M., MURPHY, Dominic, « From My Lai to Abu Ghraib: The Moral Psychology of Atrocity », *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 31, n°1, 2007, pp. 25-55.
- DOSWALD-BECK, Louise, « International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons », *R.I.C.R.*, vol. 37, n°316, 1997, pp. 35-55.
- DOSWALD-BECK, Louise, VITÉ, Sylvain, « International Humanitarian Law and Human Rights Law », *R.I.C.R.*, vol. 33, n°293, 1993, pp. 94-119.
- DRAPER, Gerald I. A. D., « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », *R.D.P.M.D.G.*, vol. 12, n°2, 1973, pp. 129-152.
- , « Humanitarian Law and Human Rights », *Acta Juridica*, 1979, pp. 193-206.
- DROEGE, Cordula, « "In Truth the Leitmotiv": The Prohibition of Torture and other Forms of Ill-Treatment in International Humanitarian Law », *R.I.C.R.*, vol. 89, n°867, 2007, pp. 515-541.
- , « Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law », *R.I.C.R.*, vol. 90, n°871, 2008, pp. 501-548.
- DUFFY, Aurélie, « Constitution et terrorisme au Royaume-Uni », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 32, 2016, pp. 73-87.
- DUFFY-MEUNIER, Aurélie, « L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire. Rapport britannique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 36, 2020, pp. 553-575.
- DUNBAR, Norman C. H., « Military Necessity in War Crime Trials », *B.Y.I.L.*, vol. 29, 1952, pp. 442-452.
- DUNLAP, Charles J., « The End of Innocence: Rethinking Noncombatancy in the Post-Kosovo Era », *Strategic Review*, vol. 28, 2000, pp. 9-17.
- DURANT, André, « The Development of the Idea of Peace in the Thinking of Henry Dunant », *R.I.C.R.*, vol. 26, n°250, 1986, pp. 16-51.

— E —

- EAGLETON, Clyde, « Of the Illusion that War does not Change », *A.J.I.L.*, vol. 35, n°4, 1941, pp. 659-662.

— F —

- FARLEY, Benjamin R., « Enhanced Interrogation, the Report on Rendition, Detention, and Interrogation, and the Return of *Kriegsraison* », *Emory International Law Review Recent Development*, vol. 30, 2015, pp. 2019-2040.
- FARLEY, Benjamin R., PRADHAN, Alka, « Establishing a Practical Test for the End of Non-International Armed Conflict », *R.I.C.R.*, vol. 106, n°927, 2024, pp. 1157-1181.
- FAUCHILLE, Paul, « Le bombardement aérien », *R.G.D.I.P.*, vol. 24, 1917, pp. 56-74.
- FEREJOHN, John, PASQUINO, Pasquale, « The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n°1, 2004, pp. 210-239.
- FISHER, Albert L., « To Beat the Guerrillas at their Own Game », *Military Review*, vol. 85, 1963, pp. 31-38.
- FISHER, Nicolas, SAMDJA, David, « L'état d'exception et les silences de la loi », *Raisons politiques*, vol. 9, n°1, 2003, pp. 93-112.
- FLAHERTY, Martin S., « The Most Dangerous Branch », *Yale Law Journal*, vol. 105, n°7, 1996, pp. 1725-1839.
- FRANCK, Thomas M., PATEL, Faiza, « UN Police Action in Lieu of War: "The Old Order Changeth" », *A.J.I.L.*, vol. 85, n°1, 1991, pp. 63-74.
- FRIEDMAN, Wolfgang, « International Law and the Present War », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 26, 1940, pp. 211-233.
- , « International Law and the Present War », *Modern Law Review*, vol. 3, n°3, 1940, pp. 177-194.
- FRIER, Pierre-Clément, « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, vol. 10, 1979, pp. 21-34.
- FROWEIN, Jochen Abr, « The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 28, 1998, pp. 1-16.
- FULLER, Glenn E., « The National Emergency. Dilemma: Balancing the Executive's Crisis Powers with the Need for Accountability », *South California Law Review*, vol. 52, n°5, 1979, pp. 1453-1512.

— G —

- GARNER, James W., « The German War Code », *University of Illinois Bulletin*, vol. 15, n°49, 1918, pp. 3-34.
- , « Proposed Rules for the Regulation of Aerial Warfare », *A.J.I.L.*, vol. 18, n°1, 1924, pp. 56-81.
- GASSER, Hans-Peter, « Faire accepter les Protocoles par les États », *R.I.C.R.*, vol. 79, n°827, 1997, pp. 567-575.
- GILALDI, Rotem, « The Enactment of Irony: Reflexions on the Origins of the Martens Clause », *E.J.I.L.*, vol. 25, n°3, 2014, pp. 847-869.
- GILL, Terry D., « Some Thought on the ICRC Support Based Approach », *Questions de droit international*, vol. 59, 2019, pp. 45-53.
- GOODMAN, Ryan, « The Power to Kill or Capture Enemy Combatants », *E.J.I.L.*, vol. 24, n°3, 2013, pp. 819-853.
- GOUPY, Marie, « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt. Réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », *Archives de philosophie du droit*, vol. 58, n°1, 2015, pp. 355-371.

- , « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? Une réflexion sur le succès de la notion d'état d'exception à l'ombre de la pensée de Michel Foucault », *R.I.E.J.*, vol. 79, n°2, 2017, pp. 97-111.
- , « Le non-droit, l'état d'exception et l'incertitude juridique comme outils de domination politique », *Astérion*, vol. 19, 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/asterion/3683>.
- GREEN, Leslie C., « Cicero and Clausewitz or Quincy Wright: The Interplay of Law and War », *Chitty's Law Journal and Family Law Review*, vol. 47, n°2-3, 1999, pp. 37-57.
- GREENWOOD, Christopher, « The Relationship between *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* », *Review of International Studies*, vol. 9, n°4, 1983, pp. 221-234.
- , « The Concept of War in Modern International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n°2, 1987, pp. 283-306.
- , « The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium », *International Law Studies*, vol. 71, 1998, pp. 185-231.
- GRIOLET, Gaston, « L'influence de la dernière guerre sur le progrès du droit des gens », *Bulletin de la Société de législation comparée*, année 1872, n°2, pp. 26-47.
- GROSS, Oren, « Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional? », *Yale Law Journal*, vol. 112, n°5, 2003, pp. 1011-1134.
- , « Providing for the Unexpected: Constitutional Emergency Provisions », *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 33, 2003, pp. 1-31.
- GRIGNON, Julia, « Le droit des conflits armés, un droit contesté ? », *Revue Défense Nationale*, vol. 862, 2023, pp. 41-45.
- , « Le droit humanitaire international : Une question vitale d'équilibre », *Les Grands Dossiers des Sciences Humaines*, vol. 74, n°1, 2024, pp. 64-66.
- GUASTINI, Riccardo, « Le "point de vue" de la science juridique », *R.I.E.J.*, vol. 59, n°2, 2007, pp. 49-58.
- , « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, vol. 19, 2013, pp. 113-129.

– H –

- HAKIMI, Monica, « Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play », *International Law Studies*, vol. 91, 2015, pp. 1-31.
- HANSEN, Michelle A., « Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict », *Military Law Review*, vol. 194, 2007, pp. 1-65.
- HAREL, Alon, SHARON, Assaf, « What is Really Wrong with Torture? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n°2, 2008, pp. 241-259.
- HASKELL, Thomas L., « Capitalism and the Origins of Humanitarian Sensibility, Part I », *The American Historical Review*, vol. 90, n°2, 1985, pp. 339-361.
- , « Capitalism and the Origins of Humanitarian Sensibility, Part II », *The American Historical Review*, vol. 90, n°3, 1985, pp. 547-566.
- HATHAWAY, Oona, « War Unbound: Gaza, Ukraine, and the Breakdown of International Law », *Foreign Affairs*, 23 avr. 2024, accessible à l'adresse suivante : <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/war-unbound-gaza-hathaway> .
- HAWKINS, William R., « Captain Mahan, Admiral Fisher and Arms Control at The Hague, 1899 », *Naval War College Review*, vol. 39, n°1, 1986, pp. 77-91.

- HAYASHI, Nobuo, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, pp. 39-140.
- , « Military Necessity as Normative Indifference », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 44, n°2, 2013, pp. 675-782.
- HAYS PARKS, William, « Air War and the Law of War », *Air Force Law Journal*, vol. 32, 1990, pp. 1-226.
- , « The 1977 Protocols to the Geneva Convention of 1949 », *International Law Studies*, vol. 68, 1995, pp. 467-478.
- , « Special Forces' Wear of Non-Standard Uniforms », *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, n°2, 2003, pp. 493-560.
- , « Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n°3, 2012, pp. 769-830.
- HAZELTON, Jacqueline L., « The "Hearts and Minds" Fallacy: Violence, Coercion and Success in Counterinsurgency Warfare », *International Security*, vol. 42, n°1, 2017, pp. 80-113.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff, « Introductory Remarks », *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 55-59.
- HERSHEY, Amos S., « Review Essay: *Das Internationale Landkriegsrecht*, by Dr. Karl Strupp », *A.J.I.L.*, vol. 9, n°2, 1915, pp. 557-558.
- HIGGINS, Alexander P., « Submarine Warfare », *B.Y.I.L.*, vol. 1, 1920-1921, pp. 149-166.
- HIGGINS, Rosalyn, « Derogations under Human Rights Treaties », *B.Y.I.L.*, vol. 48, n°1, 1976, pp. 281-319.
- HORTON, Scott, « *Kriegsraison* or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude Towards the Conduct of War », *Fordham International Law Journal*, vol. 30, n°3, 2007, pp. 576-598.
- HUBER, Max, « Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison », *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, vol. 13, 1913, pp. 351-374.
- , « La Croix-Rouge et l'évolution récente du droit international », *R.I.C.R.*, vol. 11, n°121, 1929, pp. 8-18.
- , « Le droit des gens et l'humanité », *R.I.C.R.*, vol. 34, n°404, 1952, pp. 646-669.
- HUET, Armel, « Rationalité éthique et maîtrise de la violence armée », *Inflexions*, vol. 36, n°3, 2017, pp. 39-53.
- HURD, Ian, « The UN Security Council and the International Rule of Law », *Chinese Journal of International Politics*, vol. 7, n°3, 2014, pp. 361-379.
- HUGUES, B. P., « Siege Artillery in the 19th Century », *Journal of the Society for Army Historical Research*, vol. 60, n°243, 1982, pp. 129-149.
- HUYSMANS, Jef, « The Jargon of Exception – On Schmitt, Agamben and the Absence of Political Society », *International Political Sociology*, vol. 2, n°2, 2008, pp. 165-183.

— I —

IRASTORZA, Elrick, « Éditorial », *Inflexions*, vol. 11, n°2, 2009, pp. 7-9.

— J —

- JAKUBOWSKI, Sébastien, « Le commandement de l'armée : professionnalisation et changement », *Les champs de mars*, vol. 13, n°1, 2003, pp. 125-149.
- JOCHNICK, Chris af, NORMAND, Roger, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *Harvard Journal of International Law*, vol. 35, n°1, 1994, pp. 49-95.
- , « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », *Harvard Journal of International Law*, vol. 35, n°2, 1994, pp. 387-416.
- JOHNS, Fleur, « Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception », *E.J.I.L.*, vol. 16, n°4, 2005, pp. 613-635.
- JURATOWITCH, Ben, « Torture is Always Wrong », *Public Affairs Quarterly*, vol. 22, n°2, 2008, pp. 81-90.

— K —

- KADOSH, Avner S., « The Practice of "Roof Knocking" from the Perspective of International Law », *Strategic Assessment*, vol. 24, n°4, 2021, pp. 61-77.
- KAECKENBEECK, Georges, « Divergences between British and Other Views on International Law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 4, 1918, pp. 213-252.
- KAHN, Paul W., « Nuclear Weapons and the Rule of Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n°2-3, 1999, pp. 349-417.
- KALBERG, Stephen, « Max Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationality Processes in History », *The American Journal of Sociology*, vol. 85, n°5, 1980, pp. 1145-1179.
- KAPLOW, Louis, « Rules Versus Standards: An Economic Analysis », *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992, pp. 557-629.
- KENNEDY, David, « War and International Law: Distinguishing Military and Humanitarian Professions », *International Law Studies*, vol. 82, 2007, pp. 3-33.
- KENNEDY, Duncan, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review*, vol. 89, n°8, 1976, pp. 1685-1778.
- , « Legal Formality », *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n°1, 1973, pp. 351-398.
- KERVEGAN, Jean-François, « Droit, Éthique et Politique. Réflexion historique sur l'idée de guerre juste », *Cahiers de Fontenay*, n°67-68, 1992, pp. 67-88.
- KLEFFNER, Jann, « Section IX of the ICRC Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities: The End of *Jus in Bello* Proportionality as We Know It? », *Israel Law Review*, vol. 45, n°1, 2012, pp. 35-42.
- KLEIN, Luc, « Restaurer l'ordre par la force des armes et dans le respect du droit : étude historique comparée de la loi martiale et de l'état de siège », *Droit public comparé*, vol. 2, 2024, accessible à l'adresse suivante :
<https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=331>.
- KOHLER, Josef, « Notwehr und Neutralität », *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. 8, 1914, pp. 576-580.
- KOLB, Robert, « Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 37, 1999, pp. 57-97.
- , « La règle résiduelle de liberté en droit international public ("Tout ce qui n'est pas interdit est permis") : aspects théoriques », *R.B.D.I.*, vol. 34, n°1, 2001, pp. 100-127.

- , « Considérations générales sur la violence et le droit international », *A.F.R.I.*, vol. 6, 2005, pp. 27-44.
- KOSKENNIEMI, Martti, « Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons », *L.J.I.L.*, vol. 10, n°1, 1997, pp. 137-162.
- , « "The Lady Doth Protest Too Much". Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law », *Modern Law Review*, vol. 65, n°2, 2002, pp. 159-175.
- , « Occupied Zone – "A Zone of Reasonableness"? », *Israel Law Review*, vol. 41, n°1 et 2, 2008, pp. 13-40.
- KOSKENNIEMI, Martti, LEINO, Päivi, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *L.J.I.L.*, vol. 15, n°3, 2002, pp. 553-579.
- KRETZMER, David, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », vol. 99, n°1, 2005, pp. 88-102.
- , « The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in *Jus ad Bellum* », *E.J.I.L.*, vol. 24, n°1, 2013, 235-282.
- KUNZ, Josef L., « The Laws of War », *A.J.I.L.*, vol. 50, n°2, 1956, pp. 313-339.
- , « Plus de lois de la guerre ? », *R.G.D.I.P.*, vol. 41, n°1, 1934, pp. 22-36.
- , « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », *A.J.I.L.*, vol. 45, n°1, 1951, pp. 37-61.

– L –

- LAFFEY, Mark, BARKAWI, Tarek, « The Imperial Peace: Democracy, Force and Globalization », *European Journal of International Relations*, vol. 5, n°4, 1999, pp. 403-434.
- LAHAV, Pnina, « A Barrel without Hoops: The Impact of Counterterrorism on Israel's Legal Culture », *Cardozo Law Review*, vol. 10, n°3, 1988, pp. 529-560.
- LAPRADELLE, Albert de, « Utopie ou calcul ? Négligera-t-on longtemps encore l'étude des lois de la guerre ? », *Revue de droit international*, vol. 7, 1933, pp. 511-522.
- LASSWELL, Harold D., « The Garrison State », *American Journal of Sociology*, vol. 46, n°4, 1941, pp. 455-468.
- LAUTERPACHT, Elihu, « The Legal Irrelevance of the State of War », *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 62, 1968, pp. 58-67.
- LAUTERPACHT, Hersch, « The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law », *Economica*, vol. 24, 1928, pp. 217-317.
- , « The Problem of the Revision of the Law of War », *B.Y.I.L.*, vol. 29, 1952, pp. 360-382.
- , « The Limits of the Operation of the Laws of War », *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953, pp. 206-243.
- LAWRENCE, Thomas J., « The Effect of the War on International Law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 2, 1916, pp. 105-115.
- LE BOEUF, Romain, « Droit de la paix et droit de la guerre : que reste-t-il du temple de Janus ? », *Confluence des droits*, vol. 12, 2023, accessible à l'adresse suivante : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=2474>.
- LE COSTUMER, Jean-Christophe, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, vol. 6, 2008, pp. 19-28.

- LEBRETON, Gilles, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, vol. 6, 2008, pp. 81-92.
- LIEBLICH, Eliav, « Internal *Jus ad Bellum* », *Hastings Law Journal*, vol. 67, n°3, 2016, pp. 687-748.
- , « The Facilitative Function of *Jus in Bello* », *E.J.I.L.*, vol. 30, n°1, 2019, pp. 321-340.
- LIESE, Andrea, « Exceptional Necessity. How Liberal Democracies Contest the Prohibition of Torture and Ill-Treatment when Countering Terrorism », *Journal of International Law and International Relations*, vol. 5, n°1, 2009, pp. 17-47.
- LINDSAY, Franklin A., « Unconventional Warfare », *Foreign Affairs*, vol. 40, n°2, 1962, pp. 264-274.
- LIPPMAN, Matthew, « Conundrums of Armed Conflict: Criminal Defenses to Violations of the Humanitarian Law of War », *Penn State International Law Review*, vol. 15, n°1, 1996, pp. 1-111.
- LIWANGA, Roger-Claude, « Roof-Knocking Tactic: A Lawful and Effective Warning Technique under the Law of War », *North Carolina Journal of International Law*, vol. 43, n°2, 2018, pp. 34-54.
- LOEWENSTEIN, Karl, « Militant Democracy and Fundamental Rights I », *American Political Science Review*, vol. 31, n°3, 1937, pp. 417-432.
- , « Militant Democracy and Fundamental Rights II », *American Political Science Review*, vol. 31, n°4, 1937, pp. 638-568.
- LOUTER, Jan de, « La crise du droit international », *R.G.D.I.P.*, vol. 26, n°1, 1919, pp. 76-110.
- LUBAN, David, « Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb », *Virginia Law Review*, vol. 91, n°6, 2005, pp. 1425-1461.
- , « Military Necessity and the Cultures of Military Law », *L.J.I.L.*, vol. 26, n°2, 2013, pp. 315-349.
- LUBELL, Noam, « Les obligations relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'occupation militaire », *R.I.C.R.*, Sélection française, vol. 94, 2012, pp. 1-24.

— M —

- MACMASTER, Neil, « Torture: From Algiers to Abu Ghraib », *Race & Class*, vol. 46, n°2, 2004, pp. 1-21.
- MAGNON, Xavier, « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », *Revue de droit public*, Hors-série, 2021, [en ligne].
- MALLISON, William T., « The Humanitarian Law of Armed Conflict Concerning the Protection of Civilians », *The International Lawyer*, vol. 11, n°1, 1977, pp. 102-106.
- MANIN, Bernard, « Le paradigme de l'exception. Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme », trad. R. ROBERT, *La vie des idées*, 2015, accessible à l'adresse suivante :
<https://laviedesidees.fr/Le-paradigme-de-l-exception>.
- MARKS, Susan, « The European Convention on Human Rights and its "Democratic Society" », *B.Y.I.L.*, vol. 66, n°1, 1996, pp. 209-238.

- MASTROPAOLO, Alfio, « L'État ou l'ambiguïté. Hypothèses pour une recherche », *Revue française de science politique*, vol. 36, n°4, 1986, pp. 477-495.
- MAURICE, Frédéric, « L'ambition humanitaire », *R.I.C.R.*, vol. 74, n°796, août 1992, pp. 377-387.
- MAYNTZ, Renate, « L'idéotype wébérien de la bureaucratie et la sociologie des organisations », *Trivium*, vol. 7, 2010, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/trivium/3781>.
- MCCLINTOCK, A. D., « The Law of War: Coalition Attacks on Iraqi Chemical and Biological Weapons Storage and Production Facilities », *Emory International Law Review*, vol. 7, 1993, pp. 633-692.
- McCOUBREY, Hilaire, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », *R.D.P.M.D.G.*, vol. 30, n°1-4, 1991, pp. 215-252.
- McDONALD, Leighton, « Positivism and the Formal Rule of Law: Questioning the Connection », *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 26, 2001, pp. 39-126.
- McDOUGAL, Myres S., FELICIANO, Florentino P., « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », *Yale Law Journal*, vol. 67, n°5, 1958, pp. 771-845.
- McGOLDRICK, Dominic, « The Interface Between Public Emergency Powers and International Law », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n°2, 2004, pp. 380-429.
- MCKENZIE, Simon, MADDOCKS, Jennifer, MORRIS, Tamer, « Editorial », *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 16, n°1, 2025, pp. 1-4.
- MCMAHAN, Jeff, « Innocence, Self-Defense and Killing in War », *Journal of Political Philosophy*, vol. 2, n°3, 1994, pp. 193-221.
- , « Torture in Principle and in Practice », *Public Affairs Quarterly*, vol. 22, n°2, 2008, pp. 111-128.
- MCNAIR, Arnold, « International Conduct During the World War », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 4, n°4, 1922, pp. 176-190.
- MEGRET, Frédéric, « L'étatisme spécifique du droit international », *Revue québécoise de droit international*, vol. 24, n°1, 2011, pp. 105-129.
- , « "We Will Not Go to the Trenches!" The "fusillés pour l'exemple", Military Disobedience, and Soldiers' Right to Life », *Peace & Change*, vol. 47, n°2, 2022, pp. 97-117.
- MEIERHENRICH, Jens, « The Practice of International Law: A Theoretical Analysis », *Law and Contemporary Problems*, vol. 76, n°3-4, 2013, pp. 1-83.
- MEISSONNIER, Matthieu, « De Clausewitz à Galula, la singularité de la guerre contre-insurrectionnelle », *Revue Défense Nationale*, n°723, 2009, pp. 97-105.
- MERON, Theodor, « The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol I », *A.J.I.L.*, vol. 88, n°4, 1994, pp. 678-686.
- , « The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience », *A.J.I.L.*, vol. 94, n°1, 2000, pp. 78-89.
- , « The Humanization of Humanitarian Law », *A.J.I.L.*, vol. 94, n°2, 2002, pp. 239-278.
- MESSERSCHMIDT, Manfred, « Völkerrecht und "Kriegsnotwendigkeit" in der deutschen militärischen Tradition seit den Einigungskriegen », *German Studies Review*, vol. 6, n°2, 1983, pp. 237-269.

- MEURANT, Jacques, « Droit humanitaire et droits de l'homme : spécificités et convergences », *R.I.C.R.*, vol. 75, n°800, 1995, pp. 93-98.
- , « *Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law* », *Journal of Peace Research*, vol. 24, n°3, sept. 1987, pp. 237-249.
- MEYER, Jeanne M., « Tearing Down the Facade: A Critical Loof at the Current Law on Targeting the Will of the Enemy and Air Force Doctrine », *Air Force Law Review*, vol. 51, 2001, pp. 143-182.
- MEYROWITZ, Henri, « Le droit de la guerre et les droits de l'homme », *Revue de droit politique et de science politique en France et à l'étranger*, vol. 88, n°5, 1972, pp. 1059-1105.
- , « De la réalité du droit de la guerre », *Revue de Défense Nationale*, n°321, 1973, pp. 99-116.
- , « De quelques idées fausses sur la nature et la fonction du droit de la guerre », *R.D.P.M.D.G.*, vol. 24, n°3-4, 1985, pp. 373-408.
- , « Le principe des maux superflus. De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », *R.I.C.R.*, vol. 76, n°806, 1994, pp. 107-130.
- MIAILLE, Michel, « La critique du droit », *Droit & Société*, vol. 20-21, 1992, pp. 73-87.
- MILES, James R., « Current Initiatives in the Laws of Armed Conflict », *Air Force Law Review*, vol. 16, n°4, 1974, pp. 69-75.
- MILLARD, Éric, « Qui sont les "opérateurs juridiques" de Riccardo Guastini ? », *Analisi e Diritto*, 2014, pp. 103-113.
- MODIRZADEH, Naz K., « Folk International Law: 9/11 Lawyering and the Transformation of the Law of Armed Conflict to Human Rights Policy and Human Rights Law to War Governance », *Harvard National Security Journal*, vol. 5, 2014, pp. 225-304.
- MOORE, John B., « Postwar International Law », *Columbia Law Review*, vol. 27, n°4, 1927, pp. 400-412.
- MORRIS, Scott R., « The Laws of War: Rules by Warriors for Warriors », *The Army Lawyer*, vol. 4, 1997, pp. 4-13.
- MOUSSA, Jasmine, « Can *Jus ad Bellum* Override *Jus in Bello*? Reaffirming the Separation of the Two Bodies of Law », *R.I.C.R.*, vol. 90, n°872, 2008, pp. 963-990.
- MUELLER, Gert H., « The Notion of Rationality in the Work of Max Weber », *Archives européennes de sociologie*, vol. 20, n°1, 1979, pp. 149-171.

— N —

- NAGEL, Thomas, « War and Massacre », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n°2, 1972, pp. 123-144.
- NEFF, Stephen C., « The Prerogatives of Violence – In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights », *German Yearbook of International law*, vol. 38, 1995, pp. 41-72.
- NIEMEYER, Theodor, « International Law in War », trad. J. S. REEVES, *Michigan Law Review*, vol. 13, n°3, 1915, pp. 175-178.
- NURICK, Lester, « The Distinction Between Combatant and Noncombatant in the Law of War », *A.J.I.L.*, vol. 39, n°4, 1945, pp. 680-697.
- NYS, Ernest, « Francis Lieber – His Life and His Work: Part I », *A.J.I.L.*, vol. 5, n°1, 1911, pp. 84-117.

- , « Francis Lieber – His Life and His Work: Part I », *A.J.I.L.*, vol. 5, n°2, 1911, pp. 355-393.

— O —

- O'BRIEN, William V., « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », *World Polity*, vol. 1, 1957, pp. 109-176.
- OFFER, Avner, « Morality and Admiralty: "Jacky" Fisher, Economic Warfare and the Laws of War », *Journal of Contemporary History*, vol. 23, n°1, 1988, p. 100.
- OST, François, « Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit », *Rechtstheorie*, vol. 17, n°1, pp. 89-110.

— P —

- PALMIERI, Daniel, « "Si vis pacem, impera bellum": The ICRC, International Humanitarian Law and Peace », *R.I.C.R.*, vol. 106, n°927, 2024, pp. 1023-1043.
- PASQUIER, Claude du, « Observations générales sur l'élaboration de la Convention relative à la protection des civils à la Conférence diplomatique de Genève », *R.I.C.R.*, vol. 31, n°368, 1949, pp. 631-636.
- PASSERON, Jean-Claude, « La rationalité et les types de l'action sociale chez Max Weber », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 32, n°98, 1994, pp. 5-44.
- PAULSEN, Michael S., « The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is », *Georgetown Law Journal*, vol. 83, n°2, 1996, pp. 217-345.
- PAUST, Jordan J., « War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War », *Yale Journal of International Law*, vol. 28, n°2, 2003, pp. 325-335.
- , « Post-9/11 Overreaction and Fallacies Regarding War and Defense, Guantanamo, the Status of Persons, Treatment, Judicial Review of Detention, and Due Process in Military Commissions », *Notre Dame Law Review*, vol. 79, n°4, 2004, pp. 1135-1364.
- PHILLIPS, C. P., « Air Warfare and Law I », *The George Washington Law Review*, vol. 21, n°3, 1953, pp. 311-335.
- , « Air Warfare and Law II », *The George Washington Law Review*, vol. 21, n°4, 1953, pp. 395-422.
- PICTET, Jean, « La Croix-Rouge et la paix. L'œuvre de la Croix-Rouge nuit-elle aux efforts qui tendent à proscrire la guerre ? », *R.I.C.R.*, vol. 33, n°387, 1951, pp. 191-201.
- , « Les principes du droit international humanitaire I », *R.I.C.R.*, vol. 48, n°573, 1966, pp. 411-425.
- , « La Croix-Rouge, facteur de paix dans le monde », *R.I.C.R.*, vol. 50, n°595, 1968, pp. 297-306.
- , « La formation du droit international humanitaire », *R.I.C.R.*, vol. 67, n°751, 1985, pp. 3-23.
- PIERRE, Hervé, « Viols et stratégie », *Inflexions*, vol. 38, n°2, 2018, pp. 73-79.
- PILLET, Antoine, « Le droit international public. Ses éléments constitutifs, son domaine, son objet », *R.G.D.I.P.*, vol. 1, n°1, 1894, pp. 1-32.
- PRUGH, Georges S., « Current Initiatives to Reaffirm and Develop International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict », *The International Lawyer*, vol. 8, n°2, 1974, pp. 262-267.

- Q -

QUINDRY, Frank E., « Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives », *Journal of Air Law and Commerce*, vol 2, n°4, 1931, pp. 474-509

- R -

RADIN, Margaret J., « Presumptive Positivism and Trivial Cases », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14, n°3, 1991, pp. 823-838.

RAGONE, Peter A., « Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 16, n°4, 1984, pp. 701-714.

RALSTON, Jackson H., « The Proposer Attitude of the Hague Conference toward the Laws of War », *Advocate of Peace*, vol. 75, n°7, 1913, pp. 152-154.

—, « Why Not Systematize War? », *Advocate of Peace*, vol. 77, n°7, 1915, pp. 175-176.

—, « Review *Le blocus pacifique*. By Horst P. Falcke », *A.J.I.L.*, vol. 14, n°1-2, 1920, pp. 298-299.

—, « There Can Be no Laws of War », *Advocate of Peace through Justice*, vol. 83, n°11, 1921, pp. 377-378.

RAUCH, Elmar, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », *R.D.P.M.D.G.*, vol. 19, n°1-2, 1980, pp. 205-240.

REISMAN, W. Michael, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », *A.J.I.L.*, vol. 100, n°4, 2006, pp. 852-860.

RENGGER, Nicholas, « On the Just War Tradition in the Twenty-first Century », *International Affairs*, vol. 78, n°2, 2002, pp. 353-363.

REYNOLDS, Jefferson D., « Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflicts, and the Struggle for a Moral High Ground », *Air Force Law Review*, vol. 56, 2005, pp. 1-108.

ROBERTS, Guy B., « The New Rules of Waging War: The Case against Ratification of Additional Protocol I », *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, n°1, 1985, pp. 109-172.

RODGERS, William L., « Suggestions as to Changes in the International for Maritime War », *A.J.I.L.*, vol. 17, n°1, 1923, pp. 1-14.

—, « The Laws of War Concerning Aviation and Radio », *A.J.I.L.*, vol. 17, n°4, 1923, pp. 629-640.

ROLIN, Albéric, « Les fossoyeurs du droit de la guerre », *R.G.D.I.P.*, vol. 26, 1919, pp. 129-141.

ROLIN-JAEQUEMYNS, Gustave, « Chronique du droit international. La guerre actuelle », *R.D.I.L.C.*, vol. 2, 1870, pp. 643-718.

—, « De la manière d'apprécier, au point de vue du droit international, les faits de la dernière guerre », *R.D.I.L.C.*, vol. 4, 1872, pp. 481-525.

ROLLAND, Louis, « Les pratiques de la guerre aérienne dans le conflit de 1914 et le droit des gens », *R.G.D.I.P.*, vol. 23, 1916, pp. 497-604.

ROMAINVILLE, Céline, « La protection de l'État de droit par la Convention européenne des droits de l'Homme – La Cour européenne et l'exigence de légalité », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, vol. 33, 2019, accessible à l'adresse suivante :

<https://revuedlf.com/cedh/la-protection-de-l-etat-de-droit-par-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme-la-cour-europeenne-et-l exigence-de-legalite/>.

- RONA, Gabor, « Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the "War on Terror", *Fletcher Forum on World Affairs*, vol. 27, n°2, 2003, pp. 55-74.
- , « Enemy Combatants in the "War on Terror"? A Case Study of How Myopic Lawyering Makes Bad Law », *National Security Law Report*, vol. 30, n°1, 2008, pp. 1-5.
- ROOT, Elihu, « Opening Address », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, vol. 15, 1921, pp. 1-13.
- ROSENZWEIG, Ido, « "When you have to shoot, shoot!" Rethinking the Right to Life of Combatants During Armed Conflicts », *R.I.C.R.*, vol. 106, n°926, 2024, pp. 863-896.
- ROTA, Marie, « Les régimes dérogatoires en droit international des droits et libertés : approche comparée (Comité, Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l'homme) », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, vol. 17, 2019, pp. 191-199.
- ROUSSEAU, Dominique, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, n°291, 2006, pp. 19-26.

– S –

- SAINT-BONNET, François, « L'état d'exception. Présentation de l'ouvrage *L'état d'exception* », *Revue juridique de l'Ouest*, Année 2004, n°2, pp. 233-247.
- , « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, vol. 6, 2008, pp. 29-38.
- , « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La Grande Guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception », *Jus Politicum*, vol. 15, 2016.
- , « De la banalisation des états d'urgence », *Jus Politicum*, vol. 21, 2021, accessible à l'adresse suivante :
<https://blog.juspoliticum.com/2021/01/09/de-la-banalisation-des-etats-durgence-par-francois-saint-bonnet/>.
- , « Les trois âges de l'état d'exception. Rapport introductif », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 36, 2021, pp. 91-98.
- SASSOLI, Marco, « The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n°1, 2004, pp. 96-106.
- , « Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism », *Minnesota Journal of Law & Inequality*, vol. 22, n°2, 2004, pp. 195-221.
- , « The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 10, 2007, pp. 47-73.
- SCHABAS, William, « The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, n°2, 2006, pp. 349-364.
- SCHINDLER, Dietrich, « Human Rights and Humanitarian Law: Interrelationship of the Laws », *American University Law Review*, vol. 31, n°4, 1982, pp. 935-944.

- SCHLAG, Pierre, « Rules and Standards », *University of California Los Angeles Law Review*, vol. 33, 1985, pp. 379-430.
- SCHMITT, Michael N., « State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law », *Yale Journal of International Law*, vol. 17, n°2, 1992, pp. 609-685.
- , « The Law of Armed Conflict as Soft Power. Optimizing Strategic Choice », *International Law Studies*, vol. 75, 2000, pp. 455-482.
- , « Effects-based Operations and the Law of Aerial Warfare », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 5, n°2, 2006, pp. 265-293.
- , « 21st Century Conflict: Can the Law Survive? », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, n°2, 2007, pp. 443-476.
- , « Targeting Narcoinsurgents in Afghanistan: The Limits of International Humanitarian Law », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12, 2009, pp. 301-320.
- , « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », *Virginia Journal of International Law*, vol. 5, n°4, 2010, pp. 795-838.
- SCHMOECKEL, Mathias, WAMPACH, Christophe, « L'humanisation du droit de la guerre: une utopie combattue par la doctrine allemande? », *Clio Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, vol. 11, 2016, accessible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/cliothemis/1079>.
- SCHOTT, Jared, « Chapter VII as Exception: Security Council Action and the Regulative Ideal of Emergency », *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, n°1, 2008, pp. 24-78.
- SCHU, Adrien, « Qu'est-ce que la guerre ? Une réinterprétation de la "Formule" de Carl von Clausewitz », *Revue française de science politique*, vol. 67, n°2, 2017, pp. 291-308.
- SCHULTZ, Thomas, « Doing Law and Thinking about Law », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, n°2, 2013, pp. 217-218.
- SCHWARZENBERGER, Georg, « Functions and Foundations of the Laws of War », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 44, n°3, 1958, pp. 351-369.
- , « From the Laws of War to the Law of Armed Conflict », *Journal of Public Law*, vol. 17, n°1, 1968, pp. 61-77.
- SHARP, Walter G., « The Effective Deterrence of Environmental Damage During Armed Conflict: A Case Analysis of the Persian Gulf War », *Military Law Review*, vol. 137, 1992, pp. 1-66.
- SHUE, Henry, « Torture », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n°2, 1978, pp. 124-143.
- , « Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, n°2, 2006, pp. 231-23.
- SIMON, Hendrik, « The Myth of Liberum Ius Ad Bellum: Justifying War in 19th-Century Legal Theory and Political Practice », *E.J.I.L.*, vol. 29, n°1, 2018, pp. 113-136.
- SIVAKUMARAN, Sandesh, « Making and Shaping the Law of Armed Conflict », *Current Legal Problems*, vol. 71, n°1, 2018, pp. 119-160.
- SLOANE, Robert D., « Prologue to a Voluntarist War Convention », *Michigan Law Review*, vol. 106, n°3, 2007, pp. 443-485.
- SLOUTZKI, N. M., « Guerre des nations », *Revue de droit international*, vol. 1, n°2, 1923, pp. 106-111.

- , « Le bombardement des villes ouvertes », *Revue de droit international*, vol. 1, n°1, 1924, pp. 48-60.
- , « New Destructive Agencies of War », *Current History*, vol. 20, n°3, 1924, pp. 434-439.
- SOLF, Waldemar A., « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities Under Customary International Law and Under Protocol I », *American University International Law Review*, vol. 1, n°1, 1986, pp. 117-135.
- SOTULA, Oleksandr, PIĄTKOWSKI, Mateusz, « Air Warfare over Ukraine and International Humanitarian Law », *Acta Universitatis Lodziensis*, vol. 106, 2024, pp. 13-33.
- SOULIER, Gérard, « Le théâtre et le procès », *Droit & Société*, vol. 17-18, 1991, pp. 9-24.
- SPAIGHT, James M., « Air Bombardment », *B.Y.I.L.*, vol. 21, 1923-1924, pp. 21-33.
- , « The Doctrine of Air-Force Necessity », *B.Y.I.L.*, vol. 6, 1925, pp. 1-7.
- , « Non-Combatants and Air Attack », *Air Law Review*, vol. 9, n°4, 1938, pp. 372-376.
- , « Legitimate Objectives in Air Warfare », *B.Y.I.L.*, vol. 21, 1944, pp. 151-179.
- STAVRIDIS, James G., ROKKE, Ervin J., PIERCE, Terry C., « Crafting and Managing Effects. The Evolution of the Profession of Arms », *Joint Force Quarterly*, n°81, 2016, pp. 4-9.
- STEPHENS, Dale, LEWIS, Michael W., « The Law of Armed Conflict – A Contemporary Critique », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, n°1, 2005, pp. 55-85.
- STOPPIONI, Edoardo, « Le droit des investissements à l'épreuve de la guerre », *Confluence des droits*, vol. 12, 2023, accessible à l'adresse suivante : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=2477>.
- STOWELL, Ellery C., « The Laws of War and the Atomic Bomb », *AJ.I.L.*, vol. 39, n°4, 1945, pp. 784-788.
- STRANGE, Joseph L., IRON, Richard, « Center of Gravity. What Clausewitz Really Meant », *Joint Forces Quarterly*, vol. 35, 2004, pp. 20-27.
- STRAWSON, Peter Frederick, « Ethical Intuitionism », *Philosophy*, Vol. 24, n°88, 1949, pp. 23-33.
- SUCHMAN, Lucy, « Situational Awareness: Deadly Bioconvergence at the Boundaries of Bodies and Machines », *MediaTropes*, vol. 5, n°1, 2015, pp. 1-24.
- SULLIVAN, Kathleen M., « The Justices of Rules and Standards », *Harvard Law Review*, vol. 106, n°1, 1992, pp. 22-123.

– T –

- TEITEL, Ruti G., « Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics », *Cornell International Law Journal*, vol. 35, 2001-2002, pp. 335-387.
- TREW, Noel M., « This Is Who We Are: The Role of Military Ethics, Culture, and Religion in Disseminating International Humanitarian Law to the Armed Forces », *R.I.C.R.*, vol. 107, n°928, 2025, pp. 256-286.
- TROPER, Michel, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 50, n°2, 2002, pp. 335-353.
- TRUBEK, David M., « Max Weber on Law and the Rise of Capitalism », *Wisconsin Law Review*, vol. 3, 1972, pp. 720-753.
- TUCKER, Robert W., « The Law of War and Neutrality at Sea », *International Law Studies*, vol. 50, n°1, 1955, pp. 1-356.

- , « The Law of War », *International Law Studies*, vol. 62, 1980, pp. 233-246.
- TZOUVALA, Ntina, « International Law as a Discipline in Crisis », *Australian Journal of International Affairs*, vol. 79, n°1, 2025, pp. 71-78.

— V —

- VAGUE, Harold R., « The Humanitarian Law of Armed Conflict », *The International Lawyer*, vol. 11, n°1, 1977, pp. 101-102.
- VERDEBOUT, Agatha, « The Contemporary Discourse on the Use of Force in the Nineteenth Century: A Diachronic and Critical Analysis », *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 1, n°2, 2014, pp. 223-246.
- VILLATOUX, Marie-Catherine, VILLATOUX, Paul, « Aux origines de la "guerre révolutionnaire" : le colonel Lacheroy parle », *Revue historique des armées*, vol. 268, 2012, pp. 43-53.
- VISSCHER, Charles de, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *R.G.D.I.P.*, vol. 24, 1917, pp. 74-108.
- VITÉ, Sylvain, « Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations », *R.I.C.R.*, vol. 91, n°873, 2009, pp. 69-94.

— W —

- WARDEN III, John A., « The Enemy as a System », *Airpower Journal*, vol. 9, n°1, 1995, pp. 40-55.
- WASSERSTROM, Richard, « The Laws of War », *Philosophy and Public Policy*, vol. 56, n°1, 1972, pp. 1-19.
- WEIL, Éric, « Guerre et Politique selon Clausewitz », *Revue française de science politique*, vol. 5, n°2, 1955, pp. 291-314.
- WERTHEIM, Stephen, « The League That Wasn't: American Designs for a Legalist-Sanctionist League of Nations and the Intellectual Origins of International Organization, 1914-1920 », *Diplomatic History*, vol. 35, n°5, 2011, pp. 797-836.
- WHITTLE, Devon, « The Limits of Legality and the United Nations Security Council: Applying the Extra-Legal Measures Model to Chapter VII Action », *E.J.I.L.*, vol. 26, n°3, 2015, pp. 671-698.
- WINTER, Elliott, « Pillars not Principles: The Status of Humanity and Military Necessity in the Law of Armed Conflict », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 25, n°1, 2020, pp. 1-31.
- WRIGHT, George R., « Dreams and Formulas: The Roles of Particularism and Principalism in Law », *Hofstra Law Review*, vol. 37, n°1, 2008, pp. 195-222.
- WRIGHT, Quincy, « Effect of the War on International Law (II) », *Minnesota Law Review*, vol. 5, 1921, pp. 515-539.
- , « Changes in the Conception of War », *A.J.I.L.*, vol. 18, n°4, 1924, pp. 755-767.
- , « The Mandchurian Crisis », *American Political Science Review*, vol. 26, n°1, 1932, pp. 45-76.
- , « The Meaning of the Pact of Paris », *A.J.I.L.*, vol. 27, n°1, 1933 pp. 39-61.
- , « The Outlawry of War and the Law of War », *A.J.I.L.*, vol. 47, n°3, 1953, pp. 365-376.

— Z —

- ZITELMANN, Ernst, « Haben wir noch ein Völkerrecht? », *Preussische Jahrbücher*, vol. 158, 1914, pp. 472-495.
- ZOLLER, Élisabeth, « Le Patriot Act : retour sur un texte controversé », *Revue de droit public*, 2015, n°2, pp. 377-388.
- ZRILIC, Jure, « Armed Conflicts and the Law of Treaties: Recent Developments and Reappraisal of the Doctrine in Light of the Wars in Syria and Ukraine », *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 65, 2022, pp. 107-137.
- ZUMPANI, Frederico, « International Law, War and Human Rights: The Humanitarian Response Against the State of Emergency », *Athens Journal of Social Sciences*, vol. 1, n°2, 2014, pp. 121-132.

VI. Divers

Articles non-publiés dans des périodiques

- DIETRICH, Sandra, HUMMEL Hartwig, MARSCHALL, Stafan, « Parliamentary War Powers: A Survey of 25 European Parliaments », *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces*, Occasional Paper No. 21, 2010.
- KHAKEE, Anna, « Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe », *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces*, Policy Paper No. 30, 2009.
- LIEBLICH, Eliav, « The Law of Warfare: 1989-2022 », SSRN, 19 avr. 2022, accessible à l'adresse suivante :
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4057088.
- ORTAL, Eran, « Israel's First Total War And Its Ramifications », *Hoover Institution*, 19 avr. 2024, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.hoover.org/research/israels-first-total-war-and-its-ramifications>.
- ROSENZWEIG, Ido, « Combatants Dresses as Civilians? The Case of the Israeli *Mista'arvim* under International Law », *The Israel Democracy Institute*, English Policy Paper No. 8, 2014, accessible à l'adresse suivante :
<https://en.idi.org.il/publications/8715>.
- SASSOLI, Marco, « Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law », *Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, January 27-29, 2003*, International Humanitarian Law Research Initiative, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, accessible à l'adresse suivante :
<https://hhi.harvard.edu/publications/legitimate-targets-attacks-under-international-humanitarian-law>
- SIQUIERA, Luis de, « Rethinking Military Necessity in the Law of Armed Conflict », *ResearchGate*, 2012, accessible à l'adresse suivante :
https://www.researchgate.net/publication/256044541_Rethinking_Military_Necessity_in_the_Law_of_Armed_Conflict.
- WAGNER, Wolfgang, PETERS, Dirk, GLAHN, Cosima, « Parliamentary War Powers Around the World, 1989-2004. A New Dataset », *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces*, Occasional Paper No. 22, 2010.

WILMSHURST, Elizabeth, « Ukraine: Debunking Russia's Legal Justifications », *Chatham House*, 25 fév. 2022, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.chathamhouse.org/2022/02/ukraine-debunking-russias-legal-justifications>.

Articles de blogs

BIANCHI, Andrea, « Engaging with Theory – Why Bother? », *E.J.I.L. Talk!*, 7 fév. 2017, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.ejiltalk.org/engaging-with-theory-why-bother/>.

BOUDON, Julien, « Note complémentaire sur l'illégalité du décret n°2020-260 du 16 mars », *Le club des juristes*, 7 avril 2020, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.leclubdesjuristes.com/archives-cdj/note-complementaire-sur-lillegalite-du-decret-n-2020-260-du-16-mars-2789/>.

COLLINS, Liam, KOFMAN, Michael, SPENCER, John, « The Battle of Hostomel Airport: A Key Moment in Russia's Defeat in Kyiv », *War on the Rocks*, 10 août 2023, accessible à l'adresse suivante :
<https://warontherocks.com/2023/08/the-battle-of-hostomel-airport-a-key-moment-in-russias-defeat-in-kyiv/>.

CRANDALL, Carla, « The Future Battlefield: Governed by International Law or *Kriegsraison*? », *Just Security*, 21 sept. 2023, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.justsecurity.org/88368/the-future-battlefield-governed-by-international-law-or-kriegsraison/>.

ECHEVARRIA II, Antulio J., « Clausewitz's Center of Gravity: Changing Our Warfighting Doctrine – Again! », *U.S. Army War College Press*, 1^{er} sept. 2002, accessible à l'adresse suivante :
<https://press.armywarcollege.edu/monographs/815/>.

GRIGNON, Julia, « Amplitude et subtilité du droit international humanitaire dans la guerre en Ukraine », *Le Rubicon*, 25 avr. 2022, accessible à l'adresse suivante :
<https://lerubicon.org/amplitude-et-subtilite-du-droit-international-humanitaire-dans-la-guerre-en-ukraine/>.

KRAUSE, Michael, « Clausewitz & Centres of Gravity Open to Interpretation », *The Forge*, 11 août 2021, accessible à l'adresse suivante :
<https://theforge.defence.gov.au/article/clausewitz-centres-gravity-open-interpretation#7a>.

MCDONALD, Justin, « Russian War Abuses in Ukraine: A Lesson in Legitimacy », *War Room*, 21 juil. 2023, accessible à l'adresse suivante :
<https://warroom.armywarcollege.edu/articles/legitimacy/>.

MERRIAM, John, « Inside IDF Targeting », *Articles of War*, 20 oct. 2023, accessible à l'adresse suivante :
<https://ieber.westpoint.edu/inside-idf-targeting/>.

O'CONNELL, Mary E., « The Killing of Soleimani and International Law », *EJIL: Talk!*, 6 janv. 2020, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.ejiltalk.org/the-killing-of-soleimani-and-international-law/>.

RUBENSTEIN, Leonard, « Israel's Rewriting of the Law of War », *Just Security*, 21 déc. 2023, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.justsecurity.org/90789/israels-rewriting-of-the-law-of-war/>.

SCHÄFER, Raphael, « Ein Grausames Recht? », *APuZ*, 18 juil. 2024, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/genfer-konventionen/550588/ein-grausames-recht/>.

SCHMITT, Michael N., « The IDF, Hamas, and the Duty to Warn », *Articles of War*, 27 oct. 2023, accessible à l'adresse suivante :

<https://ieber.westpoint.edu/idf-hamas-duty-to-warn/>.

—, « Year Ahead – International Humanitarian Law at Rist », *Articles of War*, 11 janv. 2024, accessible à l'adresse suivante :

<https://ieber.westpoint.edu/international-humanitarian-law-risk/>.

—, « Attacking Scientists and the Law of Armed Conflict », *Articles of War*, 18 juin 2025, accessible à l'adresse suivante :

<https://ieber.westpoint.edu/attacking-scientists-law-armed-conflict/>.

Articles de presse, éditoriaux et tribunes

ABRAHAM, Yuval, « "Lavender": The AI Machine Directing Israel's Bombing Spree in Gaza », *+972 Magazine*, 3 avr. 2024, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.972mag.com/lavender-ai-israeli-army-gaza/>.

ANDERSON, Kenneth, « Who Owns the Rules of War? », *The New York Times Magazine*, 13 avr. 2003, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.nytimes.com/2003/04/13/magazine/who-owns-the-rules-of-war.html>.

ANON. « Is Torture Ever Justified? », *The Economist*, 11 jan. 2003, accessible à l'adresse suivante:

<https://www.economist.com/leaders/2003/01/09/is-torture-ever-justified>.

ANON., « Gaza situation dire, U.N. says, as Israeli military admits security failures », *BBC*, 12 oct. 2023, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.bbc.com/news/live/world-middle-east-67073970?page=4>.

ANON. « Infamous Taliban Leader Killed in Pakistan », *CBS News*, 16 avr. 2008, accessible à l'adresse suivante:

<https://www.cbsnews.com/news/infamous-taliban-leader-killed-in-pakistan/>.

ANON., « Torture en Algérie : l'aveu des généraux », *Le Monde*, 23 nov. 2000, accessible à l'adresse suivante :

https://www.lemonde.fr/archives/article/2000/11/23/torture-en-algerie-l-aveu-des-generaux_3625269_1819218.html.

BEAUGE, Florence, « Les aveux du général Aussaresses : "Je me suis résolu à la torture" », *Le Monde*, 4 déc. 2013, accessible à l'adresse suivante :

http://www.lemonde.fr/disparitions/article/2013/12/04/les-aveux-du-general-aussaresses-je-me-suis-resolu-a-la-torture_3524992_3382.html.

BRABANT, Justine, « Sabotage de Nord Stream : la Pologne refuse d'extrader un suspect ukrainien », *Médiapart*, 18 oct. 2025, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.mediapart.fr/journal/international/181025/sabotage-de-nord-stream-la-pologne-refuse-d-extradet-un-suspect-ukrainien>

COMBE, Jean-Pierre, « À propos de prisonniers allemands de la résistance », *Politique-actu*, 17 mai 2023, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.politique-actu.com/actualite/resistancefrancaise-maquisdecorze-revisionnisme-insupportable-lamontagne-france2/1830514/>.

CUDDY, Alice, « Chemical Burns, Assaults, Electric Shocks – Gazans tell BBC of Torture in Israeli Detention », *BBC News*, 7 avr. 2025, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.bbc.com/news/articles/cn7vje365rno>.

FELMAN, Yotam, BLAU, Uri, « Consent and Advise », *Haaretz*, 29 jan. 2009, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.haaretz.com/2009-01-29/ty-article/consent-and-advise/0000017fe1a6-d9aa-afff-f9fe5e100000>.

GORDON, Neve, « Israel Seeks to Rewrite the Laws of War », *Al-Jazeera*, 15 juil. 2024, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.aljazeera.com/opinions/2024/7/15/israel-seeks-to-rewrite-the-laws-of-war>.

KRAUTHAMMER, Charles, « The Truth About Torture », *Washington Examiner*, 5 déc. 2005, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.washingtonexaminer.com/magazine/1630430/the-truth-about-torture/>.

PACKER, George, « Prisoners », *The New Yorker*, 10 sept. 2006, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.newyorker.com/magazine/2006/09/18/prisoners-3>.

ROSENBERG, Carol, « Foreman Says Military Jury Was Disgusted by C.I.A. Torture », *The New York Times*, 6 nov. 2021, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.nytimes.com/2021/11/06/us/politics/military-jury-cia-torture.html>.

RUMSFELD, Donald H., « A New Kind of War », *The New York Times*, 27 sept. 2001, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.nytimes.com/2001/09/27/opinion/a-new-kind-of-war.html>.

SALLES, Justice, GAUTHIER, Cécile, « Exécution de 47 prisonniers allemands en 1944 en Corrèze : "ce n'est pas une surprise, c'est une confirmation", pour l'historien Fabrice Grenard », *France 3*, 16 mai 2023, accessible à l'adresse suivante :
<https://france3-regions.francetvinfo.fr/nouvelle-aquitaine/correze/tulle/video-execution-de-47-prisonniers-allemands-en-1944-en-correze-ce-n'est-pas-une-surprise-c-est-une-confirmation-pour-l-historien-fabrice-grenard-2774490.html>.

STRIMPEL, Zoe, « Israel has every right to do whatever it takes to eradicate Hamas Nazis », *The Telegraph*, 14 oct. 2023, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.telegraph.co.uk/news/2023/10/14/israel-right-to-do-whatever-it-takes-to-eradicate-hamas/>.

TUNZELMANN, Alex von, « Is American Sniper Historically Accurate? », *The Guardian*, 20 janv. 2015, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.theguardian.com/film/filmblog/2015/jan/20/why-american-snipers-historical-dishonesty-misleads>.

VASILYEVA, Nataliya, « Israeli Soldiers Dressed as Doctors Raid Hospital to Kill Suspected Terrorists », *The Telegraph*, 30 janv. 2024, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.telegraph.co.uk/world-news/2024/01/30/israeli-soldiers-disguise-west-bank-hospital-hamas/>.

VEST, Jason, « CIA Veterans Speak Out Against Torture », *Government Executive*, 23 nov. 2005, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.govexec.com/defense/2005/11/cia-veterans-speak-out-against-torture/20683/>.

VIGNAUD, Pierre, LAGIER, Franck, « "On n'aurait pas dû les tuer" : un résistant brise l'omerta sur l'exécution des 46 soldats allemands en juin 1944 en Corrèze », *La Montagne*, 15 mai 2023, accessible à l'adresse suivante :

https://www.lamontagne.fr/meymac-19250/actualites/on-naurait-pas-du-les-tuer-un-resistant-brise-l-omerta-sur-l-execution-de-47-soldats-allemands-en-juin-1944-en-correze_14310132/.

WOODWARD, Bob, « CIA Told to Do "Whatever Necessary" to Kill Bin Laden », *The Washington Post*, 20 oct. 2001, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.washingtonpost.com/archive/politics/2001/10/21/cia-told-to-do-whatever-necessary-to-kill-bin-laden/19d0e8f1-dbe5-4b07-9c47-44c5b4328f1f/>.

Récits de guerre

ANON., « 2004, Heinz Drossel », *Wallenberg Legacy*, Université of Michigan, 10 avril 2004, accessible à l'adresse suivante :

<https://wallenberg.umich.edu/medal-recipients/2004-heinz-drossel/>

ARGOUD, Antoine, *La décadence, l'imposture et la tragédie*, Paris, Fayard, 1974, 360 pages.

BELLAVIA, David, *Fallouja !*, trad. F. MIRMONT, Paris, Nimrod, 2009 [2007], 320 pages.

COLLECTIF, *Maquis de Corrèze. 150 combattants et témoins*, Paris, Éditions sociales, 1975, 520 pages.

CUDI, Azad, *Sniper. Ma guerre contre Daesh*, Paris, Nouveau Monde, 2023 [2019], 288 pages.

DABAS, François-Régis, *Septentrion. Récit de guerre*, Paris, Mareuil Éditions, 2023, 217 pages.

ERBLAND, Brice, *Dans les griffes du Tigre, Libye-Afghanistan 2011. Récits d'un officier pilote d'hélicoptère de combat*, préf. J. GUISNEL, Paris, Les Belles Lettres, coll. « Mémoires de Guerre », 2013, 105 pages.

KYLE, Chris, avec S. McEWEN et J. DEFELICE, *American Sniper*, trad. F. MIRMONT, Paris, Nimrod, 2015 [2012], 411 pages.

LUTTRELL, Marcus, *Le survivant*, trad. F. MIRMONT, Paris, Nimrod, 2009 [2007], 331 pages.

LUTTRELL, Marcus, *Retour au combat*, trad. F. MIRMONT, Paris, Nimrod, 2013 [2012], 329 pages.

ROAT, John C., *Class-29: The Making of U.S. Navy SEALS*, New York, Ballantine Books, 2000, 304 pages.

ROMESHA, Clinton, *La violence de l'action*, trad. F. MIRMONT, Paris, Nimrod, 2017 [2016], 378 pages.

VERONESI, Sandro, ANGELIS, Edoardi de, *Commandant*, trad. D. VITTOZ, Paris, Grasset, coll. « En lettres d'ancre », 2023, 224 pages.

WOODWARD, Bob, *Bush at War*, New York, Simon & Schuster, 2002, 376 pages.

Autre

ANON. *Ali Boumendjel : Les aveux du Général Aussaresses*, Archives INA, 3 mai 2001, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.youtube.com/watch?v=Fk6vs15Ce5Q>.

HUGO, Victor, *Post-scriptum de ma vie*, Paris, Calmann Lévy, 1901, 273 pages.

ROOSEVELT, Theodore, *International Peace*, Discours de réception du prix Nobel, 5 mai 1910, accessible à l'adresse suivante :

[https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1906/roosevelt/lecture/.](https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1906/roosevelt/lecture/)

Table de jurisprudence

I. Juridictions internationales

Cour permanente de justice internationale et Cour internationale de Justice

CPJI, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, arrêt du 7 sept. 1927, Recueil, Série A, n°10, pp. 3-33.

CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juil. 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, pp. 151-181.

CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juil. 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, pp. 226-267 ; opinion individuelle du juge Gilbert GUILLAUME, *C.I.J. Recueil 1996*, pp. 287-293 ; opinion individuelle du juge Carl-August FLEISCHHAUER, *C.I.J. Recueil 1996*, pp. 305-310 ; opinion individuelle du juge Mohamed SHAHABUDDINEEN, *C.I.J. Recueil 1996*, pp. 375-428 ; opinion individuelle du juge Christopher G. WEERAMANTRY, *C.I.J. Recueil 1996*, pp. 429-554 ; opinion individuelle du juge Rosalyn HIGGINS, *C.I.J. Recueil 1996*, pp. 583-593.

CIJ, *Affaires des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 nov. 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pp. 161-219.

CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juil. 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, pp. 136-203.

CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 déc. 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, pp. 168-283.

CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, avis consultatif du 19 juil. 2025, non-publié.

Commission et Cour européennes des droits de l'homme

COUR EDH, *Lawless c. Irlande (No. 3)*, arrêt du 1^{er} juil. 1961, req. n°332/57.

COM. EDH, *Chypre c. Turquie*, décision du 26 mai 1975, req. n°6780/74 et 6950/75.

COUR EDH, *Loizidou c. Turquie*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 23 mars 1995, req. n°15318/89.

COUR EDH, *Aksoy c. Turquie*, arrêt du 18 déc. 1996, req. n°21987/93.

COUR EDH, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, arrêt du 24 mars 2001, req. n°23458/02.

COUR EDH, *Chypre c. Turquie*, arrêt sur le fond du 10 mai 2001, req. n°25781/94.

COUR EDH, *Banković et al. c. Belgique et 16 autres États parties*, décision sur la recevabilité du 12 déc. 2001, req. n°52207/99.

COUR EDH, *Issa et al. c. Turquie*, arrêt du 16 nov. 2004, req. n°31821.

COUR EDH, *Issaïeva c. Russie*, arrêt du 24 fév. 2005, req. n°57950/00.

COUR EDH, *Heglas c. République Tchèque*, arrêt du 1^{er} mars 2007, req. n°5935/02.

- COUR EDH, *A et al. c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 fév. 2009, req. n°3455/05.
- COUR EDH, *Esmukhambetov et al. c. Russie*, arrêt sur le fond du 29 mars 2011, req. n°23445/03.
- COUR EDH, *Al-Skeini et al. c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juil. 2011, req. n°55721/07.
- COUR EDH, *Abdulkhanov et al. c. Russie*, arrêt du 3 oct. 2013, req. n° 22782/06.
- COUR EDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 sept. 2014, req. n°29750/09.
- COUR EDH, *Jaloud c. Pays-Bas*, arrêt du 20 nov. 2014, req. n°47708/08.
- COUR EDH, *Big Brother Watch et al. c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mai 2021, req. n°58170/13, 62322/14 et 24960/15.
- COUR EDH, *Géorgie c. Russie (II)*, arrêt sur le fond du 21 janv. 2021, req. n°38263/08 ; opinion en partie dissidente commune aux juges Ganna Yudkivska, Paulo Pinto de Albuquerque et Lado Chanturia.
- COUR EDH, *Hanan c. Allemagne*, arrêt du 16 fév. 2021, req. n°4871/16.
- COUR EDH, *Ukraine et Pays Bas c. Russie*, décision sur la recevabilité du 30 nov. 2022, req. n°8019/16, 43800/14 et 28525/20.
- COUR EDH, *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, arrêt du 30 nov. 2022, req. n°8019/16, 43800/14 et 28525/20.
- COUR EDH, *Ukraine c. Russie (Crimée)*, arrêt sur le fond du 25 juin 2024, req. n°20958/14 et 38334/18.

Juridictions pénales internationales

- TMI DE NUREMBERG, jugement du 1^{er} oct. 1946, *in Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg*, vol. 1, Nuremberg, [éditeur inconnu], 1947, 397 pages.
- TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicelle d'incompétence du 2 oct. 1995, affaire n°IT-94-1-T.
- TPIY, *Le Procureur c. Erdemović*, arrêt du 7 oct. 1997, affaire n°IT-96-22-A ; opinion individuelle et dissidente du juge Antonio Cassese.
- TPIY, *Le Procureur c. Kupreškić et al.*, arrêt du 14 janv. 2000, affaire n°IT-95-16.
- TPIY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juin 2000.
- TPIY, *Le Procureur c. Krstić*, jugement du 2 août 2001, affaire n°IT-98-33
- TPIY, *Le Procureur c. Strugar*, décision relative à l'appel interlocutoire du 22 nov. 2002, affaire n°IT-01-42-AR72.
- TPIY, *Le Procureur c. Galic*, jugement du 5 déc. 2003, affaire n°IT-98-29.
- TPIY, *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, arrêt du 17 déc. 2004, affaire n°IT-95-14/2-A.
- TPIY, *Le Procureur c. Hadžihasanovic et al.*, décision relative à l'appel interlocutoire du 11 mars 2005, affaire n°IT-01-47-AR73.3.
- TPIY, *Le Procureur c. Naser Orić*, décision orale sur la Règle 98bis du 8 juin 2005, affaire n°IT-03-68-T.
- TPIY, *Le Procureur c. Limaj et al.*, jugement du 30 nov. 2005, affaire n°IT-03-66.
- TPIY, *Le Procureur c. Milošević*, jugement du 12 déc. 2007, affaire n°IT-98-29/1.

Autres juridictions internationales

- COM. IADH, *Coard et al. v. United States*, décision du 29 sept. 1997, rapport n°109/99, affaire n°10.951.
- COM. IADH, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, arrêt du 18 nov. 1997, affaire n°11.137.
- COMMISSION DES RECLAMATIONS ÉRYTHREE/ÉTHIOPIE, *Sentence finale, Retraites-Réclamations de l'Érythrée nos. 15, 19 & 23*, sentence du 19 déc. 2005, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, pp. 471-488.
- ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'OMC, *Russia – Mesures Concerning Traffic in Transit (Ukraine c. Russie)*, rapport du 29 avr. 2019, affaire n°WT/DS512/R.

II. Juridictions nationales

Allemagne

- REICHSGERICHT, *Diltmar and Boldt (Llandovery Castle Case)*, arrêt du 16 juil. 1921, in *A.J.I.L.*, vol. 16, n°4, 1922, pp. 708-724.
- COUR SUPRÈME, *Execution of Prisoner of War (Germany) Case*, arrêt du 6 mai 1952, in *I.L.R.*, vol. 19, 1957, pp. 597-598.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Luftsicherheitsgesetzes*, arrêt du 15 fév. 2006, 1 BvR 357/05.

Australie

- COUR MARTIALE, *Australia v. Lieutenant-General Baba Maso*, arrêt du 2 juin 1947, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 11, Londres, H. M. Stationery Office, 1948, pp. 56-61.

États-Unis d'Amérique

- COUR SUPREME, *Ex parte Milligan*, arrêt du 3 avr. 1886, 71 U.S. 2 (1866).
- COMMISSION MILITAIRE DE AUGSBERG, *United States v. Gunther Thiele and Georg Steinert*, arrêt du 13 juin 1945, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 3, Londres, H. M. Stationery Office, 1948, pp. 56-59.
- TRIBUNAL MILITAIRE DE NUERMBERG, *United States v. Erhard Milch*, arrêt du 17 avr. 1947, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 7, Londres, H. M. Stationery Office, 1948, pp. 27-66.
- TRIBUNAL MILITAIRE DE NUERMBERG, *United States v. Wilhelm List et al. (The Hostages Trial)*, arrêt du 19 fév. 1948, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 8, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, pp. 34-92.
- TRIBUNAL MILITAIRE DE NUERMBERG, *United States v. Carl Krauch et al. (The I.G. Farben Trial)*, arrêt du 29 juil. 1948, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 10, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, pp. 1-68.
- TRIBUNAL MILITAIRE DE NUERMBERG, *United States v. Alfried F. A. Krupp von Bohlen und Halbach et al. (The Krupp Trial)*, arrêt du 30 juin 1948, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 10, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, pp. 69-181.

TRIBUNAL MILITAIRE DE NUERMBERG, *United States v. Wilhelm von Leeb et al. (The German High Command Trial)*, arrêt du 28 oct. 1948, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 12, Londres, H. M. Stationery Office, 1949, pp. 1-127.

TRIBUNAL MILITAIRE DE NUERMBERG, *United States v. Otto Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen Case)*, arrêt du 25 mars 1949, in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 4, Londres, Government Printing Office, 1951, pp. 3-596.

COUR SUPREME, *Terminello v. Chicago*, arrêt du 16 mai 1949, 337 U.S. 1 (1949).

COUR SUPREME, *Youngstown Sheet & Tube Co. et al. v. Sawyer*, arrêt du 2 juin 1952, 343 U.S. 579 (1952).

France

CONSEIL D'ÉTAT, *Delmotte*, arrêt du 6 août 1915, n°59536.

CONSEIL D'ÉTAT, *Labonne*, arrêt du 8 août 1919, n°56377.

CONSEIL D'ÉTAT, *Dame Dol et Laurent*, arrêt du 28 fév. 1919, n°61593.

COUR D'APPEL DE VERSAILLES, *Touvier*, arrêt du 2 juin 1993.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rubin de Servens*, arrêt du 2 mars 1962, n°55049 et 55055.

CONSEIL D'ÉTAT, *M. Rolin*, ordonnance du 14 nov. 2005, n°286835.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Traité sur l'Union européenne*, décision n° 92-312 DC du 2 sept. 1992.

CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, 18 mars 2020, avis n°399873.

Israël

HAUTE COUR DE JUSTICE, *Brazilai v. The Government of Israel*, arrêt du 6 août 1986, H.C.J. 428/86.

HAUTE COUR DE JUSTICE, *Public Committee Against Torture v. The State of Israel*, arrêt du 6 sept. 1999, H.C.J. 5100/94.

HAUTE COUR DE JUSTICE, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al.*, arrêt du 20 juin 2004, H.C.J. 2056/04.

Japon

TOKYO DISTRICT COURT, *R. Shimoda et al. v. The State et al.*, arrêt du 7 déc. 1963, affaire n°2914 et 4177, in *Japanase Annual of International Law*, vol. 8, 1964, pp. 212-253.

Pays-Bas

COUR DE CASSATION SPECIALE, *In re Rauter*, arrêt du 12 janv. 1949, in *I.L.R.*, vol. 16, 1955, pp. 526-548.

COUR DE CASSATION SPECIALE, *In re Burghoff*, arrêt du 17 oct. 1949, in *I.L.R.*, vol. 16, 1955, pp. 551-552.

COUR DE CASSATION SPECIALE, *In Re Lages*, arrêt du 12 juil. 1950, in *I.L.R.*, vol. 16, 1955, pp. 553-557.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *In Re Moehle (Laconia Order Case)*, arrêt du 16 oct. 1946, in *I.L.R.*, vol. 13, 1951, pp. 246-248.

COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *Royaume-Uni c. Heinz Eck et al. (The Peleus Trial)*, arrêt du 17-20 oct. 1945, in UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 1, Londres, H. M. Stationery Office, 1947, pp. 1-21.

COUR MILITAIRE DE HAMBOURG, *In re Lewinski (called von Manstein)*, arrêt du 19 déc. 1949, in *I.L.R.*, vol. 16, 1955, pp. 509-525.

HOUSE OF LORDS, *R. (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, arrêt du 21 déc. 2007, [2007] UKHL 58.

HIGH COURT OF JUSTICE, *Serdar Mohammed and others v. Ministry of Defence*, arrêt du 2 mai 2015, [2014] EWHC 1369 (QB).

COUR SUPRÈME, *Al-Waheed v. Ministry of Defence* et *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, arrêt du 17 janv. 2017, [2017] UKSC 2.

Singapour

HIGH COURT, *Public Trustee v. Chartered Bank of India, Australia and China*, arrêt du 21 fév. 1956, in *I.L.R.*, vol. 23, 1960, pp. 687-701.

Table des documents

I. Documents internationaux

Traité internationaux et travaux préparatoires

Traité internationaux

Convention pour la protection des câbles sous-marins, adoptée à Paris, le 14 mars 1884, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1888.

Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, adoptée à Saint-Pétersbourg le 11 déc. 1868, entrée en vigueur le 11 déc. 1868.

Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, adopté à Bruxelles le 27 août 1874, [non-entrée en vigueur].

Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiant ou délétères, adoptée à La Haye le 29 juil. et 1899, entrée en vigueur le 4 sept. 1900.

Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, adoptée à La Haye le 29 juil. 1899, entrée en vigueur le 29 déc. 1900.

Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre, adoptée à La Haye le 29 juil. 1899, entrée en vigueur le 4 sept. 1900.

Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, adoptée à Genève le 6 juil. 1906, entrée en vigueur le 9 août 1907.

Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, adoptée à La Haye le 18 oct. 1907, entrée en vigueur le 26 janv. 1910.

Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, adoptée à La Haye le 18 oct. 1907, entrée en vigueur le 26 janv. 1910.

Pacte de la Société des Nations, adopté à Paris le 28 juin 1919 et entré en vigueur le 10 janv. 1920.

Statut relatif au régime des voies navigables d'intérêt international, adopté à Barcelone le 20 avr. 1921, entré en vigueur le 31 oct. 1922.

Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne, adoptées le 19 fév. 1923 [non-entrées en vigueur].

Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux, adopté à Genève le 2 oct. 1924, [non entré en vigueur].

Pacte général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale, adopté à Paris le 27 août 1928, entré en vigueur le 24 juil. 1929.

Convention relative à l'aviation civile internationale, adoptée à Chicago le 7 déc. 1944, entrée en vigueur le 4 avr. 1947.

Charte des Nations Unies, adopté à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 oct. 1945.

Statut de la Cour internationale de justice, adopté à San Francisco le 26 juin 1945, entré en vigueur le 24 oct. 1945.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, adopté à Genève le 30 oct. 1947, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948.

Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, adoptée à Genève le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 oct. 1950.

Convention de Genève (II) sur les blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer, adoptée à Genève le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 oct. 1950.

Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, adoptée à Genève le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 oct. 1950.

Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée à Genève le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 oct. 1950.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adoptée à Strasbourg le 4 nov. 1950, entrée en vigueur le 3 sept. 1953.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 16 déc. 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources africaines, adoptée à Alger le 15 sept. 1968, entrée en vigueur le 16 juin 1969.

Convention sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janv. 1980.

Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José le 22 nov. 1969, entrée en vigueur le 18 juil. 1978.

Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté le 8 juin 1977 à Genève, entré en vigueur le 7 juil. 1978.

Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux, adopté à Genève le 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 déc. 1978.

Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, adoptée à Paris le 13 janv. 1993, entrée en vigueur le 29 avr. 1997.

Accord général sur le commerce des services, adopté à Marrakech le 15 avr. 1994, entré en vigueur le 1^{er} janv. 1995.

Traité sur la Charte de l'énergie, adopté à Lisbonne le 17 déc. 1994, entré en vigueur le 16 avr. 1998.

Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, adoptée à Oslo le 18 sept. 1997, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1999.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juil. 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

Travaux préparatoires à l'adoption de traités internationaux

CG 1864

CICR, *Conférence internationale réunie à Genève les 26, 27, 28 et 29 octobre 1863. Compte-rendu*, Genève, CICR, 1863.

CICR, *Conférence de Genève de 1864. Conférence internationale pour la neutralisation du service de santé militaire en campagne*, Genève, CICR, 1864.

Déclaration de Bruxelles 1874

BELGIQUE, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence de Bruxelles*, La Haye, Les Frères van Cleef, 1890, 224 pages

RH 1899

PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Conférence internationale de la paix. La Haye 18 mars-29 juillet 1899*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907 [pagination multiple].

RH 1907

PAYS-BAS, MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye, 15 juin – 18 octobre 1907. Actes et documents*, vol. 1, La Haye, Imprimerie nationale, 1907.

Conférence de Washington 1922

COMMISSION DES JURISTES NOMMEE PAR LA CONFERENCE DE WASHINGTON DE 1922 SUR LA LIMITATION DES ARMEMENTS, *General Report of the Commission of Jurists at The Hague*, La Haye, 11 déc. 1922-19 fév. 1923, in *A.J.I.L.*, vol. 17, no. 4, Supplément, pp. 242-260

CG 1949

CICR, *Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims. Geneva, April 14-26, 1947*, Genève, 1947.

Documents des Nations Unies

Assemblée générale

Résolution 2625 (XXV), *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, 24 oct. 1970, U.N. Doc. A/8082.

Résolution 3314 (XXIX), *Définition de l'agression*, 14 déc. 1974, U.N. Doc. A/RES/29/3314.

Conseil des droits de l'homme

The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the Right to Adequate Food as a Human Right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur, 7 juil. 1987, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23.

Rapport de la Commission d'enquête sur le Liban établi conformément à la résolution S-2/1 du Conseil des droits de l'homme, 23 nov. 2006, U.N. Doc. A/HRC/3/2.

La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés : Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit à Gaza, 25 sept. 2009, U.N. Doc. A/HRC/12/48.

Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum: Study on Targeted Killings, 28 mai 2010, U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.5.

Commission du droit international

Reports of the International Law Commission on the Second Part of its Seventeenth Session, 3-28 January 1966, and on its Eighteenth Session, 4 May-19 July 1966, New York, United Nations, 1996, U.N. Doc. A/6309/Rev.1.

Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session, 5 mai-25 juillet 1980, U.N. Doc. A/CN.4/Ser.A/1980/Add.1.

Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l'État, source responsabilité internationale, U.N. Doc. A/CN.4/318/Add.5-7.

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté lors de la 53^{ème} session, U.N. Doc. A/56/10.

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, adopté lors de la 53^{ème} session, U.N. Doc. A/56/10.

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du groupe d'étude de la CDI, adopté lors de la 58^{ème} session, U.N. Doc. A/CN.4/L.702.

The Effect of Armed Conflict on Treaties: An Examination of Practice and Doctrine, Memorandum by the Secretariat, 1^{er} fév. 2005, U.N. Doc. A/CN.4/550.

Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, adopté lors de la 63^{ème} session, U.N. Doc. A/66/10.

Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs, adopté lors de la 63^{ème} session, U.N. Doc. A/66/10.

Documents du Comité international de la Croix-Rouge³⁵¹⁴

[J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 1, Genève, CICR, 1952, 542 pages.

[J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 3, Genève, CICR, 1958, 834 pages.

[J. PICTET (dir.)], *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, vol. 4, Genève, CICR, 1956, 729 pages.

Draft Rules for the Protection of Civilian Population from the Dangers of Indiscriminate Warfare, Genève, juin 1955.

³⁵¹⁴ N.B. Les ouvrages académiques édités par le CICR ne portant pas de mention déclinant toute responsabilité du CICR pour les propos tenus par le ou les auteur(s) de l'ouvrage sont considérés comme exprimant les vues de l'institution elle-même plutôt que des auteurs individuels. Par conséquent, certains ouvrages académiques qui auraient pu figurer dans la bibliographie doctrinale seront listés ci-dessous comme des documents émanant du CICR.

- [Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN *et al.*], *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Martinus Nijhoff, 1986, 1647 pages.
- Anti-Personnel Landmines. Friend or Foe? A Study of the Military Use and Effectiveness of Anti-Personnel Mines*, Genève, CICR, 1996.
- Droit international humanitaire et autres régimes juridiques : interaction dans les situations de violence*, Compte-rendu sommaire préparé par le CICR, supplément au rapport préparé par le CICR intitulé « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » à l'occasion de la XXVIIème table ronde sur les problèmes actuels du droit international humanitaire, 2003.
- [J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2005, 878 pages.
- J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (dir.)], *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, 4411 pages.
- Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non-internationaux*, Genève, 2008.
- [N. MELZER], *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, CICR, 2009, 88 pages.
- Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Réunion d'experts, Genève, CICR, 2012.
- [A. BOUVIER, A. QUINTIN, M. SASSOLI], *Un droit dans la guerre ? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, 2^{ème} éd., vol. 1, Genève, CICR, 2012, 486 pages.
- [G. GAGGIOLI], *L'usage de la force dans les conflits armés non-internationaux. Interaction entre le paradigme de la conduite des hostilités et le paradigme du maintien de l'ordre*, Genève, CICR, 2016.
- CICR, *Commentaire de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949*, 2016, accessible à l'adresse suivante :
<https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/gci-1949?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>
- [N. MELZER], *Droit international humanitaire. Introduction détaillée*, Genève, CICR, 2018, 339 pages.
- Qu'est-ce que le droit international humanitaire ?*, Fiche technique juridique, 5 juil. 2022, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.icrc.org/fr/document/quest-ce-que-le-droit-international-humanitaire>.
- Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?*, Prise de position, Genève, CIRC, 2024.

Autres documents internationaux

Documents émanant d'organisations ou de conférences internationales

- COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Les pouvoirs d'exception*, Rapport présenté par MM. Ergun Özbundun et Mehmet Turhan, 1995, CDL-STD(1995)012.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Liste des critères de l'État de droit*, adoptée par la Commission à sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016), 18 mars 2016, Étude n°711/2013, CLD-AD(0216)007.

CONFERENCE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME, *Acte final de la Conférence de Téhéran*, 22 avril-13 mai 1968, Résolution XXIII, « Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé ».

CPI, *Éléments des crimes*, adoptés lors de la première session de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, New York, 3-10 sept. 2002.

OTAN, *Glossaire OTAN de termes et définitions (anglais et français)*, AAP-06, 2020.

SOCIETE DES NATIONS, *Procès-Verbaux des séances du Comité consultatif de juristes*, 16 juin–24 juillet 1920, La Haye, van Langenhuyzen, 1920.

Documents émanant d'organisations scientifiques internationales

IDI, *Statuts de l'Institut de droit international*, adoptés le 11 septembre 1873, in *R.D.I.L.C.*, vol. 5, 1873, pp. 708-710 .

IDI, *Manuel des lois de la guerre sur terre*, adopté au cours de la session d'Oxford, 9 sept. 1880.

IDI, *Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités*, Résolution adoptée au cours de la session de Christiania, 1912.

IDI, *Les effets des conflits armés sur les traités*, Résolution adoptée au cours de la session de Helsinki, 1985.

ILA, « The Conduct of Hostilities and International Humanitarian Law : Challenges of 21st Century Warfare », Report of the Study Group on the Conduct of Hostilities in the 21st Century, présenté au cours de la 77ème Conférence de l'Association du droit international à Johannesburg, Afrique du Sud, 7-11 août 2016, in *International Law Studies*, vol. 93, 2017, pp. 322-388

Documents émanant d'organisations non-gouvernementales

GREENPEACE, *On Impact. Modern Warfare the Environment: A Case Study of the Gulf War*, rapport préparé pour une "cinquième Convention de Genève" sur la protection de l'environnement en temps de conflit armé, mai 1991.

MIDDLE EAST WATCH, *Needless Deaths in the Gulf War. Civilian Casualties During the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, nov. 1991.

II. Documents nationaux

Constitutions

BELGIQUE, *Constitution du 17 fév. 1994*.

FRANCE, *Constitution du 4 oct. 1958*.

Lois

ÉTATS-UNIS D'AMERIQUE, *National Emergencies Act of 1976*, U.S.C. § 1601-1651.

ÉTATS-UNIS D'AMERIQUE, *Military Commission Act of 2009*, 10 U.S.C., § 948b ss.

FINLANDE, *Beredskapslagen* [loi sur l'état d'urgence], 1995, 1880/1991.

FRANCE, *Code de la santé publique*.

FRANCE, *Code de la sécurité intérieure*.

FRANCE, *Code pénal*.

FRANCE, *Code électoral*.

FRANCE, *Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège*.

FRANCE, *Loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*.

France, *Ordonnance n°59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense*.

FRANCE, *Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*

FRANCE, *Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*.

ROYAUME-UNI, *Civil Contingencies Act*, 2004.

Règlements militaires, manuels militaires et autres documents nationaux

Allemagne

GRAND ÉTAT-MAJOR, SECTION HISTORIQUE, *Les lois de la guerre continentale*, trad. P. CARPENTIER, Paris, Payot, 1916 [1902], 198 pages.

BETHMANN HOLLWEG, Theobald von, *Allocution du Chancelier devant le Reichstag*, 4 août 1914, accessible à l'adresse suivante :

<https://clio-texte.clionautes.org/discours-empereur-allemagne-guillaume-aout-1914.html>.

BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, *Law of Armed Conflict Manual*, Joint Service Regulation (ZDv) 15/2, 2013.

Canada

DÉFENSE NATIONALE, CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL, *Law of armed conflict at the operational and tactical levels*, B-GJ-005-104/FP-021.

Espagne

Reglamento para el servicio de campaña, aprobado por ley de 5 enero de 1882, Madrid, Imprenta y Litografía del deposito de la Guerra, 1882.

États-Unis d'Amérique

[M. WEBSTER] *Lettre de M. Webster à Lord Ashburton du 6 août 1842*, correspondance diplomatique relative à l'affaire du *Caroline*, in J. B. MOORE, *Digest of International Law*, vol. 2, Washington, Government Printing Office, 1906, p. 412.

[F. LIEBER] *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, General Order No. 100, 24 avril 1863.

DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE NAVY, *Law of Naval Warfare*, NWIP 10-2, 1955, in *International Law Studies*, vol. 50, 1955, pp. 357-448.

DEPARTMENT OF DEFENSE, *Operations Against Irregular Forces*, FM 31-15, 1961.

DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE AIR FORCE, *International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, AF Pamphlet 110-31, 19 nov. 1976.

DEPARTMENT OF DEFENSE, *Psychological Operations*, FM 33-1, 1979.

DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE NAVY, U.S. MARINE CORPS, *Warfighting*, FMFM-1, 1989.

DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE ARMY, *Operations*, FM 100-5, 1993.

[A. R. GONZALEZ], OFFICE OF THE LEGAL COUNSEL, *Memorandum for the President. Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban*, 25 janv. 2002, in K. J. GREENBERG, J. L. DRATEL (dir.), *The Torture Papers. The Road to Aby Ghraib*, préf. A. LEWIS, Cambridge, C.U.P., 2005, pp. 118-121.

WHITE HOUSE, *Memorandum for the Vice President et al. Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees*, 7 fév. 2002, in K. J. GREENBERG, J. L. DRATEL (dir.), *The Torture Papers. The Road to Aby Ghraib*, préf. A. LEWIS, Cambridge, C.U.P., 2005, pp. 134-135.

WHITE HOUSE, *Remarks by the President at the 2002 National Summit on Retirement Savings*, 28 fév. 2002, accessible à l'adresse suivante :

<https://www.ssa.gov/history/gwbushstmts2.html>.

DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF THE LEGAL COUNSEL, OFFICE OF THE ASSISTANT ATTORNEY GENERAL, *Memorandum for Alberto R. Gonzalez Counsel to the President. Re: Standards of Conduct for Interrogation Under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, 1er août 2002, in K. J. GREENBERG (dir.), *The Torture Debate in America*, Cambridge, C.U.P., 2005, pp. 317-360.

DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF THE LEGAL COUNSEL, OFFICE OF THE ASSISTANT ATTORNEY GENERAL, *Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense. Re: Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States*, 14 mars 2003.

WHITE HOUSE, *Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention*, 7 mai 2003, accessible à l'adresse suivante:

<https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/05/20030507-18.html>.

DEPARTMENT OF DEFENSE, *Final Report of the Independent Panel to Review Department of Defense Detention Operations*, 2004.

DEPARTMENT OF DEFENSE, *Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade*, 2004.

DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE ARMY, *Civilian Casualty Mitigation*, ATTP 3-37.31, 2012.

SENATE, SELECT COMMITTEE ON INTELLIGENCE, *Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, 9 déc. 2014.

DEPARTMENT OF DEFENSE, OFFICE OF GENERAL COUNSEL, *Department of Defense Law of War Manual*, juin 2015.

DEPARTMENT OF DEFENSE, *Counterinsurgency*, JP 3-24, 25 avr. 2018.

DEPARTMENT OF DEFENSE, DEPARTMENT OF THE NAVY ET DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M, mars 2022.

France

MINISTÈRE DE LA GUERRE, *Manuel de droit international à l'usage des officiers de l'armée de terre*, Paris, Librairie militaire de J. Dumaine, 1877, 136 pages.

MINISTÈRE DE LA GUERRE, *Instruction générale du 30 juillet 1909 sur la guerre de siège*, Paris, Imprimerie nationale, 1909, 100 pages.

MINISTÈRE DES ARMEES, ÉTAT-MAJOR DE L'ARMEE DE TERRE, *L'alliance du sens et de la force. L'exercice du métier des armes dans l'armée de terre*, 2018.

DEFENSEUR DES DROITS, *Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie*, décembre 2017.

MINISTÈRE DES ARMEES, *Concept d'emploi des forces*, CIA 01, 2020.

MINISTÈRE DES ARMEES, *Le Code d'honneur du soldat français*, 2020.

PREMIER MINISTRE, *Discours prononcé devant l'Assemblée nationale*, 21 mars 2020.

MINISTÈRE DES ARMEES, ÉTAT-MAJOR DES ARMEES, DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Manuel de droit des opérations militaires*, 2022.

Israël

Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity, 1987, in *Israel Law Review*, vol. 23, n°2-3, 1989, pp. 146-188.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

WAR OFFICE, *Manual of Military Law*, 6^{ème} éd., Londres, H. M. Stationery Office, 1914.

CHURCHILL, Winston, *Be Ye Men of Valour*, discours prononcé sur la BBC le 19 mai 1940, accessible à l'adresse suivante :

<https://winstonchurchill.org/resources/speeches/1940-the-finest-hour/be-ye-men-of-valour/>

MINISTRY OF DEFENSE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, JSP 383, 2004.

MINISTRY OF DEFENSE, *UK Defence Doctrine*, 6^{ème} éd., Joint Doctrine Publication 0-01, 2022.

Russie

MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Manual on International Humanitarian Law for the Armed Forces of the Russian Federation*, trad. A. ROMANOVSKI, 8 août 2001, in *International Law Studies*, vol. 99, 2022, pp. 774-846.

Suisse

CONSEIL FEDERAL, *Une nouvelle réglementation du droit de nécessité ne s'impose pas ; le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu de légiférer dans ce domaine*, communiqué du 16 juin 2016, accessible à l'adresse suivante :
<https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=5669>.

Index³⁵¹⁵

- Absolutisme (stratégie juridique)** : 788-794, 802-805, 807, 813, 825, 830-832, 836, 844, 862-864, 894, 971, 975, 1026, 1028, 1075.
- Anomie** : 12, 64, 67-68, 259, 324, 567, 590, 607, 615, 637, 646, 680-682, 695, 777, 779, 786, 797, 802, 807-808, 819, 876, 880-881, 885, 887, 890, 894, 897, 900-901, 903, 910, 923, 932, 965, 1022, 1027, 1029, 1054, 1063, 1174, 1183, 1194.
- Apologie (critique de l')** : 361-362, 366-369, 372-374, 381-382, 385, 399, 401, 404, 407-408, 411-412, 414, 418-420, 422-423, 908.
- Armes chimiques** : 554, 607, 1010-1011, 1151-1152, 1153, 1155-1156.
- Arme nucléaire** : 595, 986, 1084, 1121.
- Bluntschli, Johann C.** : 49, 296, 430, 876, 925, 1037, 1040, 1043, 1046.
- Bombardement aérien** : 300-301, 402-410, 412-413, 415-416, 420, 437, 1141.
- Bombardement de zone/de saturation** : 556, 607.
- Bombardement indiscriminé** : 1005-1006, 1128, 1141, 1190.
- Bombardement stratégique** : 293, 301-303, 403, 401, 415, 436, 462, 986, 1003-1004, 1006.
- Bombardement de terreur** : 302-303, 410-411.
- Calculabilité (de l'action étatique)** : 662, 914-915, 918-919, 922, 927, 931, 951-952.
- Circonstances exceptionnelles** : 569, 637, 755, 773, 785, 810, 867, 869, 882, 897, 899, 901-902, 909-910, 931-933, 936, 938-940, 946, 949, 951, 953-955, 957, 960-961, 965, 985, 992, 994, 997, 1000, 1003, 1007, 1011, 1023-1024, 1039, 1041-1042, 1082, 1102, 1127, 1130, 1139, 1180, 1181.
- Circonstances sur-exceptionnelles** : 910-914, 950, 952-953, 955, 966, 994, 1021, 1024-1025, 1027-1029, 1032-1033, 1066, 1082, 1177, 1181.
- Clause(s) de dérogation** : 406-407, 421, 555, 568, 570, 610, 725, 727, 730, 732-733, 757-758, 803, 809-819, 821-823, 827-828, 830, 943, 961, 964-965, 1032-1033, 1038-1039, 1059-1060, 1070, 1076, 1086, 1154.
- Clausewitz, Carl von** : 6-7, 150, 152, 154, 160, 163, 166, 175, 180-181, 189, 230, 244, 256, 429, 594, 636.
- Comité international de la Croix-Rouge** : 14, 49, 441, 447, 455, 545, 622, 863, 1042, 1049, 1083.

³⁵¹⁵ Les numéros indiqués en gras correspondent au numéro de paragraphe. Seules les notions et les personnes mentionnées dans le corps du texte (par opposition aux notes de bas de page) sont référencées dans l'index.

Compromis (entre nécessités militaires et impératifs d'humanité) : 47, 336, 338-339, 352-353, 355-358, 360, 362, 368, 371, 373-374, 385, 389, 399, 401, 403, 408, 421-423, 471, 473-474, 625, 627.

Compromis (entre la sauvegarde de l'État et la conservation du droit) : 817, 829-830, 908-909.

Conflit armé international : 42, 390, 555, 557-558, 745, 884, 967, 972, 976, 990, 993, 998.

Conflit armé non-international : 42, 390, 555, 557-558, 745, 884, 967, 972, 976, 990, 993, 998.

Conseil de sécurité des Nations Unies : 41, 708, 715-716, 730.

Cour européenne des droits de l'homme : 535, 758-760.

Cour internationale de justice : 578, 715, 745, 750, 1084, 1108.

Distinction (principe de) : 425, 434-435, 437, 978, 983, 987, 1084.

Droit d'exception : 47, 639, 785, 787-788, 803, 807-809, 812, 830-832, 863, 883, 886, 887-888, 890, 894, 896, 905, 909, 927, 931, 935, 937, 939-940, 952-953, 975, 986, 994, 1022, 1028, 1075, 1096, 1184, 1192-1193.

Droit des conflits armés : 29, 42-44.

Droit (international) humanitaire : 29, 42-44, 55, 989, 1136, 1138, 1142, 1172, 1186.

Droit international des droits de l'homme : 741.

Droit spécial : v. « *Droit d'exception* ».

Économie (des moyens) : 126, 134-135, 193, 198, 203, 239, 244, 297, 302, 320-321, 324, 326, 351, 353, 365-366, 391, 418, 427, 433, 597, 623, 1190.

Efficience : v. « *Économie (des moyens)* ».

État d'exception : 542, 637, 639, 642-653, 679-692, 694-719, 721, 732-733-735, 738, 746, 753, 762-763, 765-767, 771-774, 777-779, 782-790, 792, 802-805, 808-810, 813-819, 822-823, 829-833, 836, 844, 847, 850, 858, 860-864, 881, 885, 891, 894, 899, 901, 905, 910, 914, 921, 923, 932, 952, 1023-1029, 1054, 1075, 1100, 1124, 1144, 1157, 1160, 1162-1163, 1170, 1174, 1180, 1183, 1193-1194, 1197.

État de guerre : 9, 63, 637, 639, 644-647, 695-698, 719, 732-739, 741, 746-749, 752-753, 762-763, 765, 769, 772-774, 779, 781, 786, 833, 845, 878-880, 883-888, 891, 897, 899-901, 903, 925, 937, 1193.

État de nécessité : 1045-1046, 1079-1080, 1086-1092, 1159.

Guerre (contre-)insurrectionnelle : 293, 305, 307, 309-311, 318, 397-398, 559, 593, 1152.

Guerre contre le terrorisme : 11, 309, 593, 981, 990-991, 1085.

Guerre extérieure/internationale : 40-42, 685.

Guerre civile : 669, 774, 759.

Guerre limitée : 1008.

Guerre révolutionnaire : v. « *Guerre (contre-insurrectionnelle)* ».

Guerre totale : 3, 11, 353, 416, 423, 434-435, 473, 475, 559, 593, 981, 983, 985-987, 1008.

Humanitarisme : 832, 833, 835, 846, 862, 883, 1135.

Humanité (principe d') : 342, 545.

Interdiction du recours à la force (principe d') : 747, 748-749, 763, 772-773, 884, 1183.

Jus ad bellum : v. « *Jus contra bellum* ».

Jus contra bellum : 42-43, 64, 66, 703, 735-736, 752, 769-770, 886, 872, 902, 1142, 1161, 1183, 1197.

Kriegsräson : 561, 566, 610, 911-912, 1024, 1029-1052, 1054, 1057-1060, 1062-1071, 1095, 1097-1117, 1122-1125, 1133, 1139, 1143-1145, 1159, 1164, 1168, 1171-1173, 1176-1177, 1180-1181, 1184-1185, 1194, 1203.

Lauterpacht, Hersch : 22-24, 462, 987, 1083, 1101, 1187.

Légitime défense (étatique) : 710, 726, 730, 751-752, 770, 844, 886, 974, 1047, 1084.

Légitime défense (individuelle) : 776, 779, 1039, 1057, 1087, 1116.

Libéralisme politique : 68, 653, 655-656, 658, 664, 690-691, 702, 732, 778, 793-794, 799, 801, 899, 901, 915, 917-919, 922, 1095, 1098, 1126, 1183, 1198, 1200.

Lieber, Francis : 49, 550-551, 605, 1037-1040, 1043, 1046.

Loi(s)/législation(s) d'exception : 687-688, 695, 803, 809, 822-830, 884, 888, 896, 903, 907-909, 937-939, 914-915, 920, 922, 928-929, 935-939, 951, 1023, 1193.

Lueder, Carl : 10, 1035, 1037, 1043-1046, 1053, 1064-1065, 1129.

Martens, Fiodor F. : 49, 1058, 1061, 1176.

Maux superflus (principe des) : 577-578, 590, 602, 605, 608.

Militarisme : 47, 788, 832-834, 847, 862-863, 874-877, 890, 897.

Moynier, Gustave : 49, 455, 544, 1037, 1042-1043, 1045-1046.

Nécessité militaire (principe de) : 342, 378, 545, 588, 605, 769-770, 925, 1078.

Nihilisme (stratégie juridique) : 788-790, 797-798, 800-805, 807, 814, 826, 830-832, 847, 862-864, 875, 878-880, 894, 971, 975, 1026, 1028.

Pacifisme : 10, 47, 376, 788, 832-836, 842, 844-846, 862-863, 866, 874, 883, 890, 896-897

Perfidie : 551, 556, 1038, 1168, 1190.

Pictet, Jean : 458, 1083, 1136, 1138.

Pillage : 212, 219, 221, 390, 394, 552, 587.

Précaution (principe de) : 351, 962-963.

Prévisibilité (de l'action étatique) : v. « *Calculabilité* » (*de l'action étatique*).

Principe de séparation du *jus ad bellum* et du *jus in bello* : 886, 1412.

Prise d'otages : 288, 290-291, 313, 556, 607, 1008, 1074.

Prisonniers de guerre : 313, 331, 390, 470, 555, 889, 967-968, 971-972, 1063, 1073, 1082, 1089.

Proportionnalité (principe de) : 417, 419-420, 572, 575, 588, 595, 770, 1142.

Rationalité axiologique : 91, 94, 102, 105-106, 108, 113, 115, 118, 127, 130-132, 134, 145, 148, 230, 268, 283, 285-288, 292-293, 314, 325, 335, 349, 355, 486, 620, 630, 632, 678, 1185, 1200.

Rationalité instrumentale : 77, 84, 87-89, 94, 98-102, 106, 109-110, 112-118, 124-127, 129-131, 133-136, 138-140, 150, 170, 186-187, 192, 195-197, 199, 202, 225, 230, 283, 285-288, 292-293, 302, 314-315, 319-320, 325, 335, 349, 355, 461, 486, 521, 528, 532, 536, 620, 628, 630-631, 678, 691-695, 767-770, 808, 884, 900, 1160, 1185, 1190, 1195, 1200.

Rationalité militaire : 20, 77, 79, 81-84, 87-88, 117, 139, 199, 201, 204-209, 226-228, 230-232, 259, 262, 268, 282-284, 292-293, 312-313, 315-316, 318-319, 321-325, 327-327, 338-341, 346-347, 350-355, 362, 365-366, 370-372, 374-375, 378, 383-384, 388, 391, 399-402, 406, 410, 418, 421-423, 451-452, 470-473, 476-477, 481, 483, 540, 579, 585, 587, 592, 596, 601-602, 609, 615, 617, 619, 621-622, 624-629, 633, 692, 1190-1191.

Rechtsräson : 1024, 1029-1034, 1052-1053, 1055, 1062-1069, 1072, 1074-1076, 1078-1079, 1093-1094, 1096-1098, 1127-1130, 1132-1133, 1137-1141, 1143-1144, 1147, 1153-1154, 1157-1158, 1172-1173, 1175-1177, 1181, 1184-1185, 1194, 1203.

Résolution pacifique des différends (principe de) : 698, 702, 705, 718, 737, 836, 1183.

Schmitt, Carl : 253, 644-645, 649, 682-683, 930, 1123, 1133, 1157, 1163.

Sur-exception : 910, 913, 922, 933, 940, 944, 948, 953-958, 961, 965, 979-980, 989, 993, 995-997, 1000, 1003, 1006, 1007, 1009, 1011-1013, 1017, 1019-1021, 1024, 1028, 1032-1033, 1040, 1073, 1083, 1101, 1103, 1105, 1108, 1128, 1137, 1139, 1143, 1147, 1180.

Torture : 277, 293, 296, 307-309, 311, 318, 321, 390, 397, 451, 551, 555, 593, 607, 610, 613-614, 816, 972-975, 1038, 1085, 1124, 1149, 1155, 1168, 1190.

Utopie (critique de l') : 359-360, 364-365, 368-369, 372-376, 380, 383, 385, 391, 393, 401, 405, 408, 411-414, 416, 420, 422-424, 428, 433, 437, 448, 450-451, 453, 464-465, 469-470, 472, 476, 625, 860, 908, 1129.

Weber, Max : 87-92, 95-97, 99-100, 102-103, 114, 121, 126, 145, 196, 216, 287, 1199.

Table des matières

Introduction.....	15
§ I. – L’objet d’étude : le droit de la guerre moderne.....	36
A. – L’élargissement de la compréhension traditionnelle du droit de la guerre : le droit de la guerre comme pratique de formulation de règles et de représentations	37
B. – La circonscription de la compréhension traditionnelle du droit de la guerre : la limitation temporelle et matérielle du champ de l’analyse.....	44
§ II. – La perspective épistémologique de l’étude : une analyse critique du droit.....	49
§ III. – Précisions sur la méthode de l’étude.....	54
§ IV. – Précisions sur la thèse de l’étude	56
§ V. – Annonce et justification du plan	57
PREMIERE PARTIE. – LA NÉCESSITÉ DU DROIT DE LA GUERRE.....	59
Titre 1. – L’emploi d’une violence immorale, conséquence potentielle du libre déploiement de la rationalité militaire	61
Chapitre 1. – La rationalité de l’action militaire, une déclinaison de la rationalité instrumentale.....	65
Section 1. – La rationalité instrumentale, ou l’action visant la réalisation d’un but par l’emploi de moyens efficaces	66
Sous-section 1. – Définition de la rationalité instrumentale de l’action sociale à partir des travaux de Max Weber.....	66
§ I. – Les quatre déterminants-types de l’action sociale de Max Weber et la notion de rationalité instrumentale	66
§ II. – Le contraste entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique : l’exemple de la non-violence	73
Sous-section 2. – La rationalité bureaucratique, une instanciation spécifique de la rationalité instrumentale	77
§ I. – Au principe de la rationalité bureaucratique, la recherche d’une efficacité moyens/fins	78
§ II. – Le contraste entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique dans le contexte de l’action bureaucratique : l’exemple de l’action policière.	81
Section 2. – La rationalité militaire, ou l’action visant à vaincre la résistance de l’ennemi par l’emploi de moyens violents efficaces	85
Sous-section 1. – Remarques préliminaires sur la méthode	86

Sous-section 2. – L'action militaire, une action visant la réalisation d'une finalité spécifique : vaincre la résistance de l'ennemi afin de lui imposer sa volonté	90
§ I. – La finalité militaire de la guerre : vaincre la résistance de l'ennemi.....	91
§ II. – La finalité politique de la guerre : imposer sa volonté à l'ennemi	95
Sous-section 3. – L'action militaire, une action déterminée par une recherche d'adéquation moyens/fins	99
§ I. – La place du militaire dans la division du travail guerrier : le militaire comme technicien de la violence	100
§ II. – Au principe de l'action militaire : la recherche d'une efficacité moyens/fins	106
Conclusion du chapitre 1.....	113
Chapitre 2. – La rationalité militaire, une menace pour la survie de l'ordre moral en temps de guerre	115
Section 1. – L'impossibilité de circonscrire <i>a priori</i> le champ d'action ouvert par la rationalité militaire	117
Sous-section 1. – Le rapport instrumental à la violence, ou l'apprehension de la violence de guerre par le prisme de l'efficacité	118
§ I. – La rationalisation de l'action militaire et l'émergence d'un rapport froidement instrumental à la violence centré sur l'efficacité	118
§ II. – Le rejet de la morale comme critère de l'action militaire	127
A. – L'amoralité de l'action militaire	127
B. – La morale comme supplétif de l'efficacité militaire	129
Sous-section 2. – Le caractère circonstanciel de l'efficacité, cause de l'ouverture infinie du champ d'action militaire	133
§ I. – L'efficacité, une donnée toujours circonstancielle	133
§ II. – L'infinie variété des circonstances de fait et l'absence corrélative de limite de principe à l'action militaire	139
Section 2. – La justification de l'emploi de moyens d'action immoraux au nom de l'efficacité militaire.....	146
Sous-section 1. – La persistance d'un ordre moral construit autour de l'immunité des non-combattants.....	146
§ I. – Contre le réalisme : l'homme, une machine à juger même en temps de guerre	147
§ II. – Contre le scepticisme : l'immunité des non-combattants, axiome de l'ordre moral du temps de guerre	152

Sous-section 2. – La rationalité militaire et le sacrifice de la moralité au profit de l’efficacité	157
§ I. – L’efficacité face à la moralité, ou le retour du conflit entre rationalité instrumentale et rationalité axiologique.....	158
§ II. – La sanction de procédés immoraux au nom de l’efficacité : démonstration par l’exemple	162
A. – Le bombardement de la population civile des villes assiégées.....	162
B. – Le bombardement stratégique visant à briser le moral de la population ennemie	165
C. – Le recours à la torture et à la terreur dans les guerres contre-insurrectionnelles	169
Conclusion du chapitre 2	175
Conclusion du titre 1	177
Titre 2. – L’encadrement de la rationalité militaire par la voie formelle du droit, une nécessité pour la survie de l’ordre moral dans la guerre	179
Chapitre 3. – La nécessité de soumettre l’action militaire à un régime juridique normatif	185
Section 1. – L’impossible neutralité du droit de la guerre dans le conflit opposant la rationalité militaire à l’ordre moral.....	187
Sous-section 1. – L’affirmation de la neutralité du droit de la guerre : le droit comme instance de médiation entre rationalité militaire et prescriptions morales	188
§ I. – Précisions terminologiques préalables : la retranscription du conflit entre rationalité militaire et ordre moral dans le vocabulaire du droit de la guerre	188
§ II. – L’affirmation doctrinale de la neutralité du droit de la guerre dans le conflit opposant rationalité militaire et prescriptions morales.....	194
Sous-section 2. – La contradiction entre réalisme et normativité du droit, ou l’impossible neutralité du droit de la guerre	198
§ I. – La production d’un droit simultanément réaliste et normatif, condition de possibilité de la neutralité du droit de la guerre	199
§ II. – La production d’un droit de la guerre simultanément réaliste et normatif : une impossibilité logique	205
A. – L’ambivalence du droit de la guerre vis-à-vis des règles prescriptives	206
B. – Les règles prescriptives face au scénario de la concordance entre rationalité militaire et ordre moral	212
1. – Les règles proscrivant les actes de violence privée	214

2. – Les règles interdisant l'emploi de moyens d'action moralement répréhensibles et militairement inefficaces	219
C. – Les règles prescriptives face au scénario de la discordance entre rationalité militaire et ordre moral	222
1. – L'interdiction des moyens d'action efficaces et immoraux	225
2. – La réglementation des moyens d'action efficaces et immoraux	227
Section 2. – Le choix de la normativité au détriment du réalisme, unique option permettant de soumettre l'action militaire au droit	238
Sous-section 1. – La soumission du droit à la rationalité militaire, destination finale de la conception réaliste du droit de la guerre	238
§ I. – La dissolution du droit dans le fait, ultime conséquence de la conception réaliste du droit de la guerre	239
§ II. – La conception réaliste du droit, ou la consécration du monopole militaire sur le droit de la guerre	251
Sous-section 2. – La conception normative du droit de la guerre, condition sine qua non de la soumission de la rationalité militaire au droit	258
§ I. – L'opposabilité du droit au fait, possibilité ouverte par la conception normative du droit de la guerre	259
§ II. – L'inanité de la critique de l'utopie humanitaire : le droit comme œuvre intrinsèquement idéaliste	266
Conclusion du chapitre 3.....	271
Chapitre 4. – La nécessité de soumettre l'action militaire à des règles juridiques formelles	273
Section 1. – Le degré de normativité du droit, enjeu fondamental de la distinction entre règles formelles et règles instrumentales	276
Sous-section 1. – Deux manières d'appréhender juridiquement les comportements humains : règles formelles vs. règles instrumentales	277
§ I. – La présence d'un contenu normatif identifiable a priori, critère de distinction entre les règles formelles et les règles instrumentales	277
§ II. – Une distinction à relativiser en pratique : règles hybrides et hybridation des règles	282
Sous-Section 2. – Les conséquences de la distinction sur le degré de normativité du droit : appréciation objective de la légalité vs. évaluation subjective de la légalité	285
§ I. – L'appréciation objective de la légalité, conséquence de l'appréhension des actions humaines par le biais de règles formelles.....	286

§ II. – L'évaluation subjective de la légalité, conséquence de l'appréhension des actions humaines par le biais de règles instrumentales	292
Section 2. – L'appréhension de l'action militaire par le biais de règles formelles, condition essentielle d'un encadrement effectif de l'action militaire	300
Sous-section 1. – Règles formelles et règles instrumentales dans la construction du droit de la guerre moderne	301
§ I. – L'introduction de règles formelles pour encadrer le droit originel de nécessité	301
§ II. – La réintroduction de règles instrumentales pour échapper à la rigidité des règles formelles	316
Sous-section 2. – L'appréhension de l'action militaire par le biais de règles formelles, unique moyen pour entraver la logique instrumentale de la rationalité militaire	327
§ I. – Les règles instrumentales, ou la reproduction de la logique utilitariste de la rationalité militaire	328
§ II. – Les règles formelles, un antidote efficace aux dérives de la rationalité militaire	340
Conclusion du chapitre 4	353
Conclusion du titre 2	355
Conclusion de la première partie	359
DEUXIÈME PARTIE. – L'IMPOSSIBILITÉ DU DROIT DE LA GUERRE.....	363
Titre 3. – Le droit de la guerre, un projet libéral visant à réintégrer l'état exceptionnel de la guerre dans le droit	365
Chapitre 5. – Le rejet initial de la guerre hors de l'ordre juridique international : l'état de guerre comme état d'exception	367
Section 1. – L'état d'exception, ou la condition résultant de la suspension de l'ordre juridique pour affronter une situation exceptionnelle par des moyens effectifs....	371
Sous-section 1. – Les sociétés libérales face à la situation d'exception : exposé d'un dilemme	374
§ I. – Séparation des pouvoirs, légalité de l'action étatique, garantie des droits fondamentaux : une définition sommaire de la conception de l'État au sein des sociétés libérales	374
§ II. – Le dilemme découlant de l'apparition d'une situation d'exception dans les sociétés libérales.....	381
Sous-section 2. – La proclamation de l'état d'exception, une réponse a-libérale au dilemme provoqué par l'apparition d'une situation d'exception	389

§ I. – L'état d'exception, un espace d'action situé hors du droit : suspension de l'ordre juridique et ouverture d'une zone d'anomie	390
§ II. – L'état d'exception, un espace d'action gouverné par un impératif pratique : agir de manière effective pour vaincre l'exception et rétablir une situation normale.....	395
Section 2. – Le recours à la guerre et la création d'un état alternatif des relations internationales : l'état de guerre, une forme concrète du paradigme de l'état d'exception.....	399
Sous-section 1. – L'état de guerre, ou la condition résultant de la suspension du cadre libéral tracé par l'ordre juridique international	400
§ I. – Le cadre juridique libéral du droit international : le principe fondamental de résolution pacifique des conflits.....	401
§ II. – La possibilité de faire exception au cadre libéral du droit international en pénétrant dans un état alternatif des relations internationales : l'état de guerre	412
Sous-section 2. – L'état de guerre, une condition reproduisant les deux caractéristiques distinctives de l'état d'exception.....	420
§ I. – L'état de guerre, un espace d'action situé hors du droit international : la suspension du droit applicable en temps de paix	420
A. – La suspension totale de l'interdiction du recours à la force armée, première conséquence du déclenchement de l'état de guerre	428
B. – La suspension totale ou partielle des traités conclus pour le temps de paix, seconde conséquence du déclenchement de l'état de guerre	432
§ II. – L'état de guerre, un espace d'action gouverné par un impératif pratique : agir de manière effective pour vaincre l'ennemi et rétablir la paix	439
Conclusion du chapitre 5.....	447
Chapitre 6. – La réintégration de la guerre dans l'ordre juridique international : le droit de la guerre comme droit d'exception	451
Section 1. – L'encadrement de l'action de l'État en temps de crise par un droit d'exception, une alternative pragmatique aux stratégies extrêmes de l'absolutisme et du nihilisme.....	456
Sous-section 1. – Deux stratégies extrêmes face au problème de l'état d'exception : l'absolutisme et le nihilisme	456
§ I. – L'opposition de principe à la possibilité de suspendre l'ordre juridique pour affronter l'exception : l'absolutisme.....	457
§ II. – L'opposition de principe à la possibilité d'encadrer juridiquement la réaction de l'État confronté à l'exception : le nihilisme	460

Sous-section 2. – La production d'un droit d'exception, une stratégie alternative face aux excès de l'absolutisme et du nihilisme	464
§ I. – La production d'un droit d'exception, une voie médiane entre absolutisme et nihilisme.....	465
§ II. – Les techniques juridiques de réalisation du droit d'exception	467
A. La technique des clauses de dérogation	467
B. La technique des législations d'exception.....	475
Section 2. – L'encadrement de l'action de l'État en temps de guerre par un droit international d'exception, une alternative pragmatique aux excès du pacifisme et du militarisme	481
Sous-section 1. – Deux stratégies extrêmes d'appréhension des rapports entre la guerre et le droit : le pacifisme et le militarisme	482
§ I. – L'interdiction inconditionnelle de suspendre le cadre juridique libéral tracé par le droit international : l'absolutisme pacifiste.....	482
§ II. – La libération de l'état exceptionnel de la guerre de toute forme d'emprise juridique : le nihilisme militariste	490
Sous-section 2. – La stratégie humanitaire, ou le dépassement de l'opposition entre pacifisme et militarisme par la soumission des États à un droit exceptionnel de la guerre.....	499
§ I. – La stratégie humanitaire comme stratégie alternative : le double rejet de l'absolutisme pacifiste et du nihilisme militariste	500
A. Le rejet humanitaire de l'utopie pacifiste : l'illusion d'un monde sans guerre	500
B. Le rejet humanitaire du danger militariste : la menace d'une guerre sans droit.....	506
§ II. – Le droit de la guerre comme droit d'exception : la soumission de l'état exceptionnel de la guerre à des règles spécialement conçues pour le temps de crise	509
Conclusion du chapitre 6	521
Conclusion du titre 3	523
Titre 4. – L'impossibilité radicale d'une résorption définitive de l'état exceptionnel de la guerre dans le droit.....	527
Chapitre 7. – L'irrépressible retour de l'exception : le droit de la guerre face à la problématique des circonstances sur-exceptionnelles	529
Section 1. – La problématique des circonstances sur-exceptionnelles : éléments théoriques	533

Sous-section 1. – L'objet des législations d'exception : l'extension de l'idéal libéral de calculabilité de l'action étatique ...	533
§ I. – Les lois d'exception, produit de l'idéal libéral de calculabilité de l'action étatique	534
§ II. – L'intégration de règles formelles au sein des lois d'exception, condition de réalisation de l'idéal de calculabilité de l'action étatique	537
Sous-section 2. – La limite des législations d'exception : l'hypothèse de l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles.....	544
§ I. – L'hypothèse de la sur-exception : résurgence de la nécessité d'agir hors du droit	544
§ II. – La mise en échec du droit par l'avènement de circonstances exceptionnelles : une construction sociale plutôt qu'un phénomène naturel.	552
Section 2. – La mise en échec du droit de la guerre par l'apparition de circonstances sur-exceptionnelles.....	557
Sous-section 1. – Les dimensions de la sur-exception : mise en échec partielle vs. mise en échec totale du droit de la guerre	558
§ I. – La sur-exception microscopique : la mise en échec partielle du droit de la guerre.....	558
§ II. – La sur-exception macroscopique : la mise en échec totale du droit de la guerre	574
A. Le cas de la « guerre totale ».....	575
B. Le cas de la « guerre contre le terrorisme »	580
Sous-section 2. – Les niveaux de la sur-exception : de la protection des soldats à la survie de l'État	586
§ I. – Sur-exception individuelle, tactique, stratégique et politique : analyse des différents niveaux de la sur-exception	587
§ II. – L'interdépendance des niveaux de la sur-exception.....	598
Conclusion du chapitre 7.....	605
Chapitre 8. – L'illusion d'une résorption définitive de la guerre dans le droit : la nécessité de conserver l'éventualité d'une violence extralégale	607
Section 1. – La consécration progressive de la primauté de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre.....	610
Sous-section 1. – La domination de la doctrine de la Kriegsräson dans le champ juridique antérieur à la Seconde Guerre mondiale.....	611
§ I. – Naissance et diffusion de la doctrine de la Kriegsräson	612

A. – Une doctrine partagée par les fondateurs du droit de la guerre moderne	613
B. – L’expansion de la Kriegsräson suite à la formalisation de la doctrine par Carl Lueder	618
§ II. – Une doctrine contestée malgré la faiblesse des arguments contraires	623
Sous-section 2. – L’hégémonie de la doctrine de la Rechtsräson dans le champ juridique postérieur à la Seconde Guerre mondiale.....	631
§ I. – La consécration de la Rechtsräson par la pratique juridique postérieure à 1945	632
A. – La consécration de la Rechtsräson par les tribunaux militaires chargés de juger les criminels de guerre	632
B. – La consécration de la Rechtsräson par la pratique étatique et la doctrine juridique à la suite des procès des criminels de guerre	638
§ II. – Résurrections épisodiques de la Kriegsräson dans un champ juridique devenu hostile à cette théorie.....	641
Section 2. – L’impossibilité de la primauté inconditionnelle de la logique formelle du droit sur la logique finaliste de la guerre	654
Sous-section 1. – La Rechtsräson et l’érection du droit comme méta-valeur absolue : une solution arbitraire au problème de l’antagonisme des valeurs....	656
§ I. – Le problème fondamental de la Kriegsräson : le pouvoir d’auto-interprétation des belligérants dans un monde marqué par l’antagonisme irréductible des valeurs	657
A. – La Kriegsräson, une doctrine restaurant la primauté du politique sur le droit.....	657
B. – Le passage d’une conception objective à une conception subjective de la politique, motif de condamnation ultime de la Kriegsräson	663
§ II. – La primauté de la valeur-droit sur les valeurs politiques : une solution aussi arbitraire qu’une autre au problème de l’antagonisme des valeurs	671
Sous-section 2. – La nécessité de conserver l’éventualité d’une violence extralégale : la dimension indépassable de la doctrine de la Kriegsräson	683
§ I. – De la nécessité de conserver l’éventualité d’une violence extralégale : le scénario de l’exception suprême.....	684
§ II. – L’impossibilité de circonscrire juridiquement le recours extralégal à la violence : la fin de l’empire du droit.....	693
Conclusion du chapitre 8	703
Conclusion du titre 4.....	707
Conclusion de la deuxième partie	711

Conclusion générale	715
Bibliographie	729
I. Monographies.....	729
II. Recueil des cours de l'Académie de droit international (La Haye)	749
III. Collections d'essais.....	749
IV. Contributions à des ouvrages collectifs	751
V. Articles de périodiques.....	760
VI. Divers.....	781
Articles non-publiés dans des périodiques.....	781
Articles de blogs.....	782
Articles de presse, éditoriaux et tribunes	783
Récits de guerre.....	785
Autre.....	785
Table de jurisprudence	787
I. Juridictions internationales	787
II. Juridictions nationales.....	789
Table des documents	793
I. Documents internationaux	793
II. Documents nationaux	798
Index	803
Table des matières.....	807

La soumission de la guerre à l'empire du droit. Une analyse critique du droit de la guerre moderne.

Depuis son émergence dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, l'idée de soumettre la conduite de la guerre à l'empire du droit est prise dans une tension entre deux points de vue opposés. Pour les uns, soumettre la guerre au droit est une œuvre nécessaire afin d'éviter le déclin de l'humanité vers la barbarie. Pour les autres, en revanche, il s'agit d'une œuvre impossible : la guerre constituerait un phénomène profondément réfractaire à toute entreprise normative. La présente étude s'attache à démontrer que cette tension constitutive du droit de la guerre moderne trouve sa source dans le rapport ambivalent que le droit international entretient vis-à-vis de la guerre. L'analyse montre ainsi que, loin d'être contradictoires, ces deux assertions sont en réalité toutes deux fondées : soumettre la guerre à l'empire du droit constitue une œuvre aussi nécessaire qu'impossible.

Descripteurs : droit de la guerre ; droit international humanitaire ; jus in bello ; état d'exception.

Subjecting War to the Rule of Law. A Critical Analysis of Modern War Law.

Since its inception in the last third of the 19th century, the idea of subjecting the conduct of war to the rule of law has been caught between two opposing viewpoints. For some, bringing war under the rule of law is necessary in order to prevent humanity from relapsing into barbarism. For others, however, it is an impossible task: war is an anomic phenomenon, deeply resistant to any normative endeavour. This study seeks to demonstrate that this tension, which is inherent in modern law of war, stems from the ambivalent relationship between international law and war. The analysis shows that, far from being contradictory, both these assertions are in fact valid: subjecting war to the rule of law is as necessary as it is impossible.

Keywords: law of war ; international humanitarian law ; ius in bello ; state of exception.