

See discussions, stats, and author profiles for this publication at:
<https://www.researchgate.net/publication/265346853>

La longue marche vers l'abrogation du droit de mener la guerre en tant que moyen d'auto-protection: happy end ou remake en vue?, in Unité et diversité du droit international, Ecrit...

CHAPTER · APRIL 2014

READS

121

1 AUTHOR:



Giovanni Distefano

Université de Neuchâtel

52 PUBLICATIONS 3 CITATIONS

SEE PROFILE

LA LONGUE MARCHÉ VERS L'ABROGATION DU DROIT DE MENER LA
GUERRE EN TANT QUE MOYEN D'AUTO-PROTECTION :
HAPPY END OU REMAKE EN VUE ?

Giovanni Distefano*

No ! Giusta causa non è Iddio / La terra spargere di sangue umano ; È turpe insania – non senso pio. Che all'oro destasi – del mussulmano ! Queste del cielo non fūr parole . . . no, Dio nol vuole [à la différence du cri de guerre des catholiques lors du massacre de la Sainte Barthélemy « Dieu le veut »]. No, Dio non vuole. Ei sol di pace scese a parlar¹.

Le récipiendaire de ces lignes, fin juriste et mélomane érudit, aura maintes fois vibré – à l'instar du soussigné – à la grande scène que dépeint l'exergue à cette contribution : double frémississement déclenchée par la beauté musicale et du chant verdiens mais aussi par l'imploration affligée de Giselda laquelle, presque atteinte de démente (!), en appelle au caractère injuste d'une croisade menée au nom du Christ.

Il suffit de parcourir l'histoire des relations internationales pour se rendre immédiatement compte comme la force a été l'inlassable compagnon de route du droit des gens. Il est par exemple révélateur que le droit international – en tant que discipline scientifique – ait germé autour de cette question. En témoigne aussi le fait que les titres des ouvrages des différents pères fondateurs qui se relayèrent pendant deux siècles dans l'accouchement de cette branche du droit, contiennent – souvent en tout premier lieu – la mention du droit de la guerre (De Vitória, Suarez, Molina, Grotius, etc.). Il n'est donc pas osé d'affirmer que l'ordre international moderne (dès la Renaissance . . .) est né de l'exigence de la réglementation de l'usage de la force² ; on pourrait même avancer que la violence a été la sage-femme du droit des gens.

* Université de Neuchâtel – Faculté de droit ; Université de Genève – Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights.

¹ Aria de l'opéra « I Lombardi alla prima crociata » (Verdi), 2^{ème} Acte, Scène IX.

² « Le droit des gens a pour mission première d'empêcher la guerre, c'est-à-dire la violence, de se substituer au droit, entre les nations », C. Verge, introduction à G.F. De Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, vol. 1, Paris, Guillaumin, 1864, XLIII.

L'éviction de la force dans les relations internationales représente assurément le fondement de la Charte des Nations Unies (CNU), de ce nouveau contrat social entre les Nations qui vainquirent la barbarie nazi-fasciste et l'impérialisme nippon. Or, cette règle, véritable idée révolutionnaire s'il en est, n'a pas émergé d'un coup mais elle est le fruit d'un long calvaire dont nous allons dans un premier temps évoquer les stations de croix qui ont scandé l'agonie du droit de mener la guerre, le *ius ad bellum*, et son remplacement par le droit contre la guerre, le *ius contra bellum* (1)³. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur l'impact de cette interdiction sur la mise en œuvre du droit international par l'Etat lésé (2).

1. LE CHEMIN VERS L'ABROGATION DE LA FORCE COMME MOYEN D'AUTO-PROTECTION

Si l'on connaît le point d'arrivée de ce processus, c'est-à-dire la CNU en son article 2(4), quelles seraient les étapes qui l'ont émaillé ? Au prix d'inévitables – et tout aussi inexcusables – raccourcis historiques et juridiques, nous voyons principalement six phases dans cette évolution et traditionnellement la première d'entre elles correspond à la doctrine de la guerre juste.

1.1. *Iustum bellum*⁴. Dans l'ancienne Grèce déjà, il était entendu qu'aucune guerre ne pût être déclenchée sans la constatation préalable des responsabilités et des causes. Plus tard Cicéron affirma qu'une guerre 'juste' devait être précédée par une déclaration de guerre en bonne et due forme : activité exercée par un corps de magistrats – les Fétiaux – par le biais d'un rituel hautement symbolique, à savoir le lancement du javelot en territoire ennemi⁵ faisant suite à la *sommatio infructuosa*. La guerre, conçue comme moyen de règlement de différend, était ainsi encadrée dans une procédure. Quelques siècles plus tard, les Pères de l'Eglise et l'École Scolastique ont eu le mérite d'avoir développé la théorie du *iustum bellum* : de Saint Augustin – et encore plus tôt par Saint Ambroise – en

³ Voir le bel ouvrage, au titre évocateur, d'O. Corten, *Le droit contre la guerre: l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2008.

⁴ « Just-War doctrine might be described as a distinctly 'top-down' approach to war. That is to say, that it was deductive in character, based on a very small number of very general principles, derived from general natural law and Christian scripture rather than from any careful empirical analysis of war itself », S.C. Neff, *War and the Law of Nations*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2005, 69. Voir aussi les pénétrantes réflexions de P. Haggenmacher, « Mutations du concept de guerre juste de Grotius à Kant », in S. Goyard-Fabre, (dir), « La Guerre », *Cahiers de Philosophie politique et juridique*, 10, 107-125.

⁵ De manière imagée, le lancement du javelot signifiait le basculement dans le droit de la guerre, c'est-à-dire le changement du droit applicable: de l'état de paix à l'état de guerre. Voir D.J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2001, 232-233.

passant par Saint Thomas d'Aquin jusqu'à De Vitória. Afin de pouvoir mener une guerre juste, l'Etat devait disposer d'une juste cause de guerre, d'un titre valable et reconnu (juste, au sens précisément de conforme au droit, *iustus*) : le titre donc comme fondement juridique du droit subjectif, le *ius ad bellum*. Seules donc les guerres justes étaient licites. Saint Augustin considère comme justes les guerres « qui vengent des injustices, lorsqu'un peuple ou un Etat, à qui la guerre doit être faite, a négligé de punir les méfaits des siens ou de restituer ce qui a été ravi au moyen de ces injustices »⁶. C'est l'idée de la justice privée, de la réparation par acte individuel et non communautaire d'une injustice, bref de ce qu'on appellera par la suite et de manière aseptique le *self-help* ou auto-protection. Saint Thomas⁷, dans son sillage, identifiera trois conditions cumulatives : a) elle doit être menée sous l'autorité d'un prince en tant que chef d'une entité sujet du droit des gens⁸ ; b) doit avoir une juste cause ; c) l'initiateur doit être animé par des bonnes intentions afin de promouvoir le bien et chasser le mal (*recta intentio*)⁹. Rares étaient cependant ceux qui – au nom de l'Évangile du Christ – osaient rejeter catégoriquement toute forme de guerre et Erasme de Rotterdam¹⁰ était sûrement le plus célèbre d'entre eux :

Quelle serait la guerre juste? Voici la définition! Est juste toute guerre qui est décidée par un prince souverain. Même si le prince souverain en question est un enfant ou un idiot (voire les deux à la fois). Bref, toute la doctrine du Christ est désormais polluée

⁶ Saint Augustin, *La Cité de Dieu*, (413-426), vol. II, trad. du latin, Paris, Seuil, 2004, Chap. XIX.

⁷ Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, Secunda Secundae, Quaestio 40.

⁸ De même Gentili dans sa lecture de la pensée du grand philosophe romain, annoté : « He is an enemy who has a state, a senate, a treasury, united and harmonious citizens, and some basis for a treaty of peace, should matters so shape themselves », A. Gentili, *De Iure Belli Libri Tres*, (1612), trad. du latin (1933), Livre 1^{er}, Chap. IV (« Brigands do not wage War »), Oxford, Clarendon Press, 25. « C'est au titre de belligérant que l'Etat devient d'abord sujet du droit international. Inversement, le droit des gens de l'Ancien Régime n'est à maints égards qu'un avatar d'un droit de guerre progressivement restreint aux personnes souveraines. Ce ne sont là que deux aspects d'un même développement dont les origines sont en plein Moyen Age », P. Haggenmacher, « Naissance du sujet international », *Droits*, 16(2), 1993, 13.

⁹ « [...] Henry needed to be satisfied that the war that might be necessary to secure his claim (should France refuse to yield) was grounded in a just cause. The question was important for spiritual reasons (the immortality of his soul) and for such secular reasons as the validity of the title that he and his troops would acquire over the spoils of war ; their enjoyment of combatant privileges ; and their protection by the laws of war » : T. Meron, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws. Perspective on the Law of War in the Middle Ages*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 34.

¹⁰ Quelques siècles plus tôt, Saint François d'Assise avait non seulement répudié la guerre entre chrétiens, mais avait également dénié toute licéité à la guerre sainte contre les Sarrasins, prônant le dialogue avec ces derniers. Joignant l'acte à la parole, il n'hésita pas à aller en Palestine pour s'entretenir à ce sujet, avec le 'féroce' Saladin.

par la dialectique, la sophistique, mathématique, rhétorique, poésie, philosophie et science du droit (*iurisprudentia*) païenne¹¹.

En effet, se demande-t-il, quelle est la différence entre un vol, un meurtre – d'une part – et la conquête, un massacre – d'autre part¹² ? La différence est précisément dans l'autorité publique (le prince souverain) qui permet de différencier la guerre publique de la guerre privée¹³ ; bref la 'Ragion di Stato' de Botero¹⁴. Il s'agit néanmoins d'une voix isolée, car quelques décennies plus tard, en pleine découverte du Nouveau Monde – l'autre 'big bang' de la science du droit international –, Francisco de Vitoria affirme que la guerre défensive est légitime, « attendu qu'il est permis de repousser la force par la force » (*vim vi repellere*), mais la « guerre offensive » aussi, dans la mesure où l'on vise à « punir une injustice dont on a été victime », car « c'est une cause de guerre juste que de repousser et punir une injustice »¹⁵.

Prenant le contre-pied d'Erasmus, et en invoquant les Pères de l'Eglise ainsi que le Doctor Angelicus, le Père dominicain affirma que :

La guerre fut permise par la loi naturelle... Elle le fut également par la loi écrite... Or la loi de l'Évangile n'interdit rien de ce que le droit naturel permet, comme l'a fort bien montré Saint Thomas. C'est pourquoi elle est appelée 'loi de liberté'. Par conséquent, ce qui était permis par la loi naturelle et par la loi écrite ne l'est pas moins par la loi de l'Évangile¹⁶.

De Vitoria va plus loin au rebours du temps et assoit ses affirmations sur la Patristique : « En effet, comme le dit Saint Augustin dans une lettre à Boniface 'le but de la guerre est la paix et la sécurité' »¹⁷. On peut donc recourir à la guerre, après avoir épuisé tout moyen pacifique, pour atteindre cette finalité ; l'Etat devient ainsi l'instrument du système qui émerge suite à l'effondrement de la Pax Romana. En poursuivant son self-help, l'Etat contribue à maintenir la paix que l'Empire Romain (d'Occident) avait garantie des siècles durant. Ainsi, en sus de la 'guerre défensive', les autres justes causes de guerre renvoient à la nécessité du '*law-enforcement*' au sein de l'ordre juridique international, c'est-à-dire du besoin d'exercer la fonction exécutive qui est dispersée parmi les membres de la Communauté

¹¹ Erasmus, *Contro la Guerra*, Milan, Mondadori, 2008, 84 (notre traduction).

¹² Erasmus, *Contro la Guerra*, 88 (notre traduction).

¹³ Il y a quand-même un passage dont une lecture *a contrario* pourrait légitimer la guerre contre des non-chrétiens (Erasmus, *Contro la Guerra*, 89).

¹⁴ G. Botero, *Della Ragion di Stato e delle Cose della Grandezza delle Città*, Venise, Appresso i Gioliti, 1589, Livre 1^{er}, 1.

¹⁵ F. De Vitoria, *Leçon sur le droit de la guerre*, (1539), trad. du latin, Genève, Droz, 1966, Première question (no. 11-12), 113-114.

¹⁶ De Vitoria, *Leçon sur le droit de la guerre*, Première question (no. 10), 113.

¹⁷ F. De Vitoria, *Leçons sur les Indiens*, (1539), trad. du latin, Genève, Droz, 1966, Troisième partie (no. 7), 89. Cette formule résonnera comme un écho lointain dans la CNU là où il est question du système de sécurité collective (ch. VII).

internationale. Selon De Vitoria, en effet, « [t]out Etat a autorité pour déclarer et faire la guerre » ; à la différence des individus, non seulement pour se défendre, mais également – en se fondant sur Aristote – pour « se venger, lui et les siens, et punir les injustices »¹⁸. En l'absence (et dans l'attente) d'une Civitas Maxima¹⁹, seul l'Etat²⁰ jouit donc du titre de mener licitement la guerre²¹.

Grotius, dans son sillage, affirmera un siècle plus tard que trois sont les justes causes de guerre : « la défense, le recouvrement de ce qui nous appartient et la punition »²². L'accent est donc mis par le grand maître de Delft sur la justesse de la cause de guerre qui seule peut fonder sa licéité. La guerre ne peut donc être engagée par le souverain que dans la poursuite de l'une de ces trois finalités. Sous cet angle, la guerre, enrobée d'une connotation morale et religieuse, devait satisfaire à des conditions matérielles pour qu'elle pût être qualifiée de licite. De la validité du titre – en tant que fondement d'un droit subjectif – dépend dès lors la licéité de la guerre.

Toutefois, cet admirable édifice était lézardé. En premier lieu, en dépit d'ingénieux et subtiles tentatives d'appréhension de ces justes causes, leur définition manquait quelque peu de clarté et d'unité : certes, parmi les justes causes il y avait la guerre de (légitime) défense ; mais une guerre d'attaque était aussi permise pour des justes motifs, à l'exception de celui de conquête territoriale. Grotius lui-même ne put manquer de relever que « il peut très bien arriver qu'aucun des belligérants n'agisse injustement ; car personne n'agit injustement, à moins de savoir que l'on commet une chose injuste : or, beaucoup l'ignorent. C'est ainsi qu'on peut plaider justement de part et d'autre, c'est-à-dire de bonne foi »²³. Mais déjà De Vitoria – et il semble avoir été le premier – avait avancé l'hypothèse d'une guerre juste des deux côtés. A cet égard, il distinguait deux cas de figure : a) « Hors le cas d'ignorance, c'est manifestement impossible » ; b) « En cas

¹⁸ De Vitoria, *Leçon sur le droit de la guerre*, Première question (no. 22 et 23), 117-118.

¹⁹ Même dans un système de Civitas Maxima, par maints auteurs souhaité et appelé de tous vœux, la guerre ne disparaîtra pas pour autant, ce sera techniquement une guerre civile, ce qui auparavant était une guerre internationale. Au demeurant, l'Histoire semble nous indiquer que la première n'est pas très souvent moins meurtrière, surtout si l'on considère, comme Nolte (E. Nolte, *La Guerre civile européenne (1917-1945): national-socialisme et bolchevisme*, trad. de l'allemand, Paris, Syrtès, 2000), la Première et la Seconde guerre mondiale comme une (très) longue guerre civile (européenne).

²⁰ De Vitoria qualifie justement l'Etat de « communauté parfaite », c'est-à-dire « une communauté qui forme un tout par lui-même, c'est-à-dire qui n'est pas une partie d'un autre Etat, mais qui a ses lois propres, son conseil propre et ses magistrats propres », *Ibid.*, (no. 25 et 26), 118-119.

²¹ « C'est pourquoi il est nécessaire à la bonne administration des sociétés humaines que cette autorité soit accordée à l'Etat », *ibid.*, (no. 23), 118.

²² H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. du latin par P. Pradier-Fodéré, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, Livre II, ch. I, 2.2, 164.

²³ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre II, chap. XXIII.13.2, 549.

d'ignorance probable d'un fait ou d'un droit [...] elle est excusée de bonne foi. L'ignorance invincible, en effet, est une complète excuse »²⁴.

En deuxième lieu, la tentative de restreindre le recours à la force par le *iustum bellum* était minée dès l'origine par une faiblesse structurelle de l'ordre juridique international, c'est-à-dire la carence voire l'absence d'une instance tierce habilitée *de iure* à constater l'existence et l'application de la cause invoquée. Comme chacun des belligérants se trouvait en droit de juger seul de cette question, on avait naturellement deux opinions diamétralement opposées sur ce sujet²⁵. En effet, l'effondrement de la *Respublica Christiana* avait engendré la disparition de la diarchie qu'étaient le Pape et l'Empereur (les « Deux Glaives » de la Chrétienté, comme dit Dante)²⁶. Les Etats, jaloux de leur souveraineté fraîchement conquise et de haute lutte, se regardent désormais comme des chiens de faïence dans un désolant désert institutionnel²⁷.

Finalement, l'absence d'une liste largement acceptée de justes causes de guerre ainsi que l'inexistence d'un organe de constatation de ces causes et de leur application dans chaque cas d'espèce, eurent raison de la doctrine de la guerre juste. La voie à l'indifférence de la guerre – inaugurée par Machiavelli, pour qui « toute guerre est juste dès qu'elle est nécessaire »²⁸ – était ainsi pavée et sera définitivement parachevée par Emer de Vattel.

1.2. « *La Guerre en bonne et due forme* ». Pour le Neuchâtelois, homme de transition – et donc nécessairement ambigu²⁹ –, « [l]a Guerre est cet état, dans lequel on *poursuit son droit par la force* »³⁰. Certes Vattel est aussi fils de son temps et considère qu'il y a des justes causes de guerre et énonce trois cas de figure ou conditions auxquelles est soumis le droit de mener une 'Guerre juste' ;

²⁴ De Vitoria, *Leçon sur le droit de la guerre*, para. 32, 136.

²⁵ Alberico Gentili arriva même à dire (A. Gentili, *De Iure Belli Libri Tres*, Livre 1^{er}, ch. IV, para. 48) que c'était dans la nature des choses que les deux princes se sentissent nantis d'une juste cause de guerre. C'est là aussi le phénomène bien connu des auto-interprétations, en regard de l'absence de constatation.

²⁶ Voir en général la brillante étude de B. Arcidiacono, *Cinq types de paix. Une histoire des plans de pacification perpétuelle (XVII^e-XX^e siècles)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

²⁷ « L'obsession de faire la guerre dans les meilleures conditions possibles paraît la préoccupation constante des philosophes de la Renaissance (Guichardin, Machiavel) », G. Bouthoul, *Traité de polémologie*, Paris, Payot, 1970, 83.

²⁸ Machiavel, *Le Prince* (1513), trad. de l'italien, chap. 26, para. 4 ; de même, *La mente di un uomo di Stato*, Chap. II, Règle 9 : « Quella guerra è giusta, che è necessaria ».

²⁹ Voir à cet égard : V. Chetail, « Vattel et la sémantique du droit des gens : une tentative de reconstruction critique », in V. Chetail & P. Haggemacher (dir.), *Vattel's International Law in a XXIst Century Perspective/Le droit international de Vattel vu du XXI^e siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 423-432.

³⁰ E. de Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, Livre III, chap. I, para. 1.

elles sont toutes subordonnées au 'Droit de sûreté' consistant dans le Droit de « se garantir de toute lésion »³¹.

Toutefois, étant donné les deux déficiences naguère évoquées (d'ordre matériel et structurel) et en raison de l'égalité des Etats, Vattel soutient que :

Cependant il peut arriver que les contendants soient l'un et l'autre dans la bonne foi ; et dans une cause douteuse, il est encore incertain de quel côté se trouve le droit. [Et là il n'y a rien de nouveau puisque aussi bien De Vitória que Grotius avaient identifié ce problème]. Puis donc que les Nations sont égales et indépendantes (liv. II, para. 36, et Prélím., paras. 18-19), et ne peuvent s'ériger en juges les unes des autres, il s'ensuit que dans toute cause susceptible de doute, les armes des deux parties qui se font la guerre doivent passer également pour légitimes, au moins autant *quant aux effets extérieurs*, et jusqu'à ce que la cause soit décidée³².

Sous l'angle du droit positif (« quant aux effets extérieurs »), ceci entraîne deux conséquences majeures : d'une part, au niveau du droit dans la guerre (qu'on appellera plus tard le « *ius in bello* »), c'est l'égalité des belligérants, reflet direct de l'égalité souveraine ; d'autre part, au niveau du droit de mener la guerre (le « *ius ad bellum* »), c'est l'indifférence de la juste cause³³. A cet égard, qui seul nous intéresse ici, Vattel discourt des deux conditions auxquelles est soumis le droit de mener la « Guerre solennelle » (« ou dans les formes ») : a) qu'elle soit entreprise par un souverain ou une autorité publique (c'est-à-dire indépendante) ; b) « qu'elle soit accompagnée de certaines formalité », à savoir la sommation et la déclaration de guerre (para. 66). La première condition, dans le sillage de la Patristique

³¹ Vattel, *Le Droit des gens*, Livre III, chap. III, para. 49.

³² Vattel, *Le Droit des gens*, Livre III, chap. III, para. 40 (italiques ajoutées). Dans un autre passage, Vattel conteste néanmoins qu'une guerre puisse être juste des deux côtés : « La guerre ne peut être juste des deux côtés. L'un s'attribue un droit, l'autre le lui conteste ; l'un se plaint d'une injure, l'autre nie de l'avoir faite. Ce sont deux personnes qui disputent sur la vérité d'une proposition : il est impossible que les deux sentiments contraires soient vrais en même temps », *ibid.*, Livre III, chap. 3, para. 39.

³³ Que l'indifférence de la cause de guerre – aux fins de son recours – était en train d'émerger est magnifiquement illustrée par Voltaire lorsqu'il décrit de quelle manière l'on construisait un titre d'intervention sur le territoire d'un autre Etat aux fins de son acquisition : « Un généalogiste prouve à un prince qu'il descend en droite ligne d'un comte dont les parents avaient fait un pacte de famille il y a trois ou quatre cents ans avec une maison dont la mémoire même ne subsiste plus. Cette maison avait des prétentions éloignées sur une province dont le dernier possesseur est mort d'apoplexie : le prince et son conseil voient son droit évident. Cette province, qui est à quelques centaines de lieues de lui, a beau protester qu'elle ne le connaît pas, qu'elle n'a nulle envie d'être gouvernée par lui ; que, pour donner des lois aux gens, il faut au moins avoir leur consentement ; ces discours ne parviennent pas seulement aux oreilles du prince dont le droit est incontestable. Il trouve incontinent un grand nombre d'hommes qui n'ont rien à perdre ; il les habille d'un gros drap bleu à cent dix sous l'aune, borde leurs chapeaux avec du gros fil blanc, les fait tourner à droite et à gauche, et marche à la gloire », *Dictionnaire philosophique* (1764), Paris, Garnier Flammarion, 1964, 217-218 (sous l'entrée 'guerre').

et de la Scholastique, est axée sur la compétence personnelle (*ratione personae*) du droit de mener la guerre, c'est-à-dire seul le souverain jouit du *ius ad bellum*. Par opposition, les autres guerres – notamment menées sans « autorité légitime ou sans sujet apparent, comme sans formalités, & seulement pour piller » sont des guerres illégitimes (para. 67). Le fondement et la différence résident pour Vattel dans la guerre comme « remède contre l'injustice obstinée ». Seuls les Etats peuvent poursuivre un tel but, car, étant donné leur égalité, ils exercent des compétences concurrentes et égales aux fins du maintien de « la paix et de la sécurité internationales » tout en poursuivant leurs égoïsmes nationaux. La deuxième condition est de nature procédurale puisqu'elle se réfère à la « déclaration de guerre ». Celle-ci est requise « pour tenter encore de déterminer le différend sans effusion de sang, en employant la crainte, pour faire revêtir à l'Ennemi des sentiments plus justes ; en même-tems qu'elle dénonce la résolution qu'on a prise, de faire la Guerre, elle doit exposer le sujet, pour lequel on prend les armes » (para. 52). La déclaration peut être simple ou conditionnelle (c'est-à-dire revêtir la fonction d'une sommation) ; la guerre offensive (pour injure, du latin *iniuria*, illicite) ressemble donc furieusement aux représailles³⁴. Celles-ci deviendront dès lors l'instrument privilégié par lequel les Etats se feront justice (« self-help »), afin de garantir les droits subjectifs dont ils sont titulaires. La déclaration de guerre doit remplir certaines formalités relativement à sa publicité. En revanche, dans les autres cas, où donc un Etat est confronté à une Guerre « informe et illégitime », le premier « n'est point obligé d'observer envers eux les règles prescrites dans les Guerres en forme ; elle peut les traiter comme des brigands » (para. 68). Ceci – et c'est important – vaut non seulement dans les cas où l'ennemi n'a pas d'autorité publique (*ratione personae*), mais également lorsqu'une Nation (lisez : Etat), attaque « sans sujet & sans Déclaration ». Il est intéressant de noter que selon Vattel, un Etat qui ne suit pas la procédure, n'est plus un Etat mais devient un brigand ; alors que toutes les entités dépourvues d'autorité publique le sont nécessairement – de par leur statut – lorsqu'ils mènent une guerre.

Il n'est dès lors pas étonnant que l'école positiviste du XVIII^e-XIX^e siècles ait écarté toujours plus le problème de la *iusta causa*, pour se concentrer uniquement sur les exigences de forme que la guerre devait satisfaire pour qu'elle pût être considérée comme licite. La troisième Convention de La Haye de 1907 finira par codifier l'exigence d'un « avertissement préalable et non équivoque, et qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum

³⁴ Enfin, la Guerre défensive n'a évidemment pas besoin de déclaration (para. 57), justement parce que, dans ce cas de figure, l'Etat agressé se trouve dans son droit d'utiliser la force afin de repousser l'agresseur. En d'autres termes, la « lésion » de son droit subjectif a été constatée par le fait matériel de l'agression qui concrétise la violation de la procédure par l'Etat agresseur.

avec déclaration de guerre conditionnelle »³⁵ (ce qui adviendra d'ailleurs en 1914 avec la Première guerre mondiale)³⁶. On quittait dès lors le domaine des raisons matérielles, c'est-à-dire des justes causes, pour celui des formes, c'est-à-dire la déclaration préalable de guerre et le statut des belligérants. La guerre devient un procès ; et le sort des armes sera la sentence³⁷. En conséquence, le droit des gens jusqu'à la Société des Nations (S.d.N.) admettait la guerre – et ses variations mineures, dont les représailles – abstraction faite d'une juste cause et, par conséquent il reconnaissait aux Etats, en raison de leur souveraineté³⁸, le *ius ad bellum*³⁹, comme *extrema ratio* dans le règlement de leurs différends⁴⁰ et donc comme moyen d'auto-protection.

1.3. Toutefois, même si ce *ius ad bellum* était, avant la première guerre mondiale, en principe illimité, il convient d'évoquer deux tentatives de nature conventionnelle qui furent entreprises visant à réglementer son usage voire à le restreindre timidement. Dans l'ordre chronologique, ces prodromes sont la Convention

³⁵ Article 1^{er} de la III Convention de La Haye du 18 octobre 1907 relative à l'ouverture des hostilités.

³⁶ Encore en 1914, la Grande guerre débuta comme une « banale » guerre de cabinet (sur la typologie des conflits, voir C. von Clausewitz, *De la guerre*, trad. de l'allemand, Paris, Ed. de Minuit, 1955, 59) ou tout au plus comme une guerre de règlement de différend : punir la Serbie (self-help) et obliger ainsi la Russie à reculer des Balkans (pour l'Autriche-Hongrie) ; se libérer de la domination maritime anglaise et asseoir sa suprématie continentale (pour l'Allemagne). Bref, recalibrer l'équilibre entre les Puissances. Cependant, si la « Grande guerre » commença en tant que guerre localisée dans l'espace, dans le temps, dans les moyens et dans les finalités, elle s'acheva, phénomène inédit, en tant que guerre d'anéantissement, de destruction de l'adversaire, avec, à la clef, la dissolution de pas moins de quatre empires.

³⁷ C. Roessler, *System der Staatslehre*, Leipzig, Falcke und Roessler, 1857. On ne peut pas s'empêcher de trouver un un lointain, mais atemporel, echo chez Thucydide (*Histoire de la guerre du Péloponnèse*, vol. 2, trad. du grec, 1852, Paris, 80) : « C'est que, dans les affaires humaines, on se soumet aux règles de la justice quand on y est contraint par une mutuelle nécessité ; mais que, pour les forts, le pouvoir est la seule règle, comme pour les faibles, la soumission ».

³⁸ « C'est donc, selon la tradition, en termes de juridiction et d'absence de recours possible [*Kompetenzkompetenz*] que la compétence de guerre est justifiée », Haggemacher, « Naissance du sujet international », 15.

³⁹ « D'où il résulte que la guerre, pour être légitime en droit international commun, doit toujours se fonder sur un titre juridique », A. Verdross, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 30, 1929-V, 497.

⁴⁰ Dans sa fameuse lettre à Bluntschli ainsi s'exprimait Moltke : « 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. Les plus nobles vertus de l'homme s'y développent : le courage et le renoncement, la fidélité au devoir et l'esprit de sacrifice ; le soldat donne sa vie. Sans la guerre, le monde croupirait et se perdrait dans le matérialisme » (cité in J. Lorimer, *Principe de droit international* (trad. de l'anglais), Bruxelles, 1885, 191.

Drago-Porter (III Convention de La Haye) et les « Bryan Treaties » (« Advancement of Peace »).

La première, conclue – à l’instar de celle relative à l’ouverture des hostilités évoquée plus haut⁴¹ – lors de la 2^{ème} Conférence de Paix de La Haye de 1907, affirmait l’illicéité du recouvrement coercitif des dettes contractuelles, cette « pratique odieuse » se concrétisant souvent dans le blocus des ports, le bombardement, etc. La crise vénézuélienne de 1902 était encore dans l’esprit et détermina la prise conscience qu’une telle pratique de règlement des différends d’ordre financier n’était plus admissible. Cette convention *multilatérale* bannissait ainsi – en son article 1^{er}⁴² – la mise en demeure par la force des armes de l’Etat débiteur considéré comme un vulgaire voyou (forme de justice privée), la seule exception étant si l’Etat débiteur ne se soumettait pas à une procédure arbitrale ou n’exécutait pas une sentence arbitrale (article 2). Le règlement pacifique remplaçait le self-help armé, mais à condition que les deux Etats jouassent le jeu du règlement arbitral de leurs différends internationaux. En conséquence, il n’est pas erroné d’affirmer que ce traité excluait de l’auto-protection armée des Etats le domaine des dettes contractuelles.

La deuxième tentative est constituée par une toile – très dense – de traités bilatéraux, les Bryan Treaties⁴³, tissée (dès 1913) par les Etats-Unis d’Amérique. L’Article 1^{er} prévoit une double obligation : *Primo*, dès l’émergence d’un différend, les Parties doivent s’abstenir de recourir aux armes pendant une période de douze mois (« Cooling-off period ») : un intervalle de refroidissement des ardeurs belliqueuses ; *secundo*, elles doivent soumettre leur différend à une commission d’enquête instituée par le traité. Cet organe commun aux Parties rendra un rapport – endéans un an aussi – élucidant les faits matériels générateurs du différend. Ainsi apparaît pour la première fois la consubstantialité entre les deux obligations qu’on retrouve désormais parmi les principes fondamentaux de la CNU respectivement aux arts. 2(3) et (4). Nous retrouvons donc un embryon d’instance tierce susceptible de résoudre le litige. Certes, il s’agit d’un moratoire et non pas d’une interdiction car, à l’issue de la période, les Etats parties au différend retrouvent leur liberté (suspendue), c’est-à-dire leur droit d’auto-protection armée.

⁴¹ Il est intrigant de relever comme ces deux conventions – pourtant adoptées lors de la même conférence – incarnent deux idéaux antipodiques ; alors que l’une (la Troisième) sacralise le *ius ad bellum* en chef à tout Etat, l’autre (la Deuxième) le grignote, amorçant ainsi le processus qui aboutira à son abrogation ultime.

⁴² Les Hautes Parties contractantes s’engagent « à ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au Gouvernement d’un autre pays comme dues à ses nationaux ».

⁴³ Ces traités furent ainsi appelés du nom de son instigateur (William Jennings Bryan), le Secrétaire du Département d’Etat des Etats-Unis d’Amérique. A la veille de la Seconde guerre mondiale on dénombrait quarante-huit de ces traités bilatéraux.

Or, le déroulement et la conclusion de la Grande Guerre, donna néanmoins une impulsion salutaire à la prise de conscience que le *ius ad bellum* devait être restreint et son usage *surveillé* par un système centralisé, une puissante architecture institutionnelle devant succéder sur le plan universel au Concert européen. La première guerre mondiale, ou la « Grande Guerre », qui avait été qualifiée de « War to end all wars »⁴⁴, réussit à inciter les Etats à mettre hors la loi la guerre en tant que moyen d'auto-protection de leurs droits subjectifs et intérêts juridiques.

1.4. Le Pacte de la S.d.N. – annexé aux Traités de paix qui mirent fin en 1919 à la « Grande guerre » – incarne deux approches différentes à la réglementation de la guerre qui se retrouvent dès lors étroitement imbriquées. En effet, d'une part (approche de l'indifférence de la guerre) il reprend des « Bryan Treaties » l'idée de moratoire, prévoyant une procédure aussi bien juridictionnelle que politique que tout Etat membre devait suivre avant de recourir à la guerre. Double obligation, donc : a) obligation (positive) préalable de régler pacifiquement le différend ; et b) l'obligation (négative) de respecter un moratoire de guerre *pendant* l'épuisement des voies pacifiques de résolution du différend. Désormais aucune guerre n'était admissible sans essai préalable de règlement pacifique. La S.d.N. introduisit ainsi une procédure obligatoire aux fins de l'exercice par l'Etat de son droit : il s'agissait en somme d'une limitation *procédurale* au *ius ad bellum*. D'autre part (approche visant la mise au ban de la guerre comme instrument d'auto-protection), le Pacte qualifiait certaines guerres de fondamentalement illicites, comme les guerres d'agression⁴⁵ ou celles dirigées contre un Etat qui se conforme à une décision juridictionnelle⁴⁶ ou à une recommandation adoptée à l'unanimité par le Conseil de la S.d.N.⁴⁷. A cet égard, on peut même oser dire que le Pacte réintroduisait la notion de la guerre juste fondée cette fois-ci non plus sur des considérations morales et religieuses mais sur le droit positif⁴⁸. En fin de compte, quelle était l'attitude générale du Pacte à l'égard de la guerre ? Elle résultait clairement de son préambule⁴⁹, dans lequel on lit « qu'il importe d'accepter certaines

⁴⁴ Le très bel ouvrage de David Fromkin porte le titre – ironique – de « Peace to end all peace ».

⁴⁵ Article 10 du Pacte de la S.d.N.

⁴⁶ Article 13(6) du Pacte de la S.d.N.

⁴⁷ Article 15(6) du Pacte de la S.d.N.

⁴⁸ Th. Franck, « Fairness in the international legal and institutional system : general course on public international law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 240, 1993-III, 236. Toutefois, à côté de la vieille distinction entre les guerres justes et injustes, le Pacte a introduit une *nouvelle* catégorie de guerres interdites » (Verdross, « Règles générales du droit de la paix », 498).

⁴⁹ « Les Hautes Parties Contractantes, Considérant 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 . . . ». Le préambule fait partie du « contexte »

obligations de ne pas recourir à la guerre ». En conséquence, il ne s'agissait pas de mettre la guerre hors la loi, mais plutôt de la corseter, de brider de le droit de l'Etat dans une procédure. Toutefois, et à tout le moins, le Pacte de la S.d.N. « in view of its general purpose and its particular provisions created a presumption against the legality of war as a means of self-help »⁵⁰.

1.5. Sur le chemin de croix menant à l'interdiction de la guerre, on ne peut pas passer sous silence la tentative certes infructueuse du Protocole de Genève de 1924 dont l'article 2 contenait l'engagement des Contractants « qu'en aucun cas ils ne doivent recourir à la guerre », sauf légitime défense et en cas de sanctions militaires autorisées par le Conseil de la S.d.N. Mais, ce protocole, qui devait être ratifié par l'ensemble des Etats membres, n'entra jamais en vigueur. Toutefois, peut-on avancer, dans le sillage de la jurisprudence internationale solidement établie, que ce traité international ait « servi de base ou de point de départ à une règle qui, purement conventionnelle ou contractuelle à l'origine, se serait depuis lors intégrée à l'ensemble du droit international général et (aurait été plus tard) acceptée à ce titre par *l'opinio juris*, de telle sorte [...] qu'elle (se serait imposée) »⁵¹ à tous les Etats ? Quoiqu'il en soit, les discussions au sein de la S.d.N. ne cessèrent pas pour autant et entretenirent ainsi un climat propice à l'interdiction de la guerre qui émergera cependant en dehors de l'Organisation de Genève (ne serait-ce que déjà parce que les inspireurs, les USA, n'y étaient pas membres).

1.6. Le 27 août 1928 fut signé à Paris le pacte Briand-Kellogg. Le Pacte portant « renonciation solennelle de la guerre » naît d'une initiative française proposée et acceptée par les USA qui décidèrent aussitôt d'ouvrir le traité – originellement bilatéral – à tous les autres Etats et qui devint dès lors multilatéral. Par son article 1^{er}⁵², les Etats se privent ainsi de leur plus puissant outil de politique étrangère⁵³. Les Etats allèrent donc très loin dans leur auto-mutilation, à tel point qu'un

au sens de l'article 31(1) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui codifie la règle générale d'interprétation des traités internationaux. En conséquence, le préambule constitue un élément important dont il faut tenir compte aux fins de l'appréhension de la signification et du champ opératoire des dispositions du traité.

⁵⁰ I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, 57.

⁵¹ Cour internationale de Justice (CIJ), *Plateau continental de la Mer du Nord (R.F.A. / Danemark / Pays-Bas)*, arrêt, 20 fév. 1969, CIJ Recueil 1969, 42, para. 71.

⁵² « Les 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 ».

⁵³ Le préambule a la teneur suivante : « [Les Etats,] Persuadés que le moment est venu de procéder à une franche renonciation à la guerre, comme instrument de politique nationale, afin que les relations pacifiques et amicales existant actuellement entre leurs peuples puissent être perpétuées... ».

auteur contemporain qualifia le Pacte de véritable « mirage »⁵⁴. Quoi qu'il en soit, ce traité international marque le début de « la crise du droit prophylactique de la guerre »⁵⁵. A-t-il codifié du droit déjà existant ou a-t-il, au contraire, créé du droit nouveau? À la lumière des développements historiques, il n'est pas osé de penser que le Pacte ait pu, selon le schéma proposé par la CIJ, « cristalliser »⁵⁶ la règle coutumière *in statu nascendi*, bref qu'il ait constitué le point d'aboutissement du processus coutumier probablement déclenché par le malheureux Protocole de Genève de 1924. Soixante-trois Etats y étaient parties à l'orée de la deuxième guerre mondiale, à savoir la quasi-totalité des Etats composant la Communauté internationale de l'époque⁵⁷. Toutefois, plusieurs Etats assortirent leur instrument d'adhésion de réserves (dites territoriales) ou de déclarations interprétatives qui affaiblirent l'efficacité du traité. Ceci induit certains Etats latino-américains à ne pas y devenir parties et à conclure un traité régional ayant les mêmes objets et buts : Saavedra – Lamas du 10 octobre 1933⁵⁸. Le Pacte Briand – Kellogg fut pourtant invoqué – avec plus ou moins de bonheur – lors des différentes crises qui ponctuèrent la décennie avant le deuxième conflit mondial : Abyssinie (1936), Autriche (1938), Tchécoslovaquie (1939), Finlande (1939). Cette universalité permit, cela soit dit en passant, au Tribunal Militaire International de Nuremberg de déclarer haut et fort dans son jugement prononcé contre les « Grands Criminels de Guerre » que « Dans [s]a pensée [...], la renonciation solennelle à la guerre comme instrument de politique nationale implique que la guerre ainsi prévue est, en droit international, illégitime »⁵⁹ ; ainsi représentée, la guerre d'agression devint le crime par excellence ou le « crime suprême ».

En son article 2 on retrouve le corollaire de l'interdiction (obligation négative) de la guerre, c'est-à-dire l'obligation (positive) de régler les différends par des moyens pacifiques (l'autre face de la même médaille). Il convient de souligner à cet égard, et il s'agit d'une avancée notable, que, à la différence de la II Convention de La Haye de 1907, non seulement l'interdiction de la guerre est devenue générale (et n'est dès lors plus confinée aux seuls différends relatifs aux dettes contractuelles), mais, et surtout, le manquement à l'obligation de se soumettre au règlement juridictionnel ou encore à ne pas respecter la décision éventuellement rendue ne libérait pas les Etats de l'obligation de s'abstenir de recourir

⁵⁴ M. Sibert, *Traité de droit international public*, vol. 2, Paris, Dalloz, 1951, 554.

⁵⁵ K. Strupp, « Règles générales du droit de la guerre », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 47, 1934-I, 571.

⁵⁶ CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, 39, para. 61.

⁵⁷ Les seuls Etats (à l'orée de la Seconde guerre mondiale) qui n'y étaient pas partie, étaient : Bolivie, El Salvador, Uruguay et Argentine (94 RTNU 57ss.).

⁵⁸ Ce Pacte régional était moins restrictif aux fins de l'interdiction de la guerre dans la mesure où il ne bannissait que les « guerres d'agression » (163 RTNU 393). Voir note 57 ci-dessus.

⁵⁹ Tribunal Militaire International, *Procès des Grands Criminels de Guerre*, vol. 1, Nuremberg, Tribunal Militaire International 1947, 232.

à la guerre. En d'autres termes, le Pacte de 1929, tout en réaffirmant les deux obligations les déconnecte en érigeant l'interdiction de la guerre en obligation absolue, ne dépendant pas du respect de l'obligation de régler pacifiquement les différends internationaux.

Le suicide de l'Europe – qui en l'espace d'une génération et demi – s'immola sur l'autel de son hubrys – et disparut ainsi du centre du monde – fera don au Droit international, de la règle de l'interdiction de la force.

2. EXIT L'AUTO-PROTECTION ARMÉE, MALGRÉ QUELQUES REVENANTS OU AUTRES ZOMBIES

L'éviction de la guerre en tant que moyen d'auto-protection aura un impact profond dans la structure de l'ordre juridique international et dans la mise en œuvre de ses règles. N'était-ce pas Clausewitz qui affirmait, au début du XIX^{ème} siècle et sans choquer personne, que la guerre n'est rien d'autre que la continuation de la politique par d'autres moyens, donc un moyen (licite) parmi d'autres⁶⁰ et, qui plus est, une faculté souveraine de l'Etat⁶¹ ?

Cette interdiction marque en effet le point d'aboutissement d'un processus de changement de système qui avait culminé – quelque siècles plus tôt – par la Paix de Westphalie en 1648 en ce sens qu'elle représente le corollaire, je dirai nécessaire, de l'égalité juridique entre les Etats (art. 2(1) de la CNU) qu'elle avait définitivement consacrée, à la suite également d'une longue évolution historique⁶². Dans cette perspective, l'article 2(4), véritable architrave de l'ordre juridique international, complète et parachève le processus historique de la mise à plat de sa structure.

La CNU, en interdisant toute forme de violence militaire unilatérale dans les relations internationales, enterrera définitivement le principe de l'indifférence de la guerre porté aux fonts baptismaux par Vattel⁶³ et posera partant une pierre tombale sur l'auto-protection armée. En effet, de cette prérogative, très vaste, de

⁶⁰ « *Realpolitik* overrides rules, or, as a rather old British pun had it, Britannia waives the rules in order to rule the waves », N. Ferguson, *Empire: The Rise and Demise of the British World Order and the Lessons for Global Power*, New York, Basic Books, 2003, p. 367.

⁶¹ « [...] C'est que nous constatons l'infécondité croissante de la violence, incapable aujourd'hui de tisser le moindre mythe pour se justifier et rester cachée », R. Girard, *Achever Clausewitz*, Paris, Carnets nord, 2007, 57 (italiques ajoutées).

⁶² Dans la célèbre affaire *Nicaragua c. Etats-Unis* (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt, 27 juin 1986, fond, CIJ Recueil 1986, III, para. 212), la Cour internationale de Justice ainsi déclara : « Le principe du respect de la souveraineté des Etats [...] en droit international est étroitement lié à celui de la prohibition de l'emploi de la force et à celui de non-intervention ».

⁶³ « In sum, it was deeply ironic that the whole area of measures short of war – intervention, reprisals and necessity measures – would be, at the same time, so strongly

l'Etat de mener la guerre ne restera plus, telle une peau de chagrin⁶⁴, que le « droit naturel » de légitime défense individuelle ou collective, prévu par l'article 51 de la Charte. Le droit des gens n'admettra plus le « self-help » mais reconnaîtra donc aux Etats seulement le « self-defense ». Une brèche que ses pères fondateurs à San Francisco voulurent à dessein très étroite mais que les Etats s'évertueront dès lors à élargir. Ce changement copernicien fut constaté par la CIJ dans l'affaire du Détroit de Corfou lorsqu'elle saisit l'occasion qui lui se présentait pour sonner le glas du droit d'auto-protection armée :

En outre, l'agent du Gouvernement du Royaume-Uni, dans sa réplique orale a rangé l'« Opération Retail » parmi les procédés d'auto-protection ou *self-help*. *La Cour ne peut pas davantage accueillir cette défense. Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielle des rapports internationaux*⁶⁵.

La CIJ, dans le sillage de son arrêt dans l'affaire du *Détroit de Corfou* précité, réaffirma la prohibition du self-help armé en l'opposant à la légitime défense (dont le recours exige l'agression armée et non pas une simple illicéité préalable) :

L'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 sécurité⁶⁶.

reminiscent of the just-war outlook from the Middle Ages, and yet so ineluctably tied to action by major powers against lesser ones », Neff, *War and the Law of Nations*, 249.

⁶⁴ La légitime défense est en effet une espèce au sein du genre « self-help » : Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3^{ème} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 160.

⁶⁵ CIJ, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt, 9 avril 1949, fond, CIJ Recueil 1949, 35 (italiques ajoutées). Voir à cet égard : Th. Christakis, « Intervention and Self-Help », in K. Bannelier, Th. Christakis & S. Heathcote (dir.), *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case*, Londres, Routledge, 2011, 211-225.

⁶⁶ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, arrêt, 19 déc. 2005, CIJ Recueil 2005, 223-224, para. 148. Dans son arrêt en l'affaire *Nicaragua*, para. 195, la Cour avait souligné l'exigence de l'agression armée comme condition sine qua non aux fins de l'exercice de la légitime défense. Cf. B. Stern, « Chronique de la jurisprudence internationale », *Journal du droit international*, 115, 1988, 175, qui rejette l'illicéité du self-help armé. Même dans le cas où un Etat devait se refuser d'obtempérer à un arrêt de la CIJ, c'est-à-dire même lorsque une instance (judiciaire) tierce a constaté le droit en l'appliquant à un cas concret afin de le résoudre (autre différence par rapport au régime de l'article 15(7) du Pacte de la S.d.N.), car cette tâche incombe uniquement au CS (en vertu de l'article 94(2) de la CNU) qui seul pourrait prendre des mesures (comportant même l'emploi de la force) afin de rendre exécutoire la décision de la CIJ. En ce sens (correctement) : Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 86-87.

L'éviction du self-help (et de sa « politique de la canonnière ») constitue en effet une différence structurelle majeure par rapport au système de la S.d.N., dont le Pacte, convient-il de le rappeler, récitait en son article 15(7) que :

Dans le cas où le Conseil ne réussit pas à faire accepter son rapport par tous ses Membres autres que les Représentants de toute Partie au différend, *les Membres de la Société se réservent le droit d'agir comme ils le jugeront nécessaire pour le maintien du droit et de la justice*⁶⁷.

Pour des raisons dont seule l'Histoire connaît le secret l'une des crises les plus éclatantes dans l'application de cette disposition centrale tourne (à nouveau) autour de l'île de Corfou. L'Italie avait procédé à l'occupation de cette île grecque en réaction au meurtre en Grèce (par des inconnus) du Général Tellini et de trois autres membres de la Commission chargée par la Conférence des ambassadeurs à Paris de délimiter la frontière greco-albanaise⁶⁸. L'occupation de l'île de Corfou fut justifiée par le Gouvernement italien comme gage en attendant que la Grèce accédât à sa demande de réparation. La question fut finalement soumise au Comité de juristes du Conseil de la S.d.N., qui s'exprima ainsi : « *Des mesures de coercition qui ne sont pas destinées à constituer des actes de guerre peuvent être conciliables, ou non, avec les termes des articles 12 à 15 du Pacte*, et il appartient au Conseil, saisi du différend, de décider immédiatement, en s'inspirant de toutes les circonstances et de la nature des mesures prises, s'il y a lieu de recommander le maintien ou la cessation de celles-ci ». L'avis du Comité fut ensuite adopté à l'unanimité par le Conseil de la S.d.N. lors de sa séance du 13 mars 1924⁶⁹ ; se déclarant dès lors « satisfaite », l'Italie évacua l'île le 27 septembre 1924. Dans le système de la S.d.N., le self-help armé apparaît dès lors licite même si le Conseil se réserva le pouvoir d'en exiger la cessation ; *mutatis mutandis*, c'est ce qui est prévu par l'article 51 de la CNU à l'égard de la légitime défense si le Conseil de sécurité en vient à prendre les « mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ».

Quelques années plus tard, par ailleurs, dans ce qui deviendra le *locus classicus* en matière de self-help / représailles armées, le tribunal arbitral affirmera :

⁶⁷ Italiques ajoutées.

⁶⁸ Voir la lettre de Mussolini à Salandra, délégué italien au Conseil de la S.d.N., du 1^{er} septembre 1923 (reproduite in : *La prassi italiana di diritto internazionale*, troisième série (1919-1925), vol. 6, Rome, Consiglio Nazionale delle ricerche, 1995, 3272) : « è ammessa l'occupazione temporanea di una parte di territorio straniero » afin d'obtenir satisfaction. Il y énumère les précédents de la pratique des Etats en matière « d'occupation pacifique à titre de garantie ». A cet égard, apparaît surtout intéressante l'opinion du juge (et président) de la CPJI Anzilotti, consulté officieusement par l'ambassadeur italien à La Haye (*ibid.*, 3274), au regard notamment de incompatibilité de l'occupation italienne avec les dispositions du Pacte de la S.d.N. (*ibid.*, 3280-3284).

⁶⁹ *Journal officiel de la Société des Nations*, 1924, 524 (italiques ajoutées).

La *représaille* est un acte de propre justice (Selbsthilfehandlung) de l'État lésé, acte répondant – *après sommation restée infructueuse* – à un acte contraire au droit des gens de l'État offensé. Elle a pour effet de suspendre momentanément, dans les rapports des deux États, l'observation de telle ou telle règle du droit des gens. Elle est *limitée* par les expériences de l'humanité et les règles de la bonne foi, applicables dans les rapports d'État à État. *Elle serait illégale si un acte préalable, contraire au droit des gens, n'en avait fourni le motif*. Elle tend à imposer, à l'État offensé, la réparation de l'offense ou le retour à la légalité, en évitation de nouvelles offenses⁷⁰.

Nous y retrouvons tous les éléments (à l'exception de la proportionnalité, dont le Tribunal discourt séparément) de l'auto-protection armée par le moyen des représailles ; on ne peut pas s'empêcher de relever à cet égard que celles-ci poursuivent à la fois une finalité rétrospective-punitrice (se faire justice) et prospective-dissuasive (« en évitation de nouvelles offenses »). Que le lecteur nous permette d'annoter passage un énième hasard de l'Histoire : cette sentence arbitrale fut rendue la même année de la conclusion du Pacte Briand-Kellogg qui mit au ban la guerre (mais non pas les « mesures short of war ») : un autre chassé-croisé du droit des gens (comme en 1907 à La Haye au moment de l'adoption des conventions II et III).

Tout autre est en revanche le statut juridique de l'auto-protection armée dans le système de la CNU. Comme un insigne juriste eut à préciser à cet égard :

In case the right of a Member which has been violated in another way than by an armed attack, is to be enforced against the guilty state which refuses to repair the wrong it has done, and if the Security Council does not take the necessary enforcement action, the Charter prevents any other possibility of enforcing the violated right. The delinquent which is in actual possession of the illegal advantage is protected by the Charter against any enforcement action other than that taken by the Security Council. *For the Charter forbids any use of force on the part of the individual Members except for the exercise of the right of self-defence against armed attack*⁷¹.

Ce nonobstant force tentatives ont été entreprises en vue de ressusciter le self-help armé ; nous ne mentionnerons ici que deux d'entre elles. La première potion

⁷⁰ Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité : *Naulilaa*) (*Portugal c. Allemagne*), *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. 2, 1026 (italiques ajoutées).

⁷¹ H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems. With Supplement*, New York, F.A. Praeger, 1950, 269 ; G.F. Intocchia, « American Bombing of Libya : An International Legal Analysis », *Case Western Reserve Law Journal*, 19, 1987-II, 200. Contra : « At issue is the principle of forcible self-help, the theoretical descendant of the self-preservation or necessity doctrine », R.A. Friedlander, « Retaliation as Anti-Terrorist Weapon : The Israeli Lebanon Incursion and International Law », *Israel Yearbook on Human Rights*, 8, 1978, 68 ; G.B. ROBERTS, « Self-Help in Combating State-Sponsored Terrorism : Self-Defence and Peace-Time Reprisals », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 19, 1987-II, 293.

magique s'inspire de la théorie du mandat⁷², qui sous-tend l'argumentation⁷³ selon laquelle le CS ayant reçu des Etats le mandat principal de maintenir et rétablir la paix et la sécurité internationales (art. 24(1)), peut se le voir retirer par chacun des Etats membres *uti singuli* au cas où il manquerait à s'acquitter de cette fonction. Cette revendication nous paraît pour le moins incongrue ; en effet pour que cela soit possible, il faudrait que l'ensemble des Etats membres (par acte unilatéral, accord ou règle coutumière, voire par modification par voie de pratique subséquente)⁷⁴ le lui retire et non que seulement certains d'entre eux, même dans l'apathie générale, s'en arrogent le droit. Car ils ne sont pas à eux seuls les titulaires, mais c'est l'ensemble des Etats membres de l'ONU. En des termes de droit constitutionnel, le self-help armé a été délégué par les Etats membres au CS (et de manière plus large à l'ONU), de sorte que cette prérogative, autrefois égale et concurrente à tout Etat fait partie désormais (dès 1945) partie intégrante du nouveau contrat social qu'est l'UNC. Ou si l'on préfère un autre paradigme, les Etats ont institué dans l'ONU le nouveau Léviathan.

La deuxième recette – souvent alléguée – pour réveiller du sommeil normatif le zombi du self-help est étroitement liée à la précédente dans la mesure où elle s'appuie sur la prétendue défaillance du système de sécurité collective et, ayant recours au droit des traités, conclut à la libération (partielle) des Etats de la camisole de force qu'est l'article 2(4). Cette construction de la Charte ne peut pas être accueillie ; comme les travaux préparatoires le montrent clairement, l'acceptation de l'article 2(4), comportant (à la différence du Pacte Briand-Kellogg) la suppression du self-help armé, n'était pas synallagmatique au fonctionnement du système de sécurité collectif⁷⁵. Par ailleurs, les voix en ce sens, déjà peu nom-

⁷² Comme le récite l'article 24(1) en son dernier fragment, le « Conseil de sécurité agit en son (c'est-à-dire : des Etats membres) nom ». Voir de même la résolution 377 (V) de l'Assemblée Générale (voir ci-dessous).

⁷³ « Article 24(1) of the Charter has conferred on the Security Council « primary responsibility for the maintenance of international peace and security » and imposed on it the duty of ensuring « prompt and effective action » to this end. Such action constitutes for the Council not a mere possibility but a « duty » flowing from this responsibility. If such action does not take place at all, or if a timely action is impeded by the veto of one of the permanent Members of the Council, the organization loses the precedence of its intervention, inherent in the words « primary responsibility ». Far-reaching consequences follow from a situation in which the Security Council does not duly fulfil the task attributed to it by the Charter. By preventing prompt and effective action of the Council, Members open the way to legitimate intervention of other States, whenever they choose, on the basis of the general rules of international law and in the framework of their own responsibility, to take measures they consider necessary to meet the situation [...] », P. Pescatore, « The US-UK Intervention in Iraq », in Reader's exchange, *American Society of International Law Newsletter*, May/July 2003.

⁷⁴ Comme ce fut le cas, par exemple, de l'article 27(3) de la CNU.

⁷⁵ En ce sens, et très correctement : N. Ronzitti, *Rescuing Nationals abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 9.

breuses en période de guerre froide⁷⁶, se sont raréfiées avec le regain d'activité du CS.

Dans le même registre, d'aucuns ont invoqué le (prétendu) changement fondamental de circonstances – déterminé par le dysfonctionnement du système de sécurité collective – qui autoriserait les Etats à opérer une révision des dispositions de la Charte devenues inapplicables (voire caduques)⁷⁷. Il s'agirait notamment de l'article 2(4) qui serait donc « révisé » par la pratique subséquente des Etats en raison de l'advenu changement fondamental de circonstances, de sorte que son champ opératoire n'inclurait plus l'auto-protection armée. Or, s'il est vrai que la théorie ne manque pas de charmer, il n'en est pas moins vrai que la CIJ a eu l'occasion de se prononcer sur la présente question en déclarant en 1949 déjà – pour qu'il n'y ait pas de malentendus – que la démarche britannique était inexcusable et la politique de la force inexcusable « quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale »⁷⁸. De surcroît, comme il a été judicieusement remarqué, l'interdiction de recourir à la force contenue dans l'article 2(4) de la CNU n'a pas seulement une nature conventionnelle mais également coutumière, et, de ce fait, la clause du changement fondamental de circonstances ne pourrait pas s'appliquer à la norme de droit international général⁷⁹. De surcroît, ce qui était vrai en 1949 et jusqu'en 1990 relativement à l'apathie du CS, n'est pas défendable à l'heure actuelle. N'étant pas de guerre las, les irréductibles champions de l'auto-protection armée habillent le même argument en évoquant cette fois-ci le blocage du CS en raison de l'exercice du droit de veto. Hélas, ici aussi, la question semble être clairement délinéée et ce depuis 1950, comme l'atteste la fameuse résolution de l'AG 377 (V) « Union pour le maintien de la paix », dont l'antépénultième alinéa du Préambule récite ainsi :

Persuadée que, si le Conseil de sécurité manque à s'acquitter des fonctions qui lui incombent au nom de tous les Etats Membres, et notamment de celles qui sont visées dans les deux paragraphes précédents, *il n'en résulte pas que les Etats membres soient relevés de leurs obligations ni l'Organisation de sa responsabilité aux termes de la Charte en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales*⁸⁰.

En conséquence, non seulement les Etats n'ont pas le droit de revenir à la situation du self-help existant avant la Charte, mais, au niveau institutionnel, l'AG se voit reconnaître une responsabilité secondaire. En tant qu'interprétation

⁷⁶ « But no responsible voice, surely no government, has suggested that the failures of the organization vitiated the agreement and nullified [impossible par ailleurs] or modified the Charter's norms », L. Henkin, « Use of force : Law and U.S. Policy », in *Right v. Might. International Law and the Use of Force*, New York, Council on Foreign Relations Book, 1989, 38.

⁷⁷ Voir entre autres : T.J. Farer, « The Regulation of Foreign Intervention in Civil Armed Conflict », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 142, 1974-II, 390.

⁷⁸ CIJ, *Détroit de Corfou*, 35.

⁷⁹ Ronzitti, *Rescuing Nationals abroad*, 11-12.

⁸⁰ Italiques ajoutées.

authentique de la CNU, au sens de l'article 31(3)(b) de la CVDT, cette résolution bat en brèche l'argumentation fondée sur le blocage du Conseil de sécurité en particulier et sur le dysfonctionnement de son système de sécurité collective, en général. Dès lors, le droit à l'auto-protection armée n'a bénéficié d'aucun élixir de longue vie et, en paraphrasant Thomas Franck⁸¹, c'est bien le self-help qui a été tué... par l'Article 2(4) et non l'inverse.

Enfin, il va de soi que les représailles – qui ont été l'instrument privilégié pendant très longtemps du self-help – ont logiquement suivi le même sort : simul stabunt, simul cadunt⁸² ! Même l'organe « fort » de l'ONU a constamment⁸³ condamné de manière lapidaire les actes de représailles armées en temps de paix, comme étant « incompatibles avec les buts et principes des Nations Unies »⁸⁴. Dans la même veine, un Etat « au-dessus de tout soupçon » en une époque non « suspecte » s'exprima ainsi : « in conclusion, it is clear that the United States has taken the categorical position that reprisals involving the use of force are illegal under international law ; that it is generally not willing to condemn reprisals without also condemning provocative terrorist acts ; and that it recognizes the difficulty of distinguishing between proportionate self-defence and reprisals but maintains the distinction »⁸⁵.

En conclusion, l'ordre international est devenu adulte grâce aussi à l'éviction de la force comme moyen licite de justice privée ; selon Pierre Clastres la guerre est un « mode de fonctionnement » d'une société primitive, c'est-à-dire,

⁸¹ Th. Franck, « Who Killed Article 2(4) ? Or Changing Norms Governing the Use of Force by States », *American Journal of International Law*, 64, 1970, 809ss. ; auquel répondit L. Henkin, « The Reports of the Death of Article 2(4) are Greatly Exaggerated », *American Journal of International Law*, 65, 1971, 544-548.

⁸² Pêle-mêle, force est de citer : AGNU, Résolution 2625 (1970), Principe n°1 ; Acte Final d'Helsinki (1975), Principe II.3 ; Article 50(1)(a) du Texte d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001). La CIJ a, quant à elle, martelé sur l'illicéité des représailles armées en temps de paix (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996 : C.I.J. Recueil 1996, 246, para. 46).

⁸³ A titre d'exemple : lors de la destruction du village jordanien de Qibya (14-15 octobre 1953) par l'armée israélienne le CS qualifia : « l'action de représailles entreprise à Kibia par les forces armées d'Israël [...] et toutes actions semblables [...] (comme) incompatibles avec les obligations que font aux parties les conventions d'armistice générale et la Charte » (Conseil de Sécurité des Nations Unies (CSNU), Résolution 101, 24 nov. 1953).

⁸⁴ CSNU, Résolution 188, 9 avril 1964 : plainte du Yémen suite à l'action militaire britannique à Harib du 28 mars 1964. Il n'est pas inintéressant de noter que le Royaume-Uni, tout à son honneur, n'exerça pas son droit de veto mais se borna à s'abstenir.

⁸⁵ Cité in : M.L. Nash, *Digest of United States Practice in International Law* (1983), 1979, 1749-1752 ou *ibid.*, « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law », *American Journal of International Law*, 1979, 491.

toujours selon ses catégories, d'une société « indivisée »⁸⁶. En effet, le droit (ou son absence) de l'Etat de se faire justice soi-même (justice privée)⁸⁷, est l'une des jauges par lesquelles l'on mesure le degré d'institutionnalisation de l'ordre juridique international. L'une des raisons de ce changement de paradigme doit être recherchée, nous semble-t-il, dans l'émergence d'une Communauté internationale organisée, comportant un système de sécurité collective ainsi que d'organes censés constater les situations de droit. Les Etats ne sont plus les justiciers de leurs propres droits, mais, liés par l'obligation de régler pacifiquement leurs différends (consacré précisément à l'article 2(3) et ligotés par l'interdiction du recours à la force (article 2(4)), se retrouvent désormais contraints de résoudre leurs différends de manière pacifique.

Quel chemin a été parcouru depuis quelques siècles seulement! Il est dès lors difficile de ne pas souscrire à ce qu'affirma – alors que le spectre de la Guerre froide commençait à hanter les esprits – le Président (et autrefois général) américain, Eisenhower : « With all the defects, with all the failures that we can check up against it, the UN still represents man's best organized hope to substitute the conference table for the battlefield »⁸⁸. Il est donc du devoir des générations futures de garder allumée la flamme de cet espoir et ce d'autant plus que la règle en question a été efficace dans la limitation du nombre des conflits⁸⁹ pour qu'il y ait vraiment besoin de ressusciter les vampires du self-help armé.

⁸⁶ P. Clastres, *Archéologie de la violence. La guerre dans les sociétés primitives*, Paris, Seuil, 1980, 171-207.

⁸⁷ Sur le self-help en général et les représailles en particulier, nous renvoyons le lecteur aux brillants ouvrages de : D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994 ; L.A. Siciliano, *Les réactions décentralisées à l'illicite : des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990 ; L. Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Genève/Paris, IUHEI/Pedone, 1992.

⁸⁸ Cité in S. Talbot, *The Great Experiment : the Story of Ancient Empires, Modern States, and the Quest for a Global Nation*, New York, Simon & Schuster, 2008, 3.

⁸⁹ En effet, nonobstant la vulgate souvent colportée « [...] the last decade has seen fewer war deaths than any decade in the past 100 years [...] Worldwide, deaths caused directly by war-related violence in the new century have averaged about 55,000 per year, just over half of what they were in the 1990s (100,000 a year), a third of what they were during the Cold War (180.000 a year from 1950 to 1989), and a hundredth of what they were in the growing global population, which has nearly quadrupled in the last century, the decrease is even sharper. Far from being an age of killer anarchy, the 20 years since the Cold War ended have been an era of rapid progress toward peace », *Foreign Policy*, sept./oct. 2011, 53-54.

